



TLATEMOANI
Revista Académica de Investigación
Editada por Eumed.net
No. 13 – Agosto 2013
España
ISSN: 19899300
revista.tlatemoani@uaslp.mx

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2012
Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2013

FUENTES DEL DERECHO, UN ANALISIS ENTRE EL SISTEMA NORMATIVO EN ARGENTINA Y EN MEXICO

Paola de la Rosa Rodríguez⁺
paola.delarosa@uaslp.mx,
paorosro@yahoo.com
José Osvaldo Ledesma⁺⁺
drledesma87@hotmail.com

RESUMEN:

Conocer la forma en que se crea el derecho proporciona un entendimiento acerca de la forma en que éste surge, evoluciona y se modifica. El abogado debe de conocer cuáles son las fuentes principales y secundarias del derecho al que recurre cuando hace una solicitud al órgano jurisdiccional. Cada país contempla sus diversos y particulares procesos de creación de leyes, el derecho comparado ofrece la posibilidad de visualizar otros sistemas jurídicos para enriquecer nuestro conocimiento de la ciencia del derecho. El presente trabajo presenta un estudio sobre las fuentes del derecho en Argentina al mismo tiempo que hace una breve semblanza con los procesos de creación de leyes en México, resaltando las diferencias entre los mismos.

PALABRAS CLAVE:

Fuente del derecho, legislación, tratados internacionales, jurisprudencia, derecho comparado.

SUMMARY:

Knowing the different processes the law is created provides a clear understanding about the ways it emerges, changes and evolves. Lawyers must know the main and subsidiary sources of the law when they refer to them in their requests to the judge. Also, every country has a particular way to create the law. The comparative law studies offer the possibility to be acquainted with different legal systems with the

purpose of increasing our judicial knowledge. This article studies the sources of law in Argentina at the same time it analyzes the similarities and differences of the creation of the law in Mexico.

KEY WORDS:

Sources of law, legislation, international treaties, case law, comparative law.

1.INTRODUCCION:

Conocer en dónde se originan los principios expresivos de la justicia y el orden de una sociedad resulta un tema principal para los estudiantes del derecho. Toda norma jurídica tiene un determinado origen y su obligatoriedad obedece a los distintos factores, actores y procedimientos del cual ellas proceden. En algunas ocasiones, las prácticas de una sociedad son reconocidas como obligatorias y constituyen una parte del derecho. Del mismo modo y en casos concretos, la interpretación que hace el órgano jurisdiccional puede crear un sistema normativo. Sin embargo, también las fuerzas sociales impulsan la creación de normas al ser éstas sometidas a un procedimiento concreto y suscitar un sistema jurídico escrito.

Este artículo explora las formas de creación de la norma jurídica tanto en Argentina como en México. Si bien es cierto que ambos países coinciden en reconocer como fuentes del derecho a la legislación, jurisprudencia, costumbre y doctrina, existen diferencias dignas de mencionar las cuales son enumeradas y explicadas en el desarrollo del presente trabajo, el cual a manera de síntesis y para su mejor comprensión, presenta un análisis comparativo.

Conviene en esta parte del trabajo abordar el concepto de fuente. En su primera acepción, la palabra fuente significa *manantial* de donde brota el agua, pero en nuestra ciencia se la utiliza en sentido figurado para designar el origen de donde proviene eso que llamamos "derecho"¹. Al analizar las fuentes jurídicas, normalmente nos referimos a las denominadas *fuentes formales*, que son las distintas formas de manifestarse las normas jurídicas positivas, por oposición a las llamadas *fuentes materiales*, que son los factores sociológicos, económicos, culturales, etc, que impregnan al legislador de los fines o valores propios del medio social en que legisla².

Las fuentes formales en el derecho argentino son tres: la ley, entendida en sentido general, como toda norma escrita, y por ende comprensiva de la Constitución, tratados, leyes del Congreso, etcétera; la norma jurídica consuetudinaria o costumbre jurídica y la jurisprudencia. La doctrina u opinión de los estudiosos del derecho no es considerada fuente formal sino material³. Algunos autores incluyen la equidad y los principios generales del derecho, pero en realidad no son fuente sino meras pautas interpretativas, o derivaciones de la técnica de la analogía, si se quiere⁴.

¹ LLAMBÍAS, J. "Tratado de Derecho Civil. Parte General". Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1995. P. 49.

² TORRÉ, A. "Introducción al Derecho". Decimocuarta edición. Editorial Lexis-Nexis. Buenos Aires. 2003. Pp. 312-313.

³ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 315.

⁴ HALAJCZUK, B. y otro. "Derecho Internacional Público". Editorial EDIAR. Buenos Aires. 1999. P. 76.

Analicemos cada una de ellas:

2. FUENTES DEL DERECHO:

2.1 La ley

A efectos de lograr una mejor explicación, utilizaremos aquí la palabra *ley* en su sentido material, es decir, como toda norma escrita sancionada por autoridad pública competente⁵. Comenzamos abordando las fuentes del derecho escrito porque son las más importantes en el sistema jurídico de Argentina. El orden de prelación de estas normas en la República Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, quedó de la siguiente manera: bloque de constitucionalidad, tratados internacionales no enumerados en el artículo 75 inciso 22 constitucional y leyes sancionadas por el Congreso.

La cuestión de la coexistencia de las normas de Derecho Internacional con las de naturaleza interna y, precisamente, con la propia Constitución Nacional que se considera la Ley fundamental de todo país, así como la diversidad o unicidad de fuentes nacionales e internacionales, ha suscitado en doctrina la creación de dos posiciones o teorías bien diferenciadas:

- 1) La teoría dualista, que acepta la existencia de dos ordenamientos, distintos y separados, totalmente independientes, y cada uno con su propio sistema de fuentes⁶. Los tratados son programáticos y por ende, para ser considerados fuente de derecho, necesitan una ley que los reciba en el orden interno⁷. El fundamento de esta postura es que son compromisos asumidos por el Estado que no imponen obligaciones a los particulares.
- 2) La teoría monista, que considera que existe un solo ordenamiento jurídico, es decir implica en primer lugar unidad de orden, y en consecuencia, unidad de fuentes⁸. Ello implica concebir el derecho internacional público en coordinación con el derecho local. Por consiguiente, una vez que los tratados son aprobados por el Estado, se aplican directamente a los administrados; es decir, son operativos. El fundamento de ello es que, al igual que las leyes, los tratados son actos complejos, autónomos y propios de creación de normas, pero con un procedimiento distinto. Éstas tienen por tanto el mismo valor que las establecidas mediante el sistema de sanción de las leyes.

En torno a este punto, hasta hace algunos años en la República Argentina se aplicaba la teoría dualista, con fundamento en el artículo 31 constitucional que aún declara *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...”*

En otras palabras, este texto no sólo disponía la supremacía del orden federal por sobre el estadual, sino que también establecía una pirámide de prelación jurídica

⁵ LLAMBÍAS, J. Op. Cit. P. 53.

⁶ BIDART CAMPOS, G. *“Manual de la Constitución Reformada”*. Tomo I. Apartado 33.

⁷ MONCAYO y otros. *“Derecho Internacional Público”*. Tomo I. Editorial Zavallía. Buenos Aires. 1990. P. 55.

⁸ BIDART CAMPOS, G. Op. Cit. Apartado 33.

entre las distintas normas escritas que componen el primero: la Constitución Nacional en la cúspide, inmediatamente después las leyes del Congreso, quedando los tratados internacionales en tercer lugar, aunque algunos autores consideraban que estas dos últimas fuentes se hallaban en un plano de igualdad jerárquica, y por lo tanto se aplicaban plenamente los principios de "ley posterior deroga ley anterior" y "ley especial deroga ley general"⁹.

La cuestión cambió radicalmente cuando con la última reforma constitucional realizada en 1994, en la Argentina se empieza a dar importancia constitucional a la supranacionalidad. Ello debido a que comenzó a considerarse poco admisible que una parte contratante derogase unilateralmente, por ley, una obligación establecida en forma bi o multilateral, a través de un tratado; puesto que sería la negación de un pilar del derecho internacional público como es el principio *pacta sunt servanda*¹⁰. En la mencionada reforma se conjuga el artículo 31 de la parte dogmática, con el artículo 75 incisos 22 y 24 de la parte orgánica, y se adopta el siguiente régimen: la conformación de un **bloque de constitucionalidad**,¹¹ -que en este caso lo conforman la Constitución Nacional más los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el numeral 75 inciso 22 constitucional-¹² con jerarquía suprema; inmediatamente por debajo, los demás tratados ratificados por la Argentina y en el tercer peldaño, las leyes emanadas del Congreso. Esto significó el abandono de la posición dualista que se había adoptado desde la Constitución de 1853, y su reemplazo por un sistema monista, donde el derecho internacional tiene directa aplicación en el derecho interno¹³.

Con respecto a la coexistencia dentro del bloque de constitucionalidad, es decir cuando un tratado de derechos humanos del artículo 75 inciso 22 y la parte dogmática de la Constitución regulan la misma materia con distintas disposiciones, la solución en principio es aplicar la norma de la Constitución. Con posterioridad a la reforma, el propio artículo 75 inciso 22, establece que los mencionados tratados de derechos humanos tienen por finalidad complementar la parte dogmática de la Constitución, y no derogan artículo alguno de ella. No obstante lo expuesto, y aunque no se encuentra constitucional ni legalmente receptado, está cobrando cada vez mayor importancia el principio *pro hómine* (a favor del hombre)¹⁴, según el cual cuando a un caso particular fueren aplicables dos o más normas pertenecientes a un tratado constitucionalizado y a la parte dogmática de la Constitución, se elegirá de entre todas, aquella que de manera más eficaz tienda a la protección del derecho

⁹ MONCAYO y otros. Op. Cit. P. 62.

¹⁰ HALAJCZUK, B. y otro. Op. Cit. P. 53.

¹¹ BIDART CAMPOS, G. Op. Cit. Apartado 17. Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada estado, un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita -por ejemplo tratados internacionales, derecho consuetudinario, jurisprudencia, etc-. El valor de este bloque radica en la posibilidad de acoplar elementos útiles en la interpretación de la constitución, y en la integración de los vacíos normativos de la misma.

¹² La lista en principio es taxativa pero el propio artículo 75 inc. 22 prevé un mecanismo más o menos complejo para poder incorporar otros tratados de Derechos Humanos al Bloque.

¹³ HALAJCZUK, B. y otro. Op. Cit. P. 55. La reforma constitucional ha ubicado al país en la tendencia actual más predominante, enrolada en el monismo con predominio del derecho internacional en casos claramente determinados como son los derechos humanos y el derecho de la integración.

¹⁴ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/pr/pr5.pdf>. El principio pro hómine se reconoce como parte de la lógica y la princiología propias del derecho internacional de los derechos humanos.

tutelado. Ello no implica abrogación ni derogación alguna de la Constitución, pues se trata simplemente de una regla interpretativa para designar la norma aplicable a un caso concreto¹⁵.

En lo que atañe a los demás **tratados internacionales**, es decir, aquellos que no están enumerados en el artículo 75 inciso 22, mencionamos que se encontraban en el segundo peldaño del orden de prelación, por lo tanto se subordinan al bloque de constitucionalidad y tienen jerarquía superior a las leyes. Esta cuestión ya no es meramente doctrinaria, sino que está reconocida por la propia Constitución post reforma, pues en su artículo 75 inciso 24 establece que es facultad del Congreso “aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. Estamos hablando de los incipientes tratados de integración económica celebrados principalmente con países de Latinoamérica¹⁶, y de cualquier otra normativa internacional, en la que se destaca la relativa a medio ambiente, con un gran número de tratados ratificados por el gobierno argentino en este ámbito¹⁷. También podemos mencionar en este grupo los concordatos con la Santa Sede y, en general, cualquier tratado bi o multilateral sobre cualquier materia, celebrado con cualquier potencia extranjera.

La delegación de jurisdicción y competencia a órganos supraestatales, efectuada por el artículo transcrito, confirma lo dicho anteriormente acerca de la apertura de la República Argentina al exterior, reconociendo la probabilidad de integrar en el futuro un verdadero orden jurídico supranacional, y eliminando de alguna manera el tradicional dogma del poder interno de cada país, como poder incondicionado e ilimitado¹⁸.

Con la reforma de 1994 y la inclinación por el sistema monista, entonces, los tratados de integración y concordatos con la Santa Sede dejaron de ser meramente derecho supranacional, para pasar a ser, al mismo tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a cualquier situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas no tengan un contenido que no sea manifiestamente programático. De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente, -tratados de igual jerarquía o leyes del Congreso-, es derogada y cesa automáticamente en su vigencia con la sola ratificación del nuevo tratado¹⁹.

Finalmente y como ya hemos mencionado, en tercer lugar de la jerarquía de normas escritas a nivel federal se encuentran las **Leyes del Congreso**. En sentido técnico, son las *normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo*, también conocido como

¹⁵ <http://nohuboderecho.blogspot.com/2008/10/el-principio-pro-homine.html>. El principio pro hómone exige estar siempre a la interpretación que más favorece a la vigencia de los derechos, y no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho concreto.

¹⁶ HALAJCZUK, B. y otro. Op. Cit. P. 56. La integración regional está contemplada básicamente en el art. 75 inciso 24 constitucional, y se refiere al Mercosur, que es el proceso de integración regional en el que está inserto el país argentino.

¹⁷ GORDILLO, A. “Introducción al Derecho”. Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2000. P. VIII-12.

¹⁸ GORDILLO, A. Op. Cit. P. VIII-25, VIII-26.

¹⁹ GORDILLO, A. Op. Cit. P. VIII-22, VIII-23.

Congreso de la Nación, *con este carácter*²⁰, mediante el procedimiento previsto en la Constitución que comprende las siguientes etapas señaladas en los artículos 77 a 84 de la Constitución²¹:

- a. **Iniciativa:** es el acto de presentar un proyecto de ley al Poder Legislativo. En principio puede serlo ante cualquiera de las dos Cámaras, salvo casos excepcionales previstos constitucionalmente, de proyectos referidos a determinados temas que sólo pueden presentarse ante la Cámara de Diputados o ante el Senado. Según quien sea el titular de la iniciativa, esta puede ser *parlamentaria*, si el proyecto es presentado por algún legislador; *ejecutiva*, cuando quien propone la ley es el Presidente de la Nación, o *popular*, que es la que corresponde a particulares o grupos sociales, derecho implementado con la reforma de 1994 (art. 39 constitucional).
- b. **Discusión:** es el acto por el cual ambas Cámaras deliberan acerca de los proyectos presentados, para establecer si deben o no ser aprobados. Como principio general se realiza en cada Cámara por separado y ajustándose a los reglamentos internos de ellas (discusión “sobre tablas”); excepcionalmente, cuando la discusión involucra cuerpos legislativos orgánicos (como sucede actualmente con el proyecto de Código Civil Unificado) se nombra una Comisión Parlamentaria Bicameral que se encarga de estudiar el proyecto y darle forma definitiva de tal suerte que contemple la orientación de todos o la mayoría de los legisladores. En cualquiera de los dos casos, sea que se envíe a comisión o se discuta sobre tablas, el proceso involucra dos etapas: la primera, de carácter general, versa sobre la conveniencia del proyecto en su conjunto, el que no siendo aprobado queda desechado y no podrá volver a discutirse ese año; en caso de prosperar, sobreviene la segunda etapa, de carácter particular, donde se debate el contenido de cada uno de los artículos. Terminada la discusión, el proyecto queda aprobado para esa Cámara “de origen”. Luego pasa a la Cámara “revisora” donde se cumple similar procedimiento, con tres posibles resultados:
 1. **Reprobación total del proyecto:** el mismo no podrá volver a ser considerado en las sesiones de ese año.
 2. **Aprobación total:** el proyecto queda sancionado y se pasa a la etapa siguiente.
 3. **Modificación:** el proyecto vuelve a la Cámara de origen, indicándose el sentido de la votación. Esta tiene dos posibilidades: aprobar las modificaciones realizadas por la Cámara revisora, en cuyo caso queda sancionado el proyecto, o bien insistir en la redacción originaria; en este último supuesto se produce un conflicto que se resuelve según cuál sea la Cámara que alcanzó una mayoría superior (si fue la Cámara revisora, el proyecto será sancionado con sus modificaciones; si fue la Cámara de origen, el proyecto se sancionará con la redacción originaria).
- c. **Sanción por el Poder Legislativo:** es el acto formal por el cual se aprueba un proyecto de ley que previamente fue discutido por cada una de las Cámaras. En el sistema argentino, que involucra un Congreso bicameral, la sanción

²⁰ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 324.

²¹ TORRÉ, A. Op. Cit. Pp. 328 a 340.

legislativa se concreta con la firma del proyecto por los Presidentes de ambas Cámaras.

- d. Promulgación por el Poder Ejecutivo y publicación: es el acto por el cual el Presidente de la Nación aprueba y dispone publicar la ley sancionada por el Congreso. Puede revestir dos formas: *expresa*, que es la que se materializa mediante el decreto de promulgación, firmado por el Presidente y sus ministros, según la materia; o *tácita*, que se produce de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo siendo de 10 días útiles de acuerdo al artículo 80 constitucional. A través de la publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina se pone en conocimiento de los habitantes la ley sancionada y promulgada.

Pero además de la aprobación lisa y llana, el Presidente puede vetar el proyecto una vez, total o parcialmente, en cuyo caso vuelve a discusión de ambas Cámaras legislativas. En Argentina el veto no es absoluto o definitivo, puesto que no invalida lo observado por el Poder Ejecutivo, sino que simplemente vuelve al Congreso con las razones de la medida para que este cuerpo, frente a los nuevos argumentos, decida en última instancia.

- e. Entrada en vigencia: la Argentina sigue en este punto el sistema uniforme, según el cual la ley comienza a regir en el mismo momento para todos los habitantes del país, en toda su extensión territorial. Pueden darse dos supuestos: si la propia ley fija la fecha de su entrada en vigencia, debemos atenernos a ella; si guarda silencio, en cambio, el artículo 2 del Código Civil dispone que serán obligatorias luego de los ocho días siguientes a partir de su publicación oficial.

Aclarada la cuestión del proceso de formación de la ley en Argentina, nos queda por dilucidar las formas en que se presenta la legislación de un Estado, que pueden ser dos: el sistema de la incorporación o de las leyes sueltas, y el de la codificación. Al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, la República Argentina adopta el sistema de la codificación²², y ello se encuentra plasmado en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución, que establece que corresponde al Congreso "dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social..."²³

La derogación o abrogación de una Ley del Congreso se lleva a cabo por el mismo órgano que la dictó mediante una norma equivalente, regla que es exceptuada por la derogación tácita que se produce por desuso, y por aquella efectuada por normas de jerarquía superior. Es un principio general el que la costumbre no pueda derogar la ley²⁴.

Dentro de la noción de ley federal también incluyen algunos autores a los decretos reglamentarios, entendidos como aquellas normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo en cumplimiento de una función co-legislativa que la propia Constitución autoriza²⁵ y que consiste en la reglamentación de las leyes dictadas por el Congreso para hacerlas operativas en la práctica.

²² TORRÉ, A. Op. Cit. Pp. 347, 352.

²³ Los cuatro primeros han sido dictados y tienen vigencia; en cambio, el último no ha sido dictado hasta el presente (es decir, la materia laboral y de seguridad social se rige por leyes sueltas, no codificadas).

²⁴ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 341-342.

²⁵ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 344.

En México, por su parte, se reconocen como fuentes formales: la legislación, la jurisprudencia; la costumbre y la equidad como fuentes supletorias, y la doctrina. Por legislación entendemos el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.²⁶ Por ley se entiende el producto de dicho proceso. Cabe señalar que algunos autores distinguen dos clases de procesos legislativos: uno que es el que reforma la Constitución y otro el que crea leyes. En el caso del primer proceso, el artículo 135 del Pacto Federal dispone que para que la Constitución pueda ser adicionada o reformada se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados.

Los artículos 71 y 72 de la Constitución se refieren al proceso de creación de leyes, el primero dispone quien puede presentar una iniciativa de ley y el segundo señala el proceso legislativo que en el país consta de seis etapas siendo éstas iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia las cuales se explican a continuación:

1. Iniciativa: es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del congreso un proyecto de ley. “el derecho de iniciar leyes o decretos compete, según el artículo 71 de la constitución federal:
 - I. Al presidente de la República
 - II. A los diputados y senadores del Congreso de la Unión
 - III. A las legislaturas de los Estados
2. Discusión: es el acto por el cual las cámaras deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas “todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.”
“la formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos cámaras”
3. Aprobación: es el acto por el cual las cámaras aceptan un proyecto de ley. La aprobación puede ser total o parcial
4. Sanción: se da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las cámaras.
5. Publicación: es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla. En la República Mexicana, la publicación se hace en el llamado Diario Oficial de la Federación o Periódico Oficial del Estado.

²⁶ GARCIA, E. “Introducción al Estudio del Derecho” Editorial Porrúa, México 2008 p.52

6. Iniciación de la vigencia después de que una ley ha sido promulgada y publicada, existe un espacio de tiempo comprendido entre la fecha de la publicación y la fecha en que entra en vigencia, conocido como “*vacatio legis*”. En México, las formas de inicio de vigencia de una ley son dos. El sistema sincrónico establece que tendrán efecto tres días después de su publicación y el sucesivo cuando además de este plazo se requiere un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad.

El orden jurídico mexicano está determinado por el artículo 133 constitucional que establece que la Constitución Federal, las leyes generales que de ella emanen y los tratados celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado serán la ley suprema de la Unión.

Al dar lectura al dicho precepto se comprende que los tratados internacionales están exactamente en el mismo nivel que la Constitución, sin embargo, haciendo una labor interpretativa de esta disposición, se emite una tesis jurisprudencial aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la cual se altera este orden normativo. De acuerdo a esta tesis, los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución. Esto es así porque es precisamente el Pacto Federal el que reconoce a los tratados y dispone a las autoridades que deben intervenir para que un tratado sea adoptado por México. En este sentido, la Constitución previene que para que las disposiciones de un tratado tengan aplicación en el país éste debe ser previamente ratificado por el Senado, es decir, de no existir una Carta Magna que reconozca a los tratados y que establezca las autoridades que intervienen en su creación, los tratados no tendrían aplicación en el país. De esta interpretación se concluye que aunque el texto constitucional reconoce a las leyes generales y a los tratados como ley suprema del país, la Constitución Federal está por encima de ellos al ser la norma originaria y estructuradora de todo el orden jurídico nacional.

Ahora bien, en México, es debido a la reforma en el Pacto Federal de junio del 2011, que se reconoce el carácter progresivo de los derechos humanos, y en específico el principio “*pro persona*” el cual regirá la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En este tenor, se impone al Estado Mexicano la obligación expresa de observar los tratados internacionales protectores de los derechos humanos, la cual busca mejorar las condiciones de vida tanto de los individuos en lo particular como de la sociedad.

El siguiente cuadro presenta un parangón entre el texto del artículo primero de la Constitución Federal antes y después de la reforma en materia de derechos humanos.

CUADRO COMPARATIVO

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS²⁷

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La citada reforma constitucional dispone que los instrumentos internacionales de esta naturaleza deberán ser cumplidos aún cuando la Constitución no disponga en su norma la protección establecida por el tratado. Asimismo, esta modificación legislativa pone en evidencia la necesidad de los funcionarios judiciales, juristas y aprendices del derecho de conocer a fondo el contenido de los convenios internacionales en los que se reconocen derechos humanos y en que el Estado mexicano es parte ya que ellos dictarán la protección que se reconozca a las personas.

2.2 La costumbre

La costumbre jurídica es una de las fuentes formales del derecho. Es el conjunto de normas jurídicas implícitas en la repetición más o menos constante de actos uniformes. Deben ser coercibles y eso las diferencia precisamente de los usos sociales, que no lo son y que no constituyen, por lo tanto, derecho consuetudinario. En ella pueden distinguirse dos elementos: uno material u objetivo, que es la repetición constante de actos uniformes; y otro espiritual, psicológico o subjetivo, que es la conciencia de su obligatoriedad, es decir la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica²⁸.

La clasificación más importante de esta fuente es aquella que se hace desde el punto de vista de su relación con la ley, y así encontramos a la costumbre *secundum legem* que significa “según la ley” y es la expresamente remitida por la norma escrita; la costumbre *praeter legem* o lo que es lo mismo, “fuera de la ley”, que es la

²⁷ Fuente: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁸ LLAMBÍAS, J. Op. Cit. P. 69.

que rige los casos expresamente no previstos por las normas escritas, llenando las lagunas del derecho y la costumbre *contra legem* que quiere decir “contra la ley” y que es la que está en franca oposición con la norma escrita, por eso también se la llama *costumbre derogatoria*.

En la República Argentina son fuentes del derecho las dos primeras, según lo dispuesto por el art. 17 del Código Civil: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos, o en situaciones no regladas legalmente*”. Además en materia mercantil reviste una gran importancia pues no sólo es utilizada como fuente formal sino también material, cumpliendo una función integradora y hermenéutica²⁹.

La costumbre en México tiene un lugar muy secundario ya que solamente es obligatoria cuando la ley le otorga dicho carácter. Por ello algunos autores coinciden en que no es fuente inmediata sino mediata o supletoria del orden positivo.³⁰

A manera de explicación es conveniente conocer el artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal el que establece que “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”, es decir la costumbre no anula la ley.

Existen casos en los que una práctica comunitaria se vuelva costumbre pero que sea contraria al texto de la ley, en este caso, la ley cataloga a la misma como un hecho antijurídico.

2.3 La jurisprudencia.

La jurisprudencia es el conjunto de sentencias de orientación uniforme, dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver casos semejantes. Dicha orientación uniforme se concreta prácticamente en una norma general, que será aplicada por los jueces para resolver casos análogos³¹. En el régimen jurídico que estamos analizando, que es predominantemente legislado, la jurisprudencia es, en principio, una fuente subordinada a la ley, porque debe desenvolverse dentro del marco legal³².

Si bien es considerada fuente formal, no en todos los casos su aplicación por los juzgadores es obligatoria. Al efecto debemos distinguir entre:

- Jurisprudencia de acatamiento voluntario (o de obligatoriedad moral): es la que proviene de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los jueces de tribunales inferiores pueden seguir sus lineamientos o no; en este último caso, deben exponer argumentos lo suficientemente razonables para justificar el apartamiento de la doctrina jurisdiccional. No obstante su obligatoriedad es

²⁹ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 362. Tal lo que surge del apartado V, del título preliminar del Código de Comercio, que dispone: “Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

³⁰ GARCIA, E. Op. Cit. P.66

³¹ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 362.

³² TORRÉ, A. Op. Cit. Pp. 375-376. En el *common law*, por el contrario, la jurisprudencia es la principal fuente del derecho, por lo que la ley le está subordinada. La conocida frase de Huges, “la ley es lo que los jueces dicen que es”, resume claramente esta posición.

moral y por ello en la práctica los jueces la acatan, debido en primer lugar al prestigio de que gozan los miembros de la Corte, cuyos fallos se supone revestidos de legalidad, justicia y alto valor doctrinario, y en segundo lugar porque este órgano, en su función de guardián supremo de la Constitución, siempre tendrá la potestad de revocar las sentencias que considere contrarias a su criterio³³.

- Jurisprudencia de acatamiento obligatorio (o de obligatoriedad legal): es aquella en la que la ley establece la obligatoriedad de seguir la doctrina sentada en algún fallo. En la República Argentina ello ocurre en dos casos: primero, con los *tribunales de casación*, llamados a fijar la interpretación obligatoria de una norma jurídica mediante el recurso homónimo; y segundo, con los *fallos plenarios* propios de las Cámaras de Apelaciones, que consisten en la reunión de todos los jueces de las distintas Salas que componen una determinada Cámara, en la cual de común acuerdo sientan la interpretación de una norma, doctrina que será obligatoria no sólo para todas las salas que componen esa Cámara, sino también para los juzgados de primera instancia respecto de los cuales ella esalzada³⁴.

Algunos consideran además de la jurisprudencia judicial, a la administrativa; en el derecho argentino es claro que esta última presenta un valor inferior a aquella, la cual se conjuga mejor con los principios de imparcialidad y de equidad, y así lo estableció la Corte Suprema al resolver reiteradamente que los fallos de la justicia administrativa son siempre apelables ante la justicia ordinaria³⁵.

Por su parte, en México se prevé el carácter integrador e interpretador de los tribunales hacia la ley. El artículo 14 del texto constitucional dispone dos criterios de interpretación por parte de los tribunales, uno es el criterio de interpretación para juicios de orden penal, en ellos queda prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable a ese delito; y otro para los juicios de orden civil en los que la sentencia será conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley. En cuanto a la facultad integradora de la jurisprudencia se entiende que sucede cuando los tribunales dictan sus sentencias en casos no previstos por las leyes. Ante las lagunas de la ley, la jurisprudencia es necesariamente fuente constante del Derecho.³⁶ En este sentido, el artículo 94 de la Constitución, párrafo octavo establece que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretaciones de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación”.

El artículo 192 de la Ley de Amparo dispone que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Tribunales

³³ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 375.

³⁴ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 370.

³⁵ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 371.

³⁶ VILLORO, m. “Introducción al Estudio del Derecho”, México 1984. P 178 y 179

Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituyen jurisprudencia, siempre que lo resultado en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de sentencias del pleno o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas. También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.³⁷

2.4 La doctrina.

Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación³⁸.

Suele enumerarse a la doctrina entre las fuentes formales del derecho, pero en realidad, se trata de un error, porque la doctrina es, rigurosamente hablando, una fuente material del derecho por carecer de obligatoriedad.

En Argentina, la influencia de la doctrina como fuente material es grande, no sólo sobre los jueces, sino también sobre los legisladores. Sobre los primeros, porque las interpretaciones sostenidas por juristas prestigiosos suelen influir en los fundamentos de sus resoluciones; sobre los segundos, por cuanto el legislador se suele inspirar en las obras, proyectos, etc. de los estudiosos del derecho³⁹.

De igual manera en México la doctrina es una forma de transmisión de las fuentes materiales que influye en todas las fuentes formales, pero no es una de ellas. Aunque las opiniones doctrinales de algunos juristas eminentes en el país siguen teniendo gran autoridad, no es considerada como una fuente formal obligatoria. Hay que reconocer que la doctrina tiene una mayor importancia en los Estados que se rigen por el Common Law.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO EN ARGENTINA Y EN MEXICO.

SEMEJANZAS	DIFERENCIAS	
Tanto en Argentina como en México, los tratados internacionales en materia de derechos	El derecho argentino, luego de la reforma constitucional de 1994, ubica en un mismo nivel a la Constitución y a los tratados de derechos	El sistema mexicano, si bien reconoce a los tratados internacionales y leyes generales como ley Suprema del país, ubica a la

³⁷ ROJAS, A. "El estudio del Derecho", México 2008. P. 177

³⁸ GARCÍA, E. Op. Cit. P. 89.

³⁹ TORRÉ, A. Op. Cit. P. 393-394.

FUENTES DEL DERECHO, UN ANALISIS ENTRE EL SISTEMA NORMATIVO
EN ARGENTINA Y EN MEXICO

humanos son Ley fundamental de la Nación.	humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 constitucional (bloque de constitucionalidad)	Constitución por encima de ellos por ser una norma originaria y estructuradora de todo el orden jurídico.
Ambos países receptan el principio <i>pro hómine</i> o <i>pro persona</i> , si bien de maneras distintas	En Argentina no hay norma expresa que lo contemple, no obstante, la doctrina lo acepta por considerarlo contenido implícito de la principiología del derecho internacional de los derechos humanos.	En México, el Decreto del 10 de junio de 2011 adopta expresamente el principio <i>pro persona</i> para la interpretación y aplicación de normas jurídicas en esta materia.
En los dos países la costumbre está conformada por usos y prácticas llevados a cabo por una colectividad que los considera obligatorios.	En Argentina la costumbre cumple un papel fundamental pues desempeña no sólo una función interpretativa sino también integradora de las lagunas del derecho.	En México el papel de la costumbre se reduce a uno meramente secundario o supletorio del orden legal.
En lo que respecta a la jurisprudencia, ambos ordenamientos coinciden en que las opiniones sentada en los fallos de la Suprema Corte de Justicia son de acatamiento obligatorio para todos los tribunales inferiores a ella.	El sistema argentino no exige los requisitos de la sustentación en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario ni la aprobación por el voto de cierta cantidad de ministros.	En México, las resoluciones constituyen jurisprudencia, siempre que lo resultado en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de sentencias del pleno o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas.
La doctrina de los autores, en ambos países, no constituye fuente formal de derecho porque no es obligatoria, sin perjuicio de su gran utilidad e influencia en la creación e interpretación de las demás fuentes.		

4. CONCLUSIONES:

Como se puede observar, el derecho de cada país contiene las normas que permiten su propia creación al mismo tiempo que previenen sus procesos de modificación. De la misma manera, el sistema normativo de una sociedad establece la validez que se dará a las normas que lo integran y el orden de prelación entre las mismas. Así, habrá normas superiores que dan fundamento a las demás y éstas tendrán validez mientras se sujeten a lo establecido por las normas en un orden superior.

Del análisis comparativo efectuado se sigue que estamos en presencia de dos sistemas de características generales similares, en los cuales se exalta la importancia de la ley como fuente formal por excelencia, y de la jurisprudencia como fuente de interpretación y creación de derecho, si bien la regulación positiva que de ellas se hace en cada país le imprime matices particulares. También coinciden ambos ordenamientos en el valor de la doctrina como fuente meramente material o informativa, por su falta de obligatoriedad. Las dos únicas diferencias importantes tienen que ver con el valor asignado en Argentina a los Tratados internacionales de Derechos Humanos –elevados a jerarquía constitucional- y a la costumbre como fuente creadora de derechos independiente de toda referencia legal –costumbre “*praeter legem*”-, lo que no ocurre en México.

De lo expuesto en el presente trabajo se observa el carácter dinámico del derecho y se reconoce que esta cualidad hace que el estudio de sus fuentes tienda a experimentar cambios. Asimismo de las diferencias encontradas, se sigue que las variaciones en las fuentes del derecho se deben probablemente al contexto histórico de un país y evolucionan de acuerdo a las ideas políticas, económicas y sociales del mismo. Así encontramos, por ejemplo, que Argentina, país multicultural que a raíz de las inmigraciones del siglo XX se constituyó en un crisol de razas, culturas y religiones dispares, otorga al extranjero igual trato que a sus nacionales y exalta la importancia de la supranacionalidad a través del proceso de integración regional en el que está inserta, pudiendo citar a Mercosur como ejemplo de dicha integración; esto influye en la forma como se crea y modifica el derecho, y también en el orden de prelación de fuentes, pues como consecuencia de esta visión los tratados internacionales de derechos humanos, tal como quedara de manifiesto en el presente trabajo, fueron elevados en 1994 a jerarquía constitucional. En México, la discusión se había centrado en relación a la ubicación de los tratados internacionales ya que si bien es cierto el artículo 133 del Pacto Federal les concede el rango de Ley Suprema de la Unión muchos de ellos habían sido no solo relegados sino olvidados en cuanto a su aplicación, fue hasta la reforma del 11 de junio del 2011 cuando se considera que el juzgador tendrá que observar el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando éstos ofrezcan una protección aún mayor que aquella establecida por el mandato constitucional.

Finalmente, esta forma dinámica que existe en la conformación de las fuentes del derecho en un país está íntimamente relacionada también con los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos entre sí y frente al Estado, y de las obligaciones y limitaciones de éste frente a aquéllos; de allí la importancia de que el

abogado y el aprendiz del derecho entiendan cabalmente su contenido y estén siempre conscientes del orden de prelación de las mismas.

BIBLIOGRAFIA:

- BIDART CAMPOS, G. *“Manual de la Constitución Reformada”*. Tomo I. Apartado 33
- GARCIA, E. *“Introducción al Estudio del Derecho”* Editorial Porrúa, México 2008
- GORDILLO, A. *“Introducción al Derecho”*. Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2000
- HALAJCZUK, B. y otro. *“Derecho Internacional Público”*. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 1999.
- LLAMBÍAS, J. *“Tratado de Derecho Civil. Parte General”*. Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1995
- MONCAYO y otros. *“Derecho Internacional Público”*. Tomo I. Editorial Zavalía. Buenos Aires. 1990
- ROJAS, A. *“El estudio del Derecho”*, México 2008.
- TORRÉ, A. *“Introducción al Derecho”*. Decimocuarta edición. Editorial Lexis-Nexis. Buenos Aires. 2003.
- VILLORO, m. *“Introducción al Estudio del Derecho”*, México 1984.

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Artículos 31; 75 incs. 12, 22 y 24; 77-84.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Artículos 14; 71 y 72; 94 párrafo 8º; 133 y 135 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 30-11-2012.
- CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA: artículo 17.
- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE MÉXICO: Artículo 10.
- LEY DE AMPARO (MÉXICO): Artículo 192.
- DECRETO MEXICANO DEL 10 DE JUNIO DE 2011 (reforma al Pacto Federal).

FUENTES DEL DERECHO, UN ANALISIS ENTRE EL SISTEMA NORMATIVO
EN ARGENTINA Y EN MEXICO