

# CAPÍTULO I

## El Derecho

### LA CONVIVENCIA Y SUS NORMAS

Parte de la naturaleza humana es **convivir**, vivir con otros. La organización (las normas) y el conflicto, son datos inherentes a la convivencia social.

La **convivencia pacífica** es un valor que gran parte de la Humanidad desearía concretar hoy.

Las Ciencias Jurídicas y Sociales, en el transcurso de su desarrollo, indagaron sobre la convivencia social y las normas que la rigen u organizan sin poder establecer cuál de estos fenómenos precedió al otro o si ambos surgieron al mismo tiempo.

**Para reflexionar** sobre esta pregunta podemos aplicarla en un ejemplo: respecto de "la conformación y desarrollo de un grupo de estudio de alumnos en la UTN", ¿se forma primero el grupo (convivencia) y, después, sus integrantes tratan de consensuar cómo, dónde y a qué hora reunirse (normas) o, antes de su formación, se establecen ciertos consensos (o normas fundamentales) sobre cómo resolver sus necesidades para poder reunirse y a partir de esos consensos se van sumando sus integrantes y conforman el grupo? ¿Fueron fenómenos simultáneos y necesarios, sucesivos, o en cada caso podrá haber sido de un modo u otro?

En el recorrido histórico de la Humanidad observamos que en todo tiempo y lugar, los **conflictos**, la organización o las **normas** son datos inherentes a toda **convivencia social**, más allá de la tautología a que nos llevaría la pregunta de los párrafos anteriores acerca de cuál de estos fenómenos se presenta primero en la práctica social (similar a la pregunta ¿qué es primero, el huevo o la gallina?).

A partir de este reconocimiento es imprescindible analizar el concepto de **NORMA**.

El diccionario de la Real Academia Española aporta los siguientes significados de la palabra **norma**:

1. regla de conducta.
2. regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc.
3. regla sobre la manera cómo se debe hacer o está establecido que se haga una determinada cosa.

Y sobre la palabra **regla** nos dice:

1. aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad.
2. estatuto, Constitución o modo de ejecutar algo.



3. razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas.
4. "en regla": como es debido.

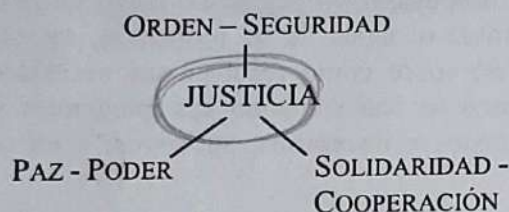
Teniendo en cuenta las definiciones que apuntamos, podemos concluir que:

Una norma es la descripción de una conducta (o la descripción de una forma de actuar) que debe ser cumplida.

Si una sociedad determinada, como por ejemplo, la que conformamos los Argentinos, decide crear (a través de sus representantes) una norma para su convivencia, primero deberá decidir o elegir **cuál** será la conducta que *debe ser cumplida* y **por qué** debe serlo (sus motivos, objetivos o fundamentos, los valores que pretende lograr o sostener).

Para cualquier decisión (por ejemplo, **crear una norma**, una ley, es decir, **elegir** la conducta que deberá ser cumplida) es necesario que el sujeto que decide (el Estado en este caso, a través del Poder Legislativo) **previamente valore** las opciones posibles.

¿Cuáles son esos valores? El Dr. Carlos Cossio, jurista argentino (siglo XX), propone un conjunto o plexo de **valores jurídicos** tomando como eje o centro de su conformación el valor **Justicia** - valor central del Derecho pero no el único - y tres pares de valores dispuestos en forma radiada a partir de ese eje o a su alrededor, como muestra el esquema que sigue:



Cada sociedad deberá decidir, por ejemplo, si, matar a otro, es una conducta justa o injusta, positiva o negativa para esa sociedad, en cuanto esa sociedad proteja o no la vida, la integridad física, sirva o no a los efectos de lograr en esa convivencia social la seguridad de sus integrantes, el poder, la paz, el orden, la solidaridad, la cooperación.

Entonces, si decide que matar a otro es injusto, establecerá la norma general «**el que matare a otro tendrá una sanción impuesta por el Estado**» (homicidio) y luego, las excepciones, los casos en que es justo matar (por ejemplo en caso de legítima defensa).

Nuestra convivencia (convivencia social) es regulada por distintas clases de normas: **familiares, morales, sociales, religiosas, jurídicas**. Estas normas pueden ser diferentes según las características culturales (religiosas, económicas, políticas, etc, en tiempo y lugar), de la sociedad de que se trate.

Así es que un variado conjunto de normas regulan nuestras acciones (nuestra conducta) durante toda nuestra vida, cotidianamente.

Cuando viajamos a otros países o aún a otros lugares de nuestro país, percibimos que algunas conductas (por ejemplo la forma de saludar, norma social) difieren de las de nuestro lugar de residencia. Es decir, lo normativo es cotidiano y todos nosotros cumplimos o incumplimos normas de algún tipo, cada vez que actuamos.



Específicamente, es cotidiano también ajustar nuestra conducta a normas jurídicas, salvo cuando se trata de *"...acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero"* ya que según prescribe el art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina, estas acciones *"...están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."*. Es nuestro derecho a la privacidad. Nuestras otras acciones, las que interfieren con otras personas, están regladas por normas jurídicas.

Como adelantamos más arriba, existen distintas clases de normas, además de las normas jurídicas, podemos identificar:

- **Normas religiosas:** deben ser observadas por las personas que practican una fe y en caso de incumplimiento el sujeto que practica esa religión tendrá una sanción puramente espiritual.
- **Normas morales:** regulan la acción de las personas, pero desde su conciencia, su fuero interno. La persona siente que transgrede o incumple una norma moral sólo si esa norma está incorporada a su conciencia y, en ese caso, sufre una sanción por su incumplimiento como cargo de conciencia -remordimiento- o arrepentimiento. Este arrepentimiento (sanción) existiría aún en el caso de que nadie hubiera percibido ni señalado ese incumplimiento. Estas normas son incorporadas por el sujeto o no, según su grupo de pertenencia, su grupo cultural, sus creencias, su concepto del valor moral «bueno» y del disvalor «malo».
- **Normas sociales:** regulan aquellos comportamientos que cada sociedad considera adecuados en su cotidiana convivencia, en sus contactos casuales, por ejemplo, la forma de **saludar, de vestir, de relacionarse**. Estas normas difieren según tiempo y lugar: el saludo, por ejemplo, puede consistir en darse la mano, un beso, sólo un gesto de la cabeza, un abrazo, etc. Son comportamientos que provocan la aceptación del otro o su rechazo en una sociedad determinada. El sujeto incumplidor de esas normas puede sufrir la sanción social de ser aislado (boicot) o mal visto por el resto.
- **Normas jurídicas:** a diferencia de las anteriores, son descripciones de comportamientos o formas de actuar, ordenados por el Estado para organizar, en forma pacífica, segura, solidaria, la convivencia social. Las normas jurídicas son impuestas por la sociedad (soberanía popular), en un sistema republicano y representativo como el nuestro, a través de las autoridades constituidas del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo). Si una norma no es cumplida espontáneamente por las personas, también el Estado (Poder Judicial) puede actuar sobre ellas **coactivamente**, aplicando la fuerza del Estado para obligar a las personas a cumplir esa norma o sancionar su incumplimiento.

Entonces, desde el punto de vista de las normas jurídicas, que integran el objeto de nuestra Ciencia, el Derecho, cada sociedad tiene una manera de seleccionar las conductas que considera valiosas para convivir *pacíficamente* (según su concepto de distribución equitativa del poder), *ordenadamente* para garantizar la *seguridad* de las personas, *solidaria y cooperativamente*, asegurando la *justicia*. En el caso Argentino, la Constitución de la Nación Argentina organiza nuestra convivencia según *valores jurídicos republicanos* (*supremacía constitucional, igualdad ante la ley, libertad, responsabilidad por sus propios actos, periodicidad de las funciones de los funcionarios públicos, publicidad de los actos públicos, etc.*), como veremos más en detalle en el capítulo III.



## Caracteres de la Norma Jurídica

- **Regulación de la relación entre los hombres).**
- **Exterioridad** (no toma en consideración los actos psíquicos por sí solos, en el ámbito de la conciencia, si no se traducen en actos).
- **Imperatividad** (imposición de la regla de conducta: la norma jurídica prescribe u ordena).
- **Generalidad** (ordenamiento objetivo e igual para todos).
- **Coercibilidad** (amenaza de sanción para el caso de incumplimiento).
- **Coactividad** (aplicación de la fuerza del Estado para exigir su cumplimiento - obtención forzada -, imposición de una sanción en el caso de incumplimiento).

En sentido amplio, las normas jurídicas *escritas y emanadas de autoridad competente* se denominan **leyes**.

Entonces, cuando nos referimos al **ordenamiento jurídico o sistema normativo (conjunto de las normas jurídicas vigentes)**, nos estamos refiriendo a las conductas que deben ser cumplidas por todos.

Nuestro sistema jurídico (de origen continental o romano-germánico) es fundamentalmente escrito, las normas jurídicas no escritas (consuetudinarias, costumbre) son la excepción.

A continuación mostramos un **ejemplo** histórico de norma jurídica **consuetudinaria**:

*Hasta el año 1968, no existía ninguna ley nacional que ordenara cómo debía ser el nombre de las personas humanas en nuestro país. Sin embargo, todos podemos comprobar, que a las personas nacidas en nuestro país antes de 1968, se les atribuía un nombre integrado por: un nombre de pila (uno, dos o tres nombres) y un apellido, en forma similar a la actual. Si ambos progenitores reconocían a esa persona como hijo/a, el padre (Antonio Pérez) elegía el nombre de pila y el apellido era el de la línea paterna (Pérez). Si, en cambio, el padre no reconocía a esa persona como hijo, la madre elegía el nombre de pila y anotaba al menor con su propio apellido (materno). A las personas que no eran reconocidas por sus padres, el Estado debía anotarlas en el Registro con un nombre de pila y un apellido. Antes de 1968, ninguna ley obligaba, tampoco, a las mujeres casadas a cambiar su nombre agregando la partícula "de" más el apellido de su esposo (por ejemplo: Juana Pérez cuando se casaba con Juan Soler, debía cambiar su nombre a Juana Pérez de Soler). Sin embargo, si la mujer se negaba a agregar a su nombre la partícula "de" más el apellido del marido, éste podía solicitar al Juez Civil que obligara a su mujer a hacerlo. Existen casos en que el marido solicitó judicialmente y consiguió que el juez decretara el divorcio por culpa exclusiva de su mujer, por considerar agravante para él (injuria grave) que ella no usara su "nombre de casada".*

Todo esto ocurrió sin que existiera todavía la Ley Nacional 18.248/68 que estableció todos los requisitos que debía cumplir el nombre de las personas humanas. Esta ley recogió la **normativa consuetudinaria vigente**, posteriormente fue modificada y hoy derogada por la ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación, BO



08/10/14, en vigencia desde el 01/08/15), tema que ampliaremos en el Capítulo IV Persona, particularmente al tratar Atributos de la Personalidad.

Citamos a continuación ejemplos de ley para mostrar conductas cotidianas regidas por ellas: los artículos 51, 52, 431, 432 y 1123 del Código Civil y Comercial (en adelante "CCyC").

*"Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad."*

*Art. 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.*

*Art. 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.*

*Art. 432.- Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.*

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

*Art. 1123.- Definición. Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero."*

## CONCEPTO DE DERECHO

La palabra DERECHO reconoce su origen etimológico en latín dirigire (*directum*) o regere (*rectum*). Los autores han definido el **Derecho** de distintas formas como, por ejemplo: "regla social obligatoria", "conjunto de normas de conducta humana establecido por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia", "orden social justo", etc.

El **Dr. Carlos Cossio**, Profesor y Jurista argentino, filósofo del Derecho (1903-1987), definió el **Derecho** como "conducta en interferencia intersubjetiva". Es decir que, para este autor, esencialmente el Derecho es conducta social (en convivencia): la conducta de cualquiera de nosotros interfiriendo con la conducta de otro.

Para esta Teoría del Derecho, las **normas jurídicas** son la conceptualización de esa conducta, es decir, la **descripción** de una conducta que debe ser cumplida por todos porque la sociedad la ha valorado como justa y, en consecuencia, reforzando este deber de cumplir ha establecido una sanción en caso de incumplimiento (comportamiento injusto, como vimos más arriba).



## DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El Derecho es un fenómeno complejo integrado por un aspecto objetivo y uno subjetivo. Algunos autores señalan su complejidad comparándolo a una moneda, constituida por sus dos caras (cara y seca).

Desde el punto de vista **objetivo** el Derecho es el conjunto de **normas jurídicas**, una de sus caras.

Desde el punto de vista **subjetivo**, su otra cara, el Derecho es el conjunto de las relaciones jurídicas –conductas de los individuos de la sociedad interfiriendo entre sí-. Una relación jurídica es el vínculo entre un sujeto (acreedor) que tiene la facultad de exigir algo a otro (deudor) y este último tiene la obligación o el deber jurídico de cumplir. El derecho del acreedor a exigir lo que debe el deudor se llama **crédito** y el deber jurídico de cumplir del deudor se denomina **deuda**.

A continuación mostramos un ejemplo de **relación jurídica** (derecho subjetivo) y de norma jurídica aplicable (derecho objetivo):

Decido **comprar** un libro en una Librería (vende libros), entre la Librería y yo (personas o sujetos de Derecho) existe una relación jurídica que implica que, la Librería (como acreedor) puede exigirme que pague el precio y yo (deudor) estoy obligado a hacerlo y, asimismo yo -como acreedor- tengo la facultad de exigirle a la librería que me transfiera el derecho de propiedad del libro y me lo entregue y esa empresa, la Librería, – como deudora- tiene el deber jurídico de hacerlo. Todo esto porque **la ley** define así las conductas debidas en el contrato de compraventa (derecho objetivo), según surge del art. 1123 del CCyC transcripto más arriba.

## DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

El **Derecho natural** ha sido definido como derecho *universal e inmutable* superior a las leyes humanas, el derecho del Hombre por ser Hombre (concepto filosófico).

El **Derecho positivo** es el conjunto de normas jurídicas *vigente en un tiempo y lugar histórico*. Está influido por las condiciones del medio social, las posibilidades de coacción y la preocupación de consolidar el orden establecido.

El Derecho Natural ejerce sobre el Derecho Positivo una doble acción: es una barrera cuando el Derecho Positivo contradice sustancialmente al Natural (acción negativa) y, recíprocamente, éste es una fuente orientadora (acción positiva) sobre aquél.

## DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

El objeto del Derecho –como ciencia-, como vimos más arriba, está constituido por la convivencia social y su normativa. Tradicionalmente, se identifican dos ramas principales del tronco común que es el Derecho Civil (romano):

- **Derecho Público:** conjunto de conductas y normas orientadas por el interés público - el interés del conjunto social -. Son aquellas relaciones jurídicas en las que el Estado es parte, las que se refieren a la organización del Estado, a las relaciones políticas, a los derechos irrenunciables, etc.



- **Derecho Privado:** conjunto de conductas y normas que resguardan los intereses privados. Se refiere a las relaciones jurídicas de las personas privadas entre sí, a las condiciones y límites en interés de los particulares, a los derechos renunciables, etc.

## RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO

- **Derecho Constitucional:** conjunto de normas que determinan la organización del Estado y de los poderes públicos, así como reconocen derechos y otorgan garantías a los ciudadanos, habitantes y quienes transiten por el territorio nacional argentino.
- **Derecho Penal:** conjunto de normas de carácter represivo que instituye y ordena el derecho del Estado de castigar las conductas ilícitas.
- **Derecho Administrativo:** reglamenta la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como su relación con los administrados.
- **Derecho Internacional Público:** regula las relaciones entre los Estados soberanos.
- **Derecho Procesal:** determina las reglas que fijan la organización del Poder Judicial, la competencia de los tribunales (sobre qué materias entiende cada uno de ellos), el procedimiento, es decir, cómo deben actuar tanto los Tribunales de Justicia como las personas que se presentan ante ellos demandando justicia.

## RAMAS DEL DERECHO PRIVADO

- **Derecho Civil:** rige las **relaciones jurídicas sustanciales** en las que las personas actúan como sujetos de derecho privado (persona, contratos, familia, derechos reales, sucesiones), salvo aquellas que dieron origen a la creación de otras ramas (ejm.: comercial, laboral). Es decir que, actualmente, el Derecho Civil tiene carácter residual – concentra todas las materias no contempladas por aquellas otras ramas especiales (autónomas) del derecho privado.
- **Derecho Comercial:** regula la actividad comercial del sujeto de derecho (personas humanas o jurídicas), las relaciones jurídicas que entablan los comerciantes.
- **Derecho Laboral o del Trabajo:** regla las relaciones jurídicas nacidas del trabajo subordinado o en relación de dependencia, las relaciones entre empleadores y empleados o trabajadores. Algunos autores afirman que esta rama del Derecho debe clasificarse como **Derecho privado de orden público**, debido a la cantidad de normas de carácter irrenunciable (de orden público) que contiene.
- **Derecho Rural:** regula las relaciones de vecindad rural y las que surgen de la explotación agropecuaria.
- **Derecho Minero:** regula la explotación de la riqueza del subsuelo. La explotación de las riquezas minerales del suelo ha originado un derecho especial, destinado a regular importantes relaciones privadas y proteger altos intereses públicos, por lo que alberga gran cantidad de normas de Derecho Público (administrativo)
- **Derecho Internacional Privado:** regula las relaciones jurídicas de derecho privado con elementos extranjeros (nacionalidad o domicilio de las personas, ubicación de



los bienes, etc.) y el derecho privado aplicable en esos casos (derecho nacional o derecho extranjero por mandato de la ley nacional).

La Ley Nacional 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, unifica la normativa nacional Civil y Comercial, antes separada, fue sancionada el 1º/10/14, promulgada el día 7/10/14 y publicada en el B.O. el día 8/10/14, y en su art. 7 ordenaba: "La presente ley entrará en vigencia el 1º de enero de 2016". Sin embargo, la Ley N° 27.077 publicada en el Boletín Oficial 19/12/2014 en su art. 1º sustituye el art. 7 de la ley 26.994 por "La presente ley entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015".

A 2 años de su entrada en vigencia y teniendo en cuenta la importancia y la extensión de los derechos y obligaciones que regula este Nuevo Código Civil y Comercial Nacional, consideramos útil publicar el siguiente comentario:

El intempestivo adelanto en su vigencia no permitió que la población (a través de la difusión masiva) ni los especialistas (a través de la necesaria capacitación profesional y el estudio pormenorizado de la nueva normativa) pudieran tener un conocimiento acabado de las innovaciones que esta Ley introdujo al momento de su entrada en vigencia. Los motivos de tal dificultad son a) Este cuerpo legal **no contiene NOTAS** al pie del articulado, ellas hubieran aportado mayor claridad en aquellos artículos novedosos y/o en las contradicciones y oscuridades que presenta (en el Código Civil derogado que fue sancionado por la ley N° 340, el 25 de setiembre de 1869, para regir a partir del 1º de enero de 1871, Velez Sarfield, el codificador, expone el origen y los fundamentos de la opción adoptada, o bien cita o transcribe leyes y párrafos de tratadistas que le sirvieron como fuente. Estas notas son muy valiosas desde el punto de vista doctrinario. En ellas el codificador plantea el problema, resume los argumentos y escoge una resolución, siempre en pocas palabras. Gracias a esto, el Código se convirtió en un verdadero tratado de Derecho comparado que resultó muy útil debido a que el material bibliográfico con el que se contaba a fines del siglo XIX era muy reducido); b) Tampoco contamos todavía con la interpretación jurisprudencial ni doctrinaria acabada por el escaso tiempo transcurrido desde su reciente creación. Aún con esta salvedad, a diciembre de 2017, la Doctrina y la Jurisprudencia han aportado un muy importante trabajo sobre el Código que nos rige.

## DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL

Las relaciones entre los Estados Soberanos suponen la existencia de una comunidad jurídica internacional (convivencia internacional) que ha nacido y se desarrolla como consecuencia de las relaciones necesarias entre los países y se rige por el **Derecho Internacional Público**, acuerdos o Tratados en que intervienen los Estados que así lo deciden.

Las relaciones entre cada uno de los Estados y sus habitantes y las de los habitantes del territorio de ese Estado entre sí, son reguladas por el **Derecho Interno**.

El **derecho internacional tiene influencia en el derecho interno** de los países. En nuestro caso, por ejemplo, la Constitución Nacional ordena en el art. 31. "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación;..." Los Tratados Internacionales, una vez firmados por el Poder Ejecutivo Nacional y ratificados por Ley del Congreso (Poder Legislativo de la Nación), integran el derecho interno.



Recíprocamente, los principios del derecho interno, son los que encaminan la política internacional de un país, determinando su postura en las reuniones y compromisos internacionales.

## FUENTES DEL DERECHO

La Ciencia del Derecho utiliza, habitualmente, metáforas (*ramas del Derecho, laguna de la ley, etc*) en su expresión o vocabulario técnico. Por ejemplo, los **modos** en que se establece o se crea la normativa jurídica se denomina "**Fuentes del Derecho**" (cómo o a partir de qué nace o **surge un Derecho**, a semejanza de las "fuentes de agua o de energía").

Tradicionalmente se las clasifica en Fuentes Materiales y Fuentes Formales.

### LAS FUENTES MATERIALES

Son los factores y elementos de la convivencia social que provocan, caracterizan y determinan el contenido de las normas jurídicas, en un tiempo y lugar determinado. Por ejemplo, los expertos y la sociedad manifestando en las calles o en los medios de comunicación o juntando firmas en mesas que se instalaban en la calle, constituyeron la *fuerza material de la modificación de la ley matrimonio que en 1987 incluyó el divorcio vincular*, el que, recién a partir de ese momento, habilitó a los divorciados a contraer segundas nupcias.

### LAS FUENTES FORMALES

Son las manifestaciones exteriores (actos) de la voluntad social, orientadas y dispuestas a crear el derecho (relaciones jurídicas reales, normativa jurídica (general, obligatoria, coercible, coactiva), opiniones científicas, aplicación de la ley por el Estado en la resolución del conflicto. Ellas son:

#### ▪ LA COSTUMBRE

Históricamente, fue la primera y exclusiva fuente del Derecho. Es la forma espontánea de creación del Derecho, ya que surge directamente de la voluntad dominante en el pueblo o la sociedad expresada en su conducta **repetida, habitual y considerada obligatoria por todos**. Actualmente, sobre todo en los sistemas continentales como el nuestro (base escrita), es una fuente excepcional, se aplica sólo en situaciones no regladas legalmente (si no existiera ley al respecto) o cuando la ley nos remite a ella.

Los **elementos necesarios de la costumbre** para que ella constituya una fuente del derecho son:

1. ser una regla de conducta nacida de la **práctica social repetida o habitual**, sostenida en el tiempo (habitualidad: elemento material o *corpus*) y



2. esta regla de conducta debe ser **considerada obligatoria** por la sociedad en general (convicción de obligatoriedad: elemento espiritual o *animus*), por ello, puede ser aplicada por los Jueces (ver más arriba el ejemplo de norma jurídica consuetudinaria sobre el nombre de las personas).

Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) dispone en el Anexo I, Título Preliminar:

**Art. 1º.- Fuentes y aplicación.** *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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. 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.*

Es decir que *la costumbre* puede considerarse **fuentes** del Derecho de carácter **vinculante**, sólo: a) si las leyes se refieren a ella (ejm. el CCyC ordena que la forma de los contratos deberá ser la que ordene la ley o los *usos y costumbres* en el lugar de su celebración) o b) en los casos de *laguna de la ley* (cuando no existe una ley que se refiera a esa situación planteada, como en el ejemplo del nombre de las personas humanas antes de la vigencia de la Ley del nombre).

#### ▪ LA JURISPRUDENCIA

Es el **conjunto** de sentencias judiciales concordantes sobre un mismo tema.

Por ejemplo, podemos afirmar que la jurisprudencia es pacífica –es decir, coincidente– respecto de la responsabilidad de los Centros Comerciales (supermercados) sobre los daños sufridos por los vehículos dejados por sus clientes en los estacionamientos que ellos ofrecen a tal fin.

Las sentencias son normas jurídicas individuales, dictadas por los Jueces en un caso concreto en el cual las partes plantean un conflicto y lo exponen ante el Juez para que él decida sobre sus respectivos derechos y obligaciones. Por lo tanto decimos que la sentencia es una norma individual porque sólo debe ser cumplida por las partes intervinientes en el conflicto resuelto por el juez.

La jurisprudencia ordinaria o común, de la cual se desprenden criterios de interpretación de las leyes aplicadas por el Juez interviniente en el caso, **no obliga** a los Jueces que en el futuro deban decidir sobre conflictos similares a fallar conforme a esos criterios interpretativos (jurisprudencia), puede aplicar la misma ley con una interpretación diferente, es decir, es una Fuente del Derecho de carácter **no vinculante**.

#### CASO ESPECIAL DE JURISPRUDENCIA: EL FALLO PLENARIO.

#### ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial de la Nación está organizado jerárquicamente en 2 Instancias en cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución Nacional ("CN") y Tratados Internacionales: el juez de primera instancia en la materia (Fuero) y la Cámara de



Apelaciones correspondiente, que es la segunda instancia revisora. El sistema judicial argentino dispone una tercera instancia excepcional que es la revisión del caso por el máximo tribunal de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo sucesivo "CSJN" aunque no es obligatoria como las anteriores, ya que la misma CSJN puede decidir en qué causas intervenir y cuáles no revisar). Esquematizamos como ejemplo, el Fuero Civil:

3ª Instancia (excepcional)	CSJN
2ª Instancia	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (colegiado)
1ª Instancia	Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil (unipersonales)

Los Tribunales Nacionales de Primera Instancia son unipersonales: un solo Juez a cargo de cada uno de ellos. Hay más de 100 Juzgados de Primera Instancia en el Fuero Nacional Civil que entienden en causas de la Capital Federal o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ellos se inicia el proceso o juicio; se accede por sorteo y continúa el trámite hasta la sentencia. Nuestro sistema judicial garantiza el derecho del judiciable (la persona que somete su conflicto a la decisión del Juez) de apelar (garantía de la doble instancia), es decir que, en el caso de que el actor o el demandado no estén conforme con la sentencia de Primera Instancia, tienen derecho a recurrir – mediante el recurso de apelación – al Tribunal de Segunda Instancia, la Cámara de Apelaciones (Tribunal colegiado, compuesto por más de un juez) que revisará la sentencia dictada en Primera Instancia, pudiendo confirmarla o dejarla sin efecto y modificarla.

Para poder intervenir en la gran cantidad de expedientes que llegan a la Cámara por apelación desde los Tribunales inferiores (como dijimos, más de 100 en el caso del Fuero Nacional Civil), la Cámara de Apelaciones **se divide en Salas**. Cada Sala se constituye con 3 Jueces de Cámara. Los expedientes apelados acceden a la Sala que les corresponde por sorteo.

Entonces, **la suma de todas las Salas** –que no son más que divisiones funcionales **conforma la Cámara de Apelaciones**. Una vez que se expide la Cámara (Tribunal de Segunda Instancia), ese juicio adquiere la situación de **cosa juzgada**, ya no puede volver a plantearse el mismo conflicto entre las mismas partes, la **sentencia queda firme**.

### EL FALLO PLENARIO

Si reclamamos similares fueran resueltos en Segunda Instancia, por las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones, de manera opuesta, contradictoria, se crearía una situación, para la sociedad, es decir, para todos nosotros, de **inseguridad jurídica o escándalo jurídico**, ya que, según la Sala que me toque en el sorteo, tendré un derecho o lo perderé: mi derecho dependerá del puro azar, no de la equidad o la justicia.

No poder garantizar a todos el mismo derecho significa violar el art. 16 de la CN, es decir, no respetar la igualdad ante la ley, por eso se denomina **"escándalo jurídico"**.

**Ejemplo:** en épocas de gran **inflación (deterioro del valor de nuestro signo monetario)**, en nuestro país se discutía entre deudores y acreedores el derecho de aplicar índices de corrección a las deudas pendientes a efectos de no perjudicar los derechos del



acreedor y **mantener la equidad** entre las partes. En los hechos, las sentencias de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resultaron contradictorias, algunas ordenaban aplicar a las deudas pendientes índices de actualización del valor de nuestra moneda (**indexación**) y otras Salas rechazaban esa posibilidad. Se creó, entonces, una **situación escandalosa** en la que dos acreedores en situaciones similares tenían **derechos diferentes**: uno, de exigir la actualización del valor de lo adeudado, el otro no, sólo debía recibir lo pactado, de monto escandalosamente menor.

Para este tipo de situaciones existe un remedio procesal en nuestro ordenamiento, el **fallo plenario**.

Entonces, en situaciones en las que la diversidad de criterios de interpretación de la ley aplicados por las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones sobre una misma situación, genera fallos diversos, contradictorios, injustos para algunos, creando incertidumbre en las personas sobre sus derechos, con el fin de **unificar jurisprudencia** y resolver la cuestión, la Cámara de Apelaciones debe **reunirse en pleno** (todos los jueces de todas las Salas) a efectos de votar una sola interpretación sobre el tema que produjo el escándalo.

El **fallo plenario**, entonces, es la decisión del Tribunal de Segunda Instancia o Cámara de Apelaciones de un fuero (Civil, Comercial, del Trabajo, etc.), **reunido en pleno**, es decir, todos los integrantes de la Cámara. Esa decisión o fallo de Cámara (resultado del voto de la mayoría) es la **interpretación unificada** de la ley sobre el tema planteado que será obligatorio aplicar a partir de ese momento tanto para todas las Salas de la Cámara como para los Tribunales inferiores (primera instancia), por eso, reiteramos, una vez dictado, **el fallo plenario, es una fuente jurisprudencial vinculante para todas las Salas de la Cámara y para todos los Tribunales inferiores del fuero**.

La jurisprudencia plenaria sólo podrá modificarse por un nuevo fallo plenario que la sustituya.

Respecto de esta importante fuente del Derecho queremos consignar que, el **Poder Ejecutivo promulgó el día 09/05/13 la ley 26.853** que crea tres nuevas Cámaras de Casación en los fueros Contencioso Administrativo, Civil y Comercial, del Trabajo y la Seguridad Social que fue publicada en el boletín Oficial el 17/05/13.

El motivo expuesto en el proyecto (del Poder Ejecutivo), votado por mayoría en ambas Cámaras, fue la **necesidad de agilizar el trámite judicial**. Sin embargo, estas **nuevas Cámaras de Casación conforman una nueva Instancia judicial, no excepcional**. Estos nuevos Tribunales conocerán los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara, es decir que, **a partir de su aplicación habrá hasta 4 Instancias posibles en vez de 3**.

El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales:

1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales.



3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.
4. Arbitrariedad.

Asimismo, esta nueva ley en su art. 12 **deroga** los arts. 302 y 303 del Código Procesal que regulan los **fallos plenarios**.

El art.15 de la misma ley prescribe que "la presente ley entrará en vigor a partir de su publicación. Una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente, será de aplicación a todos los juicios, **aun a los que se encuentren en trámite**".

Para cubrir los cargos en cada Cámara, la ley también crea "siete cargos de juez de cámara de casación, un cargo de secretario general, dos cargos de secretario de cámara, cuatro cargos de prosecretario de Cámara y los cargos del personal administrativo y de servicios correspondientes". También se crearon los cargos de fiscales para cada una de las cámaras, de defensor público y de defensor público de menores e incapaces (en total 213 nuevos cargos).

Posteriormente, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN** en su Acordada 23/13 dijo al respecto:

*"...3º) Que frente a la sanción de leyes modificatorias de la competencia atribuida a tribunales nacionales o federales, que crearon nuevos órganos judiciales o transformaron los existentes, o que implementaron nuevos procedimientos, esta Corte ha tomado intervención a fin de poner en ejercicio las atribuciones constitucionales que le han sido reconocidas en su condición de único titular del Poder Judicial de la Nación... con el objeto de evitar situaciones frustratorias de garantías constitucionales de los justiciables o de atolladero institucional en la administración de justicia..."*

*"...4º) Que en el caso ese mandato se ahonda, pues las nuevas disposiciones han creado órganos judiciales que conocerán de recursos promovidos contra sentencias dictadas por cámaras nacionales y federales que (...) constituyen regularmente el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario por ante esta Corte. Esta circunstancia impone actuar con la mayor celeridad mediante reglas claras y cognoscibles para los justiciables (...) en la medida en que la ley de que se trata compromete el alcance de uno de los recaudos propios que condiciona la admisibilidad de aquella instancia que, como se viene señalando enfáticamente desde el precedente "Jorge Antonio" (...) habilita la jurisdicción de raigambre constitucional que esta Corte ha calificado como "más alta" y "eminente"*

*"...5º) Que en las condiciones expresadas, esta Corte considera razonable mantener la regla que ha seguido ante situaciones sustancialmente análogas y, en consecuencia, disponer que la aplicación del nuevo ordenamiento se halla supeditada a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales llamados a asumir la competencia que les atribuye la ley 26.853..."*

*"...6º) Que en el marco de las atribuciones y de las relevantes responsabilidades que corresponden únicamente a esta Corte como órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial (conf. acordada 4/2000, resolución N° 986/13), oportunamente se dictarán por el Tribunal las medidas necesarias y apropiadas –con la participación de las dependencias funcionales correspondientes– para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente."*



Por ello, ACORDARON:

"I. — Declarar que la operatividad de los recursos procesales que contempla la ley 26.853 se halla supeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea.

II. — Hacer saber que oportunamente el Tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente."

Incluimos este ejemplo de la realidad contemporánea, de *nuestra historia reciente*, para mostrar la dinámica de la actividad de los tres Poderes del Estado Nacional - Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial - respecto de lo ordenado por la nueva Ley Nacional. Lo hacemos a efectos de poner de manifiesto la *constante y necesaria interacción y control entre ellos* en el desarrollo del gobierno de nuestro país cumpliendo con el art. 1 de la CN que declara la **FORMA REPUBLICANA** de gobierno.

A la fecha de la edición/publicación de este libro los nuevos Tribunales -Cámaras de Casación- no han sido creados, debemos esperar, entonces, para saber cuál será la suerte de los temas involucrados en la ley referida. Por el momento la vigencia o no de los fallos plenarios admite interpretaciones diversas a pesar de la Acordada mencionada. Por un lado, se posicionaron los que señalan que la derogación de los artículos 302 y 303 recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los Tribunales que se crean con la Ley 26853, razón por la cual, hasta ese momento continua vigente la posibilidad de autoconvocarse y la obligatoriedad de la doctrina plenaria y por otro, los que sostienen que los citados artículos quedaron derogados a partir de la publicación de la citada ley en el Boletín Oficial, la que tuvo lugar el día 17 de mayo de 2013

#### • LA DOCTRINA

Es el producto de la actividad científica de los Juristas: las opiniones de los científicos del Derecho, expresadas en sus trabajos, como fuente del Derecho. Esta Fuente **no tiene carácter vinculante** pero, sin embargo, tanto en las sentencias judiciales como en los fundamentos de las demandas judiciales podemos apreciar la **gran influencia** que tiene la **Doctrina sobre las decisiones de los Jueces y abogados**. La influencia mayor o menor de la doctrina como fuente, está ligada al **prestigio académico y científico** de cada uno de los Juristas.

Asimismo, la Doctrina, es una herramienta auxiliar para la comprensión de las normas jurídicas y para su interpretación, no sólo para abogados o jueces, especialistas en Derecho, sino también para cualquier ciudadano que quiera conocer acabadamente sus derechos. Cuando existe doctrina coincidente de juristas reconocidos por su trayectoria -doctrina dominante o unánime-, esta fuente del Derecho es de gran importancia práctica en la defensa de los derechos de las personas.

#### ▪ LA LEY

En los sistemas continentales o romano-germánicos como el nuestro, la Ley es la fuente principal del Derecho, (**carácter vinculante**).

Este tema se desarrollará en el Capítulo Segundo.