

# Fuentes del Derecho

## Planteo general

El estudio de los procesos de formación de normas jurídicas es, en general, catalogado por la literatura jurídica como el tema de las fuentes del derecho. Obviando detalles, es posible encontrar dos grandes formas de crear derecho: una deliberada y otra espontánea.

- La manera deliberada de dictar normas jurídicas, tiene que ver con los actos que ejecutan los Órganos del Gobierno respectivo, con el fin de regular ciertas conductas. Encuentra su bastión en la legislación de un Estado. No obstante, también a los solos efectos particulares las sentencias que dictan los jueces al resolver un conflicto, crean deliberadamente derecho. Por dicho camino, también transitan los contratos habida cuenta que los contratantes entrelazan derechos y obligaciones e incluso pautan sanciones. Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico positivo el contrato se considera ley entre las partes (art. 1291 CC).
- Existen medios espontáneos que dan inicio a una regla de derecho. El caso más indiscutido lo constituye la costumbre. Procede aclarar que no toda regla consuetudinaria rige como norma obligatoria, sino que es el orden jurídico el que debe incorporar dichas costumbres al sistema.

Otra posibilidad de creación espontánea se produce en el caso de los precedentes judiciales. Se trata básicamente de criterios expresados por los jueces llamados a brindar soluciones ante un conflicto entre partes determinado. No tienen origen en la ley, ni en la costumbre. Los precedentes son el corolario de emitir una solución ante un problema planteado, y se tornan las sentencias obligatorias para casos análogos (con aspectos de similitud). Al hablar de generalidades procede indicar, que el derecho uruguayo al ser de corte continental-europeo, sólo admite la costumbre cuando la ley se remite a ella. Con respecto a los precedentes judiciales no tienen incidencia sustancial, a diferencia de lo que ocurre en los países del *common law*.

## Diversos conceptos de fuentes Fuentes históricas

Para algunos ha sido el aspecto menos trabajado de los significados diversos de fuentes. Hace alusión a los factores históricos, políticos, económicos y sociales que acompañan al Derecho. Explica estos elementos el estado actual de la ciencia jurídica. Materializando el concepto serían aquellos documentos, manuscritos, antiguos Códigos, proyectos, pautas

codificadoras, legislaciones extranjeras que de una manera directa o indirecta tienen incidencia en nuestras reglas de conducta.

## Fuentes materiales

Son las que tratan de indagar dónde reside la fuerza creadora del Derecho. Hay hasta una concordancia metafórica con la palabra fuente, y en este significado es donde cobra mayor fuerza comparativa. Me explico, la palabra fuente para un curso de agua significa el lugar de nacimiento del mismo. Si de fuentes materiales se trata, consiste en la búsqueda del origen del Derecho, e implica interiorizarse por conocer de donde emanan las normas.

## Fuentes formales

Desde este punto de vista, se hace referencia a las formas obligatorias que deben asumir las reglas de conducta para imponerse coercitivamente. Es decir tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica de los sujetos. Es la forma que se dan a conocer los preceptos, dando cuenta el camino que deben seguir los individuos, en pos de alcanzar una convivencia en armonía.

Según Jorge Hubner, fuentes formales son las formas o cauces en que el Derecho Positivo está contenido y se manifiesta en la vida social<sup>8</sup>.

## Ley

En la sociedad primitiva la ley tiene cabida tardíamente, por razones evidentes se necesitó del desarrollo de la escritura para que fuera posible la difusión de esta fuente.

Curiosamente los encargados de aplicar la ley en primera instancia fueron los órganos religiosos, que ejercían cierta hegemonía y preponderancia en los conocimientos legales.

Un gran papel ocupa la ley en el derecho Romano. De allí en más, se hace cada vez más hincapié en que un derecho que se precie de ser serio, debe revestir la forma escrita de ley o de Código. Todo este desarrollo creciente de la fuente ley, como contrapartida significó una devaluación y pasaje a segundo plano de la costumbre.

Viniendo al Uruguay de nuestros días, la ley —mejor aún la legislación— (el último término resulta más amplio), comprende no sólo normas emanadas del Poder Legislativo, sino también de las Juntas Departamentales siempre que las mismas tengan carácter general y obligatorio en el territorio que les compete. Se puede aseverar que la legislación es la única fuente formal en el ordenamiento jurídico uruguayo.

En cuanto a su proceso de formación, se debe atender a lo reglado en la Constitución de la República, artículos 133 a 146.

## Iniciativa

La ley puede iniciarse en cualquiera de ambas Cámaras, impulsadas por senadores, diputados o miembros del Poder Ejecutivo, eventualmente el art. 79 inc. 2° de la Carta Magna prevé que sea al pueblo quien impulse una ley.

En cuanto a tratamiento de temas que impliquen gastos o pérdida de ingresos, está reservada en forma privativa al Poder Ejecutivo<sup>9</sup>.

- 8 Hubner, *Fuentes y formas de expresión del Derecho*, Santiago de Chile, p. 145, cit. por Aparicio en *Fuentes del Derecho*, p. 11.
- 9 En la sent. n.º 293/03 dictada por la SCJ se entendió que existió, en la mayoría de las disposiciones impugnadas, una vulneración del art. 86 de la Carta. Al analizar la referida disposición en Sent. n.º 271/97 destacó que la misma se inscribe en la orientación seguida por el constituyente patrio, a partir de la reforma del año 1934, en el sentido de restringir las facultades del Poder Legislativo en materia financiera y de darle al Poder Ejecutivo la conducción general de la misma, procurando la norma invocada en dicho contexto

## Discusión

Se trata del estudio de la ley de forma que cada cuerpo legislativo se pronuncie, ya sea coincidiendo, modificando o desechando el proyecto de ley. En caso de divergencias existe la posibilidad de convocar a la Asamblea General, que consiste en reunir ambas Cámaras y decidir por una mayoría de 2/3 de votos.

## Sanción

Es la aprobación de la ley en la etapa parlamentaria.

Ante ello el Poder Ejecutivo puede ejercitar el derecho de veto, que significa oponerse a la sanción definitiva de la ley. La forma de dejarlo sin efecto, es mediante la reunión de la Asamblea General y por una mayoría importante que significa 3/5 de votos de presentes pueden rechazar las observaciones.

## Promulgación

Es el acto del Poder Ejecutivo que ordena cumplir la ley.

## Publicación

Implica hacer conocer la ley. Para ello es un vehículo adecuado de difusión la publicación en el *Diario Oficial*.

## Costumbre

Fue la primera fuente material, ya que mientras se organizaba la sociedad, paulatinamente se iban repitiendo conductas, algunas eran alentadas y otros sucesos reprobados. De allí

se derivaron incipientes formas de penalidades: simple desaprobación del grupo, expulsión, exilio temporal, hasta llegar a la pena de muerte.

Quienes exaltan el papel de la costumbre, fundamentan en que toda ley debe apoyarse en las costumbres siendo el reflejo auténtico de las prácticas de una sociedad determinada.

Para definirla se acudirá al jurista suizo Du Pasquier: «La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio, es el derecho nacido consuetudinariamente».<sup>10</sup> ¿En que momento se convierte la costumbre en regla de derecho? Siguiendo a Kelsen, puede decirse que el poder público debe reconocer la costumbre, para que esta se torne obligatoria.

La validez del derecho consuetudinario, en el seno de la comunidad jurídica, se encuentra limitado, en tanto la aplicación de las normas generales producidas consuetudinariamente se efectúa sólo a través de normas jurídicas escritas.<sup>11</sup>

Precisamente el derecho uruguayo, se hizo eco de esa limitante y estableció que solo puede ser tenida en cuenta la costumbre, cuando una ley se remite a ella (ver art. 9 inc. 2º CC).

---

10 11

evitar que se desequilibre el presupuesto general mediante la sanción de leyes que, suponiendo gastos para el Erario, no arbitren los recursos necesarios para atender los nuevos gastos (Cfme. Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, T. III, p. 52).

Du Pasquier, *Introduction a la theorie generale et a la philosophie du droit*, p. 36, cit. por García Maynez, ob. cit., p. 61.

Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Montevideo, FCU, p. 238.

Si nos preocupa el tratamiento que hace el Código Civil patrio del tema, analizaremos algunas disposiciones al respecto, con la advertencia de no considerar agotada la enumeración. Art. 594. Respecto a la altura de la pared divisoria entre predios vecinos, prescribe que a falta de reglamentos que se ocupen del tema, puede acudirse a la costumbre constante y

reconocida del lugar.

Art. 1302. En materia de interpretación de contratos, las cláusulas con redacción oscura, pueden clarificarse teniendo en cuenta los usos y costumbres del lugar de su celebración, por el expreso mandato legal.

Art. 1812. En sede de contrato de arrendamiento, cuando se estipula un destino determinado al uso de la cosa por el arrendatario debe cumplirse lo pactado, pero si nada se dijo, el uso quedará bajo la égida de la costumbre del país.

Por último, y advirtiendo que no se han agotado todos los casos de remisión cabe referir al art. 1834, que se ocupa de la temática del arrendamiento de obra. Si por un trabajo o

servicio, no hubiera forma de probar a cuánto ascendería el precio de la tarea, la ley presume que se estipuló entre los contratantes el precio de costumbre. Por ejemplo en el caso de un abogado que no pactó por escrito el precio de su trabajo, (hipótesis frecuente ya que la relación abogado-cliente se basa en la confianza) en caso de incumpliendo acude al juez para el cobro, y una de las pautas que debe tener en cuenta el juzgador, es cuál sería el precio de costumbre por dicho trabajo.

De esta reseña cabe concluir, que la costumbre no es fuente formal de derecho en Uruguay, ya que solo adquiere relevancia cuando una ley la hace suya.

Existe una conocida clasificación de la costumbre basada en la relación de la fuente que se viene comentando con la ley.

- Costumbre *praeter legem*: regula situaciones en las que la ley guarda silencio.
- Costumbre *contra legem*: trata situaciones de forma contrapuesta a la ley.
- Costumbre *secundum legem*: costumbre que adquieren eficacia por cuanto la ley se remite a ellas.

El último ítem es el que cobra relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la costumbre tiene cabida, cuando la ley la convoca.

## Jurisprudencia

La aplicación del derecho positivo, en los casos que se someten a la autoridad de los tribunales judiciales, va generando criterios con determinado grado de uniformidad, o si se quiere con ciertas tendencias. Este fenómeno no es exclusivo patrimonio de los países en los que rige el derecho consuetudinario, y que los fallos obligatoriamente concuerdan en tanto rige el sistema de precedente judicial. Lo cierto es que en los estados que optaron por un sistema predominantemente de derecho escrito, como Uruguay tiene importancia la fuente jurisprudencia, claro que en nuestro caso como fuente material.

La jurisprudencia se caracteriza por ser obra de los magistrados. Comprende un conjunto de decisiones judiciales. De esos fallos existe la posibilidad de extraer una tesis general, la que puede aplicarse en casos con aspectos similares en el futuro.

A estar al texto del artículo 12 del CC, se deduce que la jurisprudencia no es fuente formal en nuestro sistema. «Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley, de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.»

Claramente se afilia Uruguay, a un sistema de jurisprudencia libre. Ello comporta que cualquier juez puede apartarse de lo fallado anteriormente por sus colegas, o más aún, no lo atan ni sus mismos pronunciamientos anteriores sobre un caso concreto similar. Le basta fundamentar el cambio de postura, ya que no hay precedente vinculante.

Para ilustrar los conceptos delineados, propongo detenernos en el tema del resarcimiento del daño moral que provoca el adulterio.

La justicia uruguaya, no había sido llamada a pronunciarse en un juicio de esa índole hasta el año 1989 (resarcimiento de daño moral a raíz de un adulterio), siendo que la ley de divorcio data del año 1907. Las reacciones de los magistrados fueron dispares. Algunos argumentaron que la mujer que en ese caso reclama contra el hombre adúltero, pretendía lucrar con la deshonra, y que dicho petitório contrariaba la moral y las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad.

Otros jueces situaron el caso dentro del deber genérico de reparar el daño que se causa, y concedieron una indemnización económica a la víctima de adulterio, que padecía trastornos psicológicos y de la personalidad. Hoy año 2010, se ha hecho camino al andar la última de las posiciones jurisprudenciales nombradas, y se puede afirmar que mayoritariamente se resarce la víctima de adulterio, siempre que logre probar que sus padecimientos guardan relación con la violación por parte de su consorte del deber de fidelidad.

## Doctrina

Se comparte la definición de doctrina elaborada por el profesor Eduardo García Maynez:

Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de los preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.<sup>12</sup>

Atento a lo referido anteriormente se infiere sin dificultad que la fuente doctrina no reviste para nosotros el papel de fuente formal del derecho, más allá del prestigio y sabiduría del autor que rubrique el trabajo, sino que constituye fuente material del derecho.

---

<sup>12</sup> García Maynez, ob. cit., p. 76.