

Módulo 3

APLICACIÓN TÉCNICA DEL DERECHO

Introducción

7. TÉCNICA JURISDICCIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

7.1 Relaciones jurídicas conflictivas

7.2 La sentencia judicial

7.3 Efectos de la sentencia

8. LAS FUENTES DEL DERECHO

8.1 Fuentes del derecho: diversas acepciones

8.2 Las fuentes del derecho según las distintas escuelas

8.3 El orden jerárquico de las fuentes en el derecho argentino

9. HERMENÉUTICA JURÍDICA

9.1 ¿En qué consiste la aplicación heterónoma del derecho?

Descarga del contenido

Introducción



En el presente módulo nos ocuparemos del análisis de las relaciones humanas conflictivas y sus posibles soluciones a través del empleo de métodos de solución creados a lo largo de la historia. Nos ocuparemos, además, del estudio de los métodos modernos de resolución de controversias.

Contemplaremos la sentencia judicial y las diferentes fuentes del derecho, exponiendo cómo entendieron a las mismas las diferentes escuelas jurídicas.



Objetivos del módulo

- Percibir la existencia de relaciones jurídicas conflictivas.
- Precisar los métodos antiguos de solución de conflictos.
- Reconocer los métodos modernos de solución de conflictos.
- Diferenciar las distintas acepciones de la expresión sentencia judicial.
- Evaluar el proceso de evolución de las fuentes del derecho.
- Diferenciar y explicar la concepción sobre las fuentes del derecho de las distintas escuelas.

- Precisar el grado de obligatoriedad de las fuentes del derecho.
- Contemplar la función de las fuentes del derecho.

UNIDAD 7

Técnicas jurisdiccionales
de la resolución de
conflictos

7.1 Relaciones jurídicas
conflictivas.

7.2 La sentencia judicial.

7.3 Efectos de la sentencia.

UNIDAD 8

Las fuentes del derecho

8.1 Fuentes del derecho:
diversas acepciones.

8.2 Las fuentes del derecho
según las distintas escuelas.

8.3 El orden jerárquico de las
fuentes en el derecho

argentino.

UNIDAD 9
Hermenéutica Jurídica

9.1 ¿En qué consiste la aplicación heterónoma del derecho?

CONTINUAR

7.1 Relaciones jurídicas conflictivas



La búsqueda de las soluciones posibles nos lleva a estudiar los métodos empleados a lo largo de la historia para luego ocuparnos de los métodos modernos, persiguiendo diferenciar las técnicas autónomas de las heterónomas.

Simulación caso real de Mediación

En este video nos convertiremos en testigos presenciales de una audiencia de mediación, una de las técnicas de resolución de conflictos. Nuestro objetivo es tomar contacto con la implementación práctica del método para que podamos analizarla con un espíritu crítico.



Fundación SIGNUM (2014). *Simulación caso real de Mediación (versión completa)*. [Video] Vimeo.

Relaciones jurídicas conflictivas

El ser humano es simultáneamente un ser social y antisocial que necesita vivir en comunidad para realizarse plenamente. Con frecuencia no ejerce sus funciones propias, no cumple con sus deberes, y entra en controversias y pugnas con aquellos con los que convive. Cuando a causa de las disputas, las personas se sienten desprotegidas e inseguras frente al mundo, contrariadas en sus relaciones personales y ajenas al proyecto común, la sociedad, para poder seguir funcionando, debe igualar las posibilidades para que todas las personas puedan vivir dignamente, inculcando ciertos patrones de conducta y procurando que todos colaboren para alcanzar los fines sociales.

Un conflicto es una relación jurídica que posee un sentido desvalioso y un significado normativo claramente ilícito o controvertido. Se trata de un tramo de conducta compartida que, habiendo comenzado sobre la base de una buena avenencia y entendimiento, se torna conflictivo. En toda desavenencia, las partes vivencian directamente la injusticia por la discordia y falta de paz, al tiempo que reclaman el ejercicio del poder que lo solucione.

A ese tramo de conducta compartida con valor negativo las normas le proveen su significado jurídico objetivo, aunque no siempre con absoluta precisión y claridad.

A lo largo de la historia, se fueron buscando distintas formas de dar solución a los conflictos referidos.



En la antigüedad, los conflictos se resolvieron mediante la venganza privada. Por este método primitivo, el agredido o su grupo de pertenencia, devolvían la agresión al victimario. Este sistema de resolución de conflictos presenta más inconvenientes que ventajas. En general, la víctima exacerbada suele devolver una agresión mayor que la padecida. De esta forma pasa a ser victimario de su agresor quien, más exaltado todavía, intenta retribuirle una agresión superior, generando de esta forma una escalada de violencia que en vez de resolver el conflicto lo agrava.

La venganza privada, en vez de solucionar las desavenencias, las profundiza. Por eso, los pueblos antiguos prescribieron el talión como límite al ejercicio de la justicia salvaje. La ley del talión se basaba en el principio

de que al delincuente se le debía inferir el mismo mal que él le había causado a la víctima. Este sistema, al introducir el concepto de proporcionalidad de la pena, supuso un avance frente a la venganza incontrolada, aunque su aplicación continuó estando en las manos del ofendido y no en las de un juez.

Casi todos los pueblos antiguos acotaron la venganza al agravio padecido. Por ejemplo, en Israel este límite lo encontramos en el libro del Éxodo. Por otra parte, la persona que padeció la agresión y sus allegados muchas veces no tienen la certeza de quién fue el victimario y dirigen su venganza justiciera contra aquellos que creen que son los culpables. Es sabido que en las multitudes el sentimiento se suma y el pensamiento se resta. Una turba enardecida que la emprende contra quien considera responsable no es más que un grupo humano masificado que no brinda ninguna garantía de justicia y, con frecuencia, las consecuencias las padecen personas totalmente inocentes que terminan muertas por un linchamiento.



Métodos modernos de resolución de controversias

Actualmente, existen formas más evolucionadas de resolver los conflictos. Algunas dependen totalmente de la voluntad negociadora y conciliadora de las partes en pugna; otras consisten en acatar una solución impuesta por un árbitro elegido libremente por los contendientes. Si las partes ni siquiera pudieran ponerse de acuerdo para elegir quién va a resolver su disputa, la tarea recae entonces en los órganos jurisdiccionales del Estado, que para restaurar la paz ejercen el poder estableciendo normas individuales y coactivas llamadas sentencias.

La negociación como técnica autónoma

Negociar significa etimológicamente negar el ocio, ponerse en actividad, asumiendo personalmente la tarea de solucionar el conflicto y creando, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, una norma particular de carácter contractual. Podrán negociarse todos aquellos casos que pueden ser objeto de transacción. El art. 1641 del Código Civil y Comercial dice que “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio o ponerle fin haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

Los acuerdos transaccionales a los que arriban libremente las partes para solucionar sus conflictos poseen:

a) El efecto de cosa juzgada en razón de lo dispuesto por el art. 1642 del CCCN, lo que significa que las convenciones pactadas en el acuerdo transaccional no pueden volver a discutirse por las partes. b) La fuerza ejecutoria derivada de su carácter contractual en virtud de lo que dispone el art. 959 del mismo cuerpo legal, por la que el Estado pone a disposición de cualquiera de las partes la fuerza pública que monopoliza para obligar a la otra a cumplir lo convenido.

En la práctica podemos distinguir tres tipos de negociaciones: Directa, indirecta o asistida, también conocida como mediación. Según nuestro parecer, no hay diferencias técnicas sustanciales entre la mediación y la conciliación. Por eso, a esta última la asimilamos a la primera.

Negociación directa —

Es la que se da cuando las partes en conflicto logran arribar a una transacción que soluciona el problema de forma satisfactoria para todos los contendientes. La denominamos técnica autónoma porque depende de la autonomía de voluntad, la facultad de señorío de los sujetos en pugna que, mediante el diálogo y haciéndose recíprocas concesiones, logran poner fin a la desavenencia creando una norma particular de

carácter contractual. Así, si una persona al realizar reformas en su propiedad provoca daños en la del vecino, pero ambos logran establecer un diálogo, negociar y convenir una forma para que el damnificado sea resarcido, el conflicto queda solucionado merced al acuerdo transaccional al que autónomamente las partes han arribado.

Negociación indirecta

Se da cuando una o varias de las partes en conflicto, por imposibilidad o incapacidad para negociar, no pueden arribar por si solas a una transacción y recurren a un tercero para que los represente y solucione satisfactoriamente su disputa. También es una técnica autónoma porque depende de la voluntad de los sujetos en pugna comisionar a alguien idóneo —generalmente un abogado— para que, actuando por ellos, exija y haga las concesiones necesarias para arribar a una transacción. En el ejemplo anterior, si una o las dos partes por razones de edad, falta de instrucción o simplemente ausencia no pudieran negociar personalmente, podrían encargar esta tarea a terceros que solucionen por ellos el conflicto mediante un contrato de transacción.

Negociación asistida o mediación

Se da cuando las partes en conflicto, imposibilitadas para negociar personalmente o por medio de sus representantes, solicitan la colaboración de un tercero neutral técnicamente entrenado para ayudarlos a arribar a una transacción satisfactoria. También aquí estamos en presencia de un método autónomo porque, aunque medie un tercero que coadyuva a la negociación, en última instancia la solución del conflicto depende de la autonomía de la voluntad de las partes en pugna. En el ejemplo anterior, si los vecinos no pudieran negociar, pero tuvieran al menos el interés de hacerlo, podrían ponerse de acuerdo para solicitar la colaboración de un experto en negociación llamado mediador para que los ayude a arribar a un contrato de transacción.

El arbitraje como técnica parcialmente autónoma

El arbitraje es una técnica de solución de controversias mediante la cual, para ciertos supuestos, la ley autoriza a las partes a elegir a un tercero para que, ejerciendo una jurisdicción limitada, entienda en el

problema y ponga fin a la contienda creando una norma particular llamada *laudo*. La denominamos *técnica parcialmente autónoma* porque la controversia la resuelve un juez elegido por las partes (denominado *árbitro*) para distinguirlo de los órganos jurisdiccionales del Estado que gozan de una jurisdicción plena.

El árbitro recibe sus facultades directamente de las partes y solo con relación a ellas reviste el carácter de juez, no pudiendo pronunciarse más que sobre las cuestiones propuestas.



Pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción, la que solo es permitida respecto de intereses pecuniarios. Según lo establecido por el art. 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación:

“Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- Las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; las cuestiones de familia.
- Las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto.
- Las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacionales o locales”.

Según el art. 1652, el arbitraje puede ser:

1

De derecho, que es aquel en que el árbitro, actuando como órgano competente, siguiendo los procedimientos y respetando los contenidos previstos por las leyes, emite una norma particular válida y ejecutable mediante el auxilio jurisdiccional denominada *laudo arbitral*; y

2

De amigables compondores, es aquel en que los árbitros no están sujetos a las normas procesales y resuelven según su leal saber y entender.

A pesar de la mayor libertad y discrecionalidad que poseen en la búsqueda de la solución del conflicto, igualmente deben respetar las normas constitucionales del debido proceso legal.

Los distintos tipos de arbitraje que mencionamos corresponden a lo que se denomina el *arbitraje interno o doméstico*. Pero cuando la controversia excede los límites de un Estado, se la resuelve mediante un arbitraje internacional. Por ejemplo, cuando las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o domicilios en Estados diferentes, o también cuando el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excediera los límites de un Estado (Leonardi de Herbón y Feldstein de Cárdenas, 1994, p.28).

El proceso judicial como técnica heterónoma

Denominamos *heterónoma* a esta técnica porque la controversia la resuelve un órgano jurisdiccional del Estado especialmente instituido para esta tarea. Es el juez o un tribunal el que, siguiendo los procedimientos y respetando los contenidos de las normas superiores, conoce y valora los hechos y aplicando el derecho, crea una norma individual denominada sentencia.

La imposición jurisdiccional de esta norma particular es el acto por el cual el Estado resuelve con carácter definitivo un conflicto. Para ello, la sentencia está investida de la autoridad de la cosa juzgada y de fuerza ejecutoria. Por la primera, las decisiones de los jueces no pueden volver a discutirse por las partes y por la segunda, el Estado pone la fuerza pública que monopoliza a disposición del vencedor para obligar al perdedor a cumplir el fallo (Alsina, 1963, p. 32).

Al órgano jurisdiccional se puede acudir:

1

Directamente, para resolver disputas —salvo en los casos de mediación o conciliación previa obligatoria.

2

Después que hayan fracasado una o varias de las técnicas autónomas de resolución de las controversias.



3

Para exigir el cumplimiento forzado de los acuerdos contractuales o laudos arbitrales incumplidos.

4

En aquellos supuestos para los que la ley solo prevé como medio para resolver el conflicto la instauración de un proceso judicial.

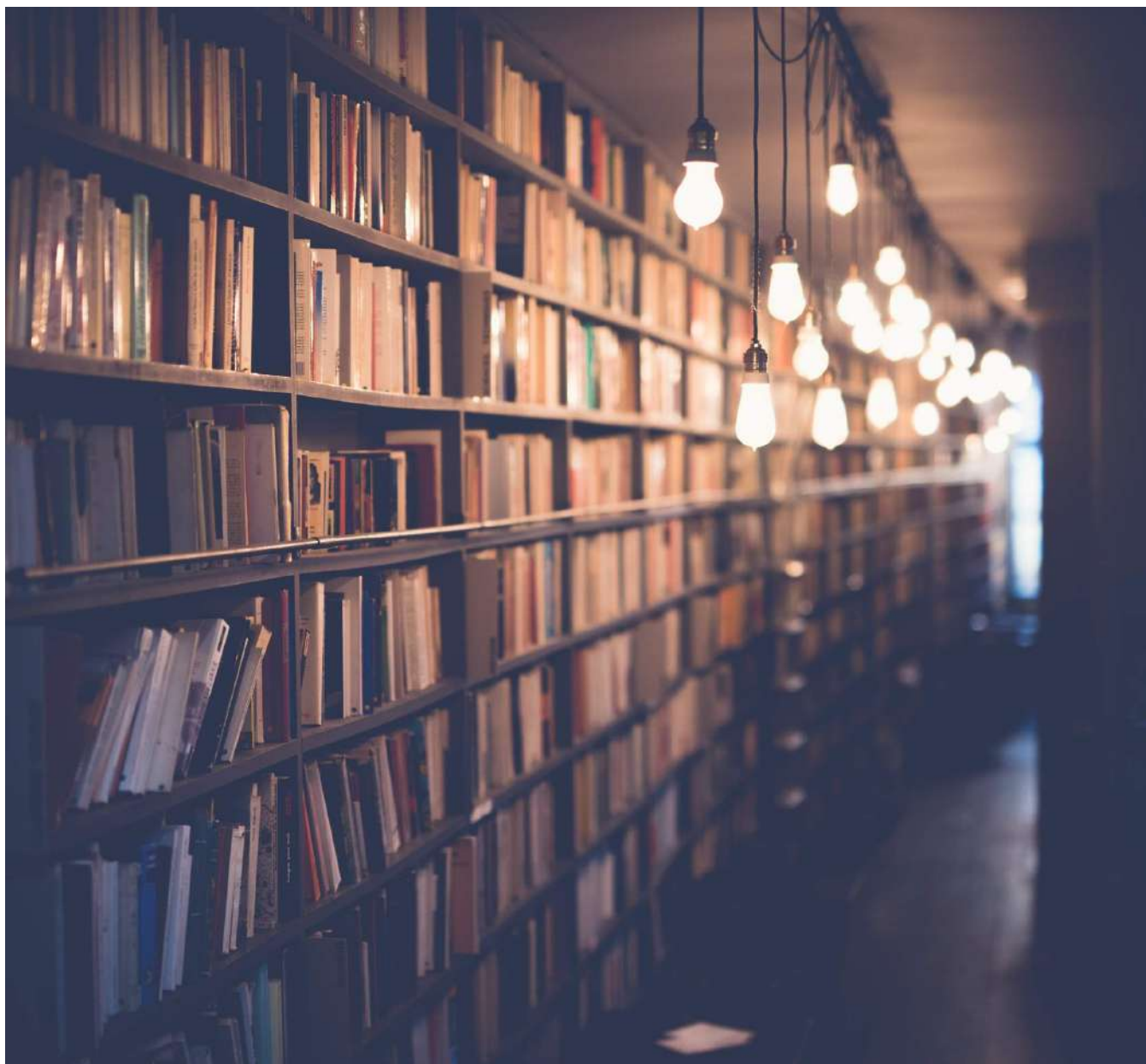
CONTINUAR

7.2 La sentencia judicial

Las leyes son establecidas y las costumbres generadas para ser aplicadas a los casos concretos. Como la primera posibilidad que se le presenta a cada persona es la de cumplir con su propio deber, lo habitual, lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos, es que esa aplicación se produzca espontáneamente, que la prestación sea voluntariamente realizada por el sujeto obligado. Pero para el caso en que este no cumpla con su deber, el titular del derecho subjetivo dispone de la facultad para accionar provocando la intervención de los órganos jurisdiccionales para que se haga justicia.

Debemos aclarar que estamos empleando el término *acción* no con el significado de mínimo tramo de conducta, sino con el sentido de modo de hacer valer los derechos. Una acepción técnica que, originada en la *actio* del Derecho romano, mantiene plena vigencia en el Derecho procesal. La acción, decía el jurista Celso (D. 44.7.51), no es otra cosa más que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe.

Como consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional, la acción es el derecho subjetivo que faculta a una persona a requerir la intervención del Estado al efecto de efectivizar su pretensión jurídica.



La sentencia es un acto procesal

La sentencia como acto jurídico procesal consiste en la aplicación de una norma general llevada a cabo por un órgano jurisdiccional del Estado, declarando la protección que aquella le acuerda a un determinado derecho subjetivo cuando existen intereses en actual o potencial conflicto.

En un sentido amplio, la palabra *sentencia* designa genéricamente todo acto de aplicación del derecho objetivo mediante la cual un juez o tribunal competente resuelve las peticiones de las partes o dispone

medidas procesales. De acuerdo al contenido de la decisión, esa actividad jurisdiccional puede resolver una cuestión incidental planteada durante la tramitación del proceso —sentencia interlocutoria— o dirimir el conflicto poniendo fin al juicio —sentencia definitiva—.

La sentencia, cuando es definitiva pone fin al conflicto dirimiendo las cuestiones debatidas. En consecuencia, es un modo de conclusión del proceso judicial.

La sentencia es un documento

La sentencia como documento es un instrumento público otorgado por un funcionario competente —un juez o tribunal—, cumpliendo las formalidades prescriptas por las leyes en el cual consigna el acto procesal de aplicación del derecho objetivo.

Las **formalidades** prescriptas por las leyes se dividen en:

1

Extrínsecas, que son todos los requisitos externos que no se refieren a las cuestiones de fondo controvertidas en el proceso.

2

Intrínsecas, llamadas también *elementos de la sentencia*, que son las partes donde se tratan los temas disputados cuyo desarrollo y exposición debe responder a reglas uniformes exigidas por las leyes procesales.



Formalidades extrínsecas

La sentencia como documento está destinada a constatar la expresión del juicio del magistrado sobre la cuestión sometida a su decisión y como tal, reviste los caracteres de un instrumento público, ya que se trata de un acto otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones y en la forma que las leyes prescriben (art. 290 del CCCN). En este sentido, toda sentencia para ser válida debe estar instrumentada por escrito, debe consignar la fecha de su emisión y debe estar firmada por el juez o los jueces otorgantes.

INSTRUMENTACIÓN	FECHA	FIRMA
-----------------	-------	-------

Tanto en los procesos escritos como en los orales, la sentencia debe expresarse por escrito, en idioma castellano, por medios informáticos o mecánicos, en los mismos autos, con transcripción cronológica en un protocolo especial, rubricado y foliado, llevado al efecto por el secretario de donde se podrán extraer luego los testimonios que sean necesarios.

INSTRUMENTACIÓN	FECHA	FIRMA
-----------------	-------	-------

Debe indicar con exactitud el día, mes y año en que fue dictada. La indicación completa de la fecha permite verificar si fue emitida dentro del plazo fijado al juez para pronunciarse y si el día que emitió la sentencia era hábil o inhábil, ya que las actuaciones procesales, salvo excepciones, deben efectuarse en día hábil bajo pena de nulidad.

INSTRUMENTACIÓN	FECHA	FIRMA
-----------------	-------	-------

Debe llevar la firma completa del juez o los jueces que la pronunciaron; algunas leyes exigen además que contenga la firma del secretario. Si falta la firma del juez, aunque la sentencia esté suscripta por el secretario, carece de fuerza normativa. Esta omisión no puede ser subsanada por un tribunal superior.

Formalidades intrínsecas

Aunque muchas veces los tres elementos no se presenten claramente perfilados, toda sentencia debe contener: *Resultandos* que sinteticen los hechos probados en autos; *considerandos técnico-jurídicos*, que son la expresión de la comprensión e interpretación objetiva de los hechos probados y fallo dispositivo de la cuestión sometida a juicio.

Resultandos

Es la primera parte de la sentencia donde se exponen los hechos. En ella se consigna todo lo que resulta de los documentos y escritos que recogen las actuaciones de un procedimiento judicial. El juez resume la demanda, la contestación y todo el trámite del expediente, detallando la designación de las partes, el objeto del litigio, las distintas versiones de los hechos, la causa de la pretensión, el fundamento jurídico y la relación de todo el trámite probatorio.

Considerandos

Es la parte donde el juez debe exponer la motivación de su decisión, las razones que lo llevan a adoptar una determinada solución. Dentro de los considerandos podemos distinguir: a) El examen de la prueba que detalla lo que resulta acreditado respecto de los hechos alegados por las partes. b) La determinación de la norma aplicable con citación expresa de las leyes correspondientes, debiendo integrarse la norma legal en caso de laguna. c) El examen de las condiciones de la acción para determinar su procedencia (derecho: Normas que amparan el caso, calidad de las partes, legitimación activa y pasiva y, en materia de derecho privado, el interés: Requisito necesario para poner en movimiento la actividad jurisdiccional, ya que sin interés no hay acción).

Dentro de los considerandos debemos distinguir entre los argumentos esenciales denominados *ratio decidendi* de lo dicho de paso, llamados *obiter dictum*. Los primeros son la razón para decidir, los argumentos que constituyen la base de la decisión del tribunal, la motivación principal de la sentencia entendida como la formulación de la norma o principio general que constituye su fundamentación necesaria y que puede llegar a tener fuerza vinculante más allá del caso (art. 3 del CCCN). Los segundos son los razonamientos que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria y son un simple criterio de interpretación que solo poseen fuerza persuasiva en función del prestigio y jerarquía del tribunal del que emanan.

Fallo

Es el pronunciamiento definitivo en un proceso judicial, la parte dispositiva de la sentencia, condenando o absolviendo al demandado y resolviendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. La norma expresa y puntual sobre el contenido de la pretensión deducida que pone fin al pleito y produce los efectos de la cosa juzgada y la fuerza ejecutoria.

Debemos aclarar que toda sentencia debe contener necesariamente todas las formalidades extrínsecas e intrínsecas consignadas. Sin embargo, aun cuando ninguno de los tres elementos pueda estar ausente, muchas veces se presentan de manera indiferenciada. Así, mientras en las sentencias de primera instancia los resultandos y considerandos aparecen claramente escindidos, con frecuencia no lo están en las sentencias de los tribunales superiores que, redactadas de una manera más sintética, suelen remitirse a los resultandos de la sentencia que motivó el recurso.

La sentencia como norma

El CCCN en su art. 3° prescribe: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada." El acto procesal documentado por escrito mediante el cual el juez aplica la ley o la costumbre a un caso particular es, al mismo tiempo, un acto de creación normativa. De esta forma, los jueces, al crear la norma individual que pone fin al conflicto, están cumpliendo "... la función propia que les toca al completar la creación escalonada del derecho" (Cossio, 1964, p.179).

La sentencia constituye una norma distinta de la ley que aplica y del derecho que reconoce o acuerda. Es una norma nueva que se incorpora al ordenamiento jurídico, creando para las partes la obligación de acatarla. La sentencia es una norma jurídica individual, válida y legítima dictada por un juez competente con el fin de resolver, tras el debido proceso, un caso conflictivo o controvertido. De esta definición podemos extraer los siguientes caracteres:



CONTINUAR

7.3 Efectos de la sentencia

Cuando las personas que tienen un conflicto entablan un proceso judicial, pretenden obtener del órgano jurisdiccional una sentencia que decida definitivamente el litigio, de modo tal que la cuestión no pueda volver a discutirse en el mismo juicio ni en ningún otro posterior —*non bis in idem*—, y que en caso de contener una condena, esta pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones. A la irrevocabilidad de la sentencia se la llama cosa juzgada y a la posibilidad de hacerla efectiva sin más dilaciones se la denomina fuerza ejecutoria (Alsina, 1961).

Cosa juzgada

La expresión latina *res iudicata* significa cosa juzgada o juicio dado sobre la litis y constituye el efecto más importante de la sentencia: Su validez y estabilidad definitivas respecto de las partes en litigio y con relación a la concreta situación de hecho juzgada. Explica Alsina (1961): “Por eso se dice que la cosa juzgada es el principal efecto de la sentencia: otorga a esta la autoridad de la ley, que se extiende no solo a los mismos jueces, sino a todos los órganos del Estado; el legislador no puede dictar una ley desconociendo el derecho que una sentencia admite, ni puede el Poder Ejecutivo negar su auxilio para su cumplimiento” (IV:134).

La cosa juzgada se traduce en dos consecuencias prácticas:

1

Una negativa para la parte condenada o para aquel cuya demanda ha sido rechazada, ya que no podrá volver a discutir la cuestión decidida en ese juicio ni en ningún otro posterior.

2

Una positiva para la parte cuyo derecho ha sido reconocido, ya que le permite obrar en justicia sin que a ningún juez o a otra autoridad le sea permitido desconocer la decisión tomada (Alsina, 1961).

Para los romanos, la cosa juzgada se fundamentaba en la exigencia práctica de asegurar la certidumbre en el goce de los bienes. En el medioevo, se sostuvo que constituía una presunción de verdad. Savigny (1879), contra esa presunción, afirmó que la fuerza legal de la sentencia se fundaba en una ficción de verdad creada para dar estabilidad a las relaciones jurídicas. Desde entonces, se han enunciado diversas teorías para fundamentar este efecto de la sentencia, aunque consideramos que la más acertada es la que sostiene que responde a “la necesidad de seguridad jurídica a fin de dar estabilidad a las relaciones de derecho...” (p.166).

Cuando la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, se la considera la solución jurídica que corresponde al caso y la se tiene por verdadera —*res iudicata pro veritate habetur*—. La opinión que considere que una sentencia firme es *contra legem*, por muy razonable que sea, constituye tan solo un criterio particular de quien lo emite. La realidad jurídica es que esa sentencia ha quedado incorporada al ordenamiento normativo y que, de allí en más, prevalece jurídicamente frente a la opinión de cualquiera que la critique.

Según el grado de estabilidad que adquiera la sentencia podemos distinguir la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material. La primera se refiere a la imposibilidad de volver a discutir el asunto en el mismo juicio por haber consentido la sentencia o por haber agotado los recursos, aunque el caso pueda ser revisado en un juicio ulterior. Así, una sentencia irrecurrible, dictada en un juicio de ejecución de un pagaré, tiene fuerza de cosa juzgada formal que permite su ejecución, pero como no constituye cosa juzgada material, el condenado conserva el derecho de promover un juicio ordinario posterior sobre el mismo tema.

La cosa juzgada material, en cambio, se produce cuando a la irrecurribilidad se le agrega la inmutabilidad de la decisión. La sentencia no solo es inapelable, sino que además no puede ser reconsiderada ni cambiada en un juicio posterior. En la práctica puede haber cosa juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no a la inversa, porque la cosa juzgada material tiene como presupuesto la cosa juzgada formal. Así, una sentencia definitiva dictada en juicio ordinario de daños y perjuicios que queda firme, produce cosa juzgada material porque supone la inadmisibilidad de todo recurso —irrecurribilidad— y acarrea además la imposibilidad de que esa decisión sea modificada —inmutabilidad—.

Fuerza ejecutoria

El objeto de la función jurisdiccional es ejercer el poder para mantener la paz en la coexistencia vinculada. Por eso, las personas que tienen un conflicto no deben hacer justicia por propia mano, sino que deben acudir al órgano judicial competente para obtener una sentencia que decida la controversia. Esta constituye una norma individual que lleva implícita una sanción, lo que supone, llegado el caso, la posibilidad del empleo de la fuerza para lograr su aplicación. De ahí que el juez no solo tenga la facultad de conocer el litigio —*notio*— y de resolverlo —*iudicium*—, sino también de hacer cumplir lo decidido en la sentencia —*executio*—.

La fuerza ejecutoria es un efecto conexo al de la *res iudicata*, ya que solo podrá exigirse coactivamente el cumplimiento de las sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada. En otras palabras, solo podrá ser forzado el cumplimiento de las sentencias que previamente hayan alcanzado estabilidad definitiva. Esta característica se traduce en la fuerza que el derecho objetivo atribuye a los resultados del proceso judicial, vale decir, en el respeto y subordinación exigidos por lo decidido en el juicio. Recaséns Siches (1985) decía: “Es hora de que comprendamos con toda claridad que, en definitiva, la expresión última y máxima de lo jurídico es siempre la sentencia ejecutoria” (p. 172).

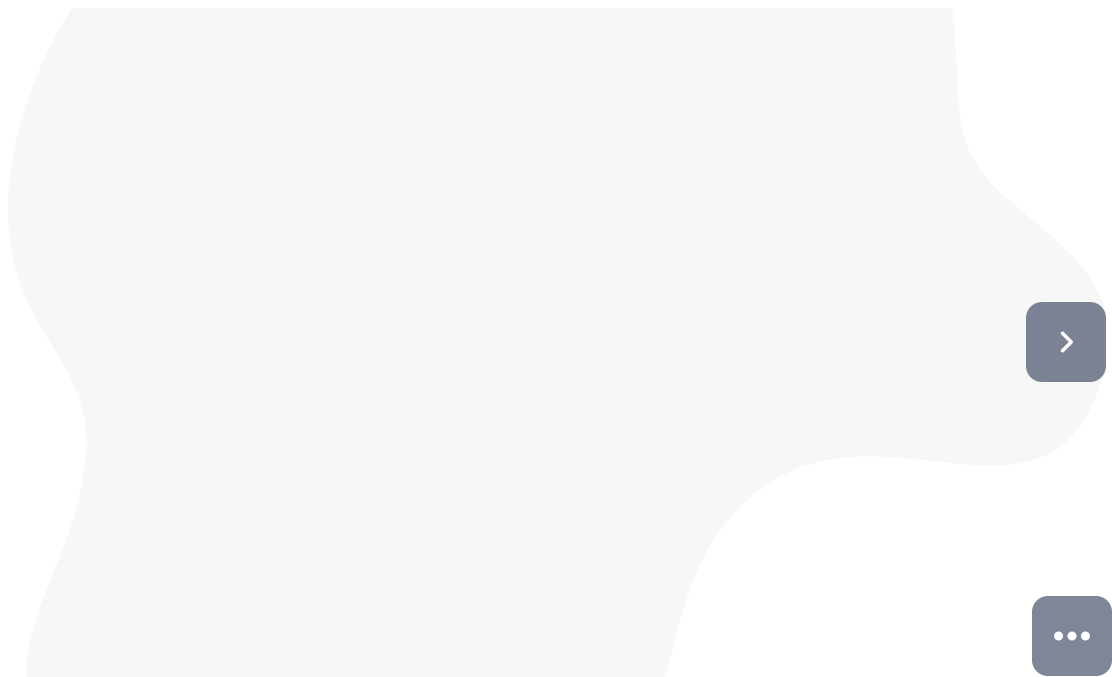


Debemos aclarar que no todas las sentencias que resuelven controversias son de condena. Las hay meramente declarativas, las cuales contienen solo un reconocimiento que alcanza por sí mismo para satisfacer los intereses del beneficiario. Así, la sentencia que reconoce la filiación de una persona es simplemente declarativa, su eficacia no depende de ningún procedimiento posterior y, aun cuando las leyes prescriban ciertas formalidades como condición para extender sus efectos a terceros (por ejemplo, su inscripción en algún registro), su omisión no la priva de los efectos de la cosa juzgada. Lo mismo ocurre con las sentencias constitutivas de estado o derechos, que proyectan sus efectos hacia el futuro y resultan meramente declarativas en cuanto al pasado (Alsina, 1961).

La tutela jurídica a cargo del Estado no siempre se agota con la constatación de la situación de hecho —*notio*— y la consiguiente declaración del derecho —*iudicium*—. Una nueva actividad puede ser necesaria si el condenado no acata voluntariamente la sanción prescripta en la sentencia. Para asegurar el acabado cumplimiento de la decisión judicial, aun contra la voluntad del condenado, el órgano jurisdiccional dispone de la fuerza estatal —*executio*—. Dicho en otras palabras, cuando una sentencia condenatoria que ha alcanzado la firmeza de cosa juzgada no es espontáneamente cumplida, se puede lograr su acatamiento forzado mediante una nueva intervención del órgano jurisdiccional.

De lo contrario, ¿de qué le valdría al locador obtener una sentencia judicial que condena al locatario a restituírle la propiedad por haberse vencido el plazo de la locación, si una vez firme esa decisión no pudiera hacerla efectiva, si no dispusiera de los medios jurídicos para lograr que el inquilino desocupe el inmueble? De igual modo, ¿qué beneficio le reportaría al trabajador lograr una sentencia judicial que condena al empleador a pagarle una indemnización por despido injustificado, si una vez estable dicha decisión judicial no pudiera lograr el cobro efectivo del dinero que le deben?

“Un conflicto es una relación jurídica que posee un sentido disvalioso y un significado normativo claramente ilícito o al menos controvertido. Se trata de un tramo de conducta compartida que, habiendo comenzado sobre la base de una buena aveniencia y entendimiento, se torna luego conflictivo” (Ricardo Ginés García).



Bibliografía de referencia

- Cossio, C. (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- David, P. (2005). *Criminología y sociedad*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- García, R. G. (2016). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Lectio.

CONTINUAR

8.1 Fuentes del derecho: diversas acepciones



La expresión jurídica fuentes del derecho, de uso tan frecuente en todas las ciencias jurídicas particulares (civil, penal, comercial, etcétera), posee diversas acepciones que dependen de las distintas concepciones iusfilosóficas. Por esta razón, el tema se ha tornado uno de los más complejos de nuestra materia, generando importantes polémicas entre juristas y filósofos del derecho. El carácter polisémico de la palabra fuente le traslada toda su equivocidad a la expresión jurídica fuentes del derecho, dificultando su correcta comprensión (Legaz Lacambra, 1953, p.51). En el estudio de los hechos jurídicos se abordará a los hechos como causa de la relación jurídica y no como un hecho objeto de prestación.

Con la expresión *fuentes del derecho* se intenta dar respuesta a varios interrogantes. Comenzando por aquellos que poseen el común denominador de entender al derecho como un sistema de normas válidas, las

preguntas más frecuentes son: ¿Cuál es el origen del derecho?, ¿cómo se manifiesta el derecho? ¿Quién tiene autoridad para crear el derecho? ¿Cuándo el derecho es válido? Otras preguntas habituales son: ¿De dónde obtiene el legislador el contenido de las leyes? ¿Cómo accede el historiador al conocimiento de un derecho antiguo? ¿Cuál es el origen de las obligaciones? Veamos cómo se responden cada uno de estos interrogantes:

¿Cuál es el origen del derecho? —

Esta pregunta intenta descubrir las causas que han creado el derecho en una comunidad, vale decir, los hechos de la vida social con fuerza para generar normas. Sociólogos y etnólogos han propuesto a la naturaleza humana, al sentimiento jurídico del pueblo, o a la economía, como fuentes que originan el derecho.

¿Cómo se manifiesta el derecho? —

Esta pregunta pretende descubrir cómo se expresa culturalmente una entidad tan difícil de aprehender como es el derecho. Leyes, costumbres, precedentes jurisprudenciales y doctrinas científicas serían las fuentes de manifestación del derecho.

¿Quién tiene autoridad para crear el derecho? —

Esta pregunta trata de descubrir quiénes son los sujetos facultados para establecer normas válidas en una sociedad. Según las épocas y los países han existido distintas personas con esta potestad. Modernamente, los legisladores y otros órganos competentes del Estado serían las fuentes porque de ellos emanan las normas.

¿Cuándo el derecho es válido?

Esta pregunta pretende identificar el fundamento de validez de una norma jurídica. En este sentido, las fuentes del derecho serían las normas jurídicas superiores, en tanto que prescriben los requisitos que deberán cumplirse para que las inferiores sean válidas.

¿De dónde obtiene el legislador el contenido de las leyes?

Esta pregunta trata de descubrir los fenómenos jurídicos y extrajurídicos que emplea el legislador para determinar el contenido de las normas legales. En este sentido, son fuentes de las leyes, las costumbres sociales, las doctrinas jurídicas, el derecho comparado, los postulados filosóficos, las enseñanzas religiosas, los valores sociales vigentes, las leyes y documentos jurídicos antiguos.

¿Cómo accede el historiador al conocimiento de un derecho antiguo?

Esta pregunta pretende identificar los documentos jurídicos y extrajurídicos necesarios para lograr el conocimiento de un derecho que ya no está socialmente vigente. En este sentido, son fuentes del conocimiento histórico del derecho los códigos, papiros, inscripciones epigráficas, los textos legales, judiciales y doctrinarios antiguos e incluso las obras literarias de la época.

¿Cuál es el origen de las obligaciones?

En un sentido mucho más técnico, esta pregunta intenta descubrir los hechos naturales y humanos capaces de generar una relación jurídica obligacional, también denominada relación jurídica del derecho de crédito. Por tradición, que viene del Derecho romano, se habla de fuentes de las obligaciones.

Fuentes del derecho en el *Common Law* y el sistema continental

El mundo jurídico contemporáneo está dividido en dos grandes áreas de influencia jurídica que conciben al derecho, su evolución, sus funciones técnicas y hasta su propia enseñanza académica, de manera distinta. En este apartado, comenzaremos por comentar brevemente el funcionamiento de las fuentes en el sistema anglosajón, también llamado del *common law*, para luego desarrollar detalladamente el sistema jurídico propio del continente europeo al cual pertenece nuestro país y cuyos orígenes se remontan sin solución de continuidad hasta el antiguo derecho romano.

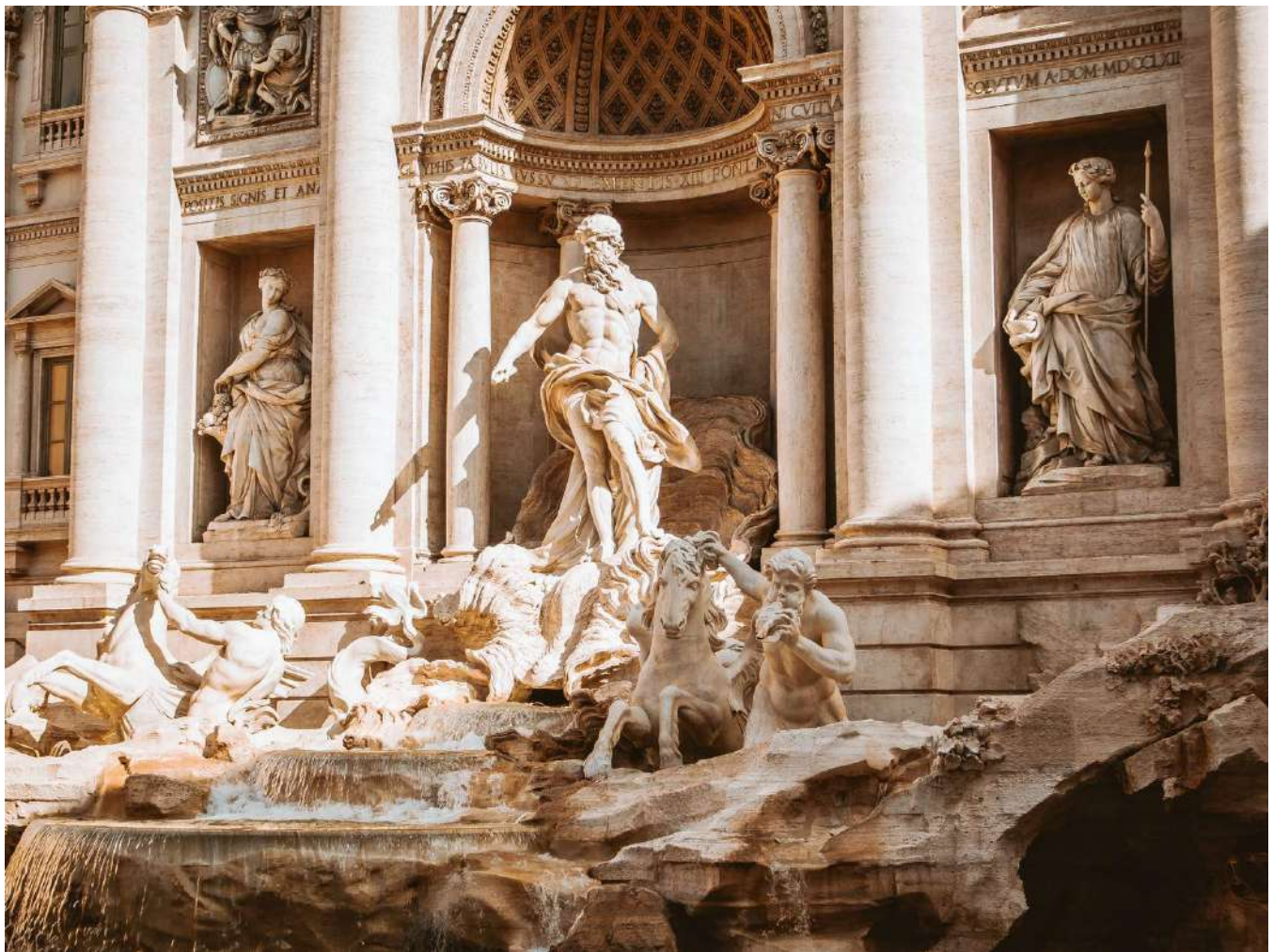
Evolución de las fuentes en el sistema del *Common Law*

Habiendo sido romana durante muchos siglos, al producirse la disgregación de la parte occidental del imperio, Inglaterra se retrotrajo a un estadio consuetudinario evolucionando de allí para conformar un sistema jurídico distinto que se extendió a los países que formaron parte del Imperio británico.

En sus orígenes los jueces se basaron en las costumbres para sentenciar los litigios, pero como sus decisiones tenían el valor de precedentes obligatorios para los futuros casos, lentamente la costumbre fue reemplazada por la jurisprudencia.

Tradicionalmente, el fundamento de la obligatoriedad del precedente judicial se sustentaba en la costumbre, de forma tal que la jurisprudencia era su forma de exteriorización y se acudía a ella tan solo para comprobar la existencia de la costumbre. De esta forma, la evolución de la jurisprudencia manifestaba los cambios de la costumbre en que las sentencias se sustentaban. Durante mucho tiempo la costumbre fue la fuente principal de este sistema. Sin embargo, la jurisprudencia gradualmente la ha ido desplazando y actualmente ocupa el lugar central.

Comparten esta concepción del derecho Gran Bretaña y todos los países que recibieron la influencia jurídica anglosajona como, por ejemplo, Australia, Nueva Zelanda, Pakistán y Malasia. Cabe destacar que los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, aunque suelen señalarse como formando parte de esta concepción, en realidad poseen un sistema mixto con constitución federal escrita y estados particulares — como Louisiana y Québec— que mantuvieron la preeminencia del derecho escrito.



Evolución histórica de las fuentes en la tradición romanista

A la tradición llamada por su origen romanista y por su desarrollo, designada también como *continental* o *de derecho escrito*, pertenecen la República Argentina, los países iberoamericanos, los del continente europeo y muchos otros estados que, sin pertenecer directamente a nuestra cultura jurídica, la han adoptado por su valor técnico. Entre los más distantes, podemos mencionar al derecho chino y al japonés.

El derecho no permanece inmóvil, sino que se desarrolla y modifica. Las normas jurídicas están sujetas a una continua mutación, quedan en vigor por algún tiempo y después son sustituidas por otras. Esta constante renovación obedece, ante todo, a que el derecho objetivo es un producto del espíritu humano y en la misma medida en que este se desarrolla, también evoluciona (Del Vecchio, 1936, p.236).

La costumbre ha sido considerada siempre como la primera fuente del derecho de nuestro sistema. Definida por muchos como aquella conducta repetida con convicción de obligatoriedad. Nos preguntamos: ¿La conducta es obligatoria porque se la repite o se la repite por ser obligatoria? Hemos expuesto en el XVI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, que la conducta se repite porque es obligatoria. Pero entonces surge un nuevo interrogante: ¿Por qué son obligatorias ciertas conductas? Ese carácter proviene del valor que la sociedad le asigna a determinadas acciones y cuyo fundamento originario está en el sentido ejemplar del obrar de los arquetipos míticos. De ahí podemos concluir, entonces, que la primera fuente son los valores sociales vigentes (García, 2003).

En su evolución histórica el derecho evidencia un grado creciente de objetivación. Las investigaciones sociológicas y antropológicas han confirmado que el origen del derecho como primera significación objetiva ha sido consuetudinario, pero con el progreso de los pueblos, la costumbre de origen espontáneo, irreflexivo e inconsciente no fue suficiente garantía para asegurar el desarrollo armónico de la vida social. Fue necesario, en ese momento, fijar las reglas de convivencia de manera deliberada y consciente. Aparecieron, entonces, individuos a los que las distintas comunidades les reconocieron la facultad de crear las leyes.

La actividad legislativa fue acrecentándose en extensión e importancia. En efecto, los órganos legislativos que comenzaron por interpretar, compilar y redactar las costumbres preexistentes, muy pronto empezaron a innovar y modificar el derecho consuetudinario. Casi todas las leyes primitivas son recopilaciones de costumbres ancestrales, pero las normas legales rápidamente adquirieron independencia, llegando a convertirse en el medio más apto para desarrollar, reformar o abolir las normas precedentes. Este proceso culmina cuando la ley se ubica como la fuente principal y comienza el estudio dogmático del derecho.

En el **sistema romanista** se pueden destacar de manera muy simplificada **cuatro momentos en la evolución histórica de las fuentes**:

1

La descentralización en la creación y aplicación de las normas: Aparición, costumbre general.

2

La centralización en la aplicación de las normas: Aparición de la jurisprudencia.

3

La centralización en la creación de las normas: Aparición de la ley.

4

Constitución de la ciencia dogmática del derecho: Aparición de la doctrina. (Aftalión-Vilanova, 1992:651 a 653, 694 a 700 y 722 a 723; Del Vecchio, 1964:411).

Veamos cada etapa en particular

Descentralización en la creación y aplicación de las normas: Aparición de la costumbre general

En un sistema jurídico primitivo impera la descentralización porque no hay órganos específicamente encargados de crear las normas. El derecho objetivo se manifiesta como una espontánea creación de la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad y recibe el nombre de *costumbre*. Las normas consuetudinarias surgen del comportamiento colectivo, directamente creadas por la comunidad, es el acatamiento general el que les confiere su validez, la que resulta renovada por la repetición de cada nuevo acto.

Al mismo tiempo, en un Estado descentralizado la coacción no ha sido monopolizada por determinados individuos y es también la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad la que actúa como órgano jurisdiccional. Un resabio de esta actuación de todo el grupo en la administración de justicia es, por ejemplo, la lapidación, forma de ejecución en la que toma parte todo el pueblo.

i Resumiendo: En esta época no existen órganos permanentes y diferenciados con facultades jurisdiccionales y legislativas, y el derecho consuetudinario es creado y aplicado por toda la comunidad de manera indiferenciada.

Centralización en la aplicación de las normas: Aparición de la jurisprudencia

El primer paso hacia la centralización se da con la aparición de los órganos jurisdiccionales. Generalmente, en los primitivos grupos clánicos o gentilicios, el individuo que cumplía el ministerio sacerdotal por la

posición de prestigio que detentaba. Asumía simultáneamente la función de jefe guerrero y comenzó a actuar como juez en la resolución de los casos conflictivos. Poco a poco, su acción se fue haciendo exclusiva y quedó como único órgano encargado de administrar justicia. Tal lo acontecido con el pater en la gens romana.

El establecimiento de un órgano jurisdiccional permanente y diferenciado se hace también sobre la base de un generalizado consentimiento comunitario y este mecanismo es igual al que le confiere validez y legitimidad a las normas consuetudinarias. En el momento de la centralización jurisdiccional, la costumbre sigue imperando en forma indiscutida, pero esta se manifiesta desdoblada en dos aspectos:

- Determinando formalmente quién será el encargado de dirimir los conflictos que se presenten en la comunidad.
- Determinando materialmente qué debe decidir el órgano jurisdiccional.



Con el paso del tiempo, y en la medida en que los órganos jurisdiccionales tienden a resolver los casos similares de una manera análoga, surge una nueva forma de costumbre acotada al ámbito judicial que en el lenguaje de nuestro país se conoce como jurisprudencia. Si bien los órganos jurisdiccionales no están expresamente facultados para introducir normas consuetudinarias, a partir del acatamiento general de la comunidad se les reconoce tal facultad y se convalida su obra normativa.

Centralización en la creación de las normas: Aparición de la ley

El tránsito de la costumbre a la legislación se produce cuando la comunidad delega la función legislativa en órganos permanentes y diferenciados. Una vez más, el acatamiento general funciona como sustento de dicha autoridad. La costumbre delegante —norma fundamental concreta— determina quién es el encargado de establecer las normas generales escritas, reconoce la calidad de legisladores a ciertos individuos de la sociedad, al tiempo que deja indeterminado el contenido de las leyes que van a establecer.

Esta etapa marca el paso de la prehistoria del derecho a la historia del derecho. De la costumbre como un derecho inorgánico que se transmite oralmente a la ley como un derecho nuevo, deliberadamente puesto por escrito, que por su carácter textualizado se presenta mucho más estable facilitando su divulgación y brindando seguridad y certidumbre del contenido sus prescripciones. Estamos en el punto culminante de la objetivación, en el cual la ley se descubre como una racionalización jurídica deliberadamente establecida. En la historia del derecho romano esto ocurrió al sancionarse la Ley de las XII Tablas.

A pesar de las innegables ventajas que la ley posee, la costumbre y la jurisprudencia nunca van a desaparecer. La deliberada creación de normas escritas —leyes— va a la zaga de la evolución social. Cuando los legisladores no proveen las leyes que la sociedad necesita, esta se las procura espontáneamente por medio de usos sociales que, en la medida en que adquieren convicción de obligatoriedad, se convierten en costumbre jurídica. Por otra parte, las normas legales, por su carácter general, siempre necesitan ser especificadas por los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación, generando de esta forma la costumbre judicial que llamamos *jurisprudencia*.



Constitución de la ciencia dogmática del derecho: Aparición de la doctrina

Después que surgen las tres fuentes que poseen un carácter esencialmente normativo —costumbre, jurisprudencia y ley— están dadas las condiciones para la constitución de la *ciencia jurídica*. En efecto, siendo la ciencia del derecho dogmática, es decir, normativa, solo puede desarrollarse si existen previamente normas jurídicas que estudiar, coordinar y sistematizar con vistas a su aplicación práctica. Por eso, la doctrina, entendida como resultado de la actividad científica de los juristas, es la última fuente del derecho en aparecer y no posee carácter obligatorio.

En honor a la vocación jurídica descollante de los romanos, nos vemos obligados a reconocer que la doctrina —llamada por ellos *iurisprudentia*— surgió como fuente antes de que establecieran la ley decenviral por la actividad del Colegio de los Pontífices, llegando en época del Principado, a adquirir carácter vinculante cuando los jurisconsultos ejercían el *ius publicae respondendi* como facultad delegada del príncipe. Pero

salvo en esta circunstancia histórica excepcional, el desarrollo de la ciencia del derecho y el surgimiento de la doctrina como producto intelectual, requieren de cierto grado de civilización que no se verifica en los primitivos pueblos ágrafos.

CONTINUAR

8.2 Las fuentes del derecho según las distintas escuelas

Las **fuentes del derecho** surgieron como el resultado de un largo proceso de evolución histórica. Sin embargo, como las distintas escuelas jurídicas entienden el derecho de manera diversa, le asignan a la expresión fuentes del derecho significados distintos. Por esta razón, no todas las concepciones jurídicas coinciden en reconocer las fuentes reseñadas. Veamos algunas de las concepciones más influyentes:

Escuelas iusnaturalistas

Para las escuelas iusnaturalistas, el derecho natural es el fundamento indispensable del derecho positivo. Aunque aquel consista únicamente en unas simples directrices generales para la elaboración del derecho positivo y no sea suficiente por sí solo para regular la convivencia social, constituye, sin embargo, la fuente originaria de todo el derecho creado por los hombres.

Escuela de la exégesis

Para la escuela de la exégesis, no hay más derecho que la ley establecida por el Estado. Esta corriente de pensamiento asume un positivismo estatal y legalista que descalifica a la costumbre como fuente. Desconoce además el valor de la doctrina y le niega toda posibilidad creativa al juez, obligándolo a aplicar la ley por vía de un razonamiento deductivo denominado silogismo judicial. Esta postura influyó decididamente en la redacción del primer Código Civil argentino y en los estudios doctrinarios iniciales de sus normas.

Escuela histórica

Para la escuela histórica, el derecho, lejos de ser una creación arbitraria del Estado, es una manifestación del espíritu del pueblo, cuya expresión social inmediata es la costumbre. Reconoce, sin embargo, que esta manifestación jurídica espontánea debe ser estudiada y sistematizada por los juristas para que, llegado el momento oportuno, el derecho consuetudinario doctrinariamente esclarecido se integre como contenido de las leyes. De esta forma, Savigny reconoció la existencia de otras fuentes distintas de la ley.

Escuela científica francesa

Dentro de la escuela científica francesa, la propuesta de François Gény significó un avance con relación al legalismo imperante. Así, frente a la insuficiencia de la ley para resolver un caso, sostuvo la necesidad de acudir a otras fuentes formales: Primero a la costumbre, luego a la autoridad —jurisprudencia y doctrina modernas—, después a la tradición —jurisprudencia y doctrina antiguas—, y si todas estas fueran insuficientes, a las fuentes no formales reveladas por la libre investigación científica.

Teoría pura

Para la teoría pura, el derecho son las normas y por eso, dentro de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, fuente es la norma superior que le sirve de fundamento de validez a la norma inferior. Debido a que Kelsen equipara a las fuentes con el fundamento de validez, termina negando el tema mismo de las fuentes del derecho. Por otra parte, al reconocerle carácter normativo a la costumbre, no queda claro cuál es la norma superior que actúa como su fuente, como fundamento de validez del derecho consuetudinario.

Teoría egológica

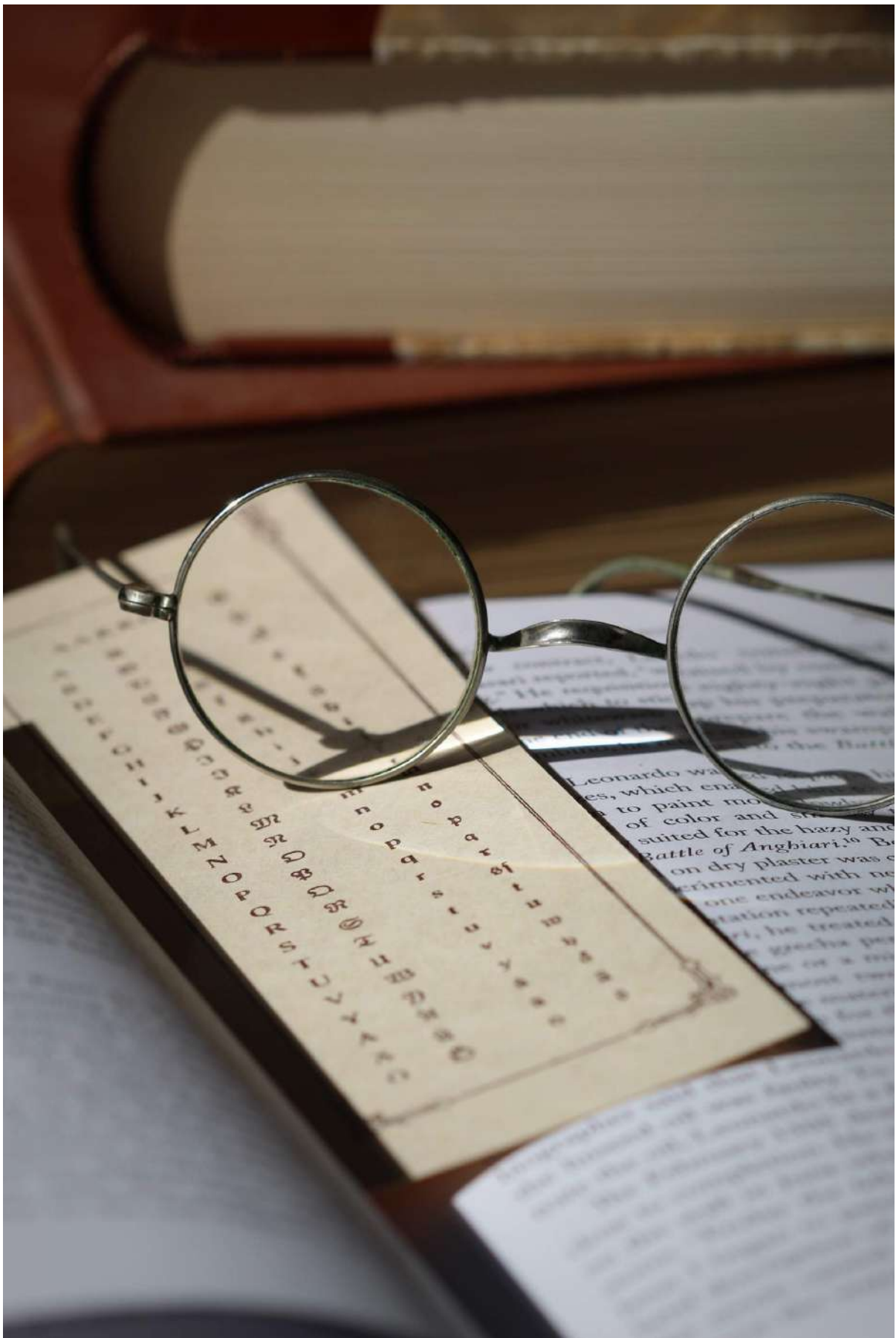
Para la teoría egológica, el tema de las fuentes del derecho se circunscribe a todo lo que es invocado en las sentencias para dotarlas de fuerza de convicción. Esta proviene simultáneamente del criterio lógico de verdad jurídica, que exige que la solución que la sentencia da al caso no salga del marco de posibilidades determinado por la norma superior como su fuente formal, y del criterio axiológico de verdad jurídica, que

permite elegir entre las diversas posibilidades contenidas en la norma general, la mejor. De modo que para Cossio, la norma es fuente formal y el valor fuente material.

Propuesta integrativa: Fuentes de sentidos jurídicos generales

La diversidad de enfoques en torno al tema de las fuentes del derecho provoca que nos preguntemos qué definición es la correcta. Lamentablemente, nuestra respuesta es que todas son correctas, siempre que se las interprete en el contexto de la corriente de pensamiento que las generó. Por esa razón, hace algunos años encaramos la tarea de compatibilizar las principales concepciones con vistas a integrarlas de una manera útil y accesible para quienes inician sus estudios jurídicos. Como nuestra propuesta incorpora elementos de varias escuelas, la hemos denominado *propuesta integrativa*.

Herrera Figueroa (1955) distingue: "Sentido y significación son algo que escalonan el ser y saber jurídico. El primero... atiende la esfera valorativa como gajo de la conducta existencia en que el derecho consiste... apunta una dirección tiempo - espacial estructurada axiológicamente, la significación apunta al conocimiento del sentido. ...es algo que se objetiva, que trasciende el mundo de lo cognoscente, se cosifica en alguna forma..." (p. 115).



Siguiendo esta distinción le asignamos a la expresión “fuentes del derecho” un alcance distinto y más amplio del habitual. De hecho, preferimos la denominación de fuentes de sentidos jurídicos generales, de forma tal de englobar, no solo los sentidos jurídicos estructurados como significados en las normas consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, sino también los sentidos jurídicos doctrinarios surgidos de la sistematización de las normas en las obras científicas, e incluso los sentidos jurídicos no estructurados como normas o doctrinas, pero que también expresan un núcleo estimativo idéntico en la multiplicidad de vivencias individuales.

Las fuentes de sentidos jurídicos generales son criterios de objetividad que emplean los operadores jurídicos para dar fuerza de convicción a sus interpretaciones. Las fuentes les asignan a las acciones compartidas un sentido axiológico y un significado normativo. Ellas son empleadas por los juristas prácticos cuando intervienen en los juicios arbitrales de derecho y en los procesos judiciales, como herramientas técnicas para convencer a los demás operadores jurídicos y a la sociedad de que sus interpretaciones de los casos concretos son objetivas, vale decir, compartidas por la comunidad de la que forman parte.

Afirma Cossio (1979) que “La fuerza de convicción también camina mediante dos piernas, el contenido axiológico y la estructura normativa...”; y Cueto Rúa (1971) concluye: “No basta que la sentencia sea lógicamente impecable, debe también realizar positivamente los valores jurídicos. Para que una sentencia tenga fuerza de convicción, ella debe convencer a los demás. Y a los demás se los convence cuando se procede con justicia”.



Fuentes de producción

Los sentidos jurídicos de las acciones humanas se originan en las vivencias compartidas de toda comunidad y constituyen su núcleo estimativo. La propia sociedad es la que produce o genera estos sentidos jurídicos generales, desde sus expresiones más inmanentes en los valores sociales vigentes, pasando por sus manifestaciones normativas más espontáneas en la costumbre y la jurisprudencia, hasta llegar a sus formas normativas y científicas más conscientes en la legislación y la doctrina.

Las fuentes de producción son los hechos sociales que expresan los ideales reales de una comunidad, vale decir, que denotan la existencia de sentidos jurídicos generales. Por orden aparición histórica tenemos:

- Los **valores sociales** que son la expresión más espontánea e inconsciente de los sentidos jurídicos generales. Estos ideales reales vivenciados colectivamente son anteriores a cualquier expresión normativa y pueden considerarse como la manifestación de un derecho natural previo a cualquier positivización normativa.
- La **costumbre general**, tomada desde el punto de vista de la conducta social, repetida por la inmensa mayoría de los miembros de una comunidad que actúan con la generalizada convicción de que su obrar es obligatorio. Refleja también los valores sociales vigentes e introduce espontáneamente en la sociedad normas jurídicas consuetudinarias.
- La **jurisprudencia** considerada desde el punto de vista de la actuación de los órganos jurisdiccionales, manifiesta también los valores sociales vigentes, introduciendo en la sociedad, de una manera menos espontánea, una verdadera costumbre judicial.
- La **legislación** enfocada desde el punto de vista del hecho legislativo, también refleja los valores sociales vigentes que, mediante la actuación consciente y deliberada del órgano legislador, establece las normas generales obligatorias destinadas a regir la convivencia social.
- La **doctrina**, entendida como la actividad científica que estudia y sistematiza, con miras a su aplicación práctica, las normas introducidas espontáneamente por toda la sociedad o deliberadamente por sus órganos legislativos y jurisdiccionales.

Fuentes del conocimiento

Los sentidos jurídicos originados en la comunidad se manifiestan:

- Como **fuentes inmediatas en las normas generales** —ley, costumbre y jurisprudencia—, que nos permiten tener un acceso directo a su conocimiento.
- Como **fuentes mediatas en las doctrinas científicas**, que nos permiten aprehender de manera indirecta estos sentidos.
- Como **fuentes remotas en los valores e ideales sociales vigentes en la comunidad** que, no estando positivizados en normas o doctrinas, solo nos permiten un conocimiento distante de estos sentidos a través de ese núcleo estimativo idéntico en la multiplicidad de vivencias individuales.



Fuentes inmediatas

La ley, la costumbre y la jurisprudencia son fuentes inmediatas porque nos brindan un acceso directo al conocimiento de los sentidos jurídicos de las acciones humanas. Estas tres fuentes son una significación objetiva de lo axiológico expresada en normas jurídicas generales dotadas de cierto grado de obligatoriedad. En nuestro sistema, la ley es la fuente más obligatoria, casi con la misma fuerza le sigue la costumbre y con un grado mucho menor la simple jurisprudencia.

En las fuentes inmediatas, los sentidos jurídicos se nos presentan como estructuras de sentido común de primer grado originadas a partir de la conducta repetida de la comunidad —*costumbre*— o como resultado de la actividad de sus representantes, expresa o tácitamente facultados para crear normas generales —*ley y jurisprudencia*—. Las tres son expresiones del *derecho objetivo* porque los sentidos se encuentran estructurados como normas generales y son *derecho positivo* por ser normas puestas, es decir, creadas por el hombre en un tiempo y lugar determinado.

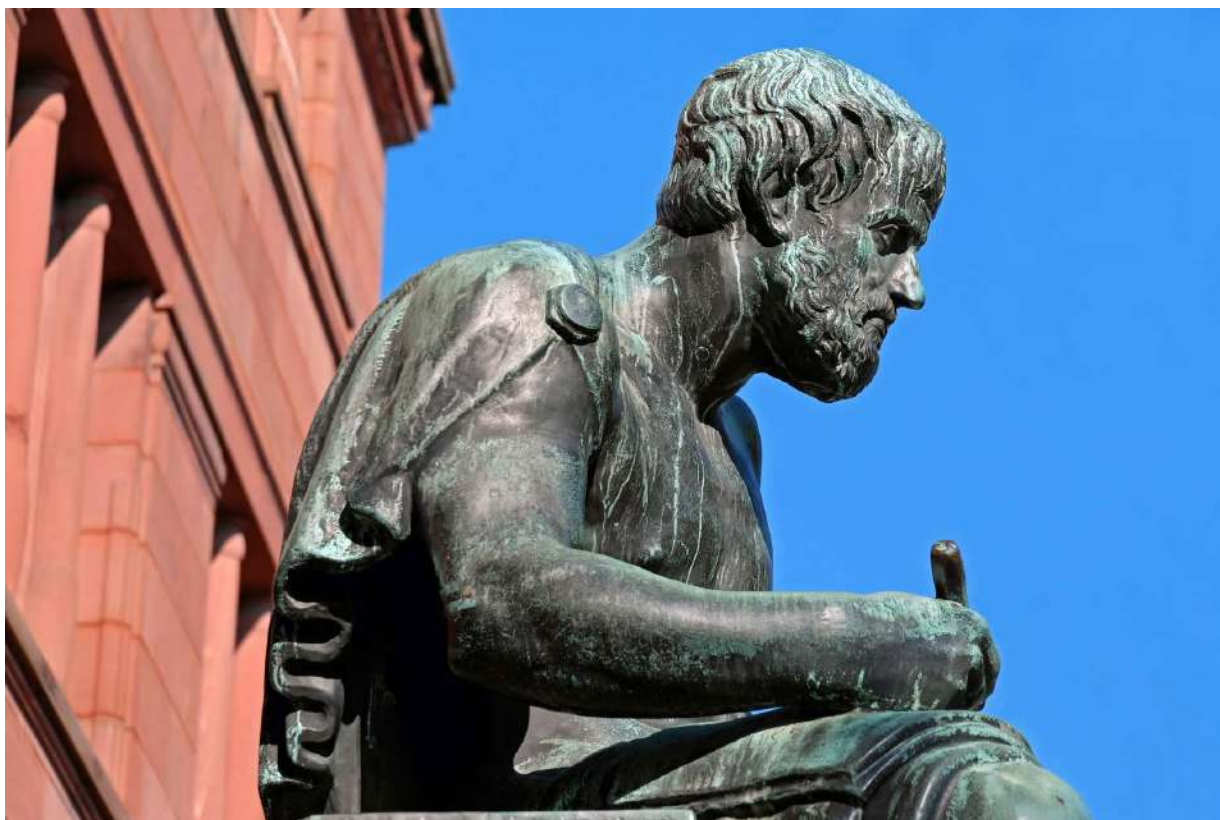
Estas fuentes no solamente son una representación de los valores sociales vigentes, sino que también estructuran esos sentidos axiológicos comunitarios como normas generales. Por eso, siguiendo la concepción egológica, son fuentes materiales y formales. Son materiales porque expresan los valores de la comunidad y son formales porque estructuran objetivamente esos valores en normas generales obligatorias, que formalizan los sentidos axiológicos como significados normativos.

Fuentes mediatas

Las doctrinas científicas son fuentes mediatas porque nos brindan un acceso indirecto al conocimiento de los sentidos jurídicos de las acciones humanas. Estas fuentes son una significación de lo axiológico, que se manifiesta a través de las obras literarias de los científicos del derecho. Las doctrinas jurídicas no poseen carácter normativo, pero como la ciencia que las genera es dogmática, presuponen la existencia de las normas legales, consuetudinarias y jurisprudenciales. Tratándose de una producción científica basada en

las normas, su desarrollo metódico y exposición literaria se expresa bajo la forma de estructuras de sentido común de segundo grado.

Las fuentes mediatas no son normas positivas y carecen por completo de obligatoriedad. Sin embargo, si tomamos la palabra positivo y le restituimos su sentido etimológico que viene del latín *positum*, que significa poner, colocar y disponer, pronto advertimos que así como son dispuestas las leyes, las costumbres y la jurisprudencia, también son puestas las doctrinas. Por eso, en un sentido más amplio que el habitual, como las doctrinas también son creaciones humanas, proponemos considerarlas expresiones del derecho que, sin ser objetivas, son positivas.



Estas fuentes no solamente son una representación de los ideales reales vigentes en una sociedad, sino que también estructuran los sentidos axiológicos comunitarios en obras científicas. Por eso, siguiendo la concepción egológica, son fuentes materiales y formales. Son materiales porque expresan los valores de la comunidad y son formales porque, partiendo de los contenidos dogmáticos de las fuentes inmediatas, estructuran metódicamente en obras científicas esos valores significados por las normas.

El establecimiento de un órgano jurisdiccional permanente y diferenciado, se hace también sobre la base de un generalizado consentimiento comunitario y este mecanismo es igual al que le confiere validez y legitimidad a las normas consuetudinarias. En el momento de la centralización jurisdiccional, la costumbre sigue imperando en forma indiscutida, pero esta se manifiesta desdoblada en dos aspectos:

- Determinando formalmente quién será el encargado de dirimir los conflictos que se presenten en la comunidad.
- Determinando materialmente qué debe decidir el órgano jurisdiccional. Con el paso del tiempo y en la medida en que los órganos jurisdiccionales tienden a resolver los casos similares de una manera análoga, surge una nueva forma de costumbre acotada al ámbito judicial que en el lenguaje de nuestro país se conoce como jurisprudencia.

Si bien los órganos jurisdiccionales no están expresamente facultados para introducir normas consuetudinarias, a partir del acatamiento general de la comunidad se les reconoce tal facultad y se convalida su obra normativa.

Fuentes remotas

Los valores e ideales sociales vigentes en una comunidad son llamados fuentes remotas porque solo nos permiten conocer de una manera distante los sentidos jurídicos de las acciones humanas. En estas fuentes, los sentidos axiológicos se manifiestan únicamente como estándares valorativos carentes de formulación normativa o de estructuración científica. Se trata simplemente de un núcleo idéntico en la multiplicidad de vivencias individuales que carece de fuerza obligatoria y que, en ocasiones, puede traducir inconscientemente principios generales del derecho natural.

Estas fuentes señalan la existencia de las valoraciones sociales vigentes que no se encuentran estructurados en normas generales ni en doctrinas científicas. Por eso, siguiendo la concepción egológica,

son fuentes puramente materiales. Dada su falta de expresión formal, es necesario rastrear su manifestación en las vivencias valorativas imperantes en una comunidad y a pesar de que estas fuentes presentan un carácter difuso, vago e impreciso que las priva de objetividad y positividad, igualmente tienen incidencia en el momento de resolver las controversias.



CONTINUAR

8.3 El orden jerárquico de las fuentes en el derecho argentino

No existe entre las fuentes un orden de prelación rígido e invariable. Su orden jerárquico depende del sistema jurídico que estemos estudiando —continental de origen romanista o angloamericano, también llamado del *Common Law*—. En la tradición romanística propia de los países latinos, germánicos y de muchos otros africanos y asiáticos que adoptaron el mismo sistema, se privilegia a la ley. En cambio, en los países de cultura anglosajona tiene mucha importancia el precedente judicial. Sin embargo, en ambos sistemas prevalecen las normas dictadas por el Estado, el derecho legislado o *statute law* por sobre todas las demás fuentes.



Por otra parte, la mayor o menor gravitación de las fuentes depende también de las circunstancias históricas y de la específica actividad que desarrollan los sujetos que las emplean. Así, en la historia romana la doctrina científica llegó a tener carácter vinculante mediante el *ius publicae respondendi*. En la actualidad, resulta frecuente que el legislador sea más sensible a la influencia de la costumbre, de la jurisprudencia y de la doctrina, en tanto que el juzgador sea más proclive a emplear la ley.

Circunscribiéndonos al ámbito del sistema de derecho de origen romanista, al que pertenece nuestro país, las fuentes se ordenan jerárquicamente ubicándose:

- En el nivel superior la ley.
- Casi a la misma altura encontramos la costumbre.
- En una grada inferior le sigue la jurisprudencia.

- Por debajo se ubica la doctrina.
- Finalmente, los valores sociales vigentes.

Obligatoriedad de las fuentes

La obligatoriedad es una característica de algunas fuentes, pero de ninguna manera resulta ser una cualidad esencial. Por eso, reservar la palabra *fuentes* de manera exclusiva para aquellas que son obligatorias es un error frecuente que acota su espectro a las que revisten el carácter de normas jurídicas a las denominadas fuentes inmediatas o del derecho objetivo. Por otra parte, la obligatoriedad no es una característica que pueda determinarse tajantemente, de forma tal que nos permitiera saber de antemano qué fuentes son obligatorias y cuáles no (Aftalión-Vilanova, 1992, p. 642).

Sobre esta cuestión, resulta importante la posición de Aftalión y Vilanova (1992) cuando afirman: “Dentro de este tema tenemos que dejar bien claro que no hay ninguna fuente absolutamente obligatoria, ni siquiera la ley”. La norma legislada tiene cierto grado preeminencia en cuanto a su obligatoriedad, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio juez recibe su calidad de tal de ella. Y por esa razón, su sometimiento a esta fuente es muy grande. Sin embargo, esta circunstancia en modo alguno hace de la ley una fuente absolutamente obligatoria (p. 642).



Los operadores jurídicos suelen emplear aquellas doctrinas que les resultan convenientes, al tiempo que dejan de lado las que no les sirven. Podría pensarse que esta fuente no tiene importancia, pero si tenemos en cuenta que la formación de los profesionales del derecho se sustenta en gran medida sobre la base del estudio de textos doctrinarios —tratados, manuales, compendios, comentarios a los códigos, etcétera—, es muy frecuente que recurran a ella, aunque no de manera autónoma, sino conjuntamente con una o varias de las fuentes inmediatas.

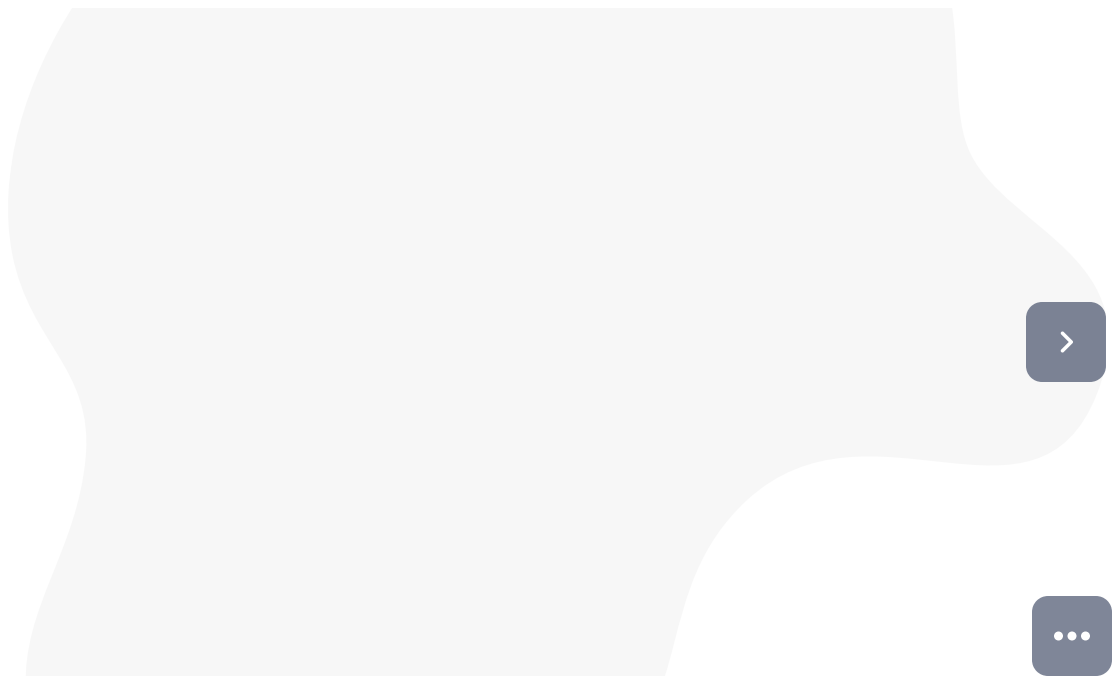
La simple jurisprudencia, originada en la costumbre judicial, por la índole de sus funciones propias — especificar y aplicar la ley, asegurar la coherencia normativa, mantener la plenitud del ordenamiento jurídico e interpretar las costumbres—, resulta ser una norma menos general subordinada a la ley y la costumbre y por esta razón, goza de un grado inferior de obligatoriedad. Por su parte, la doctrina, como producto de la actividad científica de los juristas, carece totalmente de obligatoriedad.

Por fin, los valores e ideales vigentes en una comunidad, aunque solo sean pautas estimativas subyacentes a la realidad, inciden de manera efectiva al momento de resolver los casos conflictivos. Sin embargo, como se trata de estándares valorativos aceptados por la sociedad, pero que no han sido positivizados como normas ni estructurados como doctrinas, carecen por completo de obligatoriedad, lo que no impide que se los emplee conjuntamente con otras fuentes como un criterio más de objetividad que coadyuva a dar fuerza de convicción a las interpretaciones.

Objetividad y arbitrariedad

A las fuentes acuden el juez y los demás juristas prácticos, buscando en ellas sustentar la objetividad de sus interpretaciones. Si estas fueran solo consideraciones subjetivas o caprichosos argumentos de una retórica vacía sustentada en la voluntad del intérprete, no convencerían a nadie. Por eso, sostenemos genéricamente que los operadores jurídicos emplean las fuentes como criterios de objetividad para dar fuerza de convicción a sus interpretaciones de los casos conflictivos y particularmente, que los órganos jurisdiccionales buscan además en ellas el fundamento de validez de sus sentencias (art. 3° *in fine* del CCCN).

Todos tratan de ser objetivos para alcanzar la fuerza de convicción que necesitan en el proceso, pero el juez pretende además crear una norma individual válida que solucione el conflicto con justicia. Cuando un operador jurídico que no es el juez plantea sus interpretaciones de manera caprichosa, basta con demostrar su subjetividad para descalificarlas e incluso decir que son arbitrarias. Pero cuando es el propio juez el que resuelve el conflicto caprichosamente “porque sí, porque me da la gana, porque así se me antoja”, estará emitiendo una sentencia arbitraria o discrecional, carente de fundamento de validez (Ricardo Ginés García, 2016).



Bibliografía de referencia

- Cossio, C. (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- David, P. (2005). *Criminología y sociedad*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- García, R. G. (2016). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Lectio.

CONTINUAR

9.1 ¿En qué consiste la aplicación heterónoma del derecho?

La aplicación del derecho es heterónoma cuando recae en órganos calificados del Estado, jueces y tribunales de justicia que están obligados a dictar una resolución conforme a un procedimiento establecido por el derecho objetivo. La aplicación heterónoma procede cuando la resolución privada de conflictos humanos no es posible.

La aplicación del derecho es heterónoma cuando recae en órganos calificados del Estado, jueces y tribunales de justicia, que están obligados a dictar una resolución conforme a un procedimiento establecido por el Derecho Objetivo.

La aplicación heterónoma procede cuando la resolución privada de conflictos humanos no es posible.

La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales



La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales- Gregorini Clusellas, Eduardo L.pdf

236 KB



Bibliografía de referencia

- Cossio, C. (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- David, P. (2005). *Criminología y sociedad*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- García, R. G. (2016). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Lectio.

CONTINUAR

Descarga del contenido

¿Quieres imprimir el contenido del módulo?

Para descargar el contenido del módulo, e imprimirlo, haz clic en el archivo que se encuentra a continuación.