

## FUENTES REALES DEL DERECHO

En el campo meramente teórico de la ciencia jurídica, uno de los tópicos más controvertidos, ha sido el que trata sobre los orígenes o fuentes reales del derecho positivo; y aún hoy, los tratadistas y comentaristas, no han logrado ponerse de acuerdo; pues mientras Cosentini, Recasens, Capitant y otros consideran como orígenes reales del derecho, la ley y la costumbre, otros opinan con Bonnetcasse y Geny, que la ley y la costumbre son fuentes formales del derecho; y asignan como fuente real, una contribución (que Bonnetcasse llama aporte), del individuo basada en la naturaleza intrínseca del medio social en que actúa; y quizá sea, porque muchos jurisconsultos no consideran esa contribución como capaz de dar nacimiento a preceptos de derecho, por lo que hay tan poca bibliografía sobre el particular.

Dejando a un lado lo relativo a los orígenes formales del derecho, que considero, como Bonnetcasse, que son: la ley, la costumbre y la jurisprudencia, y algunas fuentes accesorias que señalan otros autores, como: la tradición, la equidad, los preceptos del derecho extranjero incorporados en la legislación nacional, etc. dividiré —por vía de método— este breve estudio en tres grandes capítulos: en el primero, me concretaré a hacer un breve recuento sobre las diversas teorías que se han ideado para explicar el origen del derecho; en el segundo, haré un somero análisis del precepto o norma jurídica considerada en sí misma; y en el tercero, analizaré la fuente real de esa norma, y el modo como ella actúa.

### I.

Admitiéndose cualquier teoría sobre el proceso que haya tenido que recorrer una sociedad para constituirse, ya sea, que se haya formado naturalmente y que desde que existió el hombre sobre la tierra, éste, espontánea y libremente, es decir, por naturaleza tendió a asociarse (como lo sostienen los Escolásticos); o que, como lo pretenden Spen-

cer, Lilienfeld, Ahrens y Fluntschil, Worms y otros, la sociedad tiene similitudes poco más o menos exactas con un organismo, y como tal, se ha ido formando lentamente; ora como piensan Holbach, Schaeffle, y Winiarski, para quienes todos los fenómenos sociales están inspirados por la acción de las fuerzas naturales y físicas existentes en el cosmos; o que se considera a la sociedad como un producto de las fuerzas psíquicas de la naturaleza, atribuyéndosele a estas fuerzas una función psíquico-mecánica, como dice Ward; etc., es un hecho que en toda sociedad han existido preceptos jurídicos, hasta el punto de que no puede concebirse aquélla sin éstos. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*. Cosentini, para probar la existencia del precepto jurídico en toda sociedad, dice que ésta tiende siempre a un fin (por lo menos el del bienestar social de sus componentes), y que para lograrlo se necesita la cooperación o coexistencia de todos sus miembros, la cual está dirigida por una forma regulada de acción, que es lo que constituye la norma jurídica o el derecho.

Cómo, pues, se han ido formando esos preceptos jurídicos dentro de la sociedad?.

Recasens, dice que: "El derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diversos: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbre; convicciones doctrinales (que obtienen aplicación por los tribunales); leyes; derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial, etcétera".

Para Vico, el derecho nace del fondo de la conciencia popular, es la "Sapientia volgare", merced a una obra anónima y colectiva de las naciones.

Se han formulado, hasta hoy, diversas teorías, que han dado nacimiento a las distintas escuelas sobre el origen de la norma jurídica positiva, en la sociedad.

El Dr. Félix Betancourt, considera estas escuelas, como divididas en dos grandes grupos; en el primero, incluye las que él llama "Del Derecho Arbitrario o derivado de la Voluntad" y en el segundo, están comprendidas las del "Derecho Cósmico o Existente en la Naturaleza". Pertenecen a aquél, la Escuela Autocrática, la Teológica o Teocrática y la del Contrato Social; forman el segundo grupo, la Escuela Racionalista o Espiritualista, la Histórica y la Positivista.

Para los partidarios de la Escuela Autocrática, no existe más derecho positivo que aquél que conviene al Príncipe o a las clases gobernantes, porque para ellos, no tiene razón de ser una norma jurídica,

que no emane del príncipe o de los que usufructúan el poder, según el conocido aforismo de que "*Quod principi placuit, legis habet vigorem*" (Lo que agrada al Príncipe, tiene fuerza de ley). Como se ve, es una teoría que deja totalmente desamparados los intereses de la colectividad, porque, es claro, que siendo una norma dada por la clase gobernante, ésta legislará conforme a sus propias conveniencias, quizá, olvidándose por completo del bien de las masas; y si alguna vez, alcanza el poder un gobernante de criterio superior, altruista, con miras hacia el mejoramiento de su pueblo en todos los órdenes, las ventajas incidentales de un régimen, no puede compensar ni en parte, el sacrificio de las libertades individuales, y aún sociales, y principalmente el peligro existente en todo momento de la tiranía del príncipe que ejerce el poder.

Se inspira esta teoría, en la doctrina expuesta por Maquiavelo en su obra "El Príncipe", y tuvo gran auge a fines del siglo XIII y principios del XIV; en efecto, puede recordarse que el Rey de España don Alfonso X (o Alfonso el Sabio), no pudo publicar su magna obra de las "Siete Partidas" una vez terminada, debido a que contenía preceptos que no convenían del todo a los Fueros Reales, por lo que dicha publicación sólo pudo llevarse a efecto algún tiempo más tarde, cuando ya el criterio del legislador español, sobre la conveniencia de dar a la nación dichos preceptos, que no se adaptaban del todo a los intereses reales, había evolucionado un poco.

Y para que se vea que fue la causa anotada, la que le impidió a don Alfonso el Sabio, la publicación de su obra, transcribo a continuación, una cita textual, que trae el Dr. Miguel Moreno Jaramillo, en su "Resumen Histórico del Derecho Colombiano", y la cual reza así: "La prudencia, dice Gómez de la Serna, no le permitía dar un paso que le hubiera acarreado complicaciones graves; porque si el Fuero Real, a pesar de su espíritu más conforme con el de los Fueros Municipales, y con las antiguas costumbres nacionales, encontró tan obstinada resistencia y cayó ante las injustas exigencias de los nobles, no podía esperar mejor suerte el nuevo código, compuesto en su mayor parte de leyes Romanas y de decretales que estaban en lucha con las preocupaciones arraigadas en el país y a que se oponían intereses existentes y poderosos".

La Escuela Teológica o Teocrática, sostiene que todo el derecho existente, tiene por única causa a Dios, de quien proviene, por lo que es modificable a voluntad del Ser Supremo (y aquí estriba el fundamento que tiene el Dr. Betancourt, para designar esta escuela con el

nombre de Escuela del Derecho Arbitrario o Derivado de la Voluntad), quien lo manifiesta a los hombres, por medio de la Revelación. Dice el autor citado, que esta doctrina es la base esencial del Absolutismo Monárquico y el único origen de las guerras Religiosas que registra la Historia.

La Escuela del Contrato Social, es la última que incluye el Dr. Bentancourt, en el grupo que venimos estudiando, debido a que hace derivar el derecho, de un acuerdo arbitrario entre los hombres.

Fue esbozada esta teoría, por el Filósofo Inglés Tomás Hobbes (1588-1679), quien considera al hombre como un ser anti-social, ya que según dijo él: "En el estado natural todos los hombres somos iguales y tenemos los mismos derechos, porque el derecho natural es la libertad de cada individuo para valerse de sus fuerzas, para conservar su naturaleza y hacer cuanto conduce a ella. De consiguiente: El estado natural, es el odio a muerte a los demás hombres" (homo hominis lupus).

Como consecuencia de este estado, la supervivencia del elemento humano sería imposible, por lo que Hobbes ideó su teoría del Contrato Social, consistente, según la explica él, en que todos los hombres se aliaron y formaron el gobierno civil, constituyendo así el derecho y la propiedad; pero, obrando conforme con su ideología, estableció, Hobbes, como primer principio civil, el siguiente: "Hay que procurar la paz, y si no es posible, entonces prepararse para la guerra".

Vino luego Juan Jacobo Rousseau, filósofo de la Revolución Francesa, quien concretó y desarrolló plenamente esta teoría en su libro "El Contrato Social", pero diferenciándose de Hobbes, en que para éste el hombre es un ser antisocial, mientras que para Rousseau, es sólo asocial.

Sobre esta teoría del Contrato Social, dice Edmond Picard: "La Escuela Autocrática hacía descender el derecho del cielo sobre la tierra, del trono divino sobre el trono humano. La Escuela del Contrato Social lo hace pasar de esas majestades, en lo sucesivo vacilantes, a la humanidad. Ella se acerca a la realidad, pero sin discernir aún que el Derecho es un producto natural que no tiene necesidad, para existir, de ninguna sanción artificial. Se relaciona, de ordinario, la idea del Contrato Social con Juan Jacobo Rousseau, porque él la expresó y la sintetizó mejor que nadie en un escrito célebre. En realidad, es de una antigüedad distante, y, especialmente, como lo explica Ihering, fue practicada en el origen de la Legislación Romana, cerca de tres mil años antes del solitario de Ermenonville. Roma naciente no reconocía derechos si-

no para el ciudadano, y con el consentimiento de la Asamblea del Pueblo reunido en actitud de guerra, en los comicios, y que, al mismo tiempo, prometía su garantía armada para el respeto del Derecho al cual acababa de adherir. Según este sistema el Derecho depende del libre consentimiento de los hombres confederados en sociedad. Ellos hacen un contrato para su establecimiento, como negociantes que se asocian para un negocio y convienen libremente, a su manera, las cláusulas y condiciones de su acuerdo, las cuales pueden variar al infinito y no tienen otra limitación que sus intereses o sus fantasías. No hay, pues, derecho sino cuando hay sociedad y contrato, y no existe sino bajo las formas y con el fondo que este contrato le ha atribuído. Es el consentimiento, solo, el que le da su carácter respetable y, de cierto modo, sagrado”.

La mayoría de los Jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII, preconizaron que el derecho era una creación del hombre, un fruto de las meditaciones del legislador; fueron estos Juristas, los que formaron la “Escuela del Derecho de la Naturaleza y del Derecho de Gentes”, y que posteriormente se le ha designado con el nombre de Racionalista, Espiritualista o Idealista.

Pretende esta Escuela deducir el sistema jurídico, del análisis apriori de la naturaleza racional, pues para ella el derecho es un producto de la pura razón, porque es por medio de la reflexión que se hace el hombre sobre su origen, destino y fin como llega a obtener la elaboración de un derecho, que para él es ideal e inmutable.

Viene a ser pues, la concepción Racionalista del Derecho, deduciéndose de ésto, que el orden jurídico es el producto del pensamiento humano.

Empieza esta teoría, con los protestantes Grotius (a quien se llama “El Padre de la Filosofía del Derecho”) y Puffendorf. Entre sus principales seguidores se encuentran Donnat —de quien se dijo en su época que era “El Restaurador de la Razón en la Jurisprudencia”— y Thomasius a quien se debe el haber estabilizado y perfeccionado esta teoría; por último, Kant la formuló y llevó a sus últimas consecuencias.

Considera el Dr. Betancourt, esta escuela como “Del Derecho Cómico o Existente en la Naturaleza” porque, dice, que según esta teoría el derecho se descubre en la Conciencia (lo que implica el reconocimiento de un derecho pre-existente en el cosmos) y, especialmente, por la razón, que lo hace derivar de su propio fondo, por procedimientos de estricta lógica formal.

Como se ve, esta doctrina tiene entre otros defectos, el de que no

considera para nada la influencia que ejerce el medio social sobre la formación del nuevo precepto jurídico.

Capitant, comentando esta teoría, dice en su "Introducción al Estudio del Derecho Civil" que, a pesar de haberse demostrado desde hace largo tiempo, la inexactitud de ella, a fines del siglo pasado, los Legisladores Franceses quisieron aplicarla en Argelia, cuando ellos llevaron a aquel país las mismas instituciones y códigos franceses, sin tener en cuenta la diferente civilización del imperio Argelino; como consecuencia de ésto, dice Jules Ferry en sus Comentarios sobre la Cuestión Argeliana, que no había una sola institución o ley francesa, que pudiera aplicarse en el imperio Argelino, sin haberle introducido antes profundas modificaciones.

Por último, para terminar esta somera exposición de la doctrina Realista, haré alusión a una cita que trae el Dr. Félix Betancourt, en su texto "Apuntes Sobre Filosofía del Derecho", y que dice: "La realidad desmiente constantemente estas pretendidas concepciones racionales y las hace aparecer como simples elucubraciones. Cuando se las quiere llevar a la práctica invencibles resistencias surgen, que hacen fracasar las más bellas teorías".

Vino posteriormente —y algunos la interpretan como reacción contra la escuela racionalista— la teoría Histórica, ideada por Vico, seguida por Hugo y Puchta, y desarrollada por Federico Carlos de Savigny, su principal representante, y a quien algunos consideran como su fundador.

Para esta doctrina, el derecho es un producto exclusivo de la historia —no del razonamiento— nacido de las relaciones sociales, de las necesidades económicas, de las aspiraciones de cada época y de la lucha de clases en defensa de sus intereses divergentes, que siempre han existido en todos los pueblos. Para esta doctrina "El Derecho se descubre en la naturaleza, en la cual aparece como resultado a través del tiempo, de la evolución histórica de los hombres en sociedad". Por ésto la denomina el autor tantas veces citado, Escuela del Derecho Cósmico o Existente en la Naturaleza.

Este derecho resultante del proceso social, es lo que constituye el Derecho Consuetudinario, a cuya gestación, le da Recassens una gran importancia, y el cual tiene su razón de existencia en el continuado apoyo —casi siempre tácito— que le otorga la colectividad, el que se manifiesta, juzgando de una manera a posteriori, en la no ejecución de las acciones contrarias al precepto en cuestión.

Es ésta la primera forma bajo la cual se presenta el derecho, el

que se ha formado en el comercio jurídico de los hombres; pudiéndose definir este derecho, como: “Las reglas que se practican en las sociedades antes de haber derecho escrito”. Características de este precepto jurídico, es su resurgimiento, poco a poco, de la masa de las relaciones humanas, viniendo a ser así, un producto natural de las relaciones jurídicas; se ha formado por una larga tradición y por un uso constantemente repetido, estando de acuerdo —como es obvio— con las situaciones que van a regir; por lo tanto, sus decisiones están siempre conformes con las necesidades evidentes e inmediatas de la colectividad, lo que equivale a decir, que varía con las diversas circunstancias de la época; según la conocida frase de Ihering: “El es uno con la vida; con ella, él se muere y se transforma”.

Me parece, que el Derecho Consuetudinario, puede, si no de un modo absoluto, al menos en algunos casos, confundirse con la costumbre —tomando la palabra “Confundirse” en un sentido amplio, no estricto— ya que tienen el mismo origen, la misma razón de existencia, y el mismo proceso constitutivo, hasta que dejan de ser tales, para convertirse en Derecho Escrito.

A esta Escuela se debe la concepción Evolucionista del Derecho y el haberlo comprendido como independiente de la voluntad del legislador.

Dice Capitant, que esta escuela se inspiró en la Doctrina de Montesquieu, expuesta en su libro “El Espíritu de las Leyes”, y en el que concluye: “Los hombres no son únicamente conducidos por sus fantasías”, y que los preceptos jurídicos, que son producto del hombre, son dictados “por la naturaleza de las cosas”, esto es: “Por el conjunto de circunstancias que de ellas explican la infinita variedad, como el físico del país, su situación, su grandeza, el género de vida de sus habitantes, su religión, sus inclinaciones, su comercio, sus costumbres”.

Se ve claro, que fue esta doctrina la fuente del reconocimiento por la Escuela Histórica, de la influencia del medio social sobre la formación del precepto jurídico.

Algunos autores consideran que para tal teoría, el derecho es en cierto modo necesario (a diferencia de la Racionalista), ya que éste no puede menos de realizarse, sino de acuerdo con la Tradición, las Costumbres y el Temperamento de la sociedad que rige; otra característica propia de la teoría que estudiamos, es que considera el derecho como esencialmente Evolucionista —y por lo tanto mudable— como puede verse, por ejemplo, en la historia de la evolución del Derecho Romano en el cual, las normas jurídicas actuales están estrecha-

mente ligadas a las pasadas; al mismo tiempo que aquéllas no son más que un proceso —poco más o menos largo— de adaptación para el derecho futuro, continuándose así ininterrumpidamente esta evolución.

Expresa Capitant, que según esta doctrina: “El derecho nace automáticamente; se desenvuelve del conjunto de relaciones humanas; no puede haber otro sino éste; él sale de la conciencia común del pueblo, sale de la entidad abstracta como reuniendo los derechos, las necesidades, las aspiraciones de todos. Una especie de fatalismo precede su desenvolvimiento. Lo que ha sido y lo que es, no puede sino ser”. Y concluye de esa crítica, que esta escuela niega al legislador la facultad de crear.

Creo yo, que esta crítica, en parte, no tiene razón de ser; porque si el derecho está en constante evolución como lo predica la escuela histórica, cómo pudo nacer un todo automáticamente?. Igualmente dice el mismo autor que “Lo que ha sido y lo que es no puede sino ser”, aseveración que contradice evidentemente el postulado que acabamos de enunciar, ya que mediante él, el derecho presente reemplaza el pasado, y aquél a su vez no es estable, sino uno de tantos eslabones, de la evolución jurídica y que será prontamente suplantado por el derecho futuro.

Además, no creo que las necesidades que nazcan en una sociedad y consiguientemente la ley o norma jurídica que venga a regular dicha necesidad, sea un fatalismo, como lo sugiere el autor de que hablamos; porque entonces tendríamos, extremando la lógica, que todo derecho es una fatalidad, ya que todo derecho no es más que una norma jurídica dada para regular necesidades sociales, provenientes de las mismas relaciones sociales.

Acerca de la facultad de crear que dicha escuela le niega al legislador, me parece, podría aceptarse tal aseveración, tomando dicha facultad en un sentido estricto, pero nó si se le considera en un sentido amplio, ya que, en la evolución jurídica consagrada por esta escuela, la norma futura, puede ser recogida y estudiada por el legislador, teniendo así —al menos, nominalmente y de hecho— la facultad de añadir o restringir (añadidura o restricción, que puede convertirse en una creación suya) el alcance práctico de determinado precepto, al tratar de adaptarlo a su medio social.

A juzgar por la siguiente cita, Edmond Picard se revela como uno de los más ardientes sostenedores de la Escuela Histórica; dice así: “La razón, es impotente, por sí sola, para discernir todos los elementos que concurren en la obra de la vida, y, por eso mismo sus conclu-

siones son siempre falibles, equivocadas, como lo sería una operación aritmética en que se hubiesen omitido uno o varios factores. Únicamente los acontecimientos jamás olvidan nada, porque son el producto del juego universal de las cosas y, en cuanto a lo que no vemos, no —por eso— está menos presente y deja de llenar tácitamente, anónimamente su función. Para discernir el Derecho, son esos acontecimientos lo que hay que considerar y estudiar. Sólo ellos pueden hacer nacer en nosotros, por un trabajo de abstracción cuyo fundamento son ellos mismos, alguna conciencia de las leyes generales a las cuales obedecen. Sólo los hechos, por las direcciones que en ellos percibimos, sobre todo cuando se les considera en series históricas prolongadas, pueden darnos una cierta previsión de lo que va a seguir, la realización del Derecho es un trabajo práctico ininterrumpido, no solamente del estado sino de todo el Pueblo, colaborando éste por sus instintos en la obra cerebral de los pensadores y de los legisladores. Toda doctrina incapaz de explicar el Derecho por la Historia, o que elabore un Derecho contrario a las enseñanzas de la Historia, es una quimera y queda sujeta a irremediable esterilidad”.

Posteriormente, el Filósofo inglés Jeremías Benthan, de los siglos XVIII y XIX, se dedicó a crear un sistema de Derecho que explicara su origen y fundamento; pero tampoco sus ideas fueron originales, pues se inspiró en las antiguas Escuelas Griegas, en la filosofía de Epicuro, y en las doctrinas de Hobbes y Rousseau. A la escuela fundada por Benthan, se le designó con el nombre de Positivista o Utilitarista, y preconiza que la base del Derecho descansa sobre el concepto de lo bueno, lo útil y del placer; por consiguiente, el Derecho es todo lo que nos sirve para alcanzar los placeres y la utilidad individual; como consecuencia, el Estado, debe limitarse únicamente, a garantizar las seguridades individuales; es decir, el Estado-Policía.

Parece que el Derecho de la República Yanqui, y en cierto modo el nuestro, están informados por esta teoría.

Entre sus seguidores se encuentra Ihering, quien difiere de su maestro, porque predica la tesis del Utilitarismo Social, distinta del Utilitarismo Individual, que es la de Benthan.

Dije antes que Picard parecía revelarse como uno de los más ardientes sostenedores de la Escuela Histórica; sin embargo, no lo parece menos de esta teoría, según se expresa al hablar de ella; dice: “La Escuela Positivista, cuya expansión completa data de los días contemporáneos, y que, poco a poco, se ha precisado y rectificado después de Augusto Comte, quien había renovado sus bases, es una mezcla só-

lida y armoniosa de las dos precedentes, (Histórica y Racionalista). Ella parte de la observación de los hechos, no admite otro método. Se atiene a la realidad, pero hace observar que ésta es no sólo externa y materialmente visible, como lo dice la Escuela Histórica, sino también interna bajo la forma de las intangibilidades psíquicas. En consecuencia, insiste para que la observación se ejercite en este doble dominio, sobre este díptico, el cual representa la Vida en su integridad. La Escuela Histórica se preocupa insuficientemente de la realidad cerebral. La Escuela Espiritualista se preocupa insuficientemente de la realidad externa. Importa, pues, acumularlas y armonizarlas, especialmente en el Derecho. Ver en Sí y ver en la Naturaleza, ciencia de lo interno y ciencia de lo externo, tal es la consigna científica del Derecho, y de toda sabiduría. El Positivismo considera toda la realidad, y ésta se compone de hechos psíquicos tanto, y quizá más, que de hechos materiales. Es esta realidad, bajo su doble aspecto, lo que constituye el fundamento del Derecho. Ella es su fuente, aquello en que reside su secreto etiológico”.

Son éstas, brevemente expuestas, las teorías sobre el origen del precepto jurídico, que menciona el autor tantas veces citado; no sé por qué, no hace siquiera alusión, a las otras doctrinas que se han ideado para explicar dicho tópico; y las cuales trataré de exponer, suprimiéndoles —en gracia de brevedad— algunos detalles, que parezcan supérfluos.

**Teoría Marxista.** Fue fundada por Carlos Marx (de ahí su nombre), y sostiene que toda la sociedad no es más que un producto exclusivo de la economía, o del factor económico imperante que se manifiesta en dicha colectividad; todo estado social, se sintetiza en sus funciones de vida y reproducción. Tiene esta teoría, dos fundamentos: uno Histórico, y otro Filosófico.

Trae esta doctrina su fundamento histórico, de las escuelas Liberales, cuyo lema, “Laissez Faire” (Dejad hacer), se estaba practicando libremente en ese tiempo, con lo cual el capital vino a quedar en manos de unos pocos —los más poderosos— quedando así la inmensa mayoría en la miseria. Pues bien: viendo Marx este estado de cosas, como la inmensa mayoría del pueblo sufría, mientras que sólo unos pocos gozaban de comodidad y abundancia —lo que era una consecuencia inmediata de la teoría liberal— fundó su teoría socialista.

El fundamento Filosófico de esta Escuela, estriba en dos teorías; a saber: La del Valor y la de la Plusvalía.

La teoría del valor la explica Marx, diciendo que toda mercancía

posee dos valores; un valor Usual, y un valor Conmutativo o De Cambio; el primero, es el que tiene la mercancía para uso del hombre; y el segundo es, lo que tienen de común entre sí las diversas mercancías, para poder ser cambiadas unas con otras.

El valor Usual, lo dan las cualidades físicas y químicas de las mercancías, por lo tanto es distinto en cada uno de ellas. El valor Conmutativo, está constituido por el punto de unión de toda mercancía, el cual es el trabajo cristalizado (según Marx), porque, me parece a mí, que el único punto de unión, que puedan poseer las distintas mercancías entre sí, para poder ser cambiadas unas con otras, es la conveniencia o inconveniencia que puedan tener las mercancías para el uso particular de cada uno, deduciéndose de aquí, que también el valor conmutativo es distinto en todas las mercancías; o sea, lo contrario a la creencia de Marx, quien sostiene que dicho valor es igual para todas ellas.

La Teoría de la Plusvalía, dice que las fuerzas humanas del obrero, poseen también un valor usual y un valor conmutativo.

“No es el trabajo, lo que el capitalista paga, sino la fuerza de trabajo, la facultad de producción. Al comprar esta fuerza por un tiempo determinado, el capitalista obtiene en cambio el derecho de explotación durante ese tiempo. Divídese en dos períodos el tiempo de explotación. Durante uno, la actividad de sus fuerzas produce sólo un equivalente de su precio, durante el otro es gratuito y produce, por consiguiente, al capitalista un valor sobre el cual no paga equivalente alguno, que nada le cuesta. El sobretrabajo de donde saca la plusvalía, no puede en este caso denominarse trabajo no pagado”.

Otro fundamento de la teoría marxista, lo constituye el evolucionismo histórico, el cual abarca tres fases principales, a saber; el materialismo histórico, la concentración de capitales y la lucha de clases.

Según el socialismo de Marx, al principio de la humanidad no había más que una masa informe, la cual en virtud de una fuerza plástica propia fué evolucionando lentamente, hasta producir los minerales; de ahí siguió su evolución hasta producir las plantas, luego produjo los animales, luego el hombre y de éste saldrá el superhombre, continuándose esta evolución indefinidamente, alcanzando cada vez más un grado superior de perfección; y concluye Marx, que la única razón de dicha evolución es la economía.

Es obvio que algunas circunstancias varíen con la economía, pero es imposible, que ella regule todas las circunstancias, y por lo tanto sea el único eje alrededor del cual se transforme el mundo entero. Por

esto mismo es falsa la interpretación que hace Marx de la historia.

Debido a esa transformación que ya estudiamos, vendrá luego la acaparación de los capitales en manos de los más fuertes, lo que se desprende fácilmente de lo anterior, porque si todo el mundo está evolucionando constantemente y ella se efectúa sólo alrededor de la economía, sucederá —dice Marx— que con el tiempo vendrán a quedar los capitales en manos de unos pocos, mientras que la inmensa mayoría queda en la total miseria.

Como una consecuencia evidente de lo anterior, vendría la lucha de clases, ya que si se acapara todo el capital los oprimidos se coaligarían con el fin inmediato de suplantarlo dicho régimen, yendo a quedar todo el dinero en manos del Estado para que éste lo reparta por igual, cayendo así en el socialismo más absoluto.

Dice Marx, que el estado actual de la sociedad capitalista, es el resultado de la aplicación de las teorías del valor y de la plusvalía; y que este estado tiene que ser reemplazado por la dictadura del proletariado, en la que se extinguirá para siempre esa división de explotadores y de explotados en que se ha conocido la humanidad. Todos los hechos posibles o ciertos, que puedan suceder o hayan acaecido a través de toda la historia de la humanidad los reduce Marx, en último análisis, a un proceso de economía, y llega a la conclusión de que hasta la cultura es un reflejo de la situación económica de los pueblos.

“La ley, la religión, las formas de gobierno, el lugar de los hombres en sus variadas agrupaciones sociales, todo está determinado por el sistema de producción que se impone; la labor fundamental de cada generación es el método de producción de los medios de su existencia”. Más adelante agrega Marx: “Que otra cosa demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual cambia su carácter proporcionalmente a los cambios acaecidos en la producción material. Las ideas que gobiernan cada época son siempre las ideas de su clase gobernante”.

De manera, que según Marx, la economía es el criterio para distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo, lo equitativo de lo arbitrario, dentro de un orden social determinado.

Salta a la vista lo absurdo de esta teoría, porque es claro que todos los intereses humanos no son meramente económicos, ni todas sus necesidades tampoco; además, no es menos claro, que la economía no puede regular toda clase de actividades; ya que, por ejemplo, qué tiene que ver la economía con la elaboración de un calendario, que es una acción arbitraria del hombre?

Para otros, el origen del precepto jurídico, es un sentimiento interno propio de cada cual y el que nos hace distinguir lo conveniente de lo que no lo es.

Es esta la teoría del sentimiento natural o sentimiento jurídico, la cual ha sido sostenida por los escolásticos. Según ellos, poseemos un sentido innato de lo justo y de lo injusto; ya Aristóteles había considerado como una de las facultades específicas del hombre el sentimiento humano, y el cual es necesario tenerlo siempre presente y mirarlo como algo espontáneo de la naturaleza humana y no deducible por la experiencia.

En efecto: desde los más primitivos tiempos, se ha reconocido siempre un orden superior de justicia, al cual han estado sometidas todas las clases sociales de la humanidad, el que tiene como fundamento una realidad ontológica que instruye y dirige al hombre por la voz de la razón y castiga en la otra vida las violaciones cometidas contra ese orden.

Cada vez que nosotros desarrollamos un juicio, acerca de cualquier disposición, lo hacemos fundándonos en principios que se nos manifiestan más o menos claros a la inteligencia, siendo evidente que no se podría impedir la valorización de la ley y el considerarla injusta cuando no se conforma con nuestra manera de apreciar lo justo.

Aristóteles expone el contenido del derecho natural así: “Además de las leyes particulares hay otra común derivada de la naturaleza; pues hay cosas justas e injustas que todos más o menos conocen sin que haya precedido ningún convenio”.

Cicerón dice: “Hay una ley, no escrita, innata, que no hemos aprendido de nuestros maestros, ni recibido de nuestros padres, ni estudiado en los libros: nos la ha dado la naturaleza misma... esta ley natural es el espíritu y la razón del sabio, la regla del justo y del injusto... de esta ley suprema, universal, nacida antes que ninguna otra ley hubiera sido escrita, que ninguna ciudad hubiera sido fundada, se deriva el derecho”. Y San Pablo, en su epístola a los romanos la expone así: “Y así todos los que pecaron sin tener ley escrita, perecerán sin ser juzgados por ella; más todos los que pecaron teniéndola por ella serán juzgados; en efecto cuando los gentiles que no tienen ley escrita hacen por razón natural lo que manda la ley, éstos tales, no teniendo ley, son para sí mismos ley viva; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se los averigua su propia conciencia y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya los acusan, ya los defienden, como se verá en aquel día en que Dios juz-

gará los secretos de los hombres por medio de Jesucristo, según la doctrina de mi evangelio". Finalmente, en los primeros años de la iglesia decía San Basilio: "No tenemos excusas pues podemos elegir lo más conveniente sin necesidad de doctrina alguna, sólo guiados por la ley natural".

Quizá, se pueda decir que extremando la lógica de esta teoría podríamos caer en un subjetivismo poco más o menos peligroso para la realización de la armonía social; ya que poseemos un instinto moral que desarrollado mediante la educación y el esfuerzo de la voluntad puede ser considerado como un criterio para distinguir lo justo de lo que no lo es, pero este instinto abandonado a sí mismo sin la ayuda de la razón podría ser insuficiente para garantizar la realización del orden moral.

De donde se deduce que el sentimiento humano es uno de los factores que influyen en el desarrollo y progreso del derecho, pero no que sea la fuente única y primaria.

Son éstas, someramente expuestas, las principales teorías tendientes a explicar el origen de la norma jurídica positiva en la sociedad; como puede verse si exceptuamos la escuela teocrática, todas las demás teorías coinciden en afirmar que el derecho posee un origen perfectamente humano, diferenciándose entre sí, únicamente en el modo de explicar dicho origen en el seno de la sociedad.

## II

Dentro del proceso constitutivo de una sociedad, van surgiendo necesidades colectivas que es necesario regular lo que se hace por medio del precepto jurídico o Derecho.

Cuáles son las características propias de dicha norma jurídica?

Ante todo se nos ocurre pensar, que como el derecho va a gobernar una colectividad tiene que poseer un carácter de Obligatoriedad para poder alcanzar debidamente su fin; porque es claro que si no fuera obligatorio, no podría gobernar una sociedad, ya que unos se someterían a él y otros nó; ahora bien: En qué se funda dicha obligatoriedad? Es indudable, que su principal fundamento descansa en el consentimiento — tácito o expreso — que le da la sociedad a la norma jurídica, consentimiento que se manifiesta en la aceptación espontánea de ella, después de haber evolucionado para adaptarse al medio social que rige; se ve muy claro este fundamento en la costumbre, ya que ésta es una norma dada por la misma sociedad en defensa de sus propios intereses y ante la evidencia de la necesidad común.

También tiene como fundamento la obligatoriedad de la norma jurídica, la Coacción, que es la prevención del castigo para quien viola la ley; uno de los puntos más controvertidos de la ciencia jurídica, es el de si la coacción es esencial o nó al Derecho, pues mientras para algunos constituye un elemento formal o esencial de él, para otros no pasa de ser una cualidad accidental que puede o no acompañarlo.

Dicen los primeros, que la coacción es esencial al derecho, porque sin ella no se cumpliría éste, pues al no existir una fuerza capaz de asegurar su eficacia, podría hacerse indiferente su observancia o inobservancia. Ihering pensaba que la coacción constituía por sí misma el elemento único e indispensable de toda norma jurídica.

En cambio para otros la coacción no es esencial al derecho, y se fundan para ello en la ineffectividad de ésta para reparar la violación del precepto jurídico, pues dicen que la eficacia de la coacción es nula para hacernos cumplir el derecho, si no queremos hacerlo, tanto en el orden civil como en el penal; ya que, en el primer caso, de no cumplirse el derecho se da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, y en el segundo, a la pena; pero ni la una ni la otra hacen que se cumpla la obligación o se devuelva la vida al asesinado.

Me parece a mí, que no por ésto deja de ser esencial la coacción al derecho, porque siendo éste dado para el bien común debe asegurarse por todos los medios posibles su cumplimiento, y sin duda alguna que uno de ellos es la coacción que al menos disminuye considerablemente las trasgresiones a la ley.

Hay que tener presente que la coacción es diferente de la sanción que se le impone al trasgresor de la ley.

Otras razones que contribuyen a afianzar la obligatoriedad del derecho son: Su procedencia de una autoridad legítimamente constituida, la que garantiza el cumplimiento de la norma jurídica y el ejercicio de la coacción en el caso contrario; hablando en un sentido más amplio es al estado a quien corresponde estas funciones; también tiene su razón de obligar el derecho, en todos los intereses que él garantiza, que hacen que la norma jurídica se adapte al medio social para que es dada; finalmente, algunos consideran como un factor capaz de influir en la mayor o menor obligatoriedad del derecho, la opinión pública que respalda o nó la norma jurídica que se le da a la colectividad; me parece que este factor posee varios puntos en que puede identificarse con el derecho consuetudinario de que hablé antes.

Otra propiedad esencial del Derecho, es su Exterioridad, es decir, que sean normas externas; ésto es claro, porque la norma jurídica

es dada para regular las relaciones esenciales entre los hombres, o sea, las relaciones que se manifiestan en la vida social, ya que los fenómenos internos (modos de juzgar el derecho, sentimientos, etc.). por ser esencialmente subjetivos y como tales distintos en todos los individuos no pueden ser regulados por ningún precepto de conducta.

Dije también, que el derecho regula las relaciones esenciales por oposición a lo supérfluo o relaciones accidentales que no tienen para qué regularse, y si en un principio las normas jurídicas reglamentaron o establecieron relaciones accidentales entre la sociedad, ello se debió quizá, a que en los primeros tiempos del derecho, se confundían los fenómenos jurídicos con otras clases de fenómenos sociales.

Otra característica propia del precepto jurídico, es que una vez establecido como tal, conserva una estructura propia que no se relaciona con las personas que deben observarla y a quienes se les impone aún contra su voluntad. Esta propiedad, la denomina Cosentini, Objetividad del Derecho.

Puede notarse además, que la norma jurídica, posee un carácter Imperativo —que no puede confundirse con la obligatoriedad de la misma— y el que se manifiesta bajo dos formas diferentes: Una forma Positiva —dentro de la cual se comprende el tolerar y el permitir— que se manifiesta en el mandato, bien imponiendo actos que de no cumplirse se seguiría perjuicio a otros, como por ejemplo, disponiendo que se cumplan los contratos legalmente celebrados, ora permitiendo y tolerando actos que sin implicar obligación contractual, están subordinados a otros.

La forma Negativa se manifiesta en la prohibición, que es la abstracción de ciertos actos porque su ejercicio redundaría en mal de la colectividad, esta forma corresponde al *Neminem Laedere*, y como ejemplo puede citarse, cuando el derecho manda no matar.

El precepto jurídico posee también un carácter de Universalidad, dentro de su propia jurisdicción ya que se aplica a todas las personas que se hallan en situaciones idénticas, y cuando se encuentran situaciones diferentes no reguladas por normas jurídicas existentes, entra a suplir la falta de dicha norma la acción creadora del legislador al tratar principalmente, por medio de la equidad, de adaptar dicha situación a un precepto jurídico pre-existente.

Cosentini propone la siguiente definición del derecho, en la que se comprenden todas las características ya estudiadas: “El Derecho Objetivo, es: El conjunto de normas obligatorias, impuestas a las acciones de los hombres para regular las relaciones exteriores indispensa-

bles a la coexistencia y la cooperación, y sostenidas por la autoridad del estado, a fin de garantizar a los individuos y a la colectividad social la consecución de sus fines”.

Dije antes que el derecho nace de las relaciones sociales, las cuales dirige; pero como dichas relaciones son eminentemente variables y por lo tanto mudables —de acuerdo con el medio, la época, etc.— se sigue de aquí que las normas jurídicas son variables y como tales relativas; pero por otra parte, el derecho debe tener por su propia naturaleza un carácter estable que le de vida propia definida y le diferencie esencialmente de las otras ciencias, de donde se deduce, que la norma jurídica posee en sí misma un doble carácter; es decir, es relativa y variable en su contenido o elemento material y estable, y necesaria en sus elementos y caracteres formales, que son los que acabamos de estudiar.

Puede notarse que el derecho aunque en los primeros tiempos pudo ser, como lo anota Ihering, una norma unilateralmente obligatoria, es decir, un mandato individual —o sea el despotismo— hoy es esencialmente bilateral, porque a la vez que otorga prerrogativas impone obligaciones, y concede aquéllas en cuanto que suplanta éstas. Es claro que tomado en este sentido el derecho tiene un carácter de garantía, ya que indica a cada elemento social una forma de acción determinada frente al conglomerado de que es parte constitutiva.

Puede comprenderse fácilmente este carácter de garantía atribuido al precepto jurídico bilateral, considerando la correlatividad existente entre el derecho y el deber, o lo que es lo mismo entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

El Derecho Objetivo está formado por una norma de acción que al mismo tiempo impone deberes y otorga prerrogativas; es la *Norma Agendi*; en cambio, suele definirse el Derecho Subjetivo, como la facultad o prerrogativa emanada del Derecho Objetivo, es la *Facultas Agendi*; como se ve hace relación al titular de él; ambos se complementan recíprocamente, porque sin la facultad de obrar no tendría razón de ser la norma jurídica, y sin ésta no podría obrar aquélla; sin embargo, conceptúa Cosentini que en el orden lógico, debe darse primero el Derecho Objetivo o la norma jurídica, ya que sin ésta la facultad humana de hacer quedaría obrando inciertamente.

Como el precepto jurídico impone deberes y al mismo tiempo concede facultades que dicen relación a dichos deberes, existe una correlación entre el sujeto del deber y el titular de la facultad o prerrogativa correspondiente; esta facultad es lo que algunos confunden con el de-

recho mismo —término que creo impropio usarlo en este sentido, porque esa facultad, me parece a mí, que no constituye el concepto específico del derecho sino uno de los múltiples aspectos que éste presenta en las relaciones sociales— Aclararé con un ejemplo esta relación de correlatividad.

Si yo soy dueño de una finca, tengo sobre ella la facultad o el derecho para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra ley o contra derecho ajeno; lo que supone en los individuos que me rodean el deber u obligación —que ellos tienen— de respetarme mi derecho, no gozando ni disponiendo de la finca sin autorización del dueño. Aparece claro en este ejemplo, la relación de correlatividad que existe entre el que posee un derecho y los que tienen el deber correlativo a ese derecho; ya que la facultad que posee el dueño del inmueble da origen al deber que tienen los demás para no violar dicha facultad.

Quedan así expresadas ligeramente las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza intrínseca del precepto jurídico.

---

### III

Durante la Evolución del Derecho puede derivarse éste de las fuentes formales o reales; se señalan como las primeras, la Ley, la Costumbre y la Jurisprudencia; las segundas, están formadas por un aporte del elemento humano fundado en la naturaleza de la sociedad que el precepto jurídico va a gobernar.

Stamler define la fuente del precepto jurídico, como “Una voluntad humana, que tiende a dictar nuevo derecho”.

Las fuentes de las normas jurídicas, anota Cosentini, poseen un significado distinto para el Jurista y para el Filósofo del Derecho; para el primero, es el punto de partida, el momento inicial de la norma; mientras que para el segundo, es un anillo de conjunción entre el fenómeno social y el fenómeno jurídico.

Como ya dije, la aparición del derecho en la sociedad se explica, por las necesidades colectivas del grupo; ya que cuando en una comunidad brotan diferentes necesidades que como consecuencia traen un cambio más o menos fundamental en las relaciones exteriores de los miembros de dicha comunidad, nacen también —y como reacción a esos fenómenos— nuevos modos de pensar y de obrar, acordes con las nuevas exigencias, las que al través del tiempo, se van haciendo —por decirlo

así— populares, y se van arraigando en la conciencia del grupo, hasta que el legislador las recoge en forma de Ley, o las consagra la costumbre, o la jurisprudencia, o cualquier otro venero de derecho.

En la explicación de las fuentes reales del Derecho, seguiré muy de cerca a Bonnecasse y Geny, que son los únicos autores que tratan dicho origen del precepto jurídico. Las Fuentes Generales del Derecho, pueden resumirse así, según la Clasificación de Bonnecasse:

	Costumbre:	Secundum Legem. Extra Legem. Contra Legem.
<i>Fuentes Formales:</i>	Jurisprudencia. Ley.	
<i>Fuentes Auxiliares:</i>	Doctrina. Práctica Extrajudicial.	
	Aporte Experimental:	Real o Natural. Histórico. Ideal.
<i>Fuentes Reales:</i>	Aporte Racional. Acciones Humanas (Cosentini).	

En toda Norma Jurídica, se distingue la naturaleza intrínseca de la misma y la forma exterior en que se manifiesta; la primera es la fuente real y la segunda la fuente formal.

La fuente real del derecho, está formada por un elemento experimental y un elemento racional; es el primero, el que da nacimiento de una manera inmediata al precepto jurídico pero bajo la inspiración y dirección del elemento racional que tiene por finalidad y por efecto purificar de alguna manera los aportes del elemento experimental. Se ve claro este elemento en la realización de los fines sociales ya sea proveniente del medio social o de la naturaleza humana. El elemento racional se manifiesta en la noción del Derecho.

Se deduce de aquí, que el elemento experimental puede ser estudiado bajo un doble aspecto: El que está representado por la naturaleza permanente del hombre que como se ve, forma la sustancia inmutable de dicho elemento y la que se manifiesta claramente en el derecho civil por considerarse en éste al hombre tal como es, y el formado por las aspiraciones sociales que constituye la sustancia mudable o en continua transformación del elemento experimental, que es la que pre-

domina en el derecho comercial ya que en él se regulan todas las funciones económicas del individuo considerado en las distintas tendencias del estado social y del medio físico en que actúa, de donde se desprende, la influencia que ejerce el medio social sobre la formación del precepto jurídico positivo; el que no sólo influye en su constitución sino que, bajo cierto aspecto, puede considerarse como orientador del mismo para conseguir su fin.

Como todos los individuos tienden a un fin toda sociedad tenderá también a un fin común; suele distinguirse en el hombre las nociones de las acciones, o lo que es lo mismo, los modos de pensar y los modos de obrar, sucediendo frecuentemente que los modos de obrar son reflejo de los modos de pensar.

“Los hombres reunidos en grupos tienden a comportarse de una manera semejante; sus modos de pensar, de sentir, de actuar, son como su manera de agruparse, usos comunes sancionados. Esta es la conducta”.

La consecuencia lógica de las aspiraciones humanas, viene a ser la formación de preceptos jurídicos positivos tendientes a satisfacer dichas aspiraciones.

Los anhelos humanos, están siempre dirigidos a llenar sus necesidades; éstas son, siguiendo la clasificación de Bonnacasse, de Orden Material (Económicas), de Orden Colectivo (Políticas) y de Orden Religioso (Místicas). Las aspiraciones de orden material son las tendencias del hombre a las cosas, y lo que se hace por satisfacer dichas tendencias se denomina Industria o Arte; ésta constituye la vida de producción. Las necesidades políticas son las aspiraciones generales del hombre, las que constituyen la vida de relación y tienden a satisfacerse por medio del derecho y el idioma; finalmente las necesidades religiosas consisten en los sentimientos del hombre hacia los dioses, las que se satisfacen por medio de la religión.

Hablando del Aporte Real, dice Geny: “Yo entiendo por aporte real o estrictamente natural del derecho positivo, aquello que consiste en las condiciones de hecho en que se encuentra colocada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral, en que los hombres están como encerrados (clima, suelo y sus productos, constitución anatómica y fisiológica del hombre, estado psicológico, aspiraciones morales, sentimientos religiosos, etc.) o condiciones económicas que influyen su actividad, es decir las fuerzas políticas o sociales existentes”.

“Estas realidades positivas y actuales no crean directamente las

reglas jurídicas, pero les dan sus lineamientos, y, al menos, constituyen el medio necesario. Estos son aportes primeros que es indispensable tener en cuenta ante todo. Así, desde el momento en que hay dos sexos distintos que dan lugar entre los seres humanos a una unión sui-generis —aporte real primero— surge la cuestión de la reglamentación jurídica de esta unión. Si el hecho mismo no puede por sí solo fijar las reglas del matrimonio, al menos él precisa la noción, para indicar, por ejemplo, que semejante unión cualesquiera que sean las reglas a que deba someterse, no podrá existir con su carácter propio, entre seres del mismo sexo. Y las diferencias psicológicas y morales, juntándose a las diferencias físicas, conducirán así a reconocer, entre el marido y la mujer una diversidad de situación jurídica, que serán influenciadas igualmente por las condiciones económicas y políticas del mundo social. Ahora si al hecho que atendemos, la filiación de los hijos nacidos de esa unión del hombre y la mujer cuya reglamentación jurídica consiste principalmente en problema de prueba, percibimos sin dificultad que las exigencias del derecho no pueden ser las mismas para la prueba de la filiación maternal, resultante de un hecho perfectamente individualizado, notorio, fácil de constatar, como es el parto, distinto de la filiación paterna cuya fuente está rodeada de misterio, fugitiva, equívoca por esencia, prácticamente impenetrable y no puede dar lugar a una prueba directa y positiva. Sin dejar de tener en cuenta qué consideraciones sociales muy variadas intervienen aquí para sujetar las reglas a ciertas direcciones irresistibles, es, pues, un error negar que existe un elemento natural en la base misma del derecho... Es sin duda pensando en este elemento primitivo de toda organización jurídica que los jurisconsultos nos han hablado de *un jus naturale*".

Este aporte real es complementado por un aporte histórico que se funda en la tradición no interrumpida del precepto jurídico existente. A este respecto dice Bonnacasse: "Sobre este aporte real viene a injertarse un aporte histórico. Y ese histórico no consiste solamente —a imagen del real— en el ejemplo, la costumbre de esa unión de sexos se ha hecho en casi todos los países sobre la base del matrimonio regularizado por el control de una autoridad social, sea religiosa o civil. Este aporte histórico se realiza especialmente por medios técnicos: costumbre caracterizada, ley escrita y otras fuentes formales del derecho. De este conjunto de fuerzas concurrentes completadas con la evolución misma del mundo resulta un conjunto de preceptos que sirven de cuadro a la conducta de la humanidad, a veces muy pesada para

ella, pero de la cual no sabrá hacer abstracción en su marcha progresiva. La Ciencia, dice Henri Picaré, no es la historia del pasado; es la tradición que se debe criticar, sin duda, pero de la cual no se puede hacer tabla rasa”.

También sirve para complementar el aporte real que venimos estudiando, un aporte ideal consistente en la intuición innata que tiene todo hombre a perfeccionarse, es decir, una aspiración permanente del hombre a lograr un estado mejor. Cornejo trae una cita, tomada de Aristóteles, tratándose de este aporte Experimental-Ideal, que constituye por sí misma una síntesis admirable acerca de la naturaleza intrínseca de dicho aporte; dice: “Las piedras quieren ser vegetales, los vegetales animales, los animales hombre, el hombre, Dios”. Se ve claramente en este texto, la sustancia del aporte ideal que concentra todas las aspiraciones humanas en vista del progreso constante de la norma jurídica, ya que además del derecho que imponen las realidades de la vida y los imperativos de la razón, existen un conjunto de consideraciones en todos los órdenes —físico, moral, religioso, político, psicológico, económico, etc.— que sin imponer nuevas normas de conducta dentro de una colectividad, al menos señalan las inclinaciones que deben seguir las ya existentes, lo que indica un aporte ideal de la vida, puesto que no representa realidades tangibles o concretas ni condiciones de la naturaleza humana, ya que sólo hace referencia a realidades deseables en las relaciones jurídicas.

Tratando de este aporte ideal, dice el Dr. Rodríguez en su traducción de la obra de Bonnecasse: “A decir verdad, este aporte ideal es extremadamente vasto y forma como la atmósfera ambiente de toda cuestión de derecho. Tomemos un problema legislativo cualquiera, de aquéllos que se debaten ampliamente en sus diversas acepciones. Se encontrarán ahí múltiples consideraciones que no consisten ni en necesidades físicas, ni en necesidades racionales hablando propiamente, que no son impuestas por la influencia del pasado, que traducen el sentimiento público o el estado actual de civilización. Se encuentra este elemento en los trabajos y deliberaciones que suscita una reforma cualquiera del derecho existente. Hay que observar que consideraciones de este mismo género surgen cuando se discuten controversias de moral y de derecho, en que el procedimiento más a menudo empleado, y el más decisivo para el espíritu consiste en refutar las opiniones que se emiten, alegando el absurdo o la inadmisibilidad de las consecuencias a las cuales ellas conducen. A este sistema recurren hoy cuando quieren llegar a resultados positivos quienes niegan toda moral y todo de-

recho natural. Es evidente que empleando este sistema vienen a afirmar quieranlo o nó, el carácter imperioso de ciertos principios latentes de orden moral o jurídico. Pero cuando estos principios no se presentan como emanados exactamente de la razón, cuando ellos aparecen como predominantes en las conciencias en un momento dado, parecen suplir a la poca firmeza de su origen, por esa fuerza particular del ideal que arrastra las voluntades hacia las soluciones que parecen más deseables”.

“Es sobre la base de un ideal de esta suerte, que se puede justificar y apreciar, en el estado actual de nuestra civilización, el principio de la monogamia, la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo conyugal, etc. por ésto se ve que el aporte ideal no es, a diferencia del precedente (aporte racional) universal e inmutable”.

Por tanto este favor no es de orden puramente técnico porque él se impone en alguna forma al espíritu. Parece difícil asignarle de manera general un carácter estrictamente científico. El no proviene de un conocimiento estrictamente racional, sino más bien de fuerzas mal precisadas que bajo el nombre de creencias o de sentimientos determinan de una manera imprecisa, pero cierta, convicciones o movimientos de voluntad, los cuales vienen al fin a presentar una objetividad suficiente. No se trata de la opinión pública, potencia ciega y brutal, que puede a veces revelar el ideal, pero que es incapaz de destruirla cuando conspira contra él bajo el impulso de un instinto evidentemente inferior. Hay que hablar aquí más bien de una intuición, de una experiencia integral que suple la inteligencia y merece por su necesidad y por su profundidad misma, la influencia que le reconoce el testimonio universal de la humanidad. Es claro que este aporte ideal no tiene en sí la autoridad decisiva de las sugerencias de la razón pura, interpretando la naturaleza a la luz de la historia. Pero a defecto de ésta, él interviene como un elemento esencial y no despreciable en el desarrollo jurídico. Más bien él procura un afianzamiento de las conclusiones de la razón, un acercamiento de la vida social a la justicia suprema. Permite a veces luchas contra las instituciones que no responden al estado de civilización o de progreso de las ideas, y que se las tenía antes como racionales. Aquí lo relativo actualmente a las nuevas teorías de responsabilidad civil en relación con el riesgo. Por lo tanto, el aporte ideal cuya existencia e importancia son ciertas, no puede dejarse de lado en un inventario de los elementos de la organización jurídica positiva. (Geny. Pag. 389. Tomo II.)”.

Una vez estudiado el elemento experimental, hay que analizar el

elemento racional, que como ya se dijo es la segunda fuente real del Derecho. La conciencia individual señala un principio superior a las contingencias humanas, que se encarga de definir la armonía social y señala los medios necesarios para alcanzarla. Es éste el elemento racional, que tiene por fin, como ya lo notamos, el informar y dirigir el elemento experimental y el cual se manifiesta como una noción de derecho.

Algunos consideran esta noción, como una cuestión psicológica, otros la consideran metafísica y también se le considera como religiosa. Los primeros creen ver en el concepto jurídico un producto de la conciencia humana ya sea individual o colectiva.

Para los sostenedores de la escuela metafísica, el derecho es una noción abstracta que participa del concepto de lo absoluto, viniendo a considerarse la norma jurídica como una de las partes que forman el orden del mundo; una fe de las fuerzas individuales pero reales, en cuyo seno se transforma el cosmos orientándolo hacia su fin.

La concepción religiosa del precepto jurídico, viene en último término a identificarse con la concepción metafísica del derecho.

El Aporte Racional, son las reglas de derecho que la razón por sí sola es capaz de deducir teniendo en cuenta la naturaleza del hombre en contacto con el mundo exterior. Es este aporte el que constituye en concepto de Geny, el fondo esencial del derecho natural clásico, si nó el de los Romanos, al menos el elaborado por los filósofos modernos.

Este aporte que venimos estudiando, me parece que posee algunos puntos de contacto con el Derecho Consuetudinario, ya que como él, son normas jurídicas que se imponen naturalmente al hombre, por corresponder a las necesidades más inmediatas de la sociedad.

“Así en la materia del matrimonio, vemos que la naturaleza del hombre, tal como la interpreta la razón, ordena que no se admita más que una unión estable permanente, resultante de un acuerdo de voluntades serias, distintas de la mera unión brutal, y que realice por medio de una moralidad superior y de una educación de los hijos, el dominio del hombre sobre sus pasiones. Pero este aporte racional no traspasa lo estrictamente necesario. Otras consideraciones como la monogamia estricta, la indisolubilidad del vínculo, no pueden surgir más que de un absoluto grado superior de consideración, que nos transporte a la esfera de un ideal. Por su naturaleza el aporte racional debe permanecer como una aplicación estricta de la razón. Es un error muy frecuente de los sostenedores del derecho natural, el pretender darle extensas aplicaciones en toda la materia jurídica”.

Como se ve, el campo de acción del aporte racional, está limitado por los preceptos jurídicos que es capaz de descubrir la razón, fundada para ello, en la naturaleza humana en relación con el mundo exterior, y consiguientemente con las leyes que rigen el orden del mismo.

Cosentini establece una nueva fuente del derecho —que me parece a mí, puede clasificarse como Real— y es la que él llama “Las Acciones Humanas”, consistente en la posición que adopta el hombre al observar la norma jurídica ya establecida; fenómeno que tiene —como lo anota él— una influencia sobresaliente en la elaboración del derecho y que data de los tiempos más primitivos.

Es claro, que se refiere dicha posición, a las acciones constantes del hombre, que obedecen a necesidades también constantes de la colectividad, las que hacen reaccionar a sus miembros de una manera semejante en el modo de sentir y de reflexionar para buscar los medios como satisfacer dichas necesidades.

He hecho esta anotación, ya que como es evidente, también existen acciones mudables y accidentales, las que a lo sumo, sólo influyen en el modo como se observa el derecho.

Explica Cosentini este origen del derecho, diciendo que el hombre ejerce su actividad en un campo no regulado por la norma jurídica y entonces tenemos una acción creadora de los hechos humanos, o bien, obra en un campo ya establecido por leyes existentes pudiéndose entonces presentar uno de los tres casos siguientes: Si obra en un todo de acuerdo con la norma jurídica pre-existente; o solamente su actividad está conforme con una parte de dicha norma y contraria a otra parte de la misma, en tal caso, las acciones humanas ejercen una acción modificadora del precepto jurídico; o finalmente, el proceder del hombre puede encontrarse en un todo contrario al derecho existente, y entonces tenemos una acción humana que es fuente o causa del desuso de un precepto jurídico.

Se ve clara, la influencia que tienen las acciones humanas, es decir las maneras como el hombre observa el derecho, en la formación del mismo.

Como consecuencia, puede afirmarse, que la fuente Real del derecho, es mucho más importante que la fuente Formal, ya que aquélla es la sustancia misma de que está hecho el precepto jurídico, y consiguientemente se da también primero, en el orden lógico, que el origen formal.

