

## LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

Por

A. FERNÁNDEZ PASTORINO

El problema de las *fuentes del derecho* constituye una cuestión compleja, dado que dicha expresión comprende sentidos distintos, cada uno de los cuales promueve de por sí un nuevo interrogante. De cualquier manera, estos diferentes significados, según el profesor Legaz Lacambra<sup>1</sup>, podrían ser tratados desde tres puntos de vista o con arreglo al criterio siguiente: En primer lugar, considerando el concepto de fuente en el sentido de fundamento; en el segundo, referido a los grupos sociales en los que se originaría el Derecho o, en otros términos, lo que algunos autores denominan fuentes reales; en tercer lugar, el concepto técnico-jurídico, que estudia el origen de la *norma de una autoridad o fuerza social reconocida por el derecho positivo*; esto es, se alude a lo que se denominan fuentes formales del Derecho.

Desde luego que a los fines limitados de este trabajo sólo nos interesan los dos últimos aspectos, que hacen referencia a las fuentes reales y formales o, más precisamente, a estas últimas, dado que dentro de ese grupo puede darse cabida a la jurisprudencia.

En el sentido técnico-jurídico debe ser considerada la *fente como el punto de partida, en cuanto norma jurídica, de los derechos y las obligaciones*. Los autores distinguen las fuentes de diversas maneras. Rouast y Durand las clasifican: 1. Un derecho interno, de origen estadual, integrado por la ley, en cuyo significado está comprendida la constitución, o normas dictadas por el órgano legislativo; los

<sup>1</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, pág. 380. Ed. Bosch.

actos del Poder Ejecutivo, expresados por decretos y resoluciones y la jurisprudencia; 2. Un derecho interno de origen privado que comprende el contrato individual, expresión de la voluntad de las partes; la reglamentación del trabajo, los convenios colectivos, la costumbre, etc., y 3. Una legislación internacional del trabajo<sup>2</sup>. Ludovico Barassi considera que deben distinguirse en estatales, contractuales y extra-contractuales, según que provengan de la voluntad del Estado, como la ley y la jurisprudencia; de los propios interesados, como los contratos individuales y colectivos, reglamentos de taller y convenios colectivos o del ambiente social, como usos, costumbres o equidad<sup>3</sup>. Otros autores, atendiendo a su procedencia, forma de manifestarse, etc., han intentado clasificaciones diversas: nacionales e internacionales, referidas a la existencia de un derecho interno y de otro internacional; generales y específicas, comprendida entre las primeras la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etc. y, entre las segundas, las convenciones colectivas, la sentencia colectiva y los reglamentos de taller; directas e indirectas, consideradas entre las primeras los usos o la costumbre, las leyes, decretos, etc.; y entre las segundas, la jurisprudencia, las convenciones, reglamentos de taller, etc.

Pero la doctrina en general y autores diversos, siguiendo a Bonnecase<sup>4</sup>, reconocen a las fuentes como *reales* y *formales*. El estudio de las primeras —elementos de hecho que constituyen el contenido de las normas— nos aleja un tanto del derecho acercándonos a la sociología<sup>5</sup>. Las fuentes formales están dadas por *las formas obligatorias y predeterminadas que deben adquirir, inevitablemente, las reglas de conducta externa para imponerse socialmente, mediante el poder coactivo del Estado*<sup>6</sup>, comprendiéndose entre éstas la ley —conside-

<sup>2</sup> Citado por ROBERTO PÉREZ PATON en *Derecho Social y Legislación del Trabajo*, pág. 50. Ed. Arayú.

<sup>3</sup> BARASSI, L., *Tratado de Derecho del Trabajo*. T. 1, pág. 25. Ed. Alfa.

<sup>4</sup> Expresa el prof. mejicano MARIO DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. 1, pág. 350, Ed. Porrúa, que corresponde a Bonnecase especialmente la diferenciación entre fuentes reales y formales del Derecho, aunque el origen de la idea debe buscarse en Gény y Duguit, y en los autores a quienes Bonnecase ha agrupado con el nombre de *Escuela Científica Francesa*.

<sup>5</sup> GURVITH, Georges, *Sociología del Derecho*, pág. 2. Ed. Rosario.

<sup>6</sup> Definición de Bonnecase citada por CABANELLAS Guillermo en *Gaceta del Trabajo*, T. 4º, pág. 15. Enero-marzo 1948.

rado el término en su acepción amplia—, las convenciones colectivas de trabajo, fuente exclusiva de esta rama jurídica; y para otros, además, la jurisprudencia, los usos y costumbres, la doctrina, especialmente algunas de ellas, en los países de derecho consuetudinario.

Entre las fuentes formales del Derecho del Trabajo suele indicarse a la jurisprudencia, *ya sea como auténtica fuente formal o con jerarquía de tal*. El problema adquiere significación y ha dividido las opiniones, aunque sin constituir actualmente un problema de trascendencia. En los países de derecho consuetudinario la importancia de la jurisprudencia es evidente y los fallos judiciales que la conforman adquieren tal jerarquía y son, por consiguiente, obligatorios; esto es, constituyen la forma obligatoria y predeterminada que deben adquirir las normas para ser impuestas coactivamente<sup>7</sup>. Pero en los países de derecho escrito la cuestión tiene otras características. Más aún, como en Argentina, ante la inexistencia de un tribunal de casación y donde, en definitiva, si bien las decisiones del tribunal superior pueden representar para el inferior una obligación moral de adherirse a las mismas, no son, en definitiva, obligatorias y puede éste resolver de acuerdo con su personal criterio.

La jurisprudencia ha sido definida de las más diversas maneras, aunque en definitiva, guardando todas ellas considerable uniformidad. Para Ulpiano, la *jurisprudencia era la ciencia del derecho o de las leyes*; es decir, *el conocimiento del derecho positivo*. Se entiende por *jurisprudencia* —según de la Cueva<sup>8</sup>— *el conjunto de tesis sustentadas en las ejecutorias de los tribunales*; constituyendo requisito

<sup>7</sup> En los Estados Unidos de Norte América, principalmente por influjo del derecho inglés y en razón de una análoga formación profesional, el *caveat emptor* domina con eficacia y majestad. El gran abogado es ahí el que conoce más jurisprudencia, claro está, más doctrina jurisprudencial; no sólo la *ratio decidendi* de los fallos, sino también los argumentos dichos o dejados al pasar en los votos u opiniones de los jueces. La importancia que la jurisprudencia tiene en esos países se comprueba con el simple examen de cualquiera de las obras doctrinarias norteamericanas, pues se ve en ellas, en efecto, como materia importante, las citas y acopios de fallos y también admirables índices jurisprudenciales, temáticos o cronológicos, o por el nombre de las partes (RAFAEL BIELSA: *Ideas generales sobre la función de la jurisprudencia*, en Repertorio de Santa Fe, año 1942, T. 1º. Sec. Doctrina y La Abogacía, pág. 412 y sigtes. 3ª Edic. Abeledo-Perrot).

<sup>8</sup> *Ob. cit.*, T. 1º, pág. 358.

indispensable la existencia de cierta uniformidad, puesto que no puede considerarse como fuente formal la que resulta variable y contradictoria. La jurisprudencia constituye la interpretación de la ley por los tribunales. En este sentido, se dice que es fuente del derecho<sup>9</sup>.

Considerada en un sentido amplio, para nosotros, se entiende por *Jurisprudencia* ya sea la doctrina sustentada por las sentencias judiciales cuando tiene condiciones de uniformidad, no contrariedad y ajustada a la ley; como la doctrina que surge de los fallos que el tribunal superior dicta interpretando la norma jurídica y que se torna obligatoria para el inferior.

La consideración de la jurisprudencia como fuente formal del derecho se encuentra vinculada con el problema de la interpretación de la ley y ha determinado doctrinas y opiniones diversas. La jurisprudencia procede de un poder no político del Estado, es concreta y su función específica respecto a la norma legal consiste en interpretarla, pero no crearla. El principio constitucional de la división de los poderes delimita esta función legislativa, o creadora de la norma, a los poderes políticos que la Constitución estatuye, por lo menos, en nuestro concepto, en lo que al Derecho del Trabajo se refiere.

Es costumbre ver citados como fuentes formales del derecho, en general, la ley, la costumbre, los usos, la jurisprudencia, etc.; existiendo dentro de la jerarquía de las mismas aspectos de discusión en cuanto se refiere a su preeminencia o disposición. A través del derecho común fue considerada la ley como principal —o única— fuente formal del derecho; especialmente la consideraron así los autores franceses ante las excelencias del Código Napoleón y la preponderancia que el mismo adquirió, sirviendo de modelo a la mayor parte de las legislaciones positivas sancionadas a partir de su aparición. El dogma de la *omnipotencia de la ley* llevó a la creencia de que bastaba para resolver todos los casos y problemas, sin necesidad de recurrirse a otras fuentes, considerándose que el pueblo expresa su soberanía por intermedio de los poderes del Estado, la cual se manifiesta siempre como ley. Además, que dada la división de los poderes, le está vedado al juez crear el derecho; y la doctrina del positivismo ju-

<sup>9</sup> RAMÍREZ GRONDA, J., *Diccionario jurídico*, pág. 183. 5ª Ed. Claridad.

rídico que sostuvo que no había otro derecho fuera del positivo, promulgado únicamente por el Estado<sup>10</sup>.

El problema de la jurisprudencia, como tal y como fuente formal del derecho proviene, en definitiva, de dos situaciones: en primer lugar, ante la norma legal el juez interpreta la misma y luego la aplica en la sentencia, la cual no constituye un acto de voluntad sino de inteligencia; en segundo lugar, ante la ausencia, obscuridad, etc., del texto legal, el juez que debe resolver necesariamente un litigio llevado a su conocimiento, crea sobre las bases que la ley le proporciona, una doctrina aplicable al caso. En el primer aspecto, la sentencia no crea normas ni derecho; el juez indaga el sentido de la ley, su fin, su propósito, para la recta o justa aplicación del principio<sup>11</sup>. En el segundo elabora una doctrina interpretativa.

Superficialmente podría considerarse que únicamente deben ser interpretadas las leyes cuyo texto es confuso, ambigüo, contradictorio, etc.; pero lo cierto es que incluso deben serlo aquellas de contenido claro. La interpretación es una etapa lógica y necesaria, previa a la aplicación de la norma. Cuando el juez aplica la ley —que constituye su función específica— no ha hecho más que interpretar previamente su texto; esto es, adecúa la norma abstracta y general al caso particular y concreto. Es decir, que la aplicación de la ley y su interpretación están relacionadas íntimamente *dato que no sería posible una aplicación correcta de ella, sin interpretarla también correctamente*<sup>12</sup>. *La jurisprudencia, en definitiva es el resultado de la interpretación de la ley y de su aplicación.*

Aquí, la sentencia judicial no crea normas; cumple su misión de aplicar la norma de acuerdo con una interpretación, uniforme o no, de las fuentes del Derecho o, en este caso, de la ley. Reiterada esta interpretación, aunque tiene un alcance determinado —a la jurisprudencia le falta comúnmente obligatoriedad y objetividad general; solamente obliga a las partes— cumple una importante función. No es

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ PASTORINO, A., *Convenciones Colectivas de Trabajo*, pág. 98. Ed. Abledo-Perrot. Monografías jurídicas.

<sup>11</sup> Ver en este sentido las obras citadas de Bielsa.

<sup>12</sup> SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, pág. 133-1931.

aquí fuente del Derecho, dado que no puede confundirse lo que denominamos jurisprudencia con la interpretación del Derecho. El juez no crea en este caso una norma, sino que aplica la ley en un sentido determinado, estructurado, en definitiva, una doctrina interpretativa. Como dice acertadamente Alonso García <sup>13</sup>, *lo que nace para interpretar, justamente disposiciones contenidas en una fuente, no puede, en ningún caso, ser estimado como tal. De la interpretación constante y uniforme llevada a cabo por la sentencia que dirime contienda con arreglo a un criterio ininterrumpido, reiteradamente seguido, puede obtenerse el fundamento necesario para crear una norma.*

En definitiva, de acuerdo con nuestro criterio, no constituye aquí la jurisprudencia más que un medio técnico de interpretación del Derecho.

Distinta cuestión se plantea cuando ante la falta, obscuridad o insuficiencia de la ley, el juez debe resolver el caso que se lleva a su conocimiento. Este constituye el problema clásico de las *lagunas del Derecho*. El legislador no prevé todos los casos de posible planteo en la vida jurídica; o, en otros términos, que dentro del orden jurídico no se encuentra una solución para todo; que hay, por tanto, ausencias de legislación que reciben el nombre de lagunas; las que han sido distinguidas en trascendentes o de la ley e inmanentes o del orden jurídico; distinción criticada por muchos, especialmente por Kelsen, *para quien el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno y exento de lagunas* <sup>14</sup>. El Derecho legislado y el Derecho consuetudinario —lo expresa Legaz Lacambra <sup>15</sup>— tienen lagunas; el orden jurídico no puede tenerlas a donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias, tiene que llegar la actividad judicial como fuente del Derecho, tomado esto en el sentido de que no habiendo solución en las leyes tiene el juez que darla.

Según Enneccerus, en cuatro casos existen las llamadas lagunas en la ley: Cuando solamente la ley otorga al juez una orientación general, señalándola en forma expresa o tácita; cuando la norma no

<sup>13</sup> ALONSO GARCÍA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, T. 1º, pág. 505-Ed. Bosch.

<sup>14</sup> La cita corresponde a LEGAZ LACAMBRA, *ob. cit.*, pág. 401/402.

existe, en absoluto; cuando existen dos leyes que, sin referencia alguna entre sí, se contradicen, tornándose recíprocamente ineficaces y, cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas<sup>16</sup>.

Para obviar esta situación y ante la obligatoriedad de sentenciar impuesta al juez —ver en este, sentido el art. 15 de nuestro Código Civil—, la ley común determina, en consecuencia —art. 16—, cuáles son las fuentes o disposiciones a que aquél debe recurrir.

En conclusión, la jurisprudencia no constituye, por regla general, una fuente del Derecho, salvo cuando expresamente se la reconoce como tal. En este caso, el juez crea normas obligatorias a través de la sentencia. La doctrina que surge de las mismas no solamente crea una norma interpretativa o simple norma común, sino también, al dar solución a un caso que ha sido llevado a conocimiento de un tribunal, establece, en este sentido, una norma general. El último precedente, incluso, es el que deroga a los anteriores y el que se aplica<sup>17</sup>.

Pero en los países de tradición romanista, como el nuestro, no es así. La jurisprudencia no es reconocida como fuente formal, dado que no constituye norma obligatoria que pueda imponerse coactivamente; y su obligatoriedad, determinada por el alcance de la sentencia, no va más allá de las partes intervinientes. Cuando la norma no existe, el juez no crea derecho, sino simplemente un *método o doctrina interpretativa*. Recurre a los elementos que el legislador le fija —leyes análogas, principios generales del derecho, etc.— y mediante el método deductivo analiza los mismos. Una vez en posesión de ellos y frente al caso concreto, por el proceso inductivo, da una solución. *No crea una norma aplicable, dado que la misma existe; sino que al interpretarlas, evidentemente, elabora una doctrina, forma, método, etc., interpretativo.*

El control recíproco y efectivo de los poderes logra no sólo la efectiva normalidad en el libre juego de los mismos, sino regulari-

<sup>16</sup> Citada por LEGAZ LACAMBRA, *op. cit.* pág. 397.

<sup>17</sup> Véase el trabajo de PIERO CALAMANDREI, "La crisis de la justicia", en *Crisis del Derecho*. Edit. Ejea, págs. 301 y sigtes., donde relata la práctica de los tribunales ingleses.

dad y garantía en la legislación. La jurisprudencia creadora de derechos no condice con nuestra idiosincrasia ni con nuestra forma de ser. Tampoco resulta conveniente para lograr la reforma efectiva de la legislación.

Referido el problema al campo del Derecho Laboral, consideramos que rigen con toda plenitud las consideraciones que precedentemente hemos enunciado.

Se ha sostenido que la importancia de la jurisprudencia, sea judicial o administrativa, contenciosa o arbitral, asume una función especial en el sentido de crear, a falta de un derecho escrito, un derecho consuetudinario, ya que muchas veces el Derecho del Trabajo evoluciona a impulsos de la acción judicial<sup>18</sup>; pero en ese sentido, la interpretación de la ley laboral, más o menos amplia, más o menos comprensiva de situaciones diversas, puede constituir un estímulo mayor en el enorme progreso alcanzado por esta rama del Derecho; pero en el mismo se ha logrado principalmente y sin menoscabo de la jurisprudencia dentro del concepto dado, por la importancia y variedad de las relaciones surgidas en la vida cotidiana de la fábrica, del taller, en los últimos años plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo.

<sup>18</sup> KROTOSCHIN, E., *Instituciones de Derecho del Trabajo*. T. 1º, pág. 37.