

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## FUENTES DEL DERECHO

Por Carlos Aparicio (©)

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

## Tabla de Contenido

<b>FUENTES DEL DERECHO</b> .....	1
<b>Tabla de Contenido</b> .....	3
<b>Fuentes del Derecho</b> .....	5
Introducción al tema de las Fuentes Jurídicas .....	5
Fuentes del Derecho .....	7
<i>La Vida Social</i> .....	8
<i>La Sentencia Judicial</i> .....	9
Fuentes Formales y Materiales .....	11
Fuentes Totales y Particulares .....	12
<i>Relaciones entre fuentes totales y particulares del Derecho</i> .....	14
<i>Importancia del Estudio de las Fuentes Totales del Derecho</i> .....	16
<i>Relaciones entre las Fuentes del Derecho Totales y Particulares</i> .....	19
Fuentes Particulares del Derecho .....	21
La Constitución como Fuente del Derecho .....	23
<i>Divorcio en Argentina</i> .....	24
<i>Problema de la Constitucionalidad de las Leyes</i> .....	25
La Ley como Fuente del Derecho .....	25
<i>Antecedentes Históricos</i> .....	26
<i>Sistemas Contemporáneos</i> .....	29
<i>Las Lagunas de la Ley</i> .....	32
<i>Tendencias de Futuro</i> .....	32
<i>Derecho Positivo Uruguayo</i> .....	34
La Costumbre como Fuente del Derecho .....	35
<i>Requisitos Exigidos a la Costumbre para Valer como Fuente Jurídica</i> .....	37
Un caso en América Latina .....	38
<i>Sirvinacuy</i> .....	38
<i>Nuevas Tendencias del Derecho en América Latina</i> .....	39
<i>Juicio Crítico sobre la Costumbre</i> .....	40
<i>El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica.</i> .....	42
<i>Cuadro comparativo del Reconocimiento del Derecho Indígena en los Países Andinos</i> .....	42
<i>Derecho Positivo Uruguayo</i> .....	48
<i>Otra forma de ver las cosas:</i> .....	49
<i>Proyecto de Investigación sobre las Mujeres y el Derecho en el Sur de África</i> .....	50
<i>La costumbre como un hecho social:</i> .....	51
<i>Circuncisión Femenina entre grupos de Inmigrantes Africanos en Francia</i> .....	51
Desuetudo .....	53
La Jurisprudencia como Fuente del Derecho .....	54
<i>Fuente Jurisprudencial y Autoridad Judicial</i> .....	56
<i>Jurisprudencia en Uruguay</i> .....	57
<i>Jurisprudencia y Legislación</i> .....	58
<i>Dos Opiniones</i> .....	58
<i>Los Principios Generales del Derecho como Fuente Jurídica</i> .....	62
Cultura Popular y Principios Generales del Derecho .....	64
<i>Repertorios Jurídicos y Aforismos.</i> .....	65
<i>Casos Concretos de Principios Generales del Derecho</i> .....	66
La Equidad .....	68
<i>La equidad cerebrina</i> .....	69

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

<i>Convicción Moral y Convicción Cerebrina</i> .....	70
<i>Las reglas de Equidad</i> .....	72
<i>Las Llamadas XII Tablas de la Equidad</i> .....	72
<i>Nuevas Tendencias del Derecho Positivo</i> .....	73
<b>Doctrina</b> .....	75
<b>Conclusiones</b> .....	76
<i>Tendencias de Futuro</i> .....	76
<b>Bibliografía sobre Fuentes del Derecho</b> .....	78

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuentes del Derecho

### Introducción al tema de las Fuentes Jurídicas

Dentro de los temas que tradicionalmente componen la temática de una introducción al derecho, posiblemente sea el tema de las fuentes del derecho, el que tiene mas necesidad de modernización.

Nuevos hallazgos en el área del derecho comparado y en la filosofía del derecho, así como el fenómeno de la globalización cultural han impuesto un cierto acercamiento en los grandes sistemas jurídicos, el cual puede retrasarse notoriamente si se descuida el estudio y discusión de los detalles concretos del cambio.

Para decirlo con un ejemplo:

El Código General del Proceso, admitió lisa y llanamente la equidad como fuente del derecho.- Esta fuente se introduce como alternativa para los tribunales estatales, pero es la fuente por excelencia en el caso de los tribunales arbitrales, que es un porcentaje creciente de litigación.

Es difícil conseguir material sobre equidad en idioma español, y esa dificultad hace que las disposiciones legales, no se apliquen, no porque sean malas, sino sencillamente porque no se conocen los institutos que las mismas refieren.

En este sentido, las referencias de esta obra a la equidad y la costumbre debieran llenar una sentida necesidad informativa en el área de la literatura jurídica latinoamericana.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Otro ejemplo surge de la costumbre. Existe un cierto prejuicio entre nuestros juristas en contra esta fuente del derecho. Se le ve como una fuente conservadora y obstaculizadora del cambio social. Sin embargo esto no es así, ya que a través de la costumbre se puede lograr la integración de las subculturas y reconocer, en la unidad de la nación la diversidad de los grupos. Si bien en Uruguay esto puede figurar remoto en base a que su población tiene un carácter muy homogéneo, el país está integrándose a América Latina a través del Mercosur y de otras instituciones, y en América Latina, solamente tiene unos cincuenta millones de indígenas pertenecientes a distintas etnias.

Esto ha hecho que se haya visto en la costumbre una forma de pacificación social en Guatemala, y que se estén haciendo intentos muy fuertes importantes para introducirla a través incluso de modificación en textos constitucionales en casi todos los países latinoamericanos.

Un estudio atento de nuestra propia legislación codificada (Uruguay) , nos revela que nuestro derecho tiene numerosas referencias a la costumbre, referencias legislativas y por consiguiente formalmente válidas.

Finalmente, el área de las fuentes jurídicas totales, que era sencillamente ignorada hasta hoy por los juristas en el tema de las fuentes, aparece como de urgente consideración.

El estado napoleónico, propuesto por la Codificación, centralizado, elitista y autoritario. convertido en modelo político latinoamericano tiene alternativas posibles solamente a través de una revisión profunda de los institutos de derecho.

Fuertes presiones de hacia las regiones, estados o departamentos invitan a la descentralización. La misma España Borbónica, modelo del centralismo jurídico convertida a la democracia después de un largo período autoritario del franquismo, es hoy en términos prácticos un país federal, es lógico que los países nacidos en la democracia y el federalismo intenten

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

descentralizar sus propias estructuras, excesivamente centralizadas por corruptelas políticas y jurídicas.

Además de ello, se suman las presiones de hacia la integración económica, en un mundo en el cual para subsistir, es indispensable la pertenencia a grandes bloques económicos.

Nunca antes, excepto quizás en la época de la patria vieja, el mundo ofreció tales propuestas de cambio y desafíos, y en muchos de estos temas, las actitudes de los hombres de derecho es un requisitos indispensable para el cambio en paz.

Cuando la población mira hacia el derecho en espera de las respuestas, el material para ofrecer en el tema de fuentes, luce algo escaso y anticuado.

Éste es un modesto aporte para su actualización.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuentes del Derecho

### La Vida Social

La palabra fuente, evoca el lugar en que un curso de agua sale a la tierra, el lugar donde nace. Y en materia de derecho, la palabra se usa también con esa idea de nacimiento, origen, lugar de formación.

Esta explicación responde a la idea básica, que a la pregunta de donde surge el derecho? como a la pregunta de donde surge el río o arroyo; tiene una sola contestación: el derecho surge de la vida en sociedad, que es la verdadera fuente del Derecho.

Una sociedad moderna de fines del siglo XX, tiene dispositivos jurídicos de una enorme complejidad, que de alguna forma tienen a su cargo, la marcha ordenada y con las mínimas fricciones posibles de poblaciones a veces integradas por muchos millones de personas.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Sentencia Judicial

El derecho tiene la función de lograr una vida ordenada en sociedades muy extensas y complejas, armonizando a veces diferentes intereses y estilos de vida.

En ese proceso se inserta la sentencia judicial, como una herramienta poderosa y necesaria de la producción jurídica, quizás la mas importante, porque es la que pone al derecho, a veces abstracto y general en contacto con los elementos cotidianos de la vida humana.

Todo el derecho, es derecho declarado, pronosticado, abstracto, hasta que llega el momento de la aplicación jurídica, la que siempre se hace, o generalmente se hace a través de una sentencia.

Desde luego que hay, en todos los sistemas jurídicos un alto grado de autocumplimiento de las normas, pero sobre el derecho consensual y autoaplicado, siempre planea el hecho que en caso de discordia, discrepancia, o violación, el derecho se aplicará en definitiva a través de una sentencia judicial.

Es un mensaje básico del constitucionalismo democrático, que nadie puede ser penado ni condenado, ni penal ni civilmente sin forma de proceso y sentencia judicial.<sup>1</sup>

Pero esta sentencia judicial, no se elabora de cualquier forma, sino que se hace a través de determinados procesos o mecanismos habilitados socialmente que se llaman Fuentes del Derecho.

Cossio.<sup>2</sup> definía a las Fuentes del Derecho, como la señal societaria que el Juez establece en su sentencia, para lograr su validación.

Hay, en el tema de fuentes siempre una referencia a la actividad judicial de aplicación al caso concreto.

---

<sup>1</sup> Constitución de la República. Artículo 12. Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948. Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

<sup>2</sup> Carlos Cossio, excelente filósofo argentino del derecho, recientemente fallecido. Entre otras obras ha escrito Teoría de la Verdad Jurídica.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Si hablamos de la constitución como fuente jurídica, hablamos entonces del poder motivante de la constitución sobre la sentencia judicial, mas que **el poder abstracto del documento constitucional**.

Es una referencia común en los autores, que en definitiva, la fuente común del derecho nace de la vida social, y que en definitiva, es la vida en sociedad la fuente común del derecho.

Pero por sobre esta afirmación de sentido indudable e incontestable, puede afinarse un razonamiento algo más detallado, cuando se entra al análisis, que esa vida social influye sobre el espíritu del Juez de formas relativamente uniformes, que en un principio estaban determinadas en una clasificación inspirada en la división de poderes.

El juez norteamericano Cardozo (ex-miembro de la Suprema Corte de Justicia de ese país), define no ya a las fuentes sino al propio derecho como: ". . . un vasto y poco preciso conglomerado de principios, reglas, costumbres, usos y pautas morales, listos para ser incorporados en una decisión según cierto principio de selección a ser practicado por un Juez. Si tales elementos tienen la firmeza suficiente como para justificar con razonable certeza la predicción de que hallaran respaldo del Tribunal, en caso de que su autoridad sea controvertida, entonces digo que los mismos son Derecho."

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuentes Formales y Materiales

Según García Maynez: "por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas".<sup>3</sup> <sup>4</sup> Dicho autor manifiesta también que: "... de acuerdo con la opinión mas generalizada las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia." <sup>5</sup>

Según Jorge Hübner, "Fuentes formales son las formas o cauces en que el Derecho Positivo está contenido y se manifiesta en la vida social. En otras palabras, las fuentes formales son sencillamente las formas de expresión del Derecho: Ley, costumbre, sentencia y, según algunos autores, las opiniones de los tratadistas y los tratados internacionales." <sup>6</sup>

No es una clasificación que esté en el derecho positivo, sino que por contrario es una clasificación de origen doctrinaria e instrumental. No debe entonces de forma alguna, dársele a esta clasificación un sentido mayor que el de permitir separar fenómenos distintos para facilitar su estudio, que en este caso, además no es tampoco de gran utilidad.

---

<sup>3</sup> García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa S.A. México (1980). Pag. 51.

<sup>4</sup> Agrega el autor citado: "...las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y que deben realizar determinados supuestos."

<sup>5</sup> Op. cit. pag. 51.

<sup>6</sup> Hübner Gallo, Jorge Iván. Fuentes y formas de expresión del Derecho. In Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1976. pag. 145

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuentes Totales y Particulares

La sociedad civil está integrada por varias sociedades, que a su vez producen ordenes jurídicos autónomos o independientes.

En el estado federal, donde los estados miembros, cada uno de ellos, una sociedad y un orden jurídico, que se unen para formar otra sociedad y otro orden jurídico, a la cual transfieren una parte de esa soberanía, la fraccionan.

El hombre de la calle se encuentra con una soberanía fraccionada, el poder federal y el poder del estado miembro.

Cada uno de estos ordenes jurídicos tiene su poder legislativo constituyente y reglamentario; su poder judicial y su poder ejecutivo. Su costumbre y su doctrina.

En caso de ocurrencia de un conflicto entre dos personas entre tantos millones por lo menos habrá 2 jueces que estén eventualmente en condiciones de resolverlo y uno solo que deberá ser competente y que deberá optar entre múltiples fuentes.

La solución de este problema se pretende encontrar con el análisis del tema de las fuentes del derecho.

Dice sobre esto Carnelutti <sup>7</sup> : "Propiamente, a diferencia de las fuentes formales, las fuentes jurídicas materiales son fuentes únicas o totales, en el sentido que de ellas proviene o al menos puede provenir, no tanto una categoría de órdenes cuanto la totalidad de las órdenes que constituyen un ordenamiento, es decir: el ordenamiento entero; es claro, por tanto, que la pluralidad de fuentes materiales, se resuelve en una pluralidad de ordenamientos en la que precisamente consiste el problema, mientras varios ordenamientos son extraños uno a otro, como los varios ordenamientos correspondientes a los diversos estados nacionales, su coexistencia, aunque no este como veremos libre de dificultades teóricas y prácticas, está reconocida ab

---

<sup>7</sup> Carnelutti utiliza la palabra fuentes materiales como equivalente de fuentes totales o únicas, y fuentes formales como fuentes materiales. Esto provoca confusiones en el área hispana, por lo que la clasificación entre formales y materiales será explicada con el alcance del sub-capítulo anterior, y para hablar del surgimiento del derecho indiferenciado en ordenes jurídicos completos hablaremos de fuentes únicas o totales.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

antique, pero el que puedan coexistir varios ordenamientos en el mismo ámbito es fruto, al contrario, de un descubrimiento reciente, acaso no sistematizado todavía del todo en el cuadro de la doctrina **jurídica.**"

El punto crítico se refiere, naturalmente, a la relación entre los varios ordenamientos, la cual están destinados a operar en el mismo ámbito, no puede ser más que de conexión recíproca.

Por eso las fuentes únicas o totales de un ordenamiento jurídico que no sea enteramente rudimentario son más de una; más bien son muy numerosas. Se puede hablar así junto al ordenamiento y a la fuente nacional o incluso ultra nacional de ordenamientos y fuentes cantonales, regionales, provinciales, comunales, profesionales, etc.

En esa multitud la primera distinción es entre fuente independiente o superior y fuentes dependientes o inferiores; distinción relativa en el sentido de que se refiere a la relación concreta entre dos ordenamientos dados, por lo que un mismo ordenamiento puede ser independiente o dependiente, superior o inferior respecto a otros ordenamientos diferentes.

- ✓. Ultra nacional
- ✓x Federal
- ✓x Cantonal
- ✓x Fuentes Materiales Regional
- ✓x Provincial
- ✓x Comunal
- ✓x Profesional

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Relaciones entre fuentes totales y particulares del Derecho

El problema de las relaciones entre las fuentes materiales y formales de derecho se encuentra aún en etapa de investigación de la doctrina, investigación muy estimulada por la fuerte tendencia de la economía a formar bloques económicos del tipo de uniones aduaneras, del cual el Mercosur es un ejemplo palpable.

Las fuertes demandas de la población en la área de la economía, llevan al surgimiento de bloques económicos que permiten economías derivadas de números masivos en la producción y además una cierta disminución de los gastos militares que generalmente están fuertemente estimulados por el estado napoleónico tradicional. Este se ve amenazado hacia arriba por las tendencias hacia los bloques multinacionales, y hacia abajo por una incontenible regionalización que desea contemplar la diversidad cultural.

La situación preindicada se da en Europa, pero también en América Latina, aún cuando las fases de desarrollo están en etapas mas tempranas. De cualquier forma, puede vaticinarse con total seguridad que grandes cambios están en el horizonte, y éstos requerirán una activa participación de los sistemas de derecho y desde luego de los hombres de derecho.

La complejidad del tema, puede resumirse en el siguiente cuadro tomado de un estado federal , donde coexisten al menos tres ordenes jurídicos distintos.

	Constitución
	Ley
Estado federal	Costumbre
	Jurisprudencia
	Principios generales

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

	Constitución
	Ley
Estado miembro	Costumbre
	Jurisprudencia
	Principios generales
	ley (ordenanzas)
Comuna o municipio	Jurisprudencia
	costumbres municipales

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Importancia del Estudio de las Fuentes Totales del Derecho

Los diferentes ordenes jurídicos de una nación, se encuentran en una relación de coordinación o de subordinación.

La coordinación es una relación de coexistencia basada generalmente en una distribución territorial, como en dos estados miembros de una federación, o dos municipios de un estado.

Ante la distribución territorial se antepone la distribución vertical, mediante la cual varios ordenamientos jurídicos coexisten en una relación que va desde la relativa independencia del estado miembro con respecto al estado federal en las federaciones bien constituidas, hasta la estrecha subordinación al ordenamiento superior de las comunas y las organizaciones profesionales.

En Europa, con motivo de la integración económico-política derivada del mercado común europeo el tema muy insinuado en la obra de Carnelutti en la segunda postguerra, ha cobrado creciente actualidad.

La organización centralizada y exclusivista típica del estado napoleónico perdió vigencia, y las organizaciones centralizadas que permanecen como los estados nacionales de España e Italia, pierden permanente terreno, frente a las organizaciones confederadas de las Comunidad Económica a un nivel general europeo, y frente a las regiones en los niveles locales.

España se ha convertido en términos prácticos en un Estado Federal, que a su vez integra una federación, por lo que su soberanía, se encuentra diluida en una multiplicidad de ordenamientos jurídicos que van de las regiones con creciente protagonismo como los ordenamientos autónomos de Vasconia, Galicia y Cataluña, entre otros.

En Italia, la Constitución de 1948, estableció, parcialmente en base a presiones de las potencias vencedoras, democráticas y federales, que gran parte de la soberanía retrovirtiera a las regiones. Una ley de 1970 de Regionalización dio un paso mas en ese sentido, aún cuando el resultado final

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

es muy incierto en base a la desapareja aplicación y aceptación que tuvo dicha ley en las distintas regiones de Italia.

Alemania, de ser un Estado Unitario en la época del Tercer Reich, se convirtió en un Estado Federal, con los Lander, ocupando un protagonismo fundamental en la estructura constitucional alemana.

Si bien las dificultades de la descentralización en los países tradicionalmente unitarios son muy grandes, puede pronosticarse que es inminente una descentralización masiva de la producción jurídica de estado concebido en forma tradicional. <sup>8</sup>

En América Latina este tema reviste la más urgente actualidad.

Desde antiguo, se vio las dificultades que tenían los pueblos latinoamericanos en adaptarse a los mecanismos de fraccionamiento de soberanía.

Nuestro propio país, debe su existencia a las luchas que por la implantación de un orden federal implanto nuestro Prócer.

Tampoco fue extraña nuestra nación, a los conflictos que sacudieron a los argentinos durante todo el siglo, que de alguna forma estaban directamente vinculadas al respeto de las soberanías locales fraccionadas.

---

<sup>8</sup> Debe tenerse presente en este sentido la opinión de Levy Bruhl, expresada hace ya muchos años, donde desdibuja el panorama del pluralismo jurídico en Europa:

"Existen, a este respecto, dos escuelas, de las cuales una puede ser llamada monista y la otra pluralista. La primera a la que adhieren casi todos los juristas, estima que un solo tipo de grupo social, el grupo político que hoy se llama bastante comúnmente, sociedad global está habilitado para crear normas jurídicas. La otra escuela, a la que adhieren aparte de algunos juristas, sociólogos y filósofos, sostiene que todo grupo de alguna consistencia puede darse, y a menudo se da, normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para adquirir el alcance de verdaderas normas jurídicas. Mejor que consideraciones teóricas, es el examen de la realidad, el que nos permitirá formarnos una opinión al respecto. La primera doctrina que se relaciona, debe advertirse con las teorías hegelianas y marxista, aunque es igualmente enseñada por los juristas clásicos, es por cierto, errónea. Una simple mirada sobre la vida social permite comprobar que existen prescripciones legales, o por lo menos jurídicas, además de las que han sido impuestas por la autoridad política. existieron y existen aún hoy, derechos que no emanan de los órganos de la sociedad global. Hay derechos supranacionales y derechos infranacionales. Sociología del Derecho. Eudeba. Buenos Aires. 1966

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Si bien a la larga puede afirmarse que triunfo el artiguismo y el federalismo en Argentina, por la sanción de la constitución de 1853, no se puede afirmar lo mismo respecto a su espíritu.

Si bien la tendencia a la centralización es universal, existe una especial dificultad latinoamericana que convierte el fenómeno en algo realmente incontrolable y que una simple mirada sobre la distribución de la población con un altísimo porcentaje en la capital, permite descubrir.

Las dificultades de coexistencia entre el estado federal y el estado miembro, no serían algo importante a nivel político, sino fuera porque la pérdida de vitalidad de las regionales e individuos en el proceso es mucho mayor que la ganancia de capacidad y uniformidad del centro político.

No sólo estas dificultades pueden señalarse en el problema de la coexistencia de ordenes diferentes, sino que deben agregarse aquellas emergentes de la formación de ordenes jurídicas supranacionales, de los cuales el fracaso de la ALAC, es su síntoma más notorio. Fracaso que tuvo lugar a pesar de una clara voluntad política integracionista y, sobre todo, de una evidente conveniencia económica .

Parece clara la existencia de toda un área de conocimiento que ofrece a la investigación interesantes posibilidades de éxito, siempre que sea encarada con claro espíritu científico.

Es interesante señalar una advertencia de Tocqueville en La Democracia en América, publicada en 1835.

"Es opinión generalmente difundida que la existencia y la duración de las formas republicanas en el nuevo mundo (N.A.) dependen la existencia y de la duración del sistema federativo. Se atribuyen una gran parte de las miserias en la que están sumidos los nuevos Estados de la América del Sur, a que han querido establecer allí grandes repúblicas, en lugar de fraccionar en ellas la soberanía." .<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Tocqueville. La Democracia en América.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Relaciones entre las Fuentes del Derecho Totales y Particulares

Para tener una guía sobre el tema de las fuentes de derecho, aplicables a un caso o país determinado, pueden formularse algunos principios:

1) La constitución nacional, es la primera de las fuentes de derecho, y en base a ella se determina la existencia y legitimidad de las demás. En los estados federales es la constitución federal.

2) La ley federal, es la segunda fuente de derecho, y los tratados internacionales, siempre que este dentro de la competencia constitucional exclusiva del congreso u órgano representativo que corresponda. Si se encuentra dentro de la competencia constitucional, decide la máxima autoridad jurisdiccional ( jurisprudencia ).

3) Si el caso no se encuentra dentro de la competencia exclusiva del congreso, corresponde por principio a la soberanía del estado miembro, y sus correspondientes fuentes de derecho.

4) Se atribuye mayor importancia relativa a la función jurisdiccional en el estado federal. En 1942 se atribuye al Juez norteamericano Jackson: "Si nos privan del Common Law, nuestro sistema federal seria imponente.". Como se vera el régimen del Common Law, permite mucho mayor autoridad a la jurisprudencia frente a otras fuentes.

Tocqueville, en la obra citada habría dicho: "Hemos visto que en ninguna parte es más necesario constituir fuertemente el poder judicial, que en los pueblos federados, porque en ninguna parte las existencias individuales, que pueden luchar contra el cuerpo social, son mayores y se encuentran en mejor estado de resistir el empleo de la fuerza material del Gobierno.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

5) La distribución constitucional de competencia determina el derecho aplicable y el Juez competente.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuentes Particulares del Derecho

El derecho se aplica y vive a través de la sentencia judicial, que es la forma en que la comunidad hace entrar sus ideales jurídicos a la convivencia cotidiana.

Esa sentencia judicial, no se dicta de cualquier forma, sino siguiendo ciertas pautas cuidadosamente establecidas por jueces y comunidad.

Los jueces, ven gustosos los mecanismos que otorgan a su actividad pautas objetivas que les liberen de involucrarse demasiado con las decisiones, y la propia comunidad necesita una cierta uniformidad en las decisiones, las cuales serán a su vez pautas de conducta en el futuro.

Esas pautas de conducta concreta, serán las fuentes particulares del derecho que básicamente son: constitución, legislación, costumbre, jurisprudencia, principios generales de derecho y equidad.

Cada sociedad tiene un criterio propio nacional para la resolución de sus controversias, mas dentro de la individualidad que representa el tratamiento del tema, podemos distinguir los grandes enfoques o familias jurídicas, según el balance que en materia de fuentes ordenan la resolución judicial.

La alternativa jurídico política puede formularse entre el predominio de la ley (*stare legibus*) y por lo tanto del legislador que lo dispone todo anticipadamente y a lo cual ha de someterse el juez disciplinada y humildemente. O bien a la inversa, predominio de un juzgador que dispone de facultades relativamente amplias que le permiten una cierta creación judicial del derecho (*stare decisis*).

En el sistema de creación judicial, son notorias las mayores capacidades del Juez para la resolución de la controversia.

El antecedente jurisprudencial, es obligatorio sólo en apariencia, ya que siempre puede un juez fundamentando adecuadamente su decisión crear un "leading case ", que podrá sentar una nueva jurisprudencia. La aplicación amplia de Fuentes alternativas de la ley confirman lo mismo ya que los

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

requisitos para la costumbre como fuente del derecho esta que La misma sea "racional"; criterio que da un amplio margen a la interpretación judicial; con mucho mayor razón la equidad tomada como fuente de derecho autónoma.

La presentación de posibilidades extremas (gobierno de leyes o gobierno de jueces) sirve provechosamente para marcar etapas históricas del derecho y del tema de la interpretación, que eran justamente contrapuestas entre sí además, constituyendo la una reacción de la otra, aún alternadamente.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Constitución como Fuente del Derecho

Frecuentemente se omite destacar por los autores en forma expresa esta fuente jurídica, seguramente por considerársele dentro del concepto genérico de ley.

Debe marcarse que la super-ley es, más que la primera fuente, la de mayor jerarquía, y aquella por lo mismo debe atenderse muchísimo más de lo que hoy se hace corrientemente.

El nuevo título preliminar del Código Civil español, establece que: "carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior" estableciendo expresamente la calidad de fuente jurídica separada a las disposiciones constitucionales.

A través de la fuente constitucional, a su vez, otras fuentes relegadas a segundo término, como los principios generales de derecho pasan a primer plano.

Los derechos humanos, que además de valores básicos de jerarquía constitucional, son principios generales del derecho, tienen al amparo de la fuente constitucional un posición relevante dentro del panorama de las fuentes jurídicas.

El proceso constitucionalista democrático ha establecido normas expresas que los derechos humanos establecidos en los textos constitucionales, no deben interpretarse en forma restrictiva e indican expresamente la existencia de otros derechos no declarados expresamente en los textos constitucionales.

Es el caso del art. 72 de la Constitución Uruguaya, que dice expresamente que la Enumeración de Derechos Deberes y Garantías no excluye aquellos que son inherentes a la dignidad humana o a la forma republicana de gobierno..<sup>10</sup> .<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay. Artículo 72: La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

<sup>11</sup> Constitución Argentina de 1853, artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados,

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Divorcio en Argentina

El divorcio en la Argentina no concedía capacidad a los cónyuges divorciados de contraer nuevas nupcias. Una multiplicidad de uniones irregulares se habían producido como consecuencia de esta situación, y las encuestas de opinión daban, en la Argentina una mayoría abrumadora de opiniones favorables al cambio de la situación jurídica de los cónyuges divorciados en el sentido de restablecer su aptitud nupcial.-

Una pareja de abogados que vivían en situación de concubinato, con una familia de hecho de varios hijos se presentó solicitando nuevo matrimonio, el cual estaba prohibido por una vieja ley de estado civil (art. 64 ley 2393) en base a que ambos estaban casados y divorciados de anteriores matrimonios. Con dos sentencias adversas, apelan a la Suprema Corte de la Federación Argentina, quien por una mayoría de tres a dos, declara inconstitucionalidad esta norma.

El caso tiene la particularidad que la sentencia judicial declara en forma expresa la existencia de derechos humanos implícitos como el derecho a la intimidad. Asimismo, la sentencia reconoce que situaciones que podían ser consideradas constitucionales hace un siglo (la prohibición de nuevo matrimonio a los divorciados), podían devenir inconstitucionales un siglo después a raíz del cambio en los valores jurídicos del país y sus ideas básicas de justicia.

Puede observarse con claridad, que el documento constitucional, si bien no trae una teoría de las fuentes, impone su mayor jerarquía sobre el título preliminar del Código Civil, en la medida que trae disposiciones de amplia generalidad, y aún, disposiciones implícitas como los derechos humanos del art. 33 (Constitución Argentina) o 72 (Constitución . Uruguay).

---

pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo de la forma republicana de Gobierno".

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Problema de la Constitucionalidad de las Leyes

La constitución uruguaya vigente se aparta de sus similares Argentina y Norteamericana, al no conceder a los jueces comunes la facultad de aplicar directamente la constitución en aquellos casos de conflicto con la ley.

En caso de conflicto, las partes o el Juez, pueden pedir a la Suprema Corte de Justicia la declaración de inconstitucionalidad..<sup>12</sup>

En las constituciones citadas, los jueces de primera instancia pueden aplicar directamente las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de que en todos los casos, cuando se trata este tema, por vía de aclaración tiene siempre la última palabra el máximo órgano jurisdiccional.

---

<sup>12</sup> Artículo 257 de la Constitución Nacional: A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia, y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podrán solicitarse pro todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1º) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2º) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar se oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.

En este caso, y en el previsto por el numeral 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Ley como Fuente del Derecho

### Antecedentes Históricos

En la sociedad primitiva, el surgimiento de la ley como fuente de derecho aparece en una etapa relativamente tardía de la evolución social. Existen una serie de ideales jurídicos o ideas de lo correcto, con respuestas sociales ante lo que se consideran agresiones al grupo, las cuales son aplicadas generalmente por órganos que después van a evolucionar como jurisdicciones religiosas y que vendrían a ser el equivalente de la moderna jurisprudencia.

En este entorno, surge un caudillo o líder que desarrolla funciones de mando en caso de guerra, que después va a evolucionar, en algún tipo de jefatura de estado, y llegada la escritura, en la ley como fuente de derecho.

En algún momento de la evolución de las instituciones jurídicas, la jurisprudencia y la ley representan el derecho y la fuerza.

La evolución del estado absolutista, representa de alguna forma el crecimiento de la fuerza a expensas del derecho.

Es particularmente significativa la evolución en el período histórico Romano. Como en todas las sociedades primitivas y modernas, en Roma, la ley fue una importante fuente de derecho.

Pero Roma tuvo la particularidad de evolucionar como una de las potencias mas centralizadas del globo, y de hecho, la única que tuvo la capacidad de unir a todo el mundo conocido de su época bajo la égida de un poder imperial de incalculables dimensiones.

Es en Roma, donde la ley comienza a desplazar totalmente al derecho, bajo la ficción de que el derecho no existe sino está legislado, y por tanto la legislación es la única fuente del derecho.

Adriano<sup>13</sup> representa una etapa importante en la evolución comenzada desde el Imperio, en la cual se centraliza en el Emperador todas las funciones del Estado Romano, el que comienza su rápido ascenso para convertirse en la

---

<sup>13</sup> Emperador desde 117 a 138. Tuvo fama de gobernante capaz. En lo político se caracterizó por representar el punto álgido en las relaciones con el pueblo judío, a quien persiguió tenazmente, provocando incluso la rebelión judía de los años 132-135.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

potencia mas despótica y centralizada que existió en todos los tiempos de la historia occidental.

El consejo imperial (*consilium principis*), que bajo Augusto era una simple reunión de amigos, se convierte en un organismo burocrático estable y altamente tecnificado, integrado por expertos en derecho y encargado de funciones bien determinadas, como las respuestas (*rescriptos*) a las consultas dirigidas al emperador sobre la interpretación del derecho vigente. A partir de Adriano, entre cuyos asesores hay juristas ilustres como Publio Juvencio Celso (de la escuela *proculeyana*) y Salvio Juliano (de la escuela *sabinianna*), los juristas mas importantes son funcionarios imperiales.- Adriano no solo tecnifica la administración imperial sino concentra en el emperador la producción del derecho. Es el primer emperador en emitir *rescriptos*, forma principal de la labor imperial de creación jurídica hasta que Constantino asume directamente la facultad legislativa. A partir de Adriano, los acuerdos del senado (*senadoconsultos*) se convierten en simple forma cuya sustancia es la proposición (*oratio*) del emperador, aprobada automáticamente por el cuerpo. Y, como hemos dicho, Adriano burocratiza a su servicio la jurisprudencia y seca además una fuente importante del derecho al ordenar a Salvio Juliano la redacción definitiva de los edictos pretorios y edilicio (*Edicto Perpetuo*) .

El resultado de esta evolución es la invasión por la ley a las demás fuentes del derecho, y la expectativa de una solución estatal legislativa a cada conflicto de intereses.

Este estado de cosas influyó en forma decisiva en el exceso de centralización que en definitiva provocó la decadencia del Imperio Romano de occidente y su posterior desaparición y sustitución por otro derecho radicalmente distinto.

En 1454, Carlos VII, mediante la ordenanza de Montil les Tours, dispuso que las costumbres francesas fueran oficialmente redactadas por escrito. La ordenanza fue observada negligentemente. Al producirse la revolución todavía no se había dado termino al trabajo.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Desde la ideología, la influencia del derecho romano de la época del Digesto, y una cierta desconfianza hacia la magistratura, impulsaron un proceso de creciente atrofia de la costumbre como fuente de derecho.

Desde las raíces mismas de la sociedad, se respondía a una tendencia de la sociedad francesa iniciada siglos antes hacia la centralización del poder, y sobre todo hacia el valor que representaba la seguridad jurídica.

La redacción de las costumbres por escrito va ser la base de la Codificación, de allí la certeza de la frase de Spencer sobre que "la ley, es una forma cristalizada de la costumbre".

La revolución francesa ve con simpatía la creciente recuperación de la ley como fuente hegemónica del derecho, y en base a ello, surge la Codificación, de amplia repercusión en América Latina y en el mundo.

Surge una reacción inesperada a este movimiento, en la escuela histórica del derecho, representada por varios juristas alemanes y principalmente por Savigny.

El historicismo trata de jerarquizar a la costumbre como la única y verdadera fuente del derecho, de la que todas las demás extraen vida y significado. El historicismo pretende sustituir el culto por la ley y por la razón escrita, por el reconocimiento de la costumbre como expresión viva de la conciencia jurídica popular.

Posteriormente, la escuela histórica entró en una grave crisis de sus supuestos. Fue duramente criticada, no por su posición en el tema de las fuentes sino por sus supuestos filosóficos e históricos, y por hacer depender sus ponencias científicas de sus presupuestos políticos principalmente en contra de la revolución francesa.

El historicismo degenera en definitiva en una apología del derecho de determinadas épocas históricas, a los cuales se cristaliza y se estudia con un criterio exegético y apologético mas que científico..<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> El Historicismo pasa a ser fuertemente criticado por el movimiento realista norteamericano. Los historicistas desarrollaron un fuerte fetichismo por los textos del corpus Juris, y la Historia del Derecho pasa a ser mas que una herramienta de cambio, un instrumento en contra del cambio. Y , así, la Escuela Histórica llegó a convertirse en una especie de museo de antigüedades, al decir de Roscoe Pound.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

La creciente primacía de la ley y los entramados legislativos preestablecidos y codificados, deberán esperar al fin de la segunda guerra mundial para encontrar su límite lógico de crecimiento, y con la crisis de los positivismo jurídicos y el ascenso del jusnaturalismo, se elabora una teoría mas proporcionada y equilibrada sobre las fuentes jurídicas.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Sistemas Contemporáneos

La Ley es una importante fuente de derecho en todos los sistemas jurídicos del mundo.

Incluso los países anglosajones que tienen importantes áreas de derecho consuetudinario y jurisprudencial, existen áreas de derecho estatutario (legislativo) que tienen gran importancia, tales como el derecho administrativo por ejemplo.

Persisten sin embargo grandes diferencias en las distintas culturas jurídicas sobre el alcance del *stare legibus*.<sup>15</sup> y del *stare decisis*.<sup>16</sup> Estas diferencias, mas que de derecho positivo, son de culturas jurídicas que persisten en base a la educación.

Desde el punto de vista del derecho positivo, rige el constitucionalismo democrático que se impuso en el mundo, cuyo mensaje principal es la vigencia de la igualdad democrática, de los derechos humanos que limitan el poder del estado, de la vigencia de los principios constitucionales vigilados a través de una marcada supremacía judicial. Nadie va a encontrar en las constituciones, ni siquiera de los sistemas jurídicos mas estrictos defensores del legalismo ni una sola disposición que insinúe que los problemas humanos deberán ser resueltos en forma exclusiva a través de un entramado legal preestablecido. Esa idea, es una idea cultural proveniente de las culturas jurídicas existentes previas a la instauración de los gobiernos democráticos.<sup>17</sup>

En el derecho continental moderno y en el latinoamericano, las compilaciones son relativamente breves (entre 1.000 y 3.000 artículos) que cubren amplias ramas del derecho: Códigos Civil Comercial, Procesal, Penal, etc.

---

<sup>15</sup> Estése a lo legislado

<sup>16</sup> Estése a lo decidido.

<sup>17</sup> Sobre la influencia del Constitucionalismo Democrático y función unificadora y determinadora del fenómeno Americano, tanto del sur como del norte, ver: Barker, Robert. Doscientos años de constitucionalismo en las Américas. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político . Tomo 4, N°19-20. Junio-Setiembre 1987. Doctrina.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Se señala no obstante, un creciente casuismo en la técnica legislativa, y gran crecimiento en extensión de las disposiciones, así como la penalización y generalización de las conductas comprendidas..<sup>18</sup>

Todo ello puede atribuirse seguramente a una creciente centralización de la autoridad que parece ser común tanto a los autoritarismos como a las democracias y que fundamentalmente afecta a las naciones del tercer mundo, ya que las naciones más desarrolladas, parecen estar arbitrando medidas contra el mismo.

En el Common Law, la ley es interpretada en forma restrictiva. La norma legislativa es la excepción y en tanto no modifique expresamente la jurisprudencia admitida, no lo modifica.

Dice Gotheil<sup>19</sup> : Pero donde más claramente se muestra la diferencia (entre el Common Law y el Civil Law) es en la tradicional idea del Common Law, según la cual la ley nada significa hasta que un juez la utiliza como fuente y la construye. Los juristas adoptan frente al texto legal una actitud de duda parecida a la que corresponde ante un leading case todavía no construido. Como consecuencia de esta manera de entender la ley, la jurisprudencia cubre rápidamente la norma legislativa y ésta es sólo un punto de referencia originario respecto de los casos judiciales, que alcanzan un verdadero papel de fuentes de derecho en el punto.

---

<sup>18</sup> Ver Marco Aurelio Risolía. Grandeza y Desprestigio de la Ley.

<sup>19</sup> Gottheil, Hugo. Common Law y Civil Law. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Las Lagunas de la Ley

La expectativa de que solo la fuente legislativa puede resolver los problemas jurídicos proviene principalmente de los países con tradición jurídica latina, y esto llega al punto, que cuando aparece un caso que de alguna forma no está previsto en una ley, se dice, o alguien dice que está frente a una laguna, significando con eso que se está frente a una patología jurídica.

Esta actitud generalmente no responde tanto a disposiciones de derecho positivo, como a tradiciones educativas en el área jurídica. que simplifican el tema de las fuentes y renuncian a una aplicación equilibrada e integradora en el tema de las fuentes jerarquizando las múltiples fuentes dentro del área de sus posibilidades reales, y compatibilizándolas con las perentorias demandas que la sociedad moderna está exigiendo de los equipos de producción jurídica.

Cuando se examina desde este punto de vista, desde luego que la ley no puede tener lagunas, porque están las otras fuentes de los principios generales del derecho y la constitución, y aún la equidad, la costumbre y la jurisprudencia, si hubiere lugar para ellos.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Tendencias de Futuro

La posibilidad de una síntesis integradora de situaciones intermedias, combinadas, flexibles, ausentes de monismo, parecen aún lejanas en América Latina.

Si bien la distancia entre el Civil Law, y el Common Law, en materia de fuentes de derecho es enorme, y se deriva en el fondo de concepciones diferentes de la sociedad sobre los valores de justicia y seguridad, la tendencia actual es hacia un progresivo acercamiento.

Los norteamericanos acostumbran a elaborar códigos pequeños y ampliamente difundidos que han recibido sanción legislativa en algunos Estados, y en otros se aplican por la jurisprudencia. Es significativa en este sentido la tarea del American Law Institute.<sup>20</sup>

Países típicamente continentales como Alemania y España, están haciendo a su vez, un uso mas equilibrado de las fuentes jurídicas, tomando distancia adecuada de la legislación. Un ejemplo adecuado podrían ser las palabras de uno de los juristas mas destacados en España, sobre el tema de las fuentes del derecho:

*"La Sociedad actual..., como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en si mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad sino que con la misma naturalidad puede convertirse en las más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para la perversión de lo jurídico."*<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Debe tenerse en cuenta que aún los tímidos intentos de compilaciones normalmente efectuadas por los Colegios de Abogados (no por las legislaturas) provocaron serias oposiciones: así Félix Cohen, en El Método Funcional en el Derecho:

Pienso que la era de los juristas clásicos ha terminado. El "Restatement of the Law" confeccionado por el American Law Institute es el último estertor de una tradición que muere. Los mas inteligentes entre nuestros jóvenes profesores y estudiantes de Derecho no tienen interés en "reformular" los dogmas de la teología jurídica. Habrá en el futuro, por supuesto, imitadores y continuadores de los juristas clásicos. pero pienso que los pensadores jurídicos del futuro realmente creadores no se dedicarán, a la manera de Williston, Wigmore y sus colegas, a la taxonomía de los conceptos jurídicos y a la explicación sistemática de principios de "justicia" y "razón", apoyas en casos correctos". El pensamiento jurídico creador mirará más y más por detrás del simétrico despliegue de casos "correctos" en busca de los hechos efectivos de la conducta judicial; hará uso intensivo de los métodos estadísticos para la descripción científica y la predicción de la conducta judicial; se esforzará mas y mas por trazar el mapa de las fuentes ocultas de la decisión judicial y por pesar las fuerzas sociales representadas en la magistratura.

<sup>21</sup> García de Entrerría en su memoria para opositar a la Cátedra de Derecho Administrativo que obtuvo.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Derecho Positivo Uruguayo

El alcance de la legislación como fuente del derecho surge del artículo 16 del Código Civil, norma que ha dado lugar a diversas contiendas interpretativas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que este artículo no está solo, sino que se encuentra dentro de un panorama constitucional que establece una clara supremacía de la constitución, y de los principios generales del derecho reconocidos expresamente por la misma, e incluso tácitamente como surge del art. 72 de la Carta Magna.

En segundo lugar, debe tenerse presente que nuevas fuentes van surgiendo a través de la propia legislación como la equidad expresamente admitida por el Código General del Proceso para los casos establecidos.

En tercer lugar, debe tenerse presente un amplio campo de aplicación de la costumbre introducida por la propia legislación, y también a través de los principios constitucionales indicados en el numero uno.

Y en cuarto lugar, debe tenerse presente el propio texto del famoso artículo 16:

Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas ; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

El propio artículo 16 establece una panoplia de fuentes y soluciones: "consideradas las circunstancias del caso".

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Costumbre como Fuente del Derecho

La costumbre es un modo de conducta o uso reiterado que se convierte en obligatorio por este solo hecho.

La humanidad en sus primeros milenios de existencia no conoció otra posibilidad organizativa que esta peculiar capacidad del ser humano consistente en su tendencia a la reiteración en la conducta.

Las normas consuetudinarias aparecen respaldadas por un conjunto de sanciones difusas que van desde el ridículo, la expulsión del grupo y hasta la pena de muerte.

Dice Alf Ross: " Es evidente que el poder judicial precede siempre al legislador".

La existencia de un grupo de personas que pretenden monopolizar el uso de la fuerza, es el antecedente necesario de la Ley.

El surgimiento de la ley como fuente de derecho plantea problemas que normalmente contesta la sociología y la filosofía del derecho. En la sociedad antigua, la costumbre es la fuente natural y obvia.

En una sociedad que no ha entrado a compilar las costumbres, el enfrentamiento entre la ley y la costumbre es una versión del enfrentamiento entre la fuerza y el derecho. Cuando la tensión es grande, la ley queda fácilmente como letra muerta.

En La Democracia en América, Tocqueville expresa: "Las Leyes son siempre vacilantes cuando no se apoyan en las costumbres. Las costumbres son el único poder resistente y durable en un pueblo."

Las primeras tendencias a compilar las costumbres en libros de derecho a los que se le otorga respeto gubernamental, constituyen el inicio del positivismo jurídico.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Los juristas romanos de la época clásica tenían una idea muy clara de esto.

Es famosa la definición de Paulo sobre norma jurídica, que dice: "La norma es la que brevemente describe lo que las cosas son. El derecho no se extrae de la norma, sino de lo que el derecho es, se hace la norma. Por consiguiente, por la norma se trasmite una breve noción de las cosas." (Digesto 50, 17, 1).

Esa definición de Paulo es una definición netamente realista, que ve en la norma una breve descripción de un fenómeno mas profundo, donde hay que buscar la sustancia del derecho.

En otra época y lugar, Santo Tomas había expresado: "de ahí que la ley no sea el Derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho". (Suma contra gentiles, III, 115).

A medida que se perfecciona y difunde el uso de la escritura en la sociedad se facilita el proceso de legislación en temas jurídicos.

Las causas que se pueden señalar son básicamente dos: la primera, una difusión del valor de la seguridad jurídica, en base a la mayor precisión de la ley, y su mayor capacidad de divulgación y conocimiento de los afectados; en segundo lugar, una creciente centralización del poder del estado.

En Europa, recién después de la segunda guerra mundial, a través de la Sociología del Derecho, se revaloriza la importancia de la costumbre.

Dice Levy Bruhl, en su obra sociología del derecho: "Para el sociólogo, por el contrario, las fuentes formales del derecho, establecidas por los juristas no son sino las variedades de una sola y única fuente: la voluntad del grupo social. Además, nosotros nos alejamos de la teoría corriente desde que damos gran importancia a la costumbre, por la que comenzaremos nuestro estudio."<sup>22</sup>

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Requisitos Exigidos a la Costumbre para Valer como Fuente Jurídica

Para los países en que la costumbre es recibida, la costumbre debe tener los siguientes requisitos:<sup>23</sup>

- ✓.1) Ser "Inmemorial";
- ✓.2) Haber sido acatada continuamente;
- ✓.3) Haber sido ejercida en forma pacífica y *nec clam nec precario*;
- ✓.4) Haber sido sustentado por la *opinio necessitatis*,
- ✓.5) Ser cierta; y
- ✓.6) Ser razonable, lo que implica entre otras cosas que tiene que ser compatible con los principios fundamentales de la jurisprudencia y del derecho legislado.

*Estos requisitos son objeto de prueba común a diferencia del derecho legislado, que no es necesario probarlo ante los tribunales.*

Como se observará, la recepción de la costumbre como fuente de derecho, deja un amplio margen de discrecionalidad judicial aún mayor que las tendencias más audaces en materias de interpretación de la ley, en especial los puntos 5 y 6, de la tabla citada. Esto flexibiliza el sistema jurídica y amplía notoriamente los poderes de decisión del Juez.

La costumbre, la constitución y los principios generales del derecho pueden ser catalogadas en este sentido como fuentes flexibilizadoras del sistema jurídica, mientras que la ley y la jurisprudencia, tienden a hacerlo mas rígido.

---

<sup>23</sup>

Cf. Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Un caso en América Latina

### Sirvinacuy

En Perú, se ha señalado el conflicto creado entre el Código Civil y una institución prematrimonial llamada Sirvinacuy que se remonta a la época del Incanato, y subsiste aún en nuestros días.

El Sirvinacuy o tinkunakuspa es una institución prematrimonial, tan profundamente arraigada en las costumbres aborígenes que ha logrado sobrevivir al cataclismo de la conquista y a los 3 siglos de coloniaje manteniendo, y aún robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana.

Jurídicamente se define como "un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y de devolver al pretendiente los regalos recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o adquirir carácter duradero."<sup>24</sup>

Socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, ni aún de índole biológica, para constituir después de esta experiencia, y siempre que ella tuviere éxito, un hogar estable y feliz. Comprobación de sus hondas raigambres a través de nuestras distintas épocas prehistóricas, sobrevive hasta ahora el "Sirvinacuy" en las comunidades aborígenes y se practica en toda la región andina del Perú, y en algunos sectores de la costa, con las modificaciones impuestas por la influencia del medio geográfico y de los factores económico sociales.

El amor entre los indios se inicia, generalmente, en las épocas de las siembras o de las cosechas. La invitación a tomar chica en alguna fiesta, hecha por el hombre y aceptada por la mujer, marca el principio de la acción de amarse. Cuando el indio está resuelto a pedirla en "Sirvinacuy" se dirige, en compañía de algún miembro de su familia, a la casa de los padres de su elegida portando una serie de aguinaldos (vestidos para la novia, coca, cigarrillos, chicha, aguardiente, cuises asados, viandas, etc.) que constituyen el

---

<sup>24</sup> R. Maclean y Estenós; Revista Mexicana de Sociología, Vol 3, N° 1.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

"yaicupakuy", índice de la posición económica del pretendiente. Si el padre de la elegida acepta el regalo se origina una fiesta que culmina con la embriaguez de los concurrentes y en medio de la cual el indio se lleva a su casa a la novia, simulando un rapto e iniciando así el periodo de la prueba matrimonial, cuya duración varía de 3 meses a varios años, según las costumbres regionales y en el que la mujer tiene que demostrar su capacidad tejiendo, hilando, haciendo ponchos o alforjas, cocinando o ayudando al hombre en sus faenas agrícolas. Terminado el período de prueba, si el indio está convencido de las aptitudes de la mujer, contrae matrimonio con ella, solicitando el apoyo del "ayllu", y de sus amigos. En caso contrario procede a la separación, devolviéndola entonces a sus padres, junto con los hijos que haya tenido durante la prueba. Ninguna sanción social cae sobre la mujer devuelta, quien por el contrario, después de algún tiempo contrae generalmente nuevo matrimonio, ya mejor preparada.

Así, frente a las regulaciones del matrimonio legislado en el Código Civil peruano, como frente a ciertas normas del Código Penal, el "sirvinacuy" expresa un orden diferente que exige al sociólogo jurídico una atención más profunda, a fin de ajustarlo a las prescripciones normativas, y recíprocamente."

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Nuevas Tendencias del Derecho en América Latina

El caso del sirvinacuy no es un hecho aislado.

En América Latina, se calcula una población indígena de 50 millones de habitantes con costumbres muy diferentes entre sí.

Cabe expresar que en la misma área del incanato, existe desde la época previa a la conquista la pena de muerte para el delito de violación.

En caso de ejecución de un violador, los autores son responsables ante la Codificación del delito de homicidio muy especialmente agravado, cuando en realidad están actuando en cumplimiento de una tradición jurídica verbal.

El derecho codificado puede estar actuando entonces como un elemento de irritación social, en lugar del lugar pacificador y productor de orden que se le supone tiene que adoptar.<sup>25</sup>

En los hechos, han sido dictada normas sobre comunidades indígenas en Guatemala, que recibe especialmente la costumbre como fuente del derecho, y existen proyectos en Bolivia en el mismo sentido.

No solamente se admite la costumbre como fuente del derecho, sino que además se aplica por tribunales indígenas locales integrados con participación popular.

Solamente se aplican estas normas para conflictos internos de la comunidad. Si un miembro de la comunidad tiene un conflicto con otro ciudadano, y aún con otro miembro de otra comunidad indígena, se aplica el derecho general.

## Juicio Crítico sobre la Costumbre

La principal ventaja del derecho legislado, es la certeza y la facilidad de su conocimiento a todos los interesados.

---

<sup>25</sup> No debe buscarse tan lejos este tipo de rigideces. La lectura de la obra literaria de Javier de Viana y en especial un cuento Justicia Humana, que aparece en el libro Leña Seca, presenta un caso similar en el Uruguay del siglo pasado.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

No obstante, la certeza jurídica que ofrece el derecho positivo, ha disminuido ante su notoria complicación.

Asimismo, la costumbre, con los requisitos señalados, tiene un amplio grado de certeza y predecibilidad .

Una notoria ventaja de la legislación es la capacidad de cambio social, posible por el mero hecho de redacción de una nueva ley o código .

Frente a esto, se presenta la dificultad de internalización de las conductas de la ley, muy fácil en la costumbre. La internalización de las normas de conducta es sumamente importante en una región que como América Latina se encuentra afectada por situaciones de anomia relativamente extendida a importantes grupos regionales y económicos en diversos grados y varios grados de violencia política y civil.

La principal ventaja de la costumbre, es la capacidad de manejar situaciones diferentes con criterios diferentes, según normas internalizadas propias de cada grupo.

Las sociedades post industriales superdesarrolladas, han entrado en una etapa de diversificación de conductas y valores que se desea preservar y aún desarrollar.

La masificación de conductas y actitudes, no es ni debe ser objetivo de las democracias maduras cuyos fundamentos sean sólidos.

En América Latina, se siguió la escuela positivista a ultranza, aún después de su decadencia en Europa.

Deben señalarse como causas principales, las tradiciones jurídicas del Imperio Español y el deseo de imponer conductas y valores a sectores amplios de población.

Son normas, valores y hechos, que poseyendo legitimidad, se oponen frecuentemente a prácticas, normas, valores y hechos registrados en el derecho positivo.

Ya dejamos señalado antes que en América Latina, el positivismo jurídico, llevado a ultranza, dejó poco espacio a la costumbre como fuente de derecho.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

El Código Civil colombiano, constituye una excepción. Dice: "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva."

## **El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica.**

En la década de 1990, se introdujo en distintos estados la costumbre como fuente del derecho, incluso mediante expreso reconocimiento constitucional.

Particularmente en los países andinos, comenzando con la constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Perú de 1993, de Bolivia de 1994, de Ecuador, y mas recientemente de Venezuela. También se ha introducido modificaciones al derecho mexicano, y se encuentra en una agenda próxima reformar la constitución en el sentido indicado por los países citados precedentemente.

A continuación transcribimos un cuadro comparativo entre los distintos enfoques de reformas, que se incluye en este trabajo con permiso de la autora RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO, de la Fundación Myrna Mack <sup>26</sup> .

---

<sup>26</sup> Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

## Cuadro comparativo del Reconocimiento del Derecho Indígena en los Países Andinos

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
<p>1. FUNDAMENTO:</p> <p>Estado reconoce</p> <p>Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.</p>	<p>- Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven, etc.</p>	<p>Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.</p>	<p>Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.</p>	<p>Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.</p>
<p>2. Texto de Reconocimiento de</p> <p>a) la Jurisdicción Indígena y</p> <p>b) el Derecho Indígena o Consuetudinario</p>	<p>Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p>	<p>Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás</p>	<p>Art. 171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.</p>	<p>Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.j</p>

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.		instancias del Poder Judicial.	El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.,	
3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluriculturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Autodefinición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multiétnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho Subjetivo	1. Derecho de conservar costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al respeto de sus	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario.	- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH				
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9.1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios, 2. Autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.
6. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de conflictos internos (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9.					

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de conflictos internos (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional.  Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.  Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los poderes del estado.  Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional.  Todavía no se da ley.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
12. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama jurisdicción especial. No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.
Nota: cabría añadir la Constitución de Venezuela que ha reconocido el derecho indígena en 1999.					
Tomado de: RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999./ Para cualquier reproducción contactar con la autora: <a href="mailto:raquelyf@hotmail.com">raquelyf@hotmail.com</a>					

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Derecho Positivo Uruguayo

El alcance de la Costumbre como fuente de derecho en Uruguay, está dado por la propia legislación positiva. Se establece el principio de que la costumbre tiene limitaciones como fuente jurídica al hecho de que la ley se remita a ella.<sup>27</sup>

Las remisiones de la ley común a la costumbre, en contra de lo que se cree son realmente numerosas, y sin bien Uruguay no es un país de derecho consuetudinario son muchas las oportunidades en que se la costumbre es fuente de derecho, y muchas las oportunidades en que el jurista deberá alegar y probar la existencia, alcance y contenidos del derecho consuetudinario uruguayo.

Algunos pocos ejemplos de remisiones legislativas a la fuente consuetudinaria son: La altura de la paredes medianeras establecido por el derecho civil es establecida por la costumbre.<sup>28</sup>; el precio de los arrendamientos de obra, si no se conviniera expresamente será fijado por la costumbre<sup>29</sup> ; el plazo de arrendamiento de bienes muebles será fijado por convención y en su defecto por la costumbre<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Artículo 9 del Código Civil.- Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes ; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella. (Artículo 594, Inciso 2º).

<sup>28</sup> Artículo 594 del Código Civil.- En los pueblos, villas, ciudades o sus arrabales, cualquier propietario puede obligar a su colindante a que contribuya a la construcción o refacción de la divisoria entre sus edificios, patios, corrales, o jardines.

La altura de la divisoria se determinará por los reglamentos que puedan existir y por la costumbre constante y reconocida.

A falta de reglamentos o de costumbre, la divisoria que se construya o refacciones, tendrá tres metros de altura por lo menos.

<sup>29</sup> Artículo 1834 del Código Civil.- El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de costumbre para ser determinado judicialmente, si hubiere duda.

<sup>30</sup> Artículo 1788.- Si el arrendamiento verbal o escrito fuese de bienes muebles y no se hubiese fijado término para la duración del contrato o el tiempo no estuviese determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, el arrendador que quisiere hacer cesar el contrato debe dar al arrendatario un plazo ajustado al período o medida del tiempo que regula los pagos. Así, arrendándose a tanto por día, semana o mes el plazo será respectivamente de un día, semana o mes.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

También en materia comercial y laboral son numerosas las remisiones legislativas y aún jurisprudenciales a la costumbre:

El Código de Comercio establece expresamente que la costumbre determina la interpretación de los contratos comerciales.<sup>31</sup>

Se establece la legitimación del uso del nombre luego de la desvinculación del vendedor en folios y envases de los productos por un tiempo razonable se fundamenta en los usos y costumbres de la industria farmacéutica<sup>32</sup>; los usos y costumbre en la empresa son inderogables por acto unilateral; superioridad de la costumbre.<sup>33</sup>

Sobre la eficacia de los usos y costumbres de la empresa ver T.A.T. 1º. Sent. 39, 13/3/91.<sup>34</sup>

## Otra forma de ver las cosas:

---

<sup>31</sup> Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato servirán para la interpretación de las bases siguientes :

1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes, que el sentido literal de los términos.

2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el texto general.

3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad.

4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos.

6. El uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde deben ejecutarse el contrato, prevalecerá sobre cualquier inteligencia en contrario, que se pretenda dar a la palabras.

7. En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación.

<sup>32</sup> La Justicia Uruguay-Revista jurídica Tomo 105. Año 1992 - Doctrina - Anotación y comentario a Sent. 35, 20/5/92, J.L.C. 1º (PIRAN, Carlos Jose) (Comentario de caso 12132A,20/5/92, J.L.C. 9º en pag. 314)

<sup>33</sup> 12/ 14 Anuario de Jurisprudencia Laboral Año 1992 - Jurisprudencia - J.L.T. 2º. Sents. 18, 19, 21 y 24/92, Patrón

<sup>34</sup> Anuario de Jurisprudencia Laboral Años 1988-1991 - Jurisprudencia - Derecho al cobro de las diferencias entre lo pagado por seguro de enfermedad y el salario nominal T.A.T. 1º. Sent. 39, 13/3/91, Almera, Martinez, Malherbe

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Proyecto de Investigación sobre las Mujeres y el Derecho en el Sur de África

Ha concluido un proyecto de investigación sobre Las Mujeres y el Derecho en el Sur de África (Women and Law in Southern Africa Project WSLA) después de 6 años de estudio en Zimbabwe, Zambia, Swazilandia, Mozambique, Lesotho, y Botswana, con la conclusión que la reconstrucción del derecho consuetudinario más bien que un énfasis en el concepto de igualdad representa la estrategia más prometedora para producir justicia para mujeres.

Un análisis histórico indica que el derecho consuetudinario era, antes del colonialismo, un sistema centrado en la familia y flexible de derecho que favorecía la negociación y arreglo de disputas más bien que un estado rígido - centrado en la aplicación de una regla. Tradicionalmente, la base unificadora de valor de derecho consuetudinario era la conservación de la familia y la protección de mujeres y niños. El matrimonio se concibió como una asociación conjunta más bien que como una relación de tutela.

La poligamia, que hoy constituye una fuente de sujeción de la mujer, se desarrolló originalmente para proveer la protección de casamiento a las mujeres cuando no había hombres suficientes y una mujer soltera era muy vulnerable. Además, bajo el derecho consuetudinario, la propiedad de familia era la norma y las viudas permanecían en la tierra.

La capacidad del derecho consuetudinario para cambiar en nuevas condiciones socioeconómicas es ilustrada por la práctica de Jefes en el Botswana para permitir a las mujeres hablar y representarse a sí mismas en los juicios; otro ejemplo es el manejo de los daños y perjuicios por seducción, para estipular pago directamente a la madre joven más bien que a sus padres.

Después de la introducción del colonialismo, el derecho consuetudinario se reconstruyó para servir los intereses políticos de la capital; aún ahora, después de la independencia los gobiernos usan el derecho legislado como una herramienta para oprimir mujeres.

La investigación de WLSA sugiere que un énfasis en los derechos de igualdad de género o sexo basados en estricto legalismo puede conducir la

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

opresión adicional de mujeres. Tales derechos han sido empleados por ejemplo para hacer a las mujeres responsables por el mantenimiento de su ex-esposo, o para promocionar que las mujeres, así como los hombres puedan tener varios cónyuges.<sup>35</sup>

## La costumbre como un hecho social:

### Circuncisión Femenina entre grupos de Inmigrantes Africanos en Francia

Una costumbre africana, fue llevada a Francia por trabajadores inmigrantes. Se trata de la llamada circuncisión femenina que en realidad es la extirpación del clítoris en niñas recién nacidas.

Todo el mundo está de acuerdo en que esta cruel costumbre debiera estar prohibida, y de hecho lo está por el Código Penal y por el manejo normal de las fuentes de derecho en Francia.

Debe tenerse presente que aún en un país de derecho consuetudinaria una costumbre de tales características está prohibida porque no contempla el requisito de la razonabilidad exigido por la jurisprudencia para la aplicación, y además porque violaría groseramente los principios constitucionales de un país civilizado.

Pero la costumbre, además de una fuente de derecho, es un hecho social jurídico que muchas veces impone realidades difíciles de ignorar. La familia de la niña está solamente siguiendo una costumbre tradicional, y la prisión de los mas viejos puede ocasionar la disolución familiar, y males mayores de los que se trata de evitar. Los jueces franceses, en conocimiento de esta situación, dejaban sistemáticamente en libertad a los acusados de este delito, porque la disolución de grupo familiar proveniente de la aplicación del derecho penal común, implica generalmente males mayores que el que se trata de evitar.

---

<sup>35</sup> 11. Armstrong A, "Women, customary law and equality: lessons from research in Southern Africa", S.Africa Monthly, (1994).

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Recientemente se ha formado un grupo en París para la Abolición de la Mutilación Sexual, que hace trabajo de información y sensibilización en contra de esta práctica entre grupos de inmigrantes.<sup>36</sup>

Recientemente se ha anunciado, que se será inflexible en la aplicación de las normas, y a pesar de las dificultades, se tratará de erradicar esta costumbre importada de África, a una de las sociedades mas civilizadas del planeta.

---

<sup>36</sup> Weil Curiel, L. "France: a lawyer's view on female circumcision performed among immigrants" (1995).

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Desuetudo

Cuando una norma está claramente establecida por normas escritas constitucionales o legales, es posible de derogación en base a costumbres contrarias.

El Código Civil uruguayo establece (art. 9): “Las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes y no valdrá observar contra su observancia el desuso ni la costumbre o practica en contrario. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”

Como puede verse el Código Civil, ve la desuetudo con cierta antipatía. Desde luego que muchas veces, en casos de falta de aplicación de una ley en forma general, puede producirse fuertes injusticias por su sorpresiva invocación, en cuyo caso puede involucrar los principios de derecho o principios constitucionales que tienen mucho mayor jerarquía que el art. 9 citado, y por consiguiente la desuetudo tiene incluso en Uruguay un margen de vigencia conforme a disposiciones constitucionales que puedan resultar lesionadas por la aplicación mecánica del mencionado artículo 9.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Jurisprudencia como Fuente del Derecho

La palabra Jurisprudencia tiene al menos dos acepciones.

La primera de ellas suele referirse a la ciencia del derecho en su conjunto. En los países anglosajones, la palabra se usa para designar los cursos de Filosofía del Derecho. Un curso de Jurisprudence, entonces corresponde a lo que en los países hispanos es Filosofía del Derecho.

La segunda acepción de la palabra, se refiere a una fuente del derecho, mediante la cual, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada constituyen un precedente obligatorio para casos posteriores.

Los países inspirados en el Derecho Romano, en general ven con desconfianza a la jurisprudencia como fuente del derecho.

En Roma, sin embargo la jurisprudencia tenía un alto contenido, y era un elemento básico del derecho formulario o pretoriano. En los hechos, el edicto pretoriano, era una colección de casos de jurisprudencia que se decidía mantener.

En este tema, como en otros, el derecho romano, cambia en las etapas de su decadencia motivada por una enorme concentración del poder del emperador sobre toda autoridad existente en el imperio.

En el bajo imperio, toda justicia emana del Emperador, fuente del Derecho: nadie puede administrar justicia sino en su nombre y de acuerdo con sus leyes. Él es el juez único y supremo

En tal sistema, la existencia de una jurisprudencia uniforme y disciplinada era algo que no se podía soportar. Por eso en definitiva, la jurisprudencia es prohibida. Justiniano prohibió decidir de acuerdo a precedentes: "non exemplis, sed legibus iudicandum est".

Como en otros temas, los romanistas, difunden al derecho romano en las versiones del Digesto, o sea la etapa de su peor decadencia, cuyas soluciones no coinciden con el derecho romano clásico, que fue el que llevó a

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Roma a una posición de preeminencia en el mundo de su época. Además de no coincidir, en algunos casos como en este de la Jurisprudencia como fuente jurídica, las soluciones son francamente opuestas.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Fuente Jurisprudencial y Autoridad Judicial

En los sistemas de derecho, donde las facultades de los jueces son estrechas, parece lógico que el precedente tenga poca importancia o que sencillamente se le prohíba.

Cuando las facultades de los jueces son amplias como en el derecho anglosajón, el precedente viene a actuar proporcionando a la sentencia la necesaria pauta objetiva de actuación.

En realidad, el precedente tampoco es obligatorio en el sistema anglosajón, ya que siempre queda la posibilidad al Juez de fundamentar extensamente su fallo, estableciendo un "leading case", es decir, una nueva solución aparentemente destinada a producir una nueva jurisprudencia sobre el punto.

Si el precedente fuera estrictamente obligatorio el derecho se mantendría cristalizado y sin evolución y progreso. Por lo contrario, el sistema angloamericano, donde la responsabilidad de evolución del derecho recae principalmente en los jueces, se caracteriza por una amplia flexibilidad y mutabilidad.

La doctrina del precedente como fuente del derecho, encubre en realidad distintas prácticas sobre las funciones del Juez y el Legislador en la evolución del derecho.

Donde la misión del Juez es muy importante y se dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la actualidad en la actuación, el precedente actúa como una necesaria pauta de objetividad.

Donde todas esas responsabilidades o la mayoría de ellas, quedan en manos del legislador, el precedente es visto como una autoridad competitiva y eventualmente extraña al sistema.

Dice Alf Ross: "no puede darse por admitido que la doctrina de stare decisis refleja una situación efectiva, en el sentido de que los jueces angloamericanos se sienten obligados por el precedente en un grado mayor que sus colegas de Europa continental. Por el contrario se podría suponer que los jueces de Europa continental no se sienten responsables de la evolución del

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

derecho en la misma medida que sus colegas angloamericanos, sino que tiende a dejar en manos del legislador cualquier intento de reforma, por lo menos en aquellas esferas jurídicas que tradicionalmente y de modo regular están sometidas a la legislación.

Si esto fuera así (lo es) resultaría que, en contra de lo que proclama la ideología oficial, el juez (europeo continental) estaría en los hechos menos dispuesto a apartarse del precedente." <sup>37</sup>

En los días que corren, el derecho continental europeo vive una amplia renovación, dentro de cuyas bases se tiende a dar una mayor importancia a la jurisprudencia.

Los repertorios de sentencias prolijamente publicados y comentados influyen naturalmente sobre el espíritu de abogados y jueces, cualquiera sean las prescripciones normativas sobre las fuentes del derecho.

## Jurisprudencia en Uruguay

En nuestro país, el artículo 12 del Código Civil dice:

Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo general obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

La disposición anotada no prohíbe a los jueces ni a los abogados citar precedentes, los cuales además son profusamente citados y comentados.

La pregunta entonces, si en nuestro derecho la jurisprudencia es fuente de derecho, no admite una respuesta unívoca.

La capacidad motivadora de la jurisprudencia en la persona del magistrado en el momento de la sentencia, determinará la respuesta.

Como se ve, esto es una cuestión de hecho derivada más de las prácticas y costumbres judiciales que de las prescripciones normativas sobre la materia.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Se ha impuesto en Uruguay una sana costumbre, de evitar el ultrareglamentarismo legal, y en esos campos abiertos la jurisprudencia ha encontrado un camino amplio de actuación.

Un ejemplo de esto lo constituye el derecho de daños. Los quantum reparatorios se han establecido al amparo jurisprudencial, y en ese terreno han quedado. Una demanda sobre estos temas que no tenga citas jurisprudenciales no tiene grandes posibilidades de éxito.

Existen muchos mas terrenos que han quedado a la regulación jurisprudencial, como en general las áreas de abuso de derecho en las áreas civil, laboral y comercial, interpretación de contratos, etc.

En los hechos, ha crecido enormemente la publicación especializada de casos jurisprudenciales, si los comparamos con los casos de doctrina. Practicamente todas las revistas de derecho tienen una sección de jurisprudencia, y muchas de ellas, son especializadas en casos jurisprudenciales.

Por lo tanto, pienso que puede darse una respuesta claramente afirmativa a la pregunta si en Uruguay, la jurisprudencia es fuente de derecho en base a la gran influencia que las tendencias jurisprudenciales tienen en la decisión actual de los casos que se presentan a la justicia.<sup>38</sup>

## Jurisprudencia y Legislación

### Dos Opiniones

La Jurisprudencia como fuente de derecho tiene un gran desarrollo en los países angloamericanos, particularmente los Estados Unidos.

No hay caso alguno que conmueva a la nación que no esté de alguna forma signado por una sentencia famosa.

Si hablamos de la segregación racial por ejemplo, después de la eliminación de la esclavitud, tenemos distintas etapas, todas marcadas por casos de jurisprudencia.

---

<sup>38</sup> Vease también: Gamarra, Jorge y Grupo del Seminario de Obligaciones 1978: "La Jurisprudencia ¿es Fuente de Derecho?. Anuario de Derecho Civil, tomo 8 año 1978.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

La igualdad de razas, está marcada por el caso Plessy vs. Ferguson. Una sentencia dictada en la década de 1870, donde se establece que las razas blanca y negra son iguales, pero que la igualdad es compatible con la segregación racial.

El caso Plessy tuvo una inusitada e inconveniente vigencia, hasta 1964, donde resulta evidente que la igualdad de razas NO ES compatible con la segregación racial, y que ésta se traduce en diferencias permanentes entre ambas razas y que estas diferencias dividen y ponen en peligro el país.

En 1964, surge el caso Brown vs. Board of Education. Un conjunto de causas que se unen por orden de la Suprema Corte Federal, y se establece que los institutos de enseñanza oficiales de los Estados Unidos, deben admitir en forma indistinta personas de todas las razas que componen la Unión.

Finalmente en la década de 1980, se presentan a la justicia personas de raza blanca que se quejan de ser discriminados por el color.

En el caso Baake, se establece que puede existir lo que se ha dado en llamar discriminación racial inversa.

Estas sentencias van acompañadas de violentos procesos sociales, y de alguna forma los han modelado y dirigido.

El tema del aborto también ha dividido a la opinión pública norteamericana, estableciendo violentos enfrentamientos entre quienes son partidarios de su legalización (pro-choice) y de su penalización en cualquier circunstancia (pro-life). Las frases entre paréntesis y en inglés indican las ideas básicas que suelen evocar los partidarios de cada opción.

También aquí, los Estados Unidos tuvieron un legislación represiva, prohibiendo el aborto, de la misma forma que nuestra legislación penal (Uruguay) lo hace en nuestros días.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Aquí se forma un leading case, en los años 1980 con el caso Roe vs. Wade. Este caso marca un etapa básica en el tema, estableciendo que la constitución otorga derechos amplísimos a la madre para decidir o no el aborto hasta determinada etapa del embarazo, lo cual incluye el derecho de usar los servicios asistenciales del Estado.

Quedaron muchas cosas sin resolver, como por ejemplo, los derechos del esposo, plazo de oposición, situación de los padres en casos de minoridad etc.

Estos problemas se presentan en el caso Casey, en cuyo oportunidad aflora la violenta oposición que en muchos sectores de la sociedad norteamericana provocaba todo este tema del aborto, incluso por razones religiosas.

Se transcriben dos opiniones que pienso que pueden ser de interés, porque no se refieren directamente al problema (en este caso el aborto) sino a la procedencia de resolver los grandes problemas nacionales por sentencias, o por leyes.

*Los límites de la autoridad judicial están dadas por la opinión pública.*

*En general la opinión pública apoya las grandes tendencias jurisprudenciales, pero esto no siempre es así, y el poder de la jurisprudencia tiene sus límites muy visibles.*

*El tema del aborto provocó polémicas muy fuertes en los Estados Unidos. Estando para dictarse sentencia por la suprema Corte de Justicia en el caso "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey, que amenaza revisar todo el tema del aborto establecido en términos muy amplios por el famoso caso Roe Vs. Wade.*

*Antes que fuera conocida la decisión sobre el caso Casey, se hizo una encuesta en el área de San Francisco, sobre 502 adultos seleccionados al azar. 48% de ellos indicaron que tenía un gran respecto por las decisiones de la Suprema Corte y un 38% que tenían algún respeto, tasas substancialmente mayores que aquellas informadas para el gobierno en general.<sup>39</sup>*

---

<sup>39</sup> Tyler, T.R. and Mitchell, G. "Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: the

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Pero hay otras opiniones, las que siempre están influidas por el resultado esperado, cuando ese resultado puede ser substancialmente distinto de acuerdo a que el problema sea tratado en la legislatura o en la judicatura, sobre el mismo caso anteriormente citado se transcribe otra opinión.

*Mientras que el caso "Roe v. Wade (1973) ha sido señalado como un gran emancipador de la mujer en los hechos ha sido un desastre, la causa principal de todo el escándalo alrededor del tema del aborto. Su retirado no vendrá suficientemente pronto. ¿Porque es competencia de la Suprema Corte, decir cuando una persona es o no es una persona, o dividir la preñez en tres partes? En una democracia, las leyes son hechas por representantes del pueblo elegidos para tal propósito quienes están directamente sometidos a la presión popular.*

*El trabajo de la Suprema Corte estrechamente definido es el de determinar derechos bajo la Constitución. A través de decir que el aborto es tal derecho, los ministros parecieron establecer un tema altamente contencioso en las áreas moral y política, polarizando y envenenando el debate sobre el aborto en América. El antídoto al veneno estriba en la legislación, no en las decisiones de la corte, y en los políticos mas que en los jueces. La erosión de la protecciones de Roe sobre los últimos pocos años ha comenzado a cambiar la carga de la vuelta del aborto a los estados individuales, por ahora, con muy negativos resultados para las mujeres que buscan abortos.*

*Una compilación de las diferentes practicas conducirá, esperanzadoramente a una legislación nacional del Congreso, el árbitro correcto del aborto. Muchos argumentan que la legislación sobre aborto es demasiado controversial, y aún si se sancionara retornaría a los Juzgados de cualquier forma. Pero los signos indican que un consenso podría ser encontrado, y el momento podría estar maduro para divisar una legislación nacional del tipo que ha servido a Europa Occidental democráticamente y efectivamente por los últimos 20 años.<sup>40</sup>*

---

United States Supreme Court and abortion rights", Duke L.J., (1994).

<sup>40</sup> "When the shouting has to stop", Economist, (1992).

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Los Principios Generales del Derecho como Fuente Jurídica

Junto a las reglas de derecho, es decir formulaciones sencillas de conductas relacionadas a su valoración por el grupo social, están los principios generales del derecho.

Los mismos han sido definidos como generalizaciones de las reglas de derecho, o como fines de las mismas.

La primera acepción de la palabra es mas estrecha, y cuenta con simpatías de la corriente positivista-formalista.

Aún así, los formalistas tratan de restringir al máximo el alcance de los principios de derecho como fuente jurídica autónoma, y usualmente le destinan un modesto lugar como fuente supletorio en caso de "vacío o insuficiencia de la ley".

Una segunda concepción, establece que los principios generales del derecho, son principios fines del sistema jurídico, a cuyo servicio está el resto del ordenamiento, y como tal son fuente en sentido autónomo.

La Constitución, a través del artículo 72, apoya esta interpretación, y le confiere una jerarquía principal a los principios generales del derecho con lo que las corrientes filosóficas jusnaturalistas usualmente acuerdan.

Según Díaz Couselo<sup>41</sup> y Del Vecchio<sup>42</sup>, el origen de la expresión "Principios Generales del Derecho", tiene un fuerte sentido jusnaturalista, y en los hechos es a través de estos principios que la idea de justicia penetra al orden concreto de convivencia. Se trata de una fuente flexibilizadora, que permite a la Jurisprudencia aplicar soluciones creativas a casos nuevos.

---

<sup>41</sup> Díaz Couselo, José María. Los Principios Generales del Derecho. Plus Ultra. Buenos Aires. 1971. Pag. 74 y ss.

<sup>42</sup> Del Vecchio, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho, Bosch, Barcelona 1948.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Cultura Popular y Principios Generales del Derecho

Muchos de los principios generales del derecho son manifestaciones de la cultura jurídica popular, en una forma abstracta e impersonal.

Dice Alf Ross: Las costumbres populares no son absolutas ni últimas, sino que son manifestaciones de una fuente aún más profunda. En todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales. Es difícil describir la naturaleza y esencia de esta tradición. Se puede hablar de un conjunto de valoraciones, pero esta expresión es engañosa porque puede sugerir principios de conducta y standards formulados en forma sistemática. Sería mejor decir que bajo la forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teórica, que incluye una teoría social más o menos primitiva.

En el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural. El ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad. Desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación, mecánico de hechos y párrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea "valido". La tradición de cultura adquiere primordialmente significado porque el juez lee e interpreta el derecho en su espíritu. Pero la tradición de cultura puede también actuar como una fuente de derecho directo, esto es, puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que se basa su decisión.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Al preparar así el camino para un nuevo derecho, el juez puede dejarse orientar directamente por su "sentido de justicia", o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra.". Pero también en este último caso la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos "razón" o "consideraciones prácticas" es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa".

Alf Ross, llama a esta fuente de derecho tradición de cultura, o simplemente razón, y la admite expresamente como fuente de derecho necesaria.<sup>43</sup>

## Repertorios Jurídicos y Aforismos.

Son comunes en el mundo del derecho obras que en forma de diccionarios o índices tratan de recopilar aforismos o refraneros.

Si bien estas obras pueden mucha utilidad, debe destacarse que no cualquier cita en latín es un principio general del derecho. Estas obras deben usarse además con la prevención que gran parte de su origen proviene del Digesto que no coincide y a veces recomienda soluciones opuestas al derecho romano de la época de oro.

El profesor Reale<sup>44</sup> coincide con nosotros que estos refraneros pueden tener valor práctico cuando son usados adecuadamente, pero debe tenerse presente que muchas de sus locuciones han perdido total vigencia, y aún pueden representar ideas contrarias al espíritu de la época moderna.

Basta tener en cuenta aforismos tales como "dura lex, sed lex", que significa que la ley debe ser igualmente obligatoria y aplicable aunque sea injusta, principio de ninguna forma debiera ser aceptado sin un análisis particular del caso que lo motiva.

---

<sup>43</sup> Ver Alf Ross: Sobre el Derecho y La Justicia.

<sup>44</sup> Introducción al Derecho. Pag. 151

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Un ejemplo lo constituye el repertorio jurídico de Guillermo Cabanellas<sup>45</sup>. Dice Cabanellas: Poco, aparte de su sistemática, puede tener de original una obra que como esta es de recopilación, encontrándose su cierto valor en el origen de las fuentes que se mencionan o en el carácter de los principios que se citan, como en la sabiduría popular que el refranero encierra y en la justicia que deriva de sus aforismos.<sup>46</sup>

## Casos Concretos de Principios Generales del Derecho

En el derecho privado, la proscripción del abuso de derecho, y del enriquecimiento sin causa son principios generales del derecho.

En el derecho administrativo, la prohibición de la desviación de poder. En el derecho constitucional, los derechos humanos básicos, el derecho a la intimidad y a la propia felicidad.<sup>47</sup>

En el procedimiento laboral se aplican los principios generales del derecho proceso<sup>48</sup>; un deportista tiene derecho al debido proceso en base a principios generales del derecho en caso de una acusación de ingestión de sustancias prohibidas (dopaje)<sup>49</sup>; es competente la jurisdicción uruguaya en un accidente ocurrido en alta mar en un barco de bandera extranjera con referencia a un contrato de ajuste (trabajo) de pescadores celebrado en Uruguay en base a los principios generales del derecho internacional del

---

<sup>45</sup> Cabanellas, Guillermo. Repertorio Jurídico. Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1976

<sup>46</sup> Introito. Parte III.

<sup>47</sup> Ver Alberto Ramón Real. Los Principios Generales del Derecho Público.

<sup>48</sup> S. 13195 27/04/95 J. L. de Las Piedras 3°. Sent. 58/95, Venturini - T.A.T. 1°. Sent. 271/96, 12/6/96,

Nario, De Paula, Presa Bayce (r.) La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 115. Año 1997 - Jurisprudencia -

<sup>49</sup> S. 13248 22/10/96 T.A.C. 4°. Sent. 72/96, Larrieux, Turell, Van Rompaey La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 115. Año 1997 - Jurisprudencia -

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

trabajo<sup>50</sup>; el abuso de la inferioridad psicológica de un incapaz se determina en base a principios generales del derecho común<sup>51</sup>.

En derecho Tributario se ha establecido que los Principios Generales de Derecho Constitucional, rigen y establecen la relación entre la administración y el contribuyente, de lo cual se infieren una multitud de consecuencias jurídicas<sup>52</sup>.

En la regulación del Mercosur, muchas situaciones son reguladas por los principios generales del derecho de los estados Miembros..<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> S. 12841 29/07/94 S.C.J. Ficha 136/93, Marabotto, Alonso de Marco, Mariño, Cairoli (r.), Torello (d.: por entender aplicable el lit. c art. 34 Tratado de Derecho Civil de 1889)La Justicia Uruguay-Revista jurídica Tomo 112. Año 1995 - Jurisprudencia -

<sup>51</sup> S. 11609 14/03/90 T.A.P. 1º. Ficha 242/89, Guillot (r.), Alonso Penco, Hansen. La Justicia Uruguay-Revista jurídica Tomo 102. Año 1991 - Jurisprudencia -

<sup>52</sup> La Justicia Uruguay-Revista jurídica Tomo 103. Año 1991 - Doctrina - La Constitución y los tributos: límites económicos. Tasas y precios" (ESTEVEZ PAULOS, Jose).

<sup>53</sup> Revista de Derecho Procesal Tomo 1. Año 1997 - Doctrina - "Solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR (hacia un derecho comunitario)" (HITTERS, Juan Carlos)

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## La Equidad

La equidad tiene por función flexibilizar el uso de las demás fuentes cuando el uso objetivo e imparcial de las mismas pueda conducir a soluciones injustas.

En los Estados Unidos, y siguiendo el modelo inglés los Juzgados se dividieron en el siglo XIX entre Juzgados de Equidad y Juzgados de Derecho.

En este siglo, la tendencia fue establecer juzgados mixtos de equidad y derecho, sin embargo Misisipi tiene el cargo de Canciller, típico de las magistraturas de equidad.

Aun cuando muchos Jueces norteamericanos modernos son estudiosos de la equidad, una gran parte del trabajo equitativo es efectuado por medios flexibilizadores de otras fuentes del derecho como los Principios Generales del Derecho y la Costumbre.

Dice Steve Sheppard, sobre la equidad en los Estados Unidos: <sup>54</sup>

*Muchas acciones en estas cortes, las tales como acciones sobre la tierra, trust, sucesiones y sociedades, todavía requieren acciones y remedios especiales en equidad, estas acciones son frecuentemente rutinariamente tratadas según estatutos o leyes, que son cada vez más detallistas sobre cómo tales acciones deberían resolverse. Además, muchas acciones que podrían una vez ser traídas rutinariamente en derecho, solo, son ahora traídas buscando ambos desagravio legal y equitativo pero sin ocupar mucha industria judicial para las teorías particularmente equitativas del caso.*

*Por demás, las cortes de derecho en el Estados Unidos son notablemente flexibles, permitiendo las creaciones de nuevas formas de acción, tal como para la responsabilidad de productos ante consumidores, con facilidades mayores que Juzgados de derecho en el siglo diecinueve y antes. Hay poca presión de los litigantes para expandir las facultades de equidad porque ellos pueden encontrar frecuentemente remedios para nuevas causas de derecho.*

*Todo esto podría dar la impresión de que la equidad está muerta o, por lo menos latente, en América del Norte, pero éste no sería un cuadro justo. La equidad era un tema muy candente hace una generación. Las cortes federales que actuaban en*

---

<sup>54</sup>

Steve Sheppard Facultad de Derecho Thomas Cooley. Documento electrónico. 1998.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

*sus facultades de equidad adaptaron remedios contra los gobiernos estatales a fin de lograr el fin la segregación racial.*

*Al amparo de la equidad se crearon interdictos requiriendo la entrada de estudiantes a las escuelas, para mantener escuelas integradas con criterios seguros, para abrir instalaciones públicas al acceso minoritario racial, y aún para abrir los registros secretos sellados de investigaciones de policías en grupos de derechos civiles. Además los interdictos federales para mantener niveles mínimos del cuidado de los presos alteraron significativamente las condiciones de cárceles y prisiones. También la equidad tuvo su papel para permitir el acceso de jurados justos a los juicios.*

*Felizmente, (dice Sheppard) las condiciones que condujeron a estos tipos de acción son más raros hoy. Adicionalmente, los miembros actuales de la Corte Suprema de EE.UU. son más conservadores en como y cuando tales remedios se adaptarán, y estos interdictos son ahora mucho menos comunes .*

*Mi opinión, dice Sheppard, es que la equidad permanecerá como siempre lo ha hecho, hasta que se precise.*

Cabría agregar aquí, que los Norteamericanos también usan la equidad en el combate a la corrupción y algunas reclamaciones contra los Estados son resueltas por Jurados populares de equidad, que funcionan con mucha mayor libertad que los jurados comunes.<sup>55</sup>

## La equidad cerebrina

La fuente de la equidad permite una extensión inusitada de los poderes del Juzgador. Cuando estos poderes asumen una dirección dirigida mas bien a los problemas y patologías del Juzgador que a las necesidades particulares del caso, nos encontramos ante la equidad llamada cerebrina, que es un defecto típico de esta forma de juzgar que hay que evitar.

La solución que sugiere las formas cerebrinas de la equidad, están sugeridas por una experiencia traumática pasada o una enseñanza recibida sin someterse a un juicio sereno y adulto.

---

<sup>55</sup> Vease publicación información de Video-Catálogo para la Materia Evolución de las Instituciones Jurídicas. Un caso concreto del Estado de Alabama, llevado al cine.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

Precisamente gran parte de las reglas de la equidad que se verán a continuación están dirigidas a evitar el desvío del razonamiento a las funciones cerebrinas o caprichosas del juzgador.

## Convicción Moral y Convicción Cerebrina

Nuestra ley amplía notoriamente las funciones de equidad, al admitir en determinados casos que el Juez dicte sentencia por convicción moral.<sup>56</sup>

La sentencia por convicción, no puede ser una sentencia cerebrina o caprichosa, sino que sencillamente es una decisión que tiene alguna flexibilidad para la interpretación de las pruebas producidas en el expediente.

Así una sentencia de incapacidad, que parta de la base de la convicción de la falta de información, o falta de inteligencia del acusado de incapacidad sería una sentencia cerebrina, ya que el Juez debe tener presente para formar esa convicción los motivos por los cuales la incapacidad se pide, y analizar la estructura familiar en la cual la persona acusada de incapacidad está inserta.

De la misma forma, en el delito de proxenetismo, la convicción del meretricio de la esposa no es un elemento a tener en cuenta, y una sentencia que se basara exclusivamente en esa convicción sería absolutamente cerebrina. La sentencia deberá estar enfocada a la falta de libertad, y los elementos de presión física real sobre la víctima.

En definitiva, la convicción moral del juzgador debe estar reglada por normas equitativas como las que se indican en este capítulo, a fin de evitar la arbitrariedad y las corruptelas administrativas que necesariamente van ligadas a este tipo de pronunciamientos.

El proxenetismo es solo uno de los tipos a tener en cuenta, también en el proceso de incapacidad que ya se ha citado

---

<sup>56</sup> En Uruguay el delito de proxenetismo y el proceso voluntario de incapacidad (art. 447 C.G.P.) entre otros

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

En materia de estupefacientes, el art. 61 de la ley 17016, se refiere en mas de una oportunidad a la posibilidad de que el Juez fundamente su fallo en la convicción moral.<sup>57</sup>

También la ley que regula el tema de la violencia en el deporte se remite a la convicción moral del Juzgador (ley 16359 art. 4º).<sup>58</sup>

La ley de ilícitos socioeconómicos que regula, entre otros delitos la usura, también se remite a la convicción moral del Juez (Ley 14095 art. 9º).<sup>59</sup>

La ley llamada de "Restituidos", por la cual se compensa a funcionarios públicos por destituciones durante el gobierno de facto, se refiere también a la convicción moral, esta vez en el funcionamiento de tribunales administrativos. (Ley 15783, art. 31).<sup>60</sup>

También se refiere a poderes extraordinarios la ley 9575 de represión del Juez clandestino (art. Primero).<sup>61</sup>

También la ley 9604 (art. 7 ) sobre radicación de extranjeros en el país.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> ARTICULO 61 (ley 17.016).- El dolo, en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales.

El Juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decrete, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria.

<sup>58</sup> Artículo 4º.- En los casos previstos en el artículo 1º de la presente Ley, así como en los numerales 1º de los artículos 360 y 361 del Código Penal los Jueces competentes y el Tribunal de Faltas tendrán libertad para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto, debiendo fundamentar, en la decisión, las razones que han formado su convicción moral.

<sup>59</sup> Artículo 9º. En los juicios que se sigan por el delito de usura, los jueces, al pronunciar su fallo, tendrán libertad para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto, debiendo fundamentar en el fallo las razones que han formado su convicción moral.

<sup>60</sup> Artículo 31.- Serán admisibles todos los medios de prueba previstos por nuestro ordenamiento jurídico. La prueba se apreciará de conformidad con el principio de la sana crítica. Excepcionalmente la Comisión fundará sus decisiones en la convicción moral de sus integrantes.

<sup>61</sup> Artículo 1º. La pena de prisión a que alude el artículo 7º, de la ley número 8.933 de 24 de Febrero de 1933, sólo será redimible por una multa de mil pesos (\$ 1.000.00) en caso de infractores de estas leyes que por primera vez han incurrido en sus sanciones. Tratándose de reincidentes de las mismas, se aplicará siempre la pena de prisión.

Regirán para los juicios a que se refiere el artículo 7º de la ley número 8.938, las disposiciones del Código de Instrucción Criminal y demás complementarias, pero los Jueces, al pronunciar su fallo, lo harán con libertad absoluta para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto.

<sup>62</sup> Artículo 7º. Si notificado por la autoridad policial el rechazo o la expulsión a la persona objeto de la medida notificación que se hará con intervención de dos testigos de responsabilidad y mención expresa de los recursos de que puede hacer uso, ella no la aceptara, podrá desembarcar o permanecer en el territorio quedando detenida en el domicilio que elija y debiendo reclamar de la expulsión o rechazo ante cualquiera de los Jueces de Instrucción de la Capital o ante el Juez Departamental de los otros Departamentos.

El reclamo que se formulará dentro de los tres días siguientes a la notificación se basará en la inexactitud de los hechos en que se funde la intimación y podrá ser deducido por escrito en papel común o por medio de exposición verbal, de que se tomará nota en acta que levantará el Actuario. El Juez dará conocimiento del reclamo a la autoridad policial y oídos en audiencia verbal, dentro del plazo de diez días, el

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Las reglas de Equidad

12 Reglas Prácticas de uso común en los países (como el Uruguay) donde la equidad es fuente del derecho.

La equidad otorga poderes muy grandes al Juzgador, y se comprende fácilmente que estos poderes en manos de personas poco responsables, o aún con poca experiencia y conocimientos humanos, puede convertirse en un verdadero peligro.

Desde luego, que la mejor garantía de una magistratura de equidad, o de una magistratura de derecho con poderes de equidad, surge de la propia integración de la misma, aún así, los países acostumbrados al manejo de la equidad como fuente de derecho, usan estas reglas prácticas, de autor anónimo y uso inmemorial que se describen a continuación:

### Las Llamadas XII Tablas de la Equidad

*I) La equidad no tolera agravio sin reparación.*

*II) Opera sobre las personas y no sobre las cosas.*

*III) Presume perfecto aquello que debe tener futura realización.*

*IV) Prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones.*

*V) Supone siempre la intención de cumplir lo pactado.*

*VI) La igualdad es, en principio, equidad.*

*VII) Protege al diligente, no a quien descuida su derecho.*

*VIII) El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe.*

---

representantes de aquélla y el reclamante o su abogado, resolverá con arreglo a la convicción moral que se forme, pudiendo ordenar previamente diligencias para mejor proveer, pero sin que la resolución pueda demorarse por más de veinte días, a contar de la fecha de audiencia. Cuando el rechazo o la expulsión se produzca por las causales establecidas en el artículo 1º, incisos C) y D) y en el artículo 5º, se estará a lo preceptuado en las disposiciones referidas, no procediendo la aplicación de los recursos enunciados en el presente artículo.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

*IX) A la solicitud de equidad debe preceder una conducta equitativa.*

*X) Si la solución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto.*

*XI) Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma prior tempore potior jure; y*

*XII) La equidad complementa la ley.*

## Nuevas Tendencias del Derecho Positivo

Una tendencia clara de derecho positivo en América Latina, era el desconocimiento liso y llano de equidad como fuente del derecho.

Muchas veces, ante las necesidades del momento, los jueces extendían sus poderes en base a licencias en la interpretación de las leyes, o de la propia Constitución, así como una evaluación tendenciosa de las pruebas, pero en general extendiendo a otras fuentes los poderes creativos del momento.

Por ejemplo, los Jueces chilenos admitieron durante muchos años el divorcio, por la vía de la nulidad de matrimonio, que se convirtió en un instituto que se ha salido de sus cauces propios para constituir un verdadero divorcio introducido por la vía jurisprudencial.

En ese sentido, el Código General del Proceso Uruguayo, ha establecido un nuevo rumbo, al consagrar la equidad, en forma expresa como fuente del derecho. El artículo 25 del dicho Código establece que la equidad es fuente del derecho cuando la ley lo establezca o las partes lo así acuerden , tratándose de derechos disponibles.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup>

Código General del Proceso (ley 15982). Artículo 25. Deberes del tribunal

25.1 El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten.

Artículo 199. Pronunciamiento según equidad.

Si mediare acuerdo de partes y siempre que éstas tuvieren la libre disposición del derecho aducido en juicio, podrá el tribunal fallar el asunto por equidad (artículo 25.1).

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

También establece el Código que en caso de arbitraje, la norma se invierte y que si no se estableciere otra cosa en el compromiso, los árbitros fallarán el caso por equidad. <sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>

Código General del Proceso (ley 15982). Artículo 477 . Compromiso (arbitral)

El compromiso deberá contener:

.....

×4) Procedimiento del arbitraje, si nada se dijera sobre este particular, se estará a lo dispuesto en el artículo 490.

×5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad.

---

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Doctrina

Los estudios científicos sobre el derecho declarado o sobre su aplicación efectuados por particulares, generalmente profesores de Derecho, es una fuente jurídica comúnmente llamada doctrina.

La doctrina tiene profusos antecedentes en el derecho Romano Clásico. Como ya se expresó, esta fuente fue eliminada cuando el poder del emperador no admitió posibilidades para compartir la interpretación o aplicación del derecho.

En el bajo imperio, se les da valor de derecho a las opiniones de algunos jurisconsultos clásicos, desde luego en la medida que no contradiga las opiniones del Emperador y sus jurisconsultos-funcionarios.

De acuerdo al Título Preliminar del Código Civil, la doctrina es una fuente supletoria del derecho que puede ser considerada "de acuerdo a las circunstancias del caso".<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Artículo 16 del Código Civil Uruguayo: Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Conclusiones

### Tendencias de Futuro

Al terminar este trabajo, quiero señalar algunas tendencias de carácter muy general, que en mi concepto se desdibujan de lo expuesto:

En primer lugar, la creciente importancia del tema, que se deriva de la puesta en práctica del principio constitucional que establece la supremacía judicial.<sup>66</sup> Es un principio muy viejo que data del texto de las constituciones democráticas del siglo pasado, pero que la cultura jurídica latina no había aún asimilado en todas sus dimensiones.<sup>67</sup>

En segundo lugar, una tendencia hacia la diversificación en uso de las fuentes cuya armónica combinación sustituirá al monótono exclusivismo de la ley como fuente jurídica. Esto se debe también a un mayor respeto por los textos constitucionales y sobre todo a las dificultades que experimenta el Estado centralizado, a cuya organización conducen muchas condicionantes, pero en una proporción muy importante es el propio uso de las fuentes por la jurisprudencia.

En tercer lugar, una creciente concientización en la historia del derecho de las limitaciones del romanismo, y particularmente la etapa de la decadencia del Imperio Romano. Si hacemos lo mismo que hicieron los romanos de la decadencia ..... terminaremos como ellos.<sup>68</sup>

Y en cuarto y último lugar, pero no menos importante, las crecientes demandas de la población de sus sistemas de producción jurídica requieren una mayor flexibilidad en la toma de decisiones.

Esta flexibilidad, es indispensable, aunque parezca paradójico, para un puntual cumplimiento del legado constitucional democrático cuyo mensaje

---

<sup>66</sup> Artículo 12 Constitución Nacional y Artículo 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>67</sup> Vease también: Barker, Robert. Doscientos años de constitucionalismo en las Américas. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. tomo 4. Nos. 19-20. 1987.

<sup>68</sup> Debe tenerse presente que el espíritu romano-helénico, luchó contra los enfoques germánicos, y perdió, pero tenía la cultura y las universidades de su lado, lo que emparejaba la situación de sus instituciones enfermizas. Esta situación no existe hoy, y ello debe considerarse en cualquier comparación institucional entre el Common Law y el romanismo.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

fundamental es la puesta en práctica de los derechos humanos de todos y cada uno de los integrantes de la nación.

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

## Bibliografía sobre Fuentes del Derecho

- 📖 Aftalión, Enrique R. "Tendencias contemporáneas en los sistemas jurídicos latinoamericano y norteamericano", enero: *Jurisprudencia Argentina*, (1956).
- 📖 Aparicio, C. "Poder Judicial y Reforma Constitucional Sobre el Control Social por el Derecho" Montevideo, Amalio Fernández (1983). pp. 1-87.
- 📖 Aparicio, C. "Informe sobre la Administración de Justicia de los E.E.U.U. de América", 27: *Rev. Fac. de Derecho*, 121-139 (1986).
- 📖 Armstrong A, "Women, customary law and equality: lessons from research in Southern Africa", *S. Africa Monthly*, (1994).
- 📖 Barker, Robert "Doscientos años de constitucionalismo en las Américas", 4, Nos.19-20: *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, (1987).
- 📖 Cabanellas, Guillermo "Repertorio Jurídico. Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos" Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L. (1976). pp. 1-234.
- 📖 Couture, Eduardo J. "Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo" Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).
- 📖 Couture, Eduardo J. "Ciencia y Conciencia del Derecho", 38: *Revista Brasileira de Direito Processual*, 51 (1958).
- 📖 David, René "A civil code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries", 37: *Tul.L.Rev.*, 187-203 (1963).
- 📖 Del Vechio, G. "Los Principios Generales del Derecho" Barcelona, Bosch (1948).
- 📖 Díaz Couselo, J. "Los Principios Generales del Derecho" Buenos Aires, Editorial Plus Ultra (1971).
- 📖 Fernández Dovat, Eduardo "Jueces Letrados y Jurados Legos en la Justicia Penal", 23/enero/: *La República*, 10 (1996).
- 📖 Fueyo Laneri, Fernando "Interpretación y Juez" Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).
- 📖 Gamarra, Jorge and Grupo del Seminario de Obligaciones, "La Jurisprudencia ¿Es Fuente del Derecho?", 8 (Doctrina): *Anuario de Derecho Civil*, (1978).
- 📖 García Maynez, E. "Introducción al Estudio del Derecho" México, Ed. Porrúa S.A. (1980). Ed. 32

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

- 
- 📖 Gelsi Bidart, Adolfo "Principios del Proceso", 4: Rev.Uruguaya de Der.Proc., (1996).
- 📖 Gottheil, Julio "Common Law & Civil Law" Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1960).
- 📖 Hallstein, Walter "La comunidad europea: nuevo orden jurídico" Washington, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales (1967).
- 📖 Herman, Shaell "The Fate and the Future of Codification in America", 40/4: The American Journal of Legal History, 407 (1996).
- 📖 Hübner Gallo, Jorge I. "Introducción al Derecho" Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1976).
- 📖 Hübner Gallo, Jorge I. "Fuentes y Formas de Expresión del Derecho." In: "Introducción al Derecho", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1976), p. 143-161.
- 📖 Kelsen, Hans "Teoría Pura del Derecho" Buenos Aires, Eudeba (1981). Ed. 17
- 📖 Ladu, Rafaelle "Esquema de Derecho Romano" (1997). (UnPub)
- 📖 Levy-Bruhl, E. "Sociología del Derecho" Buenos Aires, Eudeba (1966).
- 📖 Manai, D "Le Juge entre la Loi et L'Equité" (1985).
- 📖 Moore, E.P. "Gender, power, and legal pluralism, Rajasthan, India", American Ethnologist, (1993).
- 📖 Oehler, D "La Función del Poder Judicial en el Estado Democrático." In: "Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho", edited by Ediciones Pannedille and Comité Editor de Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa . Buenos Aires, Ediciones Pannedille (1970), p. 43-53.
- 📖 Olivecrona, Karl "El Derecho como Hecho. La estructura del ordenamiento jurídico" Barcelona, Labor Universitaria (1980).
- 📖 Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9
- 📖 Reale, Miguel "Introducción al Derecho" Madrid, Pirámide (1984). Ed. 6
- 📖 Reale, Miguel "Fuentes del Derecho." In: "Introducción al Derecho", Madrid, Pirámide (1984), p. 111-136.
- 📖 Recasens Siches, L "Proscripción en el siglo XIX de la Filosofía Jurídica y primeros ensayos para el restablecimiento de ésta." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", México, Editorial Porrúa S.A. (1963), p. 3-10.
-

# Fuentes del Derecho

Carlos Aparicio

---

 Recasens Siches, L "Historicismo (Político)." In: "Enciclopedia Jurídica Omeba", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba (1994), p. 390-391.

 Risolía, Marco Aurelio "Grandeza y Desprestigio de la Ley" Buenos Aires, (1982).

 Ross, Alf "Sobre el Derecho y la Justicia" Buenos Aires, Eudeba (1963).

 Ross, Alf "Las Fuentes del Derecho." In: "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, Eudeba (1963), p. 73-104.

 Santa-Pinter, J.J. "Elementos de Introducción al Common Law y Civil Law" Buenos Aires, Ediciones De Palma (1963).

 Sheppard, Steve "Equity in modern U.S.A. and in Ancient Rome" (1997). (UnPub)

 Weil Curiel, L. "France: a lawyer's view on female circumcision performed among immigrants" (1995).