

## FUENTES DEL DERECHO

### 1. Fuentes del Derecho. Constitución Nacional. Tratados Internacionales, ley, decreto, sentencia judicial. La costumbre y su relación con la ley. Reglas de solución de los conflictos entre normas.

En la ciencia del derecho, la palabra "**fuentes**" se utiliza para designar **el origen, la procedencia de lo que llamamos Derecho**. Algunos autores, inclusive, prefieren utilizar la denominación "medios de expresión del Derecho".

#### 1.1. La palabra fuente admite dos sentidos:

- a) **fuentes en sentido material** (o real): Son todos aquellos hechos, fenómenos o acontecimientos sociales, políticos, económicos, culturales, etc. que determinan la creación o modificación de las normas jurídicas.

Conforme a las fuentes materiales o reales, los órganos legislativos de cada Estado se verán obligados a crear la fuente en sentido formal. Por ejemplo en Argentina, el aumento de los derechos intelectuales (sobre todo musicales) a principios del siglo XX fue fuente material para que se sancione la ley de propiedad intelectual 11.723.

La aparición del software fue fuente material o real de su reforma en el año 1998 a través de la ley 25.036 (cabe acotar que una ley solo puede ser reformada o incluso derogada por medio de otra ley).

- b) **fuentes en sentido formal**: Son fuentes formales del derecho los textos o documentos en los que se recopilan las leyes y otro tipo de normativa (ej. un decreto), y que emanan de órganos estatales competentes, a través de procedimientos preestablecidos por el propio derecho positivo. Por ejemplo: la norma constitucional que autoriza al Presidente a emitir decretos sobre determinados temas.

En la República Argentina existe un **orden de jerarquía de las fuentes formales**. Por encima de todo, se ubica la Constitución Nacional junto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Le siguen los tratados internacionales sin jerarquía constitucional (de carácter infraconstitucional) pero con rango supralegal (por encima de la ley). Luego sigue la ley; con inferioridad, los decretos del poder ejecutivo. Sobre la base, encontraremos la sentencia judicial o jurisprudencia, y más abajo tendremos la costumbre.

Bajo el esquema denominado "Pirámide de Kelsen", la descripción anterior se vería de la siguiente manera:



**1.2. Por lo tanto, las diferentes fuentes formales del Derecho son:**

**1.2.1. La Constitución Nacional:** es la ley suprema de la Nación, a la cual todas las restantes normas deben adecuarse (art. 31, CN). Fue sancionada en 1853, habiendo sido reformada en sucesivas ocasiones: 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y, la última, en el año 1994. La Constitución de la Nación argentina tiene dos partes. En la primera encontraremos las "declaraciones, derechos y garantías", y en la segunda, la organización del Estado (bajo el título "Autoridades de la Nación"). En el siguiente enlace se resumen brevemente ambas partes:

[https://www.youtube.com/watch?v=yxG6iKLKaAw&ab\\_channel=DeArte](https://www.youtube.com/watch?v=yxG6iKLKaAw&ab_channel=DeArte)

**1.2.2. Los Tratados Internacionales** han recibido consagración constitucional en la última reforma del año 1994.

Con la reforma de 1994, se incluyó como facultad del Congreso de la Nación el *"aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales"* (art. 75, inc. 22, CN). El artículo citado estableció que, como regla general, los tratados y concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes (supralegal) e inferior a la Constitución (infraconstitucional). Aquí por ejemplo se encuentran los tratados firmados por nuestro país que refieren a propiedad intelectual, entre ellos el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, firmado por Argentina el 6 de marzo de 2002.-

Pero en relación a un grupo de tratados que está específicamente enumerado en el texto del artículo 75, inc.22, todos los cuales versan sobre derechos humanos, se decidió que tienen jerarquía constitucional, no derogando artículo alguno de la primera parte de la Constitución, sino entendiéndose complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

**1.2.3. La ley:** puede definirse como la "norma escrita sancionada por la autoridad pública competente". Fruto de la organización federal de nuestro país, existen **leyes nacionales** (emanadas del Congreso de la Nación) y **leyes provinciales** (emanadas, en nuestro caso, de la Legislatura). Cada una de ellas recibe un número que las identifica, que es correlativo en cada uno de los órdenes citados. Por debajo de las leyes provinciales nos encontramos con las **Ordenanzas Municipales** (o de comisiones comunales) dictadas por los correspondientes Consejos Deliberantes.

El trámite de **formación y sanción de leyes** está previsto en los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional, siendo oportuno destacar la necesaria aprobación por las dos Cámaras del Congreso de la Nación y la posterior reglamentación (promulgación) por decreto del Poder Ejecutivo.

En cuanto al **ámbito temporal de aplicación**: la ley está pensada para regir hacia el futuro, teniendo como objeto, por ende, una serie de casos que van a ser captados con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma.

Dispone el Código Civil que "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen (es decir, que la misma ley diga que es obligatoria desde tal fecha). Se aclara que por "publicación oficial" se entiende la publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.-

Las leyes también se aplican -según sea el caso- a las consecuencias actuales de hechos ya sucedidos, siempre que no haya afectación de derechos amparados por garantías constitucionales. Es decir, por disposición expresa la nueva ley puede tener efecto hacia el pasado, a situaciones ya ocurridas, pero esa retroactividad no podrá afectar garantías constitucionales. Este último fenómeno es muy excepcional en el ámbito del derecho.

En referencia al **ámbito territorial de aplicación**: "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes (sin perjuicio de lo que puedan disponer leyes especiales).

**1.2.4. El decreto** Es una clase de norma dictada por el Presidente de la Nación - artículo 99 de la Constitución Nacional. (pero también por los demás titulares de los poderes ejecutivos: Gobernador; Intendentes o Presidentes Municipales).

Dentro de la tipología que emana de la Constitución Nacional se distinguen clases diferenciadas:

**a) el decreto reglamentario**, reglamento ejecutivo que tiene por fin asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llevando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador;

**b) el decreto de necesidad y urgencia** (o reglamento de necesidad y urgencia), admitido "solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" (art. 99, inc. 3, CN). Estos decretos serán dictados

por el Presidente de la Nación, previa decisión en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

**También existen decretos autónomos o independientes**, que son normas generales que dicta el Poder Ejecutivo a materias que pertenecen a lo que se conoce como su esfera de reserva (para nombramientos).

**1.2.5. La sentencia judicial** es el *acto mediante el cual el juez decide sobre cuestiones controvertidas, y cuyos efectos trascienden al proceso en que fue dictada.*

Pero, a la par del referido acto, nos encontramos con la génesis de una nueva norma, porque, mediante la sentencia, "el juez crea una especie de norma jurídica "individual" llamada jurisprudencia, que constituye una nueva fuente de regulación para una situación jurídica controvertida similar (a la ya resuelta por el juez).

**1.2.6. La costumbre**, es la forma espontánea de expresión del Derecho. Históricamente, la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por la costumbre y no conocen la ley escrita. Podemos decir que la costumbre consiste en la "observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica"

.  
El nuevo Código Civil y Comercial se refiere a la costumbre en su artículo 1º señalando "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. (ej. si una ley dice que tal situación se dirimirá conforme a los usos y costumbres del lugar en donde se produjo el conflicto, entonces, será la costumbre de dicho lugar la que se tomará como fuente formal del derecho "válida" para resolver el conflicto).

**1.3.1. El orden de prelación antedicho nos indica varias cosas.**

**1.3.1.1.** Que la fuente inferior debe producirse o crearse con arreglo a los procedimientos establecidos en la fuente de rango superior. Así, no sería válida una "ley" que no hubiera transitado previamente por la sanción de las Cámaras que conforman el Congreso, en tanto se habría violado el procedimiento de producción establecido en la fuente de rango superior (la Constitución Nacional).

**1.3.1.2.** Que la fuente inferior debe adecuar su contenido a lo establecido en la fuente de rango superior. En caso de no ser así, ello puede ser denunciado como inconstitucional. La declaración de inconstitucionalidad de una ley no es otra cosa que la indicación de que se ha violado una relación de contenido, en tanto el contenido de la ley no se adecua a lo que la constitución o norma superior indica (ej. por ser contrario a lo que este establece).

**1.3.2.** De lo antedicho, y **en relación a los conflictos que se pudieran generar entre las diversas fuentes** se desprende lo siguiente:

**1.3.2.1.** Cada vez que aparezca un determinado conflicto entre normas de diversa clase (constitución, tratado internacional, ley, decreto, sentencia), el mismo deberá ser resuelto siempre a favor de la norma superior en la escala.

**1.3.2.2.** Y en relación al conflicto que pudiera surgir entre normas de la misma clase, existen algunos principios que lo resuelven: Así, generalmente, la ley posterior deroga a la anterior. Esto sucederá aún en caso de que la ley posterior no lo determine expresamente (derogación tácita), habida cuenta de la posible existencia de incompatibilidad entre lo reglado por una y otra ley. Pero lo dicho tiene una excepción: la ley posterior general no deroga a la ley anterior especial. Ello porque se entiende que la especificidad de un régimen especial debe ser resguardada ante un cambio que no contempla la institución sino de modo genérico.