

Contribución al Estudio del Derecho Civil Uruguayo

Saúl D. Cestau

CAPITULO II Las Fuentes del Derecho Civil

Sumario:

1) Concepto de fuente jurídica. 2) Enunciación de las fuentes del Derecho Civil. 3) Clasificaciones de las fuentes del Derecho. 4) Las fuentes jurídicas en el ordenamiento uruguayo. 5) Jerarquía de las fuentes del Derecho.

La costumbre. 6) Concepto de la costumbre. 7) Significación de la costumbre en el derecho consuetudinario y en el moderno. 8) De si corresponde o no reivindicar el papel de la costumbre frente a la ley. 9) Relaciones entre la costumbre y la ley. 10) De las distintas clases de costumbres. 11) Esencia y requisitos de la costumbre. 12) Prueba de la costumbre. 13) Valor de la costumbre en nuestro Código Civil.

La ley. 14) La fuente jurídica es la legislación y no tan solo la ley. 15) Entre nosotros la legislación es la única fuente formal del Derecho. 16) Significados de la palabra ley. 17) Concepto de ley. 18) De los decretos-leyes. 19) Del reglamento. 20) Materia propia de la ley. 21) Clasificación de las leyes. 22) Formación de la ley. 23) De si la promulgación es cosa distinta de la publicación. 24) De donde se publican las leyes y de su numeración.

La jurisprudencia. 25) Concepto de la jurisprudencia, 26) Valor de la jurisprudencia. 27) De los distintos regímenes existentes. 28) Del régimen uruguayo. 29) Institutos que conducen, entre nosotros, a una cierta unificación de la jurisprudencia,

La doctrina. 30) Concepto de la doctrina. 31) No es entre nosotros, fuente formal del Derecho. 32) Importancia de la doctrina.

1) CONCEPTO DE FUENTE JURIDICA

Las frases "fuentes del Derecho" o "fuentes jurídicas" tienen en las ciencias jurídicas varios significados.

Por lo común se asignan a las frases "fuentes del Derecho" o "fuentes jurídicas" alcances distintos:

I) a veces se alude con ellas a las fuentes de conocimiento del Derecho. Se intenta con ellas hacer referencia a los medios que nos permiten conocer un derecho dado, por ejemplo, el romano;

II) a veces con ellas se alude a las fuentes reales del Derecho, es decir, a las fuentes de inspiración de un derecho determinado. Les damos este sentido cuando decimos, por ejemplo, que el proyecto de García Goyena es fuente de nuestro Código Civil;

III) otras veces se habla de "fuentes de Derecho" o de "fuentes jurídicas" queriéndose aludir a las fuerzas creadoras del Derecho. En este sentido se utilizan estas expresiones cuando se dice; por ejemplo, que la conciencia del pueblo es la fuente del Derecho;

IV) en otras oportunidades, por último se habla de "fuentes del Derecho" o de "fuentes jurídicas" para referirse a las formas obligadas que deben asumir las normas de conducta exterior para imponerse coercitivamente, es decir, los medios o procedimientos utilizados para dar legitimidad a las distintas normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico.

En este último sentido es que se toma la expresión fuentes cuando se habla de "fuentes formales del Derecho" o de "fuentes de validez de la norma jurídica".

De cuál es el significado que a nosotros interesa

En estos apuntes, que no son de Filosofía del Derecho, y ni siquiera, de Introducción al Derecho, estudiaremos lo de fuentes jurídicas en el cuarto sentido y circunscribiéndolo a nuestro ordenamiento jurídico.

Es decir, estudiaremos las fuerzas sociales, medios o procedimientos a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce poder normativo.

Y es más, de preferencia sólo estudiaremos las fuentes de una de las ramas del Derecho objetivo: del Derecho Civil.

Veremos, pues, fundamentalmente, el origen posible de las normas que interesan a nuestro Derecho Civil, vale decir, las formas en que nuestro Derecho Civil se realiza.

2) ENUNCIACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL

Las fuentes del Derecho Civil -y en general las fuentes del Derecho- han variado mucho según las épocas, lugares, culturas, hábitos y ramas del Derecho.

No faltan autores, antiguos y modernos, empeñados en ampliar el poder de ciertas fuerzas sociales, elevándolas a la categoría de fuentes del Derecho; pero si hacemos abstracción de ellos y nos atenemos a la doctrina más generalmente admitida, podemos decir que por lo común se reconocen hoy cuatro posibles fuentes del Derecho Civil: la costumbre (que fue la fuente exclusiva del Derecho en los tiempos primitivos); a ley (que es hoy, en casi todos los países, la primaria fuente del Derecho); la jurisprudencia y la doctrina.

3) CLASIFICACIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Desde que no hay acuerdo sobre las fuentes del Derecho, mal puede haberlo sobre la forma de agruparlas y sobre las que integran cada grupo.

A pesar de todo ello puede afirmarse que los autores suelen dividirlos en las siguientes formas:

I) hay autores que las dividen en directas o inmediatas y en indirectas o mediatas

a) directas o inmediatas: las que encierran en sí mismas la norma, las que tienen fuerza suficiente como para dar existencia a la norma (integran este grupo la ley y para ciertos autores la costumbre);

b) indirectas o mediatas: las que, insuficientes por sí solas para producir la norma, ayudan a producirla e interpretarla (integran este grupo la jurisprudencia, los antecedentes históricos, la equidad, los principios generales de derecho, la analogía y para ciertos autores la costumbre).

II) Otros autores las dividen en internas, y externas o formales:

a) internas: aquellas a que el jurista debe acudir cuando faltan las fuentes formales (integran este grupo los principios revelados por la razón y los derivados de la naturaleza de las cosas);

b) externas o formales: aquellas a que el intérprete debe recurrir y que condicionan la validez lógica de la regla que aplica (integran este grupo la ley, los decretos-leyes, los reglamentos. Para algunos autores lo integran, también, la costumbre, la jurisprudencia la doctrina).

III) Otros autores las dividen; por última (esta división tiene hoy mucho ambiente), en formales y materiales

a) formales: las normas que condicionan la validez lógica de una regla de Derecho. A veces se atiende a los órganos de creación de las normas, a la autoridad que tiene el poder de crearlas, y se habla de fuentes formales para referirse a las fuerzas sociales con facultad normativa creadora; a veces se atiende a los modos de esa creación y se habla de fuentes formales para referirse a las formas de manifestarse el derecho positivo.

Las fuentes formales guardan estrecha relación con las externas y directas. Integran este grupo:

I) conceptuados como órganos de creación: el Poder Legislativo, el Judicial, el Ejecutivo, etc. y,

II) conceptuados como formas de creación: la ley; la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina;

b) materiales: las que suministran al intérprete los elementos necesarios para fijar el contenido de la norma. Los hechos, principios y datos que inclinan al intérprete a pensar de determinada manera. Son fuentes sociológicas y su número es ilimitado. Las fuentes materiales guardan estrecha relación con las internas e indirectas.

Integran este grupo: la necesidad, o utilidad social la opinión pública, el sentimiento, del pueblo, etc.

4) LAS FUENTES JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO URUGUAYO

La facultad de conocer en las causas civiles, de hacienda y contencioso administrativas, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales (colegiados como unipersonales) arts.

9 del C. de P. Civil y 2 del Código de Organización de los Tribunales.

Complementado estos preceptos dispone el Código Civil:

a) que “los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” – art. 15 y,

b) que los tribunales y jueces tienen el deber de aplicar las disposiciones del Código Civil a los casos ocurrentes, haciendo mención expresa de la prescripción aplicada – art. 2392.

El Código Civil dispone, además:

a) que “la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella” – art. 9;

b) que están abrogadas todas las costumbres que nos rigieron con anterioridad a la vigencia del Código Civil –art. 2390;

c) que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” –art.12 y,

d) que “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” –art. 16.

Surge de las disposiciones citadas que entre nosotros no hay más que una fuente formal del Derecho: la legislación.

Ello no importa negárseles a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina la posibilidad de que actúen como fuentes de inspiración y de producción material de las leyes.

Nuestro Código Civil reputa a la legislación fuente única del Derecho.

Los códigos civiles de algunos países extranjeros admiten junto a la ley otras fuentes de Derecho. El Código Civil español, por ejemplo, admite: una fuente principal (la ley) y dos fuentes subsidiarias (costumbres del lugar y principios generales de Derecho).

Repetimos, pues es imprescindible que estos conceptos queden bien grabados:

I) para nosotros no hay más fuente formal del Derecho que la legislación;

II) la costumbre suele ser entre nosotros fuente de producción material de las normas jurídicas artes. 9, 594 inciso 2º, 1291 inciso 2º, 1812 inciso 1º, 1815 y 1834;

III) el código Civil reconoce en su artículo 16 la insuficiencia de la ley para resolver todos los casos y legitima una cierta integración de los cuadros de Derecho; pero dicha disposición no pretende dar entrada a nuevas fuentes del Derecho; sino que contiene, como enseñanza De Castro y Bravo, a continuación del mandato dado a los jueces de fallar, una regla práctica complementaria de aquel mandato, señalándoles el modo como han de proceder normalmente al dictar sentencia.

5) JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Ello ha variado con los momentos históricos y las fuerzas sociales que predominan.

Cabe observar que en ciertas épocas tuvieron preeminencia los usos y las costumbres (fuentes exclusivas del Derecho de los primeros tiempos); que en otras épocas tuvieron preeminencia las decisiones judiciales (aún hoy en algunos países la jurisprudencia reviste valor principalísimo) y que en cambio hoy la tiene la ley (siendo para muchos códigos y autores la fuente exclusiva del Derecho).

Por ello es que De Castro y Bravo enseña, con razón: que “el otro jerárquico de las fuentes jurídicas no puede decidirse a priori; está determinado, en cada momento histórico y dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, conforme a su propia organización políticas”.

En los países que admiten varias fuentes del Derecho interesa fijar el orden, dice De Castro y Bravo, por estos tres hechos:

a) porque es necesario saber a quien corresponde el poder normativo primario;

b) porque las normas dictadas por quien detenta el poder normativo primario son inderogables por las de otros origen y,

c) porque quien ostenta el poder normativo primario posee la facultad general de derogación.

Entre nosotros no hay más que una fuente formal del Derecho, la legislación, y por lo tanto el problema de la jerarquía de las fuentes jurídicas carece de importancia práctica.

Entre nosotros, repetimos, el Código Civil proclamó la exclusividad de la legislación como fuente formal del Derecho. Recogimos, en esta parte, el punto de vista de la escuela positivista.

Pero aún entre nosotros puede haber interés en determinar la preferencia que ha de concederse a una norma sobre las otras.

Para fijar esa preferencia se atiende, en nuestro medio:

a) a la superioridad que ostente en la jerarquía política o administrativa el órgano del que emana una de las reglas. Por ejemplo: la ley constitucional, ley internacional, ley, decreto-ley, reglamento, circular;

b) a la preferencia que el ordenamiento jurídico concede a una regla respecto de otra según su fecha y su valor jurídico. Por ejemplo: la fecha más reciente deroga a la más antigua; la especial a la general;

c) a su duración. Por ejemplo: la ley permanente no tiene plazo de vigencia predeterminado; la transitoria, en cambio, tan sólo rige respecto a ciertas relaciones jurídicas.

La Costumbre

6) CONCEPTO DE LA COSTUMBRE

En sentido amplio o vulgar se entiende por costumbre a la forma constante de comportarse de determinados grupos o sectores de la comunidad. En este sentido, costumbre equivale a uso de la vida social. Y es así que puede hablarse de costumbre refiriéndose, por ejemplo, a las formas usadas por los profesionales, partidos políticos, asociación de empleados públicas, ligas de propietarios y de inquilinos, para defender sus derechos e intereses.

En sentido técnico o jurídico, costumbre es ya otra cosa. Cuando se habla de costumbre como fuente del Derecho se quiere significar, en nuestro medio y en todas partes, la norma creada e impuesta por el uso social. Es decir, costumbre equivale a los usos de la vida social que son fuente del Derecho.

En general –y salvo diferencias de detalle- los autores coinciden al darnos el concepto jurídico de la costumbre. Es así, que en una ligera compulsión de distintas obras encontramos estas definiciones coincidentes en el fondo:

I) la costumbre consiste, dice Messineo, en que una comunidad adopte, uniforme y constantemente, durante un cierto tiempo, un determinado modo de obrar de contenido jurídico;

II) la costumbre es, dice Coviello, una práctica general, constante y duradera, observada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria.

Repetimos, para terminar, que solo habrá costumbre fuente del Derecho, cuando medie: observancia constante, uniforme y general de una regla de conducta por los miembros de una comunidad, con el convencimiento de la necesidad jurídica de la norma y de su obligatoriedad, es decir, observada como necesaria y obligatoria.

En otros términos, jurídicamente solo se llama costumbre a la repetición de actos semejantes realizada por el pueblo de un modo constante y uniforme y con la coincidencia de su necesidad jurídica.

7) SIGNIFICADO DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EN EL MODERNO

El valor de la costumbre como fuente del derecho ha variado según las épocas y según países.

En los tiempos primitivos la costumbre fue la forma originaria del Derecho. Los hábitos, el espíritu de intimación, el desconocimiento de la escritura y el hecho de que en aquellas épocas el Estado no se hubiere abrogado todavía el monopolio de crear las normas jurídicas, son los factores que fundamentalmente contribuyeron para que en los primeros tiempos la costumbre fuera la única expresión del Derecho.

En los primeros tiempos del Derecho romano la costumbre no fue fuente jurídica; pero su valor aumentó durante el Imperio.

En la Edad Media encontramos en Europa dos regiones:

a) la del sur –integrada por Italia, España y el sur de Francia- en la que prevalecía la legislación escrita y,

b) la del norte –integrada por Germania y el norte de Francia- en que prevalecía el Derecho

consuetudinario.

En la Edad Moderna la primacía de la ley sobre la costumbre se impone en forma incontenible (hacen excepción Inglaterra y Estados Unidos, países en los que el Derecho es esencialmente consuetudinario). Con todo, y siguiendo de cerca de De Castro y Bravo, puede hacerse una síntesis de la posición de la doctrina en la época moderna, anotando:

I) teorías que dan supremacía a la costumbre. – No faltan autores que reconocen en la costumbre una fuente jurídica independiente, fuera y por encima de la ley. La costumbre es, para ellos, la manifestación directa de la fuente primaria del Derecho. Entre estos autores cabe recordar a Savigny, alma mater de la escuela histórica, escuela, que como se recordará, fue adversa a la legislación y especialmente contraria a la codificación del Derecho Civil. Los argumentos de los partidarios de la escuela histórica los vimos al estudiar la codificación;

II) teorías que afirman la igualdad entre la ley y la costumbre. – No faltan autores –entre ellos Enneccerus y Castán Tobeñas- que afirman: que es indudable que el Derecho descansa en la voluntad de la comunidad (posición democrática) y que esa voluntad puede estar dada por los órganos estatales (ley) o por los súbditos como representantes de la comunidad (costumbre). Desde que el origen de esa voluntad es doble debe concederse igual jerarquía a sus fuentes;

III) teorías que subordinan la costumbre a la aprobación del legislador. – Los autores partidarios de la organización estatal fuerte – o simplemente Estado moderno- reclaman para la validez de la costumbre la aprobación del legislador. Son los autores que aún tienen confianza en la razón humana y en la voluntad consciente de los legisladores. Estos autores esgrimen los argumentos que en su oportunidad vimos se daban en apoyo de la codificación.

8) DE SI CORRESPONDE O NO REIVINDICAR EL PAPEL DE LA COSTUMBRE FRENTE A LA LEY

Recapitulando algo de lo ya dicho y agregando algunos datos nuevos, tenemos este cuadro de la legislación:

I) derecho romano: la costumbre no fue fuente del Derecho en los primeros tiempos; pero posteriormente llegó a valer Derecho en los casos que no provenían de derecho escrito;

II) Las Partidas: a falta de la ley escrita, se recurría a la costumbre;

III) Código francés y alemán: guardan silencio sobre el valor de la costumbre;

IV) Código español, suizo y chino: la costumbre es fuente supletoria de la ley;

V) Código uruguayo, chileno y argentino: la costumbre puede llegar a ser fuente material del Derecho. Ello ocurre siempre que la ley se remita a la costumbre.

Ventajas de la costumbre:

- a) surge espontáneamente lo que contribuye a asegurar su acatamiento;
- b) protege la confianza que alrededor suyo ha ido consolidando;
- c) tiene la energía vivificante de todo lo que ha nacido natural y libremente;
- d) la costumbre es una norma en permanente devenir, pues surge y se modifica según las necesidades de cada época y región;
- e) es la expresión más fiel a las tradiciones de cada comunidad;
- f) es la ley escrita con libertad en el espíritu y memoria de todos;
- g) tiene perfecta adaptabilidad al medio social en que se origina.

Inconvenientes de la costumbre:

- a) la costumbre es vaga, imprecisa, en cuanto a su nacimiento, contenido y extinción, y por lo mismo no confiere seguridad y estabilidad;
- b) suele ser el último refugio, la postrer defensa de los malos hábitos;
- c) en la costumbre, por lo general, el interés subalterno de los grupos que la originan e imponen está fuera y por encima del interés de la comunidad;
- d) las costumbres importan verdaderos obstáculos a la unidad política de las comunidades;

- e) consisten en usos impuestos por los fuertes para oprimir a los débiles, pudiendo observarse que las costumbres conducen –y aún hoy contribuyen en muchos lugares- a condiciones inferiores de vida;
- f) la costumbre, por falta de elaboración consciente, es ineficaz a toda renovación jurídica;
- g) quita fuerzas al Estado, al impedirle cumplir una de sus finalidades primordiales;
- h) la costumbre necesita ser probada.

Ventajas de la ley:

- a) el Derecho sólo es justo cuando es el resultado de una obra reflexiva. Tan solo la ley tiene el privilegio de ser producto de voluntades reflexivas, conscientes y desinteresadas;
- b) el único motor de la evolución jurídica es la voluntad consciente, como diría Ihering. El factor inteligencia sólo interviene en la producción de la ley, nunca en la formación de la costumbre;
- c) la ley es general, clara y precisa por ello mismo que cualquiera, sin mayores esfuerzos, conozca su situación jurídica;
- d) la ley no tiene que ser probada, basta invocarla;
- e) las grandes reformas sociales y el reconocimiento de los derechos individuales, sólo han podido lograrse merced a las leyes. Las costumbres habrían sido insuficientes a tales efectos;
- f) la ley proporciona estabilidad institucional y seguridad social;
- g) la ley, sirve al bien común, la costumbre, en cambio, por lo general sólo beneficia a los grupos que la originan e imponen.

Inconvenientes de la ley:

- a) la ley es impuesta y por lo mismo resistida;
- b) la ley paraleliza la evolución del Derecho;
- c) la ley es insuficiente a contener los derechos del pueblo;
- d) la ley permanece incambiada y vigente hasta que por otra ley no se la modifica o deroga;
- e) la ley es el medio de que se prevalecen los Estados fuertes para esclavizar al pueblo;
- f) con frecuencia la ley es atribuida y resultado de una mayoría parlamentaria que no siente, no interpreta, ni representa los sentimientos del pueblo.

9) RELACIONES ENTRE LA COSTUMBRE Y LA LEY

Castán Tobeñas enseña que se diferencian por su origen y por su forma.

Por su origen:

- a) la costumbre proviene de la comunidad, la ley de un Poder del Estado y.
- b) La costumbre tiene un origen espontáneo, la ley origen reflexivo.

Por su forma:

- a) la costumbre es tácita (ya que se manifiesta por usos), la ley es expresa (ya que se manifiesta en forma solemne y oficial) y,
- b) la costumbre es regla no escrita, la ley derecho escrito.

En realidad, y en cuanto hace a esta última diferencia, cabe recordar lo que según algunos autores no es la forma externa lo que determina que se trate de costumbre o de ley. En efecto, puede haber costumbres redactadas en forma escrita, y no por ello se habrá transformado su naturaleza.

10) DE LAS DISTINTAS CLASES DE COSTUMBRES

Se las puede calificar desde distintos puntos de vista. Nosotros lo haremos atendiendo: ya a su extensión, ya a su eficacia, ya a su origen.

I) Según la extensión de su aplicabilidad.

Se las divide en generales o comunes y particulares o especiales.

II) Según su eficacia en relación con la ley.

Se las divide: a) en costumbres extra o praeter legem, las que regulan situaciones respecto de las cuales la ley guarda silencio;

b) en costumbres contra legem las que regulan situaciones de manera distinta a lo dispuesto sobre ellas por la ley y,

c) en costumbres secundum legem, las que se limitan, según algunos, a interpretar en forma determinada una ley; las que, según otros, no están en la ley, pero que adquieren eficacia porque la ley recurre a ellas.

III) Según su origen.

Se las divide: en costumbres extrañas a la regulación del Código Civil y en costumbres propias a la regulación del Código Civil.

Costumbres extrañas a la regulación del Código Civil.

Es indudable que nuestro Código Civil no entendió referirse a las costumbres de carácter político, ni a las de Derecho Internacional. Se trata de materias extrañas a las que forman el objeto del Código.

Costumbres propias a la regulación del Código Civil.

Fueron derogadas en el artículo 2390. Sólo constituyen derecho en los casos excepcionales en que la ley se remite a ellas -art. 9.

11) ESENCIA Y REQUISITOS DE LA COSTUMBRE

En cuanto a la esencia y requisitos de la costumbre hay una vieja y no terminada discusión.

Haciendo abstracción de opiniones aisladas, podemos decir: que para que los hábitos de convivencia sean elevados a fuente de Derecho, es decir, a costumbre en sentido técnico, se reclama por los autores:

a) elemento de hecho o material: uso eterno, representado por una serie de actos uniformes y continuados de parte de los miembros de una comunidad;

b) elemento psíquico: la convicción de que ese uso es obligatorio como regla jurídica, es decir, creencia de que su infracción aparejaría sanción efectiva.

12) PRUEBA DE LA COSTUMBRE.

Pueden señalarse cuatro posiciones distintas

I) quien alega una costumbre debe probar su existencia. La costumbre es un hecho y debe probarse por la parte que invoca su aplicación.

Se extenderían a la costumbre las disposiciones contenidas en los artículos 1573 del C. Civil y 329 del C. de P. Civil.

Los profesores Enrique Vescovi y Eduardo Jiménez de Aréchaga en sus libros sobre Introducción al Derecho participan de esta posición;

II) quien alega una costumbre no tiene que probarla.

Se presume que los jueces conocen el Derecho y es por ello que el Derecho no se prueba. El que invoca una costumbre se encuentra en idéntica situación que el que invoca una norma de Derecho. El Juez no puede desconocerla y no ha de dejar por tanto de aplicarla por falta de prueba suficiente. A lo más y en vías de colaboración, puede admitirse que quien alega una costumbre aporte datos para mejor ilustrar al Juez (doctrina de Savigny y de Puchta);

III) la costumbre alegada no tiene, en principio, que ser probada por las partes. Más, si la costumbre alegada por una parte es contestada en su existencia o modalidades por la otra, entonces, y sólo entonces, el Juez puede poner a cargo de quien la invoca la carga de la prueba, que podrá ser testifical o documental (doctrina de De Ruggiero). Dentro de esta posición podemos incluir a Coviello, ya que enseña: que siendo la costumbre fuente de derecho, el magistrado deberá aplicarla de oficio, aun cuando no haya sido invocada, si su existencia le es conocida; claro que puede exigir su prueba cuando haya dudas sobre su existencia o contenido;

IV) en los casos en que la costumbre es derecho, si fuere; discutida o controvertida, habrá de ser objeto de prueba. - Pero también en estos casos debe tenerse presente, que, en ausencia de prueba

suministrada por las partes, el Juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. En este caso, más que de una carga de la prueba debe hablarse de un interés de la prueba. La parte que apoya su derecho en la costumbre será necesariamente diligente en producir la prueba de la misma. Pero si no lo hiciera, el Juez puede aplicar la costumbre de acuerdo con su conocimiento particular u ordenar de oficio los medios de prueba tendientes a tal fin". (Couture en Fundamentos, del Derecho Procesal Civil).

13) VALOR DE LA COSTUMBRE EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

Art. 9. - "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)".

Art. 18. - "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Art. 525. - "El pago de las cargas o contribuciones periódicas, y el de las que en el uso se consideran gravámenes de los frutos, son de cuenta del usufructuario durante el tiempo de su goce".

Art. 594. - "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 refaccione, tendrá tres metros de altura por lo menos".

Art. 1291. - "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma".

"Todos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley".

Art. 1297. - "Las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo".

Art. 1302. - "Las cláusulas ambiguas se interpretan por lo que es de uso y costumbre en el lugar del contrato".

Art. 1728. - "La principal obligación del comprador es pagar el precio de la cosa comprada, en el lugar y en la época determinados por el contrato".

"Si no hubiese convenio a este respecto, debe hacer el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida".

"Si la venta ha sido a crédito, o si el uso del país acuerda algún término para el pago, el precio debe abonarse en el domicilio del comprador. (Artículo 1465)".

Art. 1788. - Si el arrendamiento verbal ó escrito fuese de cosas no comprendidas en el artículo anterior 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. Dicho plazo se contará desde la intimación, como en los casos del artículo anterior".

Art. 1812. - "No podrá el arrendatario destinar la cosa a otros objetos que los convenidos o a falta de convención expresa, a aquéllos a que la cosa es naturalmente destinada o que deben presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país" (inciso 14).

Art. 1815. - "El pago del precio o renta se hará en los plazos convenidos, y a falta de convención, conforme a la costumbre del país".

Art. 1818. - "El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas".

"Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del lugar son de cargo del arren-

datario, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen, por cuenta del arrendatario o de sus dependientes".

Art. 1834. - "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 do costumbre para ser determinado judicialmente, si hubiere duda" (Inciso 1°).

Art. 2390. - "Quedan absolutamente derogadas todas las leyes y costumbres que han regido hasta aquí sobre las materias que forman el objeto del presente Código" (Inciso 1°).

Del conjunto de las disposiciones transcriptas surge:

I) que fueron derogadas todas las costumbres que nos rigieron hasta el 1° de enero de 1869, sobre las materias que forman el objeto del Código Civil;

II) que la costumbre no es entre nosotros fuente formal del Derecho, si bien puede ser fuente material cuando la ley se remite a ella.

Son casos en que el legislador se limita a consignar el mandato de obligatoriedad y en los que corresponde a la costumbre determinar el contenido de las normas a aplicarse. En esos casos la ley suministra la forma y la costumbre la materia de la norma.

En esos casos, dice el profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga -lo mismo dice el profesor Enrique Véscovi- "la fuente de validez es la ley que dice que será obligatorio lo que la costumbre establezca; la fuente de producción es la costumbre que dice cuáles son los actos que tienen carácter obligatorio, que da con ello cuerpo y substancia al mandato legal. Quiere decir que la ley, por un procedimiento técnico de descongestión legislativa, no preceptúa detalladamente las diversas formas de conducta que deben cumplirse obligatoriamente, sino que establece de modo general, que ciertas conductas que determine la costumbre tendrán carácter obligatorio. Al establecer el carácter obligatorio de la norma, actúa como fuente de validez, pero el contenido material lo determina una fuente distinta, que actúa como fuente de producción material de las normas jurídicas";

III) que entre nosotros las costumbres praeter legem y contra legem carecen de valor y ello por dos razones:

a) porque sólo a ciertos órganos del Estado la Constitución confiere la facultad de crear derecho y,

b) porque las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes, y contra su observancia no vale alegar el desuso ni la costumbre o práctica en contrario -art. 9.

Solamente las costumbres secunum legem -reputando tales las que no están en la ley, pero a las cuales la ley se remite- pueden tener carácter obligatorio, pero para ello es necesario que la ley se remita a ellas;

IV) que entre nosotros no cabe hablar de costumbres particulares o especiales.

La ley nuestra, a diferencia de otras, muy raras veces se refiere a la costumbre "del lugar" -sólo se refiere a ella en los artículos 1302 y 1818-, pero nunca se refiere a la costumbre "del paraje" o "de la región".

Nuestra ley sólo habla de la "costumbre del país" o de la "costumbre", sin hacerle agregados que limiten la extensión de su aplicabilidad;

V) que nuestro Código Civil sólo se refiere a las costumbres del Derecho Civil, a las que versan sobre materias objeto del Código Civil.

La Ley

14) LA FUENTE JURIDICA ES LA LEGISLACIÓN Y TAN SOLO LA LEY.

Estamos estudiando las fuentes del Derecho y es por ello que correspondería hablar de legislación, más bien que de ley.

Hay legislación siempre que existe norma jurídica dictada por un órgano competente del Estado. La ley, desde el punto de vista formal, tiene un sentido más restringido que el de legislación.

En el término legislación caben la ley propiamente dicha, los decretos de las Juntas Departamentales y de los Concejos Departamentales, los reglamentos, etc..

Todas esas normas dictadas con carácter general y obligatorio por el órgano correspondiente son

fuerza del Derecho. Integran una misma y única fuente: la legislación (y sin embargo muchas de ellas no son ley).

La ley es una de las varias formas de legislación, la más importante, pero no la única. Sin duda por ser la más importante es que se habla de la ley y no de la legislación al estudiar esta fuente del Derecho.

15) ENTRE NOSOTROS LA LEGISLACIÓN ES LA ÚNICA FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Entre nosotros -ya lo hemos dicho varias veces, pero interesa repetirlo- la legislación (ley, decreto, reglamento) es la única fuente formal del Derecho.

De entre las formas posibles de legislación la más importante es la ley, a la cual nuestro Código Civil, respondiendo a la tendencia racionalista absoluta que floreció en el siglo XIX, ha conferido omnipotencia evidente, como lo ponen de manifiesto: el hecho de que el codificador la haya erigido en fuente exclusiva del Derecho -art. 9; la posibilidad de que pueda proyectarse hacia el pasado -art. 7; el hecho de que únicamente una ley interpreta a otra de un modo generalmente obligatorio -art. 12; el privilegio de que una ley sólo puede ser derogada por otra ley -art. 9 y el principio de que su existencia se presume conocida -art. 2.

Esta tendencia a reconocer en la legislación la única fuente formal del Derecho es hoy muy resistida. Josserrand la combate en forma muy enérgica.

Varias escuelas modernas tratan de atemperar ese principio y la llamada escuela del derecho libre llega a desconocerle a la ley el carácter de fuente formal del Derecho.

16) SIGNIFICADOS DE LA PALABRA LEY.

Tiene distintos significados y en el Código Civil ha sido utilizada en dos sentidos;

I) en el sentido de norma de Derecho positivo. - Son los casos en que el Código Civil habla de ley o de leyes refiriéndose a todo nuestro ordenamiento jurídico. Está utilizada en ese sentido en los artículos 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 2390, 2393 a 2400, 2402 y 2404;

II) en el sentido de norma estatal. - Son los casos en que el Código Civil, habla de ley o de leyes refiriéndose a las normas que tienen por fuente al Poder del Estado. Está utilizada en ese sentido en los artículos 1, 2, 9 y 15.

17) CONCEPTO DE LEY.

No hay un concepto único de la ley y las definiciones que de ella suelen darse dependen del concepto que se tiene de la función legislativa.

La actividad del órgano legislativo es múltiple y se manifiesta de diversas maneras.

Hay leyes inspiradas en un concepto formal Y otras inspiradas en un concepto material.

Ley formal. - El concepto formal de la ley toma únicamente en cuenta, para definirla, el órgano del cual emana (prescinde de su contenido).

Según este criterio es ley todo acto del Poder Legislativo y sólo son leyes los actos de dicho Poder.

Ley material. - El concepto material de la ley toma únicamente en cuenta, para definirla, el contenido, la substancia o determinados caracteres de la norma (prescinde del órgano del cual emana).

Según este criterio es ley todo acto que contiene una norma jurídica y sólo son leyes los actos que contienen normas jurídicas.

Ejemplos: I) el Poder Legislativo dicta una norma concediendo una pensión graciable a la viuda de un escritor. Formalmente es una ley, desde que es un acto que emana del Poder Legislativo; materialmente no es una ley, porque no es general y abstracta;

II) la Junta Departamental de Montevideo, a propuesta del Concejo Departamental, dicta una norma imponiendo un impuesto a los terrenos baldíos existentes dentro de su jurisdicción. Materialmente es una ley, desde que es general y abstracta; formalmente no es una ley, desde que no emana del Poder Legislativo.

Definiciones:

I) formalmente se llama ley a la decisión sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo;

II) materialmente se llama ley a la decisión general y abstracta sancionada por los órganos competentes;

III) combinando las dos tesis y definiciones dadas -la formal y la material- podemos decir que estrictamente se llama ley a la norma jurídica dictada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo.

Requisitos.

Para que una norma dictada sea ley en estricto sentido, se reclama:

a) que el proceso de su formación se ajuste a la Constitución (lo que veremos más adelante) y,

b) que presente ciertos caracteres.

¿Cuáles son, esos caracteres? -Sin entrar en mayores discusiones diremos que hay cierta conformidad en reclamarle estos caracteres: que sea obligatoria, general, abstracta y permanente.

Obligatoria. - Nuestras leyes mandan, su contenido es imperativo. Para hacer cumplir lo que la ley manda, el Estado dispone de la fuerza. Las leyes son obligatorias en virtud de la promulgación y su obligatoriedad alcanza a todos los que habitan en el territorio de la República -arts. 1 y 3 del C. Civil.

General. - Porque se aplicará a todas las personas que en el momento actual y en el futuro se encuentren en la situación tomada en cuenta por la ley.

Este rasgo no importa reclamar que la ley se refiera a todos, sino a quienes se encuentran en la situación prevista por la ley. Por ejemplo: la ley que dice que el menor habilitado no puede vender sus bienes raíces, sin autorización judicial -art. 310 del C. Civil- no es una ley que se refiera a todas las personas, sólo se refiere a los menores; y ni siquiera a todos los menores, pues tan sólo rige para los menores habilitados. Pero es general, porque todos los menores que se encuentran hoy y se encuentren en el futuro en la condición de habilitados de edad deberán obtener, para vender sus bienes raíces, autorización judicial.

La generalidad de la ley es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, que dice que todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

Abstracta. - Importa la impersonalidad de la ley. La ley no se refiere a una persona determinada, aunque muchas veces sólo pueda aplicarse a una persona determinada.

Por ejemplo: la ley de presupuesto de sueldos y gastos dice que el Rector de la Universidad ganará un sueldo de X pesos. Aparentemente parece que se trata de una norma particular, porque se refiere al Rector -que no es más que una persona y se sabe quien es- pero en puridad es impersonal porque pasado el tiempo ocupará el rectorado una persona distinta y a ella se le aplicará la misma norma.

Permanente. - Porque sobrevive a su aplicación en un caso concreto. La ley tiene una potencia indefinida de vigencia.

La permanencia está dada por la generalidad de la ley. Permanencia no importa perennidad. Significa que sobrevive a una o más aplicaciones concretas. Significa que rige hasta tanto no sea derogada por otra ley.

18) DE LOS DECRETOS-LEYES

Generalidades. - El profesor Alberto Ramón Real los define, diciendo: "Los decretos-leyes son actos que produce el Poder Ejecutivo o quien hace sus veces, por sí solo o previa consulta o decisión de órganos colaboradores y cuyo rango en el orden jurídico es el mismo de las leyes".

Se trata, como recuerda Jossierand, de una expresión anfibológica. Se producen en los períodos en que el Poder Ejecutivo, quebrantando la Constitución, se arroga facultades legislativas. Son decretos dictados en períodos de crisis institucional. Merecen en su origen la calificación de decretos; pero luego que son ratificados agregan a su designación primitiva la palabra leyes.

Las Constituciones de algunas países autorizan a sus órganos ejecutivos a dictar, en ciertas circunstancias, normas con fuerza de ley.

Se conocen con el nombre de decretos-leyes a esas normas, con valor de ley, que dictan los órganos ejecutivos.

Nuestra Constitución guarda silencio en cuanto a si el Poder Legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la función legislativa. Como consecuencia del principio de la separación de poderes admitido entre nosotros se ha entendido siempre, casi sin excepciones, que el Poder Legislativo no puede delegar en el Ejecutivo la función de legislar.

No han faltado, con todo, quienes entre nosotros han sostenido, apoyándose en el artículo 168, numeral 17 de la Constitución, que puede el Poder Ejecutivo, en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dictar normas con carácter de ley.

En todos los países -y desgraciadamente también en el nuestro- se ha planteado el problema de los actos practicados por los gobiernos de facto (se conoce por tales, en general, a los gobiernos que concentran en sus manos, durante un tiempo más o menos largo, en forma pacífica y estable, las funciones legislativas y ejecutivas).

Para algunos autores los actos de los gobiernos de facto son nulos; para otros son válidos, pero caducan automáticamente al cesar el régimen de facto y para otros son válidos y subsisten plenamente después de restablecida la normalidad, sin necesidad de ratificación alguna.

Entre nosotros se han ratificado los actos de los gobiernos de facto que hemos padecido.

Formas de ratificación seguidas en nuestro país. -Corresponde distinguir los gobiernos de facto del siglo XIX y los gobiernos de facto del siglo XX.

Siglo XIX. Sus actos fueron ratificados legislativamente. Tenemos:

I) Gobierno de Flores. - Por ley número 928, del 30 de abril de 1868, se reconocieron como válidos los actos del Gobierno Provisorio Dictatorial que invistió Flores desde el 20 de febrero de 1865 al 15 de febrero de 1868.

II) Gobierno de Latorre. - Por ley número 1436, del 21 de mayo de 1879, se dispuso que continuarían observándose como leyes de la República las disposiciones de carácter legislativo dictadas por el Gobierno Provisional entre el 10 de marzo de 1876 y el 14 de febrero de 1879.

III) Gobierno de Cuestas. - Por ley número 2680, del 1º de abril de 1901, se declaró leyes de la república a todas las resoluciones de carácter legislativo sancionadas por el Consejo de Estado creado por decreto del 10 de febrero de 1898 y disuelto el 6 de febrero de 1899.

Siglo XX. - Sus actos fueron ratificados constitucionalmente. Tenemos:

I) Golpe de estado de Terra del 31 de marzo de 1933. - Todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 30 de marzo de 1933 hasta la instalación de la nueva legislatura, fueron ratificadas por las disposiciones constitucionales transitorias sometidas a votación con las reformas de la Constitución (apartado b de las disposiciones transitorias de la Constitución de 1934) .

II) Golpe cae estado de Baldomir del 21 de febrero de 1942. - Todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 21 de febrero de 1942 hasta la instalación de la nueva legislatura, fueron ratificadas por las disposiciones constitucionales transitorias sometidas a votación con las reformas de la Constitución (apartado e de las disposiciones transitorias de la Constitución de 1942).

19) DEL REGLAMENTO.

Concepto. - El profesor E. Sayagués Laso define el reglamento como el "acto unilateral de la administración que crea normas jurídicas generales".

Elementos esenciales:

- a) es acto unilateral, (nace y se perfecciona por la sola voluntad del órgano que lo emite);
- b) emana de la administración (Poder Ejecutivo, Tribunal de Cuentas, Suprema Corte de Justicia, etc.);
- c) crea normas jurídicas generales y de ejecución permanente (son normas jurídicas, generales, de previsión para el futuro);
- d) debe versar sobre materias de competencia administrativa (lo que lo distingue de la ley).

Tipos de reglamento:

Se los agrupa desde distintos puntos de vista:

I) tomando en cuenta el órgano de que provienen se los divide en nacionales (dictados por el Estado), municipales (dictados por los gobiernos departamentales) y de entidades descentralizados (dictados por los entes autónomos);

II) tomando en cuenta su contenido se los divide en reglamentos de ejecución (los que complementan las leyes), de organización (los que regulan la estructura, y el funcionamiento de los órganos de la administración) y de policía (los que regulan la conducta de los particulares);

III) tomando en cuenta su vinculación con la ley se los divide en reglamentos de ejecución (los directamente subordinados a la ley y que no pueden apartarse de la ley que reglamentan) y autónomos (los dictados con prescindencia de si existe o no ley).

Organos con potestad reglamentaria:

Entre nosotros la potestad reglamentaria está repartida entre múltiples órganos. La tienen, por ejemplo:

I) el Poder Ejecutivo -art. 168, num. 4° de la Constitución;

II) el Tribunal de Cuentas -art. 211, inc. F. de la Constitución;

III) la Corte Electoral -art. 322, inc. B de la Constitución;

IV) la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso administrativo -arts. 329, inc. 8° de la Constitución y 126 del Código de Organización de los Tribunales;

V) el Poder Legislativo -art. 105 de la Constitución;

VI) los Directorios de los Entes Autónomos y jerarcas de los servicios -arts. 185, 186 y 204 de la Constitución;

VII) los Concejos Departamentales, en el orden municipal -art. 274 de la Constitución;

VIII) los Concejos Locales autónomos -art. 288 de la Constitución.

Semejanzas y diferencias entre la ley y el reglamento:

Semejanzas. Se parecen en cuanto ambos crean normas jurídicas obligatorias, generales, abstractas y permanentes.

Si bien formalmente el reglamento es acto administrativo y por tanto no es ley, materialmente es un acto regla y por tanto un acto típicamente legislativo.

Diferencias: a) en cuanto al contenido de una y otro. El reglamento debe recaer sobre materias de competencia administrativa;

b) en cuanto a la eficacia normativa de una y otro. El reglamento se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior: Constitución y Ley,

20) MATERIA PROPIA DE LA LEY.

Cuando se estudia Derecho Administrativo se tiene oportunidad de observar que entre nosotros, como lo sostiene el profesor E. Sayagués Laso, pueden darse estas tres situaciones:

I) que hay materia exclusiva de la ley, es decir, materia que debe ser regulada por la ley y que no puede regularse por reglamentos. Ejemplos: la materia a que aluden los artículos 7, 10, 11, 28, 32, 35, 36 y 39 de la Constitución de 1952;

II) que hay materia compartida, es decir, que puede ser regulada indistintamente por la ley o por el reglamento (esto último, siempre y cuando no se hayan dictado leyes sobre el punto). Ejemplo: todo lo que tiene que ver con los derechos y obligaciones de los funcionarios;

III) que hay materia vedada a la ley, exclusiva del reglamento. Ejemplo: todas las cuestiones internas de la administración.

21) CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES.

Se las clasifica atendiendo a muy distintos aspectos.

I) atendiendo a la mayor o menor eficacia de la voluntad frente a la ley.

Se las agrupa en imperativas o preceptivas, permisivas o facultativas y prohibitivas.

Imperativas o preceptivas. - Las que se imponen a la voluntad de las personas ordenándoles la práctica de alguna cosa. Ejemplo: la disposición que obliga a los padres de un menor de 6 a 14 años a

cumplir con la obligación escolar -art. 23 y siguientes del C. del Niño.

Permisivas o facultativas. - Las que toleran alguna cosa o declaran algún derecho. Las que decía Narvaja, sin mandar, ni prohibir, se reducen a introducir un derecho o facultad de que cada uno puede libremente usar o no usar. Ejemplo: la disposición que permite a toda persona disponer del todo o parte de sus bienes por testamento -arts. 831, 884 y siguientes y 1006 y siguientes del C. Civil.

Prohibitivas. - Las que prohíben hacer alguna cosa. Ejemplo: la dispersión que prohíbe al tutor adoptar a su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas judicialmente las cuentas del cargo -art. 157 del C. del Niño.

II) Atendiendo al alcance de su carácter imperativo. Se las agrupa en imperativas y supletorias.

Imperativas. - Dentro de esta clasificación se llama imperativas a las leyes que prevalecen sobre la norma voluntaria que las personas pueden haberse creado para sí. Ejemplo: le dono a Juan todos mis bienes presentes y futuros.

La ley se impone a mi voluntad y a la de Juan e impide esa donación. En general lo hecho contra las leyes imperativas -lo mismo ocurre cuando se trata de leyes prohibitivas- es nulo, carece de efectos, salvo que en las mismas se disponga lo contrario -art. 8.

Las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres tienen carácter imperativo -art. II.

Supletorias. - Las destinadas a suplir la voluntad de los interesados. Las que entran a regir a falta de previsión de las personas interesadas. Se trata de situaciones en que las partes pueden darse una regla y para el supuesto en que no se la hayan dado, la ley, supliendo su omisión, dispone que es lo que ocurrirá. Ejemplo: la entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar convenido por el vendedor y comprador; pero si estos nada previeron en el contrato, la entrega debe hacerse en el lugar en que se encontraba la cosa vendida a la época de la venta -art. 1687.

En nuestro Derecho es frecuente que las leyes supletorias tengan alguna previsión que denote su carácter de tales. Dicen, por ejemplo: "salvo estipulación contraria" -art. 2199; "salvo la prueba en contrario" -art. 1827.

III) Atendiendo a su sentido.

Se las agrupa en prohibitivas y dispositivas.

Prohibitivas. - Dentro de esta clasificación son leyes prohibitivas las que prescriben una prestación negativa. Se dispone en el artículo 8 del C. Civil que lo hecho contra las leyes prohibitivas será nulo, "si en las mismas no se dispone lo contrario".

Arauz Castex, comentando una disposición similar del Código Civil argentino, expresa: "Es decir que el Código declara en su título preliminar y con alcance para todo el resto del articulado, que cada vez que un texto establezca una prohibición, va implícito que la sanción es la nulidad del acto que se realice, salvo que la ley establezca una sanción distinta. Este es un fragmento de norma con el que se completa toda disposición prohibitiva, formando así una norma íntegra. Se ahorra así la tediosa repetición de la frase "bajo sanción de nulidad" que los textos de las leyes suelen añadir a continuación de las disposiciones que establecen".

Un caso en que no se anula lo hecho contra la ley prohibitiva, lo encontramos en el artículo 2108. La ley prohíbe que el fiador pueda obligarse a más ni en términos más gravosos que el deudor principal; pero si contraviniendo la ley lo ha hecho, no por ello se anula la fianza, sino que se la reduce a los términos de la obligación principal.

Dispositivas. - Las que prescriben una prestación positiva, las que disponen que se haga algo o que se haga de determinada manera. En tales casos la infracción consiste en una omisión. He ahí porqué, en general, no se establece, para tales infracciones, la sanción de nulidad, pues no se puede anular lo que por haberse omitido no existe.

Hay -para los supuestos de obligaciones de hacer y de no hacer- disposiciones que prescriben la sanción para el caso de incumplimiento -arts. 1338 y 1339.

Hay casos, asimismo, en que la omisión de algún requisito o formalidad prescrito por la ley para la validez de ciertos actos, está sancionada con la nulidad -art. 1560.

IV) Atendiendo a la forma y a la substancia o contenido.

Se las agrupa, ya lo vimos, en formales y substanciales o materiales.

V) Atendiendo a la jerarquía.

Atendiendo a la jerarquía -y tomando la palabra ley en su sentido material -se las agrupa, en normas constitucionales, leyes ordinarias, decretos y reglamentos y actos individualizados.

Normas constitucionales. - La Constitución está formada por un conjunto de normas que regulan la forma de gobierno y la organización de los Poderes del Estado. Son normas de orden superior y su formación, modificación y derogación se rige por reglas especiales.

Leyes ordinarias. - Se trata de disposiciones generales y abstractas. Formalmente este grupo está integrado por las decisiones del Poder Legislativo. Materialmente lo integran, asimismo, los decretos de las Juntas Departamentales.

Decretos y reglamentos. - Son normas dictadas por la administración y los Concejos Departamentales.

Actos individualizados. - Las sentencias y las decisiones particulares de los órganos administrativos. Ejemplos: actos de nombramientos de funcionarios, de destitución, etc..

VI) Atendiendo al espacio en que se aplican.

Se las agrupa en leyes nacionales y extranjeras.

Nacionales. - Las dictadas por nuestros Poderes.

Extranjeras. - Las dictadas por gobiernos foráneos.

VII) Según el ámbito de su aplicación. Se las agrupa en generales y locales

Generales. - Las aplicables en todo el territorio nacional.

Locales. - Las que rigen en una sola circunscripción. Ejemplos:

a) los decretos de las Juntas Departamentales y,

b) las leyes con ámbito de aplicación local. Quien revise el Registro Nacional de Leyes y Decretos del año 1953 encontrará varias leyes cuyo ámbito de aplicación fue local. Así, la ley 11.916, del 6 de marzo de 1953, declaró feriados para el Departamento de Treinta y Tres los días 9, 10 y 11 de marzo de 1953, con motivo de festejarse el centenario de la fundación de su capital; la ley 11.928, del 16 de abril de 1953, que declaró unos feriados para Maldonado y Rocha con motivo de la realización de homenajes al Coronel Leonardo Olivera; las leyes 11.972, del 1º de julio de 1953, y 12.024, del 11 de noviembre de 1953, que declararon unos feriados para el Departamento de Tacuarembó.

VIII) Atendiendo a su duración.

Se las agrupa en permanentes y transitorios.

Permanentes. - Las que no tienen plazo de vigencia predeterminado.

Transitorias. - Aquellas destinadas a regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio legislativo. Ejemplos: los artículos 1187, 1231 y 1259 del C. Civil.

22) FORMACIÓN DE LA LEY.

Nociones sobre la proposición, discusión, sanción, promulgación y publicación de la ley

Etapas a distinguir. - En el proceso total de elaboración de una ley cabe distinguir diferentes etapas. Para algunos (tales Justino Jiménez de Aréchaga y otros), esas etapas son cuatro; para otros (tales E. Sa-yagués Laso y otros) esas etapas son cinco.

El proceso total de elaboración de las leyes formales está establecido en la Constitución -arts. 133 a 146 inclusive. La Constitución distingue cuatro etapas y a cada una de ellas destina un capítulo de la Sección VII.

En el procedimiento establecido para la formulación de la ley la Constitución distingue cuatro períodos: el de la proposición o iniciativa, el de la discusión, el de la sanción y el de la promulgación.

Los autores que entienden hay un quinto período, agregan el de la publicación.

Los cuatro períodos indiscutidos se estudian con mucha amplitud en Derecho Constitucional. El profesor Justino Jiménez de Aréchaga ha agotado el tema y nosotros nos limitaremos a sintetizar sus magníficos apuntes.

Proposición.

Art. 133 de la Constitución. - "Todo proyecto de Ley puede tener su origen en cualquiera de las dos

Cámaras; a consecuencia de proposiciones hechas por cualquiera de sus miembros, o por el Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 6º del artículo 85 y artículo 86".

Fundamentalmente corresponde recordar:

I) que salvo casos de excepción la iniciativa corresponde a los miembros de cualquiera de las dos Cámaras, a título individual o colectivamente, y al Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros;

II) que la iniciativa debe ser escrita y formulada;

III) que las iniciativas que emanen de los legisladores deben ser presentadas a la Cámara que integran;

IV) que las iniciativas que emanan del Poder Ejecutivo deben ser presentadas a la Presidencia de la Asamblea General.

Discusión.

Dispone la Constitución:

Art. 134. - "Si la Cámara en que tuvo principio, el proyecto, lo aprueba, lo pasará a la otra para que discutido en ella, lo apruebe también, lo reforme, adicione o deseche".

Art. 135. - "Si cualquiera, de las dos Cámaras a quien se remitiese un proyecto de Ley, lo devolviese con adiciones u observaciones, y la remitente se conformase con ellas se lo avisará en contestación, y quedará para pasarlo al Poder Ejecutivo; pero si no las hallare justas; o insistiese en sostener su proyecto tal y cual lo había, remitido al principio, podrá en tal caso, por medio de oficio, solicitar la reunión de ambas Cámaras y según el resultado de la discusión, se adoptará lo que decidan los dos tercios de sufragios, pudiéndose modificar los proyectos divergentes o, aun, aprobar otro nuevo".

Art. 136. - "Si la Cámara a quien fuese remitido el Proyecto no tiene reparos que oponerle, lo aprobará y sin más que avisarlo a la Cámara remitente, lo pasará al Poder Ejecutivo para que lo haga publicar".

"Los proyectos de Ley no sancionados por una y otra Cámara en la misma Legislatura se considerarán como iniciados en la Cámara que los sancione ulteriormente".

Art. 137. - "Si recibido un proyecto de Ley, el Poder Ejecutivo tuviera objeciones que oponer u observaciones que hacer, lo devolverá con ellas a la Asamblea General, dentro del plazo perentorio de diez días".

Art. 138. - "Cuando un proyecto de Ley fuese devuelto por el Poder Ejecutivo con objeciones u observaciones, se convocará a la Asamblea, General y se estará a lo que decidan los tres quintos de los miembros presentes".

Art. 139. - "Si las observaciones del Poder Ejecutivo se refiriesen a una parte del proyecto, la Asamblea, por mayoría absoluta de presentes podrá ratificarlo ajustándose a aquéllas".

Art. 140. - "Si las Cámaras reunidas desaprobaren el proyecto devuelto por el Poder Ejecutivo, quedará sin efecto por entonces, y no podrá ser presentado de nuevo hasta la siguiente Legislatura".

Art. 141. - "En todos caso de reconsideración de un proyecto devuelto por el Ejecutivo, las votaciones serán nominales por sí o por no, y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones u observaciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa".

Art. 142. - "Cuando un proyecto hubiere sido desechado al principio por la Cámara a quien la otra se lo remita, quedará sin efecto por entonces, y no podrá ser presentado hasta el siguiente período de la Legislatura".

Corresponde recordar:

I) que la Cámara que recibe el proyecto puede entrar al conocimiento del mismo y a su discusión sin previo informe o puede -y es lo que ocurre en general- pasarlo a la Comisión correspondiente;

II) que sometido el proyecto al debate de la Cámara, su discusión se divide en dos períodos: la discusión general (sobre el proyecto globalmente considerado) y la discusión particular (artículo por artículo);

III) que la Cámara que ha aprobado el proyecto debe pasarlo a la otra;

IV) que la Cámara a quien la otra ha enviado un proyecto lo estudia, lo discute y puede: aprobarlo tal como lo recibió o bien aprobarlo con reformas o bien aprobarlo con adiciones o bien desecharlo;

V) que tres son las situaciones que pueden darse cuando un proyecto aprobado por ambas Cámaras

llega al Poder Ejecutivo:

- a) que el Poder Ejecutivo no tenga reparos que hacerle y así lo haga saber a la Asamblea;
 - b) que el Poder Ejecutivo no haga ninguna manifestación dentro del término de diez días de la recepción y,
 - c) que el Poder Ejecutivo, dentro de los diez días, lo devuelva con objeciones u observaciones;
- VI) que las observaciones del Poder Ejecutivo tienen un trámite especial, correspondiendo distinguir según se trate de observaciones parciales o de observaciones generales.

Sanción.

Dispone la Constitución:

Art. 143. - "Si el Poder Ejecutivo, a quien se hubiere remitido un proyecto de Ley, no tuviese reparo que oponerle, lo avisará inmediatamente, quedando así de hecho sancionado y expedito para ser promulgado sin demora".

Art. 144. - "Si el Ejecutivo no devolviese el proyecto, cumplidos los diez días que establece el artículo 137, tendrá fuerza de Ley y se cumplirá como tal, reclamándose ésto, en caso omiso por la Cámara remitente".

Art. 145. - "Reconsiderado por las Cámaras reunidas un proyecto de Ley que hubiese sido devuelto por el Poder Ejecutivo con objeciones u observaciones, si aquéllas lo aprobaren nuevamente, se tendrá por su última sanción, y comunicado al Poder Ejecutivo, lo hará promulgar enseguida sin más reparos".

Es suficiente el recordar:

I) que los textos de la Constitución contemplan tres casos de sanción: cuando el Poder Ejecutivo no tiene reparos que oponer al proyecto aprobado por las Cámaras (acuerdo expreso entre los dos poderes colegisladores); cuando el Poder Ejecutivo no devuelve el proyecto dentro de los diez días (acuerdo tácito entre los dos poderes colegisladores) y, cuando el Poder Ejecutivo devuelve el proyecto con observaciones, pero las Cámaras lo aprueban nuevamente;

II) que el artículo 143 de la Constitución evidencia que para nosotros sanción y promulgación son institutos perfectamente diferenciados;

III) que la sanción, para el profesor Jiménez de Aréchaga, "es el acto por el cual se termina la formación de una decisión del poder público por la que se establece una ley formal".

Promulgación

Dispone la Constitución:

Art. 146. - "Sancionada una ley, para su promulgación se usará siempre de esta fórmula:"

"El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, decretan:"

Alcanza con que se recuerde:

I) que en este artículo la palabra promulgación está usada en el sentido de publicación;

II) que el artículo 146 no se refiere a la facultad de mandar cumplir las leyes que atribuye al Poder Ejecutivo el artículo 168 de la Constitución y,

III) que en esta fase de la formación de la ley sólo interviene el Poder Ejecutivo.

Publicación.

Terminado el proceso de elaboración de una ley, según algunos, o como un período de ese proceso, según otros, el Poder Ejecutivo debe hacerla publicar -art. 136 y 168, numeral 4° de la Constitución.

23) DE SI LA PROMULGACIÓN ES COSA DISTINTA DE LA PUBLICACIÓN.

Hay entre las disposiciones constitucionales y el artículo 1° del Código Civil cierta contradicción. Ello ha dado base a una discusión, vieja y aun no terminada, respecto a si la promulgación es o no cosa distinta de la publicación.

El problema tiene trascendencia, entre otras cosas, porque de su solución depende el momento en que las leyes son obligatorias.

El artículo 1º del Código Civil, dispone: "Las leyes sólo son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo".

"El Poder Ejecutivo determinará la forma de la promulgación; y desde que ésta pueda saberse, las leyes serán ejecutadas en todo el territorio de la República".

"La promulgación se reputará sabida diez días después de verificada en la Capital. (Artículos 68 y 69, de la Constitución)".

Aclaremos que esta referencia a las disposiciones constitucionales recién apareció hecha en la edición de 1914 y se refiere a los artículos de la Constitución de 1830. Hoy la cita debe considerarse hecha a los artículos 143 y 144 de la Constitución de 1952.

La discusión ha encontrado asidero en que la palabra promulgación ha sido utilizada en dos sentidos distintos:

a) como publicación solemne de una ley (este parece ser el sentido dado al término en los artículos 145 y 146 de la Constitución y en el inciso 2º del artículo 1º del C. Civil);

b) como aprobación y orden de cumplirla dada por el Poder Ejecutivo (este parece ser el sentido dado al término en los incisos 1º y 3º del artículo 1º del C. Civil).

Es evidente que la palabra promulgación ha sido empleada entre nosotros con los dos sentidos antes expuestos.

Ello ha dado lugar a que en nuestro medio se mantengan estas dos posiciones:

I) para algunos, promulgación y publicación no son actos distintos, separables. Se trata de actos con idéntico significado. La publicación hace parte integrante de la promulgación y, por lo mismo, la ley no está promulgada mientras no ha sido publicada. La promulgación es un acto complejo que comprende: la orden de cumplir la ley y la de publicarla y el cumplimiento mismo de esa orden. Argumentos en apoyo de esta tesis:

a) la Constitución sólo habla de cuatro etapas;

b) la palabra promulgación tiene el significado de publicación (opinión de Ramírez, de De María, de E. Jiménez de Aréchaga y muchos otros);

II) para otros, en cambio, promulgación y publicación son actos distintos, separables. Se trata de actos diversos:

a) por su naturaleza y,

b) por sus efectos.

Por su naturaleza, ya que la promulgación certifica la existencia de la ley y la publicación, en cambio, determina su carácter ejecutorio. Por sus efectos, ya que la promulgación se refiere a la existencia de la ley y la publicación, en cambio, se refiere a la aplicación de la ley. Esta posición encontraría una base muy fuerte en el artículo 274, numeral 2º de la Constitución, que distingue promulgación y publicación al tratar de los actos legislativos municipales opinión de los doctores Eugenio J. Lagarmilla, Guillot, Sayagués Laso y muchos otros).

Guillot y Lagarmilla dan los siguientes conceptos:

a) promulgación es el acto jurídico (es acto jurídico pues determina de manera cierta la existencia de una ley) por el cual el Poder Ejecutivo aprueba al proyecto de ley que le ha remitido el Parlamento;

b) publicación, en cambio, es el simple hecho de insertar en el Diario Oficial la ley a fin de que todos tengan conocimiento de su promulgación y de su texto.

24) DE DONDE SE PUBLICAN LAS LEYES y DE SU NUMERACIÓN.

En cuanto a la publicación de las leyes se puede, entre nosotros, distinguir tres momentos.

I) en distintas fechas (2 de enero de 1827, 17 de noviembre de 1830, 30 de mayo de 1852, 1º de mayo de 1865, 29 de diciembre de 1876 y 14 de marzo de 1882) se dictaron decretos creando registros destinados a insertar en ellos las leyes.

Dichos registros tendían a la conservación y ordenación de las leyes, más no a la publicación para hacer conocer su contenido.

La publicación, al efecto de hacer conocer a todos el contenido de las leyes, se hacía por los órganos de la prensa.

II) por decreto del 24 de setiembre de 1890 se adopta la propuesta para fundar un diario oficial, subvencionado por el Gobierno, en el que se publicarían las leyes y decretos.

Por decreto del 2 de mayo de 1892 se quita la subvención y se crea el Registro Oficial, encargado de tomar copia, en las oficinas respectivas, de las leyes y decretos que debían darse a la prensa.

Por decreto del 23 de febrero de 1898 y la ley del 14 de julio de 1898 se suprime el Registro Oficial.

En todo este período la publicación seguía realizándose a través de los órganos de la prensa.

III) por decreto del 8 de mayo de 1905 se crea el Diario Oficial destinado a las leyes, decretos y demás documentos cuya publicación se ordene por los poderes, corporaciones u oficinas nacionales, dependientes del Poder Ejecutivo.

Síntesis. - Concretando el régimen de publicidad de las leyes, anotamos:

I) que cada ley promulgada se inserta en el registro especial que lleva cada Ministerio (decreto del 14 de marzo de 1882);

II) que se inserta, además, en el Registro Nacional que lleva el Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social (decretos del 14 de marzo y 12 de agosto de 1907 y 17 de enero de 1919);

III) que se publica en el Diario Oficial, por intermedio del Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social (decretos del 8 de mayo de 1905 y 17 de enero de 1919);

IV) que las leyes son todas numeradas correlativamente, y en la tramitación administrativa, deben citarse por su respectivo número (decretos del 12 de agosto de 1907, 27 de agosto de 1930, 8 y 29 de octubre de 1930).

La Jurisprudencia

25) CONCEPTO DE LA JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia tiene varias acepciones.

En su acepción originaria significa "ciencia del Derecho" o "conocimiento del Derecho". Tal era el significado del vocablo en latín: juris (derecho) y prudentia (sabiduría).

Stritu sensu se entiende por jurisprudencia el conjunto de las decisiones de los magistrados. Es en este sentido restringido que definen el término quienes entienden por jurisprudencia: la serie de sentencias judiciales en las que se han resuelto casos análogos en el mismo sentido; o el conjunto de sentencias dictadas por los Tribunales y mediante las cuales se revela el modo uniforme que tienen de aplicar el Derecho; o el cuerpo de decisiones dictadas por los jueces de diversos órdenes sobre un mismo punto.

En algunos países de Europa sigue utilizándose la palabra jurisprudencia en los dos sentidos apuntados:

a) como ciencia del Derecho (a la cual se llama jurisprudencia teórica) y,

b) como conjunto de los fallos de los jueces (a la cual se llama jurisprudencia, práctica).

Entre nosotros siempre que se habla de jurisprudencia se quiere hacer mención a las decisiones (fallos o sentencias) judiciales, es decir, se utiliza el término para referirse a lo que en otros países se llama jurisprudencia práctica. Nosotros reservamos el término doctrina para lo que en otros países se llama jurisprudencia teórica.

Tomando el término jurisprudencia en el sentido de decisiones judiciales es que debemos ver si constituye o no una fuente del Derecho.

Anotemos, por último, que tomada en el sentido de decisiones judiciales, presenta estos caracteres:

a) es obra de los magistrados (por extensión se habla también de jurisprudencia administrativa);

b) está integrada por un conjunto de decisiones judiciales (debe haber varias) si bien a veces basta un fallo para hacer jurisprudencia;

c) debe tratarse de fallos en los que se resuelve un mismo punto (pues sólo así es posible deducir la opinión de los jueces sobre él) y,

d) esos fallos deben permitir extraer una tesis general, susceptible de ser aplicada a los casos iguales o parecidos que puedan presentarse en el futuro (hay fallos que sólo sirven para resolver el caso concreto en que recayeron, pero de los cuales no puede extraerse una tesis general).

26) VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

Del curso de Introducción al Derecho se recuerda que ha habido una gran evolución en cuanto al valor de la jurisprudencia. Esa evolución puede sintetizarse, anotando:

I) que en los primeros tiempos constituyó fuente principalísima del Derecho. En cierta época se admitió en Roma una cierta jurisprudencia teórica (integrada por las respuestas dadas por ciertos juristas famosos). Luego vino la época de los pretores -nacidos para atemperar el rigor de las fórmulas y ritos- en la que la jurisprudencia práctica adquirió enorme importancia;

II) en la Edad Media se restringió el valor de la jurisprudencia en los países de Derecho escrito, si bien lo mantuvo en los países de costumbres;

III) en la época moderna, como consecuencia del triunfo de las ideas simbolizadas por la revolución francesa, la jurisprudencia ha perdido mucha de su antigua importancia.

Si bien en algunos Estados modernos la jurisprudencia es fuente del Derecho, puede afirmarse, de un modo general, que la tendencia hoy predominante es la de negarle valor de fuente formal del Derecho.

Digamos, con todo, para terminar:

I) que en todos aquellos países en que la costumbre es fuente del Derecho, la jurisprudencia reviste gran importancia. En efecto, la existencia de la costumbre a que el Juez dice atenerse se exterioriza por la jurisprudencia. La evolución de la jurisprudencia acusa, asimismo, los cambios de la costumbre. Es por ello que Gény enseña que en muchos supuestos más que la costumbre la verdadera fuente es la jurisprudencia. Es por ello que autores modernos afirman que "la costumbre es la jurisprudencia definitivamente cristalizada" (Savatier) o que la jurisprudencia "no es otra cosa que el derecho consuetudinario moderno" (Josserand);

II) que la escuela de Viena sostiene que el Juez, al aplicar la ley, crea normas, si bien individualizadas.

27) DE LOS DISTINTOS REGIMENES EXISTENTES.

Con respecto al valor práctico de la jurisprudencia el derecho comparado presenta tres regímenes diferentes: regímenes de jurisprudencia obligatoria; regímenes donde hay orientación jurisprudencial y regímenes donde no hay jurisprudencia.

Regímenes de jurisprudencia obligatoria.

En ellos la jurisprudencia es fuente formal del Derecho.

Tal ocurre en Inglaterra y en Estados Unidos (en este último país en menor grado).

En el régimen angloamericano los jueces están obligados por los precedentes. Una vez que un Juez sentenció un caso, todos los jueces deben en el futuro sentenciarlo en la misma forma. Si el caso no tiene precedentes el Juez lo falla con amplia libertad.

Aclaremos lo dicho con dos ejemplos:

I) se presenta a la decisión de un Juez inglés o americano el caso del accidente ocurrido por el despegue de un satélite artificial. Se trata de un caso nuevo, sobre el que no hay antecedentes, pues con anterioridad nunca se había producido un caso igual. El Juez lo falla con absoluta libertad, dando la solución que su saber y modo de ver las cosas le aconsejen. Ese fallo sentará precedente obligatorio. Si mañana, ante el mismo Juez u otro, se presenta un caso idéntico o similar, deberá fallárselo en igual forma. Aquella sentencia recaída en el primer caso presentado asume el carácter de regla obligatoria;

II) se presenta a la decisión de un Juez inglés o americano el caso del accidente ocurrido por el choque de dos naves. El caso no es nuevo, ya han sido fallados otros idénticos o similares. El Juez debe fallar en la forma en que se sentenció el primer caso ocurrido. El caso no es novedoso y cualquiera sea la opinión personal del Juez llamado a resolverlo estará obligado por los precedentes.

El expuesto es el régimen llamado "stare decisis" (estar a lo resuelto anteriormente). Hay que estar indefinidamente obediente a los fallos antiguos, sin poder entrar a juzgarlos ni discutir su mérito.

El régimen expuesto obliga a que los estudiantes (futuros abogados y jueces) estudien el Derecho a través de colecciones de fallos judiciales. Del examen de los casos concretos deducirán los estudiantes los

principios generales. Entre nosotros, en cambio, el estudiante aprende los principios generales y con arreglo a ellos resolverá, en el futuro, los casos concretos que se le presenten.

Ventajas:

- a) asegura la uniformidad de las decisiones judiciales sobre los casos idénticos;
- b) asegura la imparcialidad de la justicia;
- c) si el caso planteado ya ha sido otras veces resuelto por la justicia, permite, de antemano, saber el resultado del juicio;
- d) es un sistema que deja, en los hechos, amplia libertad a los jueces, para fallar conforme a su criterio, pues los casos planteados casi nunca son iguales, de donde los fallos anteriores no actúan de ordinario como antecedente obligatorio.

Inconvenientes:

- a) quita toda posibilidad de evolución a la jurisprudencia, ya que en los casos repetidos hay que mantener la solución de la primera sentencia, del primer caso resuelto, que pudo haberse dictado, a lo mejor, hace siglos;
- b) el Derecho se convierte, como dijo Spencer, en el gobierno de los vivos por los muertos;
- c) suprime la posibilidad de que los jueces fallen según su criterio, por lo que ha podido decirse que los jueces son esclavos del pasado (pues deben resolver los casos no novedosos en la forma en que los resolvieron sus colegas anteriores) y déspotas del porvenir (pues resuelto por un juez un caso nuevo su solución será obligatoria para todos los demás jueces que en el futuro deban fallar casos semejantes).

Regímenes donde hay orientación jurisprudencial.

Se reconoce a la jurisprudencia la posibilidad de influir en las futuras decisiones de los jueces, aunque sin considerarla fuente formal del Derecho.

Constituyen ejemplos de estos regímenes Francia e Italia. Son países en los que existe una orientación general en la jurisprudencia. Los fallos anteriores orientan, pero no obligan definitivamente a los jueces. Esa jurisprudencia no encierra una regla obligatoria de Derecho. El mismo Tribunal que dictó un fallo ajustándose a la jurisprudencia fijada, puede mañana fallar en sentido diferente. "Sin embargo, de hecho, no se producen casi nunca tales desvíos y los precedentes, si bien no ligan a los jueces, los inspiran, de un modo fatal. Conviene añadir que naturalmente, las decisiones del Tribunal de Casación gozan ante los Tribunales inferiores y los de apelación cuyas decisiones estarían expuestas a ser anuladas si las contradijeran, de una autoridad casi igual a la de la misma ley" (Colin y Capitant).

Esa estabilidad y unidad de la jurisprudencia se ha logrado entregando la facultad de cambiar la jurisprudencia a un organismo judicial, a la Corte de Casación. El mecanismo del sistema es el siguiente:

I) si los jueces de menor jerarquía han resuelto un caso conforme a la jurisprudencia fija que existe sobre esta cuestión, no hay recurso ante la Corte de Casación, al menos para que ejerza sus poderes como órgano de interpretación uniforme de la ley;

II) si por el contrario el juez de menor jerarquía dictó su fallo apartándose de la jurisprudencia fija, éste podrá ser recurrido ante la Corte de Casación.

La Corte de Casación una vez que se le ha presentado el recurso, examina, a través de la Sala correspondiente (hay tres Salas), si la decisión de última instancia, hizo o no exacta aplicación de la ley.

La Corte examina la sentencia, más no el asunto en sí; no juzga el caso, pero sí juzga la sentencia.

Si la Corte rechaza el recurso, por considerar que el fallo es ajustado a la jurisprudencia seguida, la decisión recurrida queda definitivamente firme.

Si admite el recurso, por considerar que el fallo se aparta de la jurisprudencia anterior, entonces la Sala interviniente "casa" la decisión apelada e indica a la parte que recurra ante otro juez de igual orden que aquél a que pertenece el que dictó la sentencia casada.

Si el Juez del reenvío resuelve la cuestión de derecho de conformidad con la jurisprudencia dominante, el asunto queda terminado.

En cambio, si el Juez del reenvío resuelve la cuestión de derecho de conformidad con la opinión de los primeros jueces que conocieron el fondo del asunto, entonces cabe un nuevo recurso ante la Corte de Casación.

Esta, entonces, reunidas las tres Salas, estudiará el caso y resolverá: ya sea siguiendo la opinión de

la Sala que intervino cuando el primer recurso, casando por segunda vez la sentencia, en cuyo caso la jurisdicción del reenvío está obligada a pasar, en cuanto al punto de derecho, por la sentencia dada por la Corte en pleno; ya sea adoptando la nueva jurisprudencia seguida por los dos jueces inferiores.

Ventajas:

- a) se mantiene cierto control sobre la justicia inferior;
- b) conduce a que la jurisprudencia mantenga cierta uniformidad;
- c) no obsta, en forma absoluta, a los cambios de la jurisprudencia;
- d) permite, que un organismo superior, la Corte de Casación, diga siempre la última palabra en cuanto a la interpretación de la ley, anulando tendencias particularistas;
- e) asegura la eficacia de los códigos al par que permite irlos adaptando a las nuevas necesidades.

Inconvenientes:

- a) paraliza la evolución del Derecho;
- b) la jurisprudencia tiende a hacerse conservadora;
- c) en la práctica los jueces rara vez se rebelan, aunque no la compartan, contra la interpretación que viene dando a la ley la jurisprudencia firme;
- d) la Corte de Casación, a fin de evitar perturbaciones, es reacia a separarse de la jurisprudencia que ella ha sentado.

Regímenes donde no hay jurisprudencia.

Se trata de regímenes donde no hay jurisprudencia obligatoria y en los que tampoco está monopolizada la facultad de alterarla. Los fallos no imponen una tendencia permanente y definida. Cualquiera Juez puede apartarse de la jurisprudencia anterior. Los jueces, cualquiera sea su jerarquía, están facultados para resolver en la forma que lo juzguen conveniente -y siempre que lo hagan de acuerdo a la ley- todas las cuestiones sometidas a su decisión.

Así, por ejemplo: a un Juez de Paz se le plantea un caso de desalojo. Lo resuelve según su leal saber y entender. No se halla ligado por la forma en que otros jueces, de igual o superior jerarquía, resolvieron caso idéntico. Es más, si a ese mismo Juez de Paz se le presenta a los pocos días un caso análogo, lo resolverá con entera libertad, y aún en forma distinta a como lo había resuelto la vez anterior.

Un ejemplo típico de este régimen es nuestro sistema.

Ventajas:

- a) confiere a los jueces gran elasticidad frente al caso concreto que deben fallar, permitiéndoles cumplir sin ataduras su misión de administrar justicia;
- b) como los casos rara vez son idénticos el régimen de jurisprudencia libre permite a los jueces dar cabida en sus fallos a los principios de equidad;
- c) el régimen de jurisprudencia libre permite la evolución, del derecho escrito, pues toda sentencia importante es una ley en embrión, a la vez que lo complementa.

Inconvenientes:

a) es un régimen anárquico, pues todos los jueces tienen derecho a fallar cada caso en la forma que lo juzguen acertado. Baste recordar que entre nosotros la administración de justicia en materia civil está integrada por una Suprema Corte de Justicia, 3 Tribunales de Apelaciones en lo Civil, 7 Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil, 3 Juzgados Letrados Nacionales de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo, 21 Juzgados Letrados de Primera Instancia en los Departamentos del Interior, 2 Juzgados Letrados de Menores y 227 Juzgados de Paz.

Cualquiera de estos jueces o tribunales puede resolver, con absoluta prescindencia de como lo han resuelto los otros jueces o tribunales, los casos en que le toque intervenir;

- b) vulnera el sentimiento de justicia el que sobre un mismo caso existan dos o más fallos contradictorios, hecho que sólo es posible en un régimen de jurisprudencia libre;
- c) inclina a los abogados a esperar el turno que les permita presentarse ante un juez sostenedor de la tesis que a ellos conviene;
- d) es un sistema que no ofrece seguridades a los intereses de los litigantes, al permitir una jurisprudencia variable y hasta arbitraria, y que por ende desprestigia a la judicatura.

28) DEL REGIMEN URUGUAYO.

Ya hemos dicho que en nuestro país impera el régimen de jurisprudencia libre.

La jurisprudencia no es entre nosotros fuente formal del Derecho.

Pero es importante fuente material de reglas jurídicas. Araúz Castex, estudiando lo que ocurre en la República Argentina, expone los siguientes conceptos perfectamente aplicables entre nosotros: "la ley ofrece siempre un marco de posibilidades, todas ellas lógicamente concordantes con su texto, dentro de las cuales habrá de elegir el intérprete. El fallo judicial, importa adherir a una de estas posibilidades. Cuando varios fallos se inclinan hacia una de esas posibilidades con exclusión de las otras, su uniformidad insinúa una nueva norma que completa la norma legal, como si se tratase de un nuevo texto, que la ley contuviera a continuación de aquél que se está aplicando", "La jurisprudencia es una fuente material (y no formal) en estos supuestos en que no es obligatoria; no sería nula una sentencia que se apartara de los precedentes. Pero es una fuente de gran valor porque informa al juez acerca del sentido que dan otros jueces al proceder que él está juzgando; lo asegura de que su vivencia del sentido del caso no es una arbitrariedad personal, sino que es compartida; o bien lo disuade de fallar como él pensaba hacerlo, cuando es contraria. Es decir, asegura el orden, que es un primario valor jurídico. Además, los resultandos y considerandos que motivan los fallos precedentes proveen al juez de argumentos, y lo ponen sobre la pista de las tendencias, intereses, finalidades, pasiones, es decir realidades de la vida social que deben nutrir su criterio cuando falla. Las colecciones de jurisprudencia son a modo de -un interminable "film" de lo más hondo de la coexistencia social".

La norma de la cual resulta que en nuestro país la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho es el artículo 12 del C. Civil, que dispone: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley, de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

Vale decir, que cada sentencia sólo tiene fuerza obligatoria en el caso concreto para que fue dictada. Ello no excluye, entendiéndose bien, su posible influencia sobre las decisiones a dictarse en el futuro.

Anotemos, a manera de resumen:

I) que nosotros integramos el grupo de países en que la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho;

II) que el mecanismo de la interpretación judicial responde, entre nosotros a las leyes de procedimiento y de organización judicial,

III) que nuestro Código Civil da en muchas materias cierta libertad a los magistrados. Confirman lo dicho los artículos 27, 295, 311, 369, 451, 1291, 1298, 1299, 1302, 1333 y 1431;

IV) que en materia civil los jueces no pueden dejar de fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. El principio encuentra su fundamento:

a) en que excusarse de fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes envuelve una verdadera denegación de justicia y,

b) en que si se admitiese el principio contrario los legisladores serían llamados, con mucha frecuencia, a explicar, aclarar y completar su pensamiento, transformándose, en los hechos, en jueces.

Cabe anotar, por último, que el principio del artículo 15 sólo rige en materia civil. En materia penal el derecho y la obligación de interpretar la ley, son mucho más limitados;

V) que si bien la parte dispositiva de los fallos debe contener las disposiciones del C. Civil -y hasta, hacer mención expresa de la disposición aplicada, art. 2392- no cabe duda de que el Juez, como intérprete soberano y último de la ley tiene, como alguien ha dicho, la posibilidad de adaptar, completar y formular la norma de decisión para el caso singular (arts. 15, 16 y 17 del C. Civil).

29) INSTITUTOS QUE CONDUCEN, ENTRE NOSOTROS, A UNA CIERTA UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Si bien es verdad que nuestro ordenamiento jurídico no arbitra medios para asegurar la uniformidad de la Jurisprudencia, no es menos cierto que existen en él algunos institutos que conducen, aunque muy débilmente, a una cierta unificación de la jurisprudencia. No fueron creados con esa finalidad, pero en cierta

medida contribuyen a que la uniformidad sea efectiva.

De entre esas instituciones recordaremos las siguientes:

I) iniciativa de la Suprema Corte de Justicia. - Se dispone en el artículo 14 del C. Civil: "La Alta Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes";

II) recurso de inconstitucionalidad. - Existe la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia declare inconstitucionales las leyes, por razón de forma o de contenido. El fallo de la Corte debe referirse exclusivamente al caso concreto y sólo tiene efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado. La falta de reglamentación de este recurso le ha quitado, en los hechos, mucha de su importancia -arts. 256 a 261 de la Constitución;

III) recurso extraordinario de nulidad notoria. - Se da contra las sentencias que ponen término al pleito o hacen imposible su continuación, impugnándolas por falsedad de algún fundamento esencial y determinante de la sentencia o por infringimiento de la ley -arts. 677 a 699 del Código de Procedimiento Civil;

IV) recurso de casación. - Contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas en juicios correccionales y criminales, cabe el recurso de casación, entre otros casos, cuando los fundamentos de derecho hayan sido erróneamente aplicados a los hechos -ley número 3439 del 5 de abril de 1909;

V) recurso de nulidad del acto administrativo. - Dispone la Constitución en su artículo 311: "Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos".

La Doctrina

30) CONCEPTO DE LA DOCTRINA.

Se entiende por doctrina las opiniones que los autores, versados en cuestiones jurídicas han expuesto en sus obras.

Se distingue la doctrina *jure condito* (que es la que versa sobre el derecho vigente) y la doctrina *jure condendo* (la que propicia futuras reformas generales).

En nuestro país la doctrina del Derecho Civil está poco desarrollada.

31) NO ES ENTRE NOSOTROS FUENTE FORMAL DEL DERECHO

En nuestro ordenamiento jurídico -lo mismo ocurre en la mayor parte de los extranjeros- la doctrina no es fuente formal del Derecho. Pero es fuente material del Derecho. Es posible observar como entre nosotros los codificadores, los legisladores, los profesores y los jueces se dejan influir por la interpretación que los juristas nacionales o extranjeros propician. Recuérdese, por ejemplo, la influencia que siempre han tenido entre nosotros las opiniones de don Pablo De María.

32) IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA.

En el pasado la doctrina de los autores gozó de gran influencia y autoridad.

Augusto, en los primeros años de nuestra era, concedió a algunos juristas prestigiosos, el derecho de evacuar consultas jurídicas que tenían carácter obligatorio. La respuesta de los hombres sabios valía como norma jurídica que se imponía a los jueces.

Adriano, en el siglo II, modificó el régimen de Augusto, y exigió que las opiniones de los autores, para gozar de fuerza obligatoria, fueran concordantes.

Teodosio II y Valentiniano III, año 426, establecieron el llamado "Tribunal de los muertos" o "Ley de las citas", al acordar valor de fuente formal a los textos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Cayo, y a los

de otros juristas que éstos hubieren citado, con tal que la cita hubiere sido verificada.

Su importancia actual es menor, si bien es innegable, que como recuerda Enneccerus, la doctrina tiene una gran influencia mediata sobre la formación del Derecho.

Entre nosotros la doctrina constituye una de las fuentes de integración del Derecho. A ella el Juez puede y debe recurrir, cuando debiendo fallar un asunto civil, no pueda resolverlo por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, ni por los fundamentos de las leyes análogas y ni siquiera por los principios generales del Derecho -art. 16 C. Civil. Cometido semejante le asigna la Constitución a la doctrina. Dispone, en efecto, la Constitución en su artículo 332;

"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

33) LECTURAS RECOMENDADAS PARA EL CAPITULO II:

De Ruggiero, ob. cit., vol. I; De Castro y Bravo, ob. cit., t. 1; Castán Tobeñas, ob. cit., t. 1; Valverde, ob. cit., t. 1; Josserand, "Derecho Civil", t. 1, vol. 1; Colin y Capitant, "Curso elemental de Derecho Civil", t. 1; Capitant, "Introduction a l'etude du Droit Civil"; Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", t. 1; Arauz Castex y Llambías, ob. cit., t. 1; Guillot, "Comentarios al Código Civil", t. 1; Gallinal, Rafael, ob. cit., t. 1; "Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény", (3 vols.); Gény F., "Méthodes d'interpretation et sources en droit privé positif", (2 vols); García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", t. 1; Coviello, Nicolás, "Doctrina General del Derecho Civil"; De Diego, Clemente, "Fuentes del Derecho Civil Español; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "Introducción al Derecho"; Véscovi, Enrique, "Introducción al Derecho"; Vaz Ferreira, Eduardo, "Introducción al Derecho"; Rompani, Santiago I., "Introducción al estudio del Derecho"; David, M., René y Couture, Eduardo J., "El porvenir del common law y del derecho continental", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año I, N° 1, ps. 67 y 147. Real, Alberto Ramón, "Los decretos leyes"; Sayagués Laso, E., "Tratado de Derecho Administrativo", t. 1; Jiménez de Aréchaga, Justino, "La Constitución Nacional", t. 4, p. 163; Real, Alberto Ramón, "El concepto de sanción de la ley", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. I, N° 2, p. 517; Lagarmilla, Eugenio J., "De la promulgación de law leyes en nuestro derecho positivo"; De María, Pablo, "Obra jurídica", vol. I.; Nin y Silva, Celedonio, "Apéndice, al Código Civil", nota 1; Araújo, Arias Barbé, Cestau y López, "Código Civil Anotado", notas al artículo 1; Armand Ugon, Enríque C. y otros. "Compilación de leyes y decretos", t. 1, nota preliminar; Méndez, Aparicio, "La jurisprudencia como fuente del Derecho"; Supervielle, Bernardo, "Las leyes imperativas y prohibitivas", en el volumen "Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture".