

Jorge Parra Suárez

Estudiante de 4o. año

FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

I

El problema de las fuentes del derecho, como todos los que lleven envuelta una noción de origen, por tanto de influencia definitiva en las cuestiones que ulteriormente se susciten, es lugar más que oportuno para que a él converjan todos los sistemas que en una u otra forma han pretendido salvarlo para determinada escuela o tendencia.

No es, por consiguiente, necesario insistir mucho sobre su importancia en la Filosofía y en la Ciencia del derecho. Bastará decir con el profesor Del Vecchio, a quien todos reconocen una autoridad en estos temas, que él constituye el "resumen de todas las cuestiones que agitan la Filosofía del derecho, cuando se le examina en su más amplia extensión y en lo que de más profundo tiene". "Problema crucial de toda reflexión jurídica" lo llama por su parte M. Georges Gurvitch, y de tal trascendencia que puede juzgarse que la fecundidad o impotencia de una teoría cualquiera del derecho estarán directamente relacionadas con su mayor o menor capacidad para resolverlo. Otros más, igualmente, están acordes —y tavez sea en lo único—, en hacer resaltar su trascendencia para las ciencias jurídicas.

Fácil es entender este eventual encuentro de teorizantes cuyas doctrinas son en mucha parte contrarias. Si se trata de averiguar en qué consiste la positividad de una regla, cuándo un precepto de conducta se hace norma jurídica, claro se ve el interés de cada tendencia en exagerar la importancia de la cuestión inicial para, por su solución, revestir de mayor fuerza las conclusiones de ahí deducidas.

Con vista en una más clara determinación del tema no será supérfluo recordar que es preciso distinguir entre su aspecto propiamente filosófico y el de sentido exclusivamente técnico y jurídico. El primero nos llevaría a un estudio ideal, de valoración o justificación quizá mejor. Por el segundo iremos a dar a campos de más ocurrencia experimental, de mayor eficacia para el jurista práctico. La estructuración de un sistema de derecho positivo valdrá como denominación para éste. Su consideración con mira en un ideal de justicia, desde un punto de vista deontológico, como diría el tratadista italiano, cuadra perfectamente con aquél. Tal vez se vea más clara la distinción que se quiere establecer entre las dos fases del problema si se considera, como lo hace M. V. Ganefff, el aspecto filosófico como la cuestión que se refiere directamente a la génesis del derecho, a la dependencia de la regla jurídica positiva y su contenido, de los valores morales trascendentales, del ideal social y de la justicia. Por el jurídico será tema sobre el origen y cualidades de las normas, o sobre el momento en que una regla de conducta que tiene un valor moral, abstracto o concreto, deviene regla de derecho positivo.

Bajo el segundo aspecto de los considerados en el párrafo anterior es como se le estudiará en el presente ensayo, con prescindencia, hasta donde sea posible, del atañadero privativamente a la Filosofía del derecho. Las fuentes jurídicas, como problema de elaboración inicialmente técnico, y en cuanto sea aplicable al derecho privado, será por el momento nuestra exclusiva preocupación.

II

“Para darnos una idea exacta de lo que se entiende por fuente del derecho en el sentido técnico de la palabra —escribe Del Vecchio— es preciso considerar que la productividad jurídica de las conciencias individuales se traduce por una serie de actos de pensamiento y de voluntad que se encuentran necesariamente sobre el terreno de la experiencia y dan lugar así a una fenomenología jurídica positiva. Este encuentro o, si se quiere mejor, frotamiento de sugerencias suministradas por las diferentes conciencias individuales, hace nacer un cierto sistema de vida, es decir, un conjunto de reglas efectivamente seguidas, aunque no se las formule de manera abstracta. Puede calificarse tal sistema como la expresión de la VOLUNTAD SOCIAL PREPONDERANTE, o si se prefiere, co-

mo la RAZON HISTORICA SUFICIENTE." Las diferentes maneras como se expresen las reglas de la vida en común —seguimos nosotros— bien como actos jurídicos individuales (decisiones judiciales, por ejemplo) sea como actos jurídicos colectivos, (costumbres, tradiciones etc.) son lo que constituye en el sentido antes expresado las fuentes del derecho.

Como bien puede verse en la cita del profesor italiano, los hechos creados por las conciencias, cuyo conjunto él denomina "fenomenología jurídica positiva" pertenecen al mundo de la experiencia, al terreno de la realidad como oposición al de la idealidad, mejor conocido en las doctrinas éticas como de los valores. El establecimiento de una norma es un hecho puramente histórico. Pero como al derecho se le concibe como sistema de normas, lo que quiere decir, en su validez, resulta que el fundamento del conocimiento de la validez, la fuente misma, no sólo es fenómeno histórico, sino que al contrario supone relación del hecho creador con el campo de la justificación o mundo axiológico.

La justificación de los hechos sociales —hechos normativos según la adecuada terminología del sabio ruso Petrazicky ampliamente desarrollada por otro expositor, ruso también, G. Gurvitch— como fuentes creadoras del derecho puede realizarse, pues, refiriéndolos a un principio supremo o norma última de valoración, de difícil fijación por cierto, y que generalmente conduce a un subjetivismo absoluto. Este ideal de justificación, principio **enigma** como lo llama Ganeff, se le designa por algunos como la justicia o la equidad, como el ideal social y legislativo por otros, etc; con lo que se prueba su apreciabilidad subjetiva y por tanto en cierto modo su inseguridad como agente de valoración.

Puede realizarse también la elevación de los hechos normativos a la categoría de fuentes del derecho si se les considera objetivamente en su propio modo de operar dentro del conjunto social, con mira sólo en su actividad, y en alguna manera con independencia de su contenido o de su relación axiológica. Y este será, quizá, el mejor modo de garantizar la estabilidad y seguridad propia del orden a que pertenece el derecho positivo.

Se opina, y así parece en realidad, que desde el punto de vista filosófico, como que a él corresponde, es innegable la irreprochabilidad del primer sistema de justificación. Pero desde el punto de vista pragmático no podrá decirse lo mismo, menos hoy cuando el estado de las investigaciones científicas no nos permite determi-

nar las cualidades "inherentes, intrínsecas e inmanentes de la justicia, las de su principio y las de su idea". Cualquier resumen de las teorías al respecto, más en auge, nos mostrará el subjetivismo y la diversidad de consideraciones a que puede arribarse desde un ángulo visual metodológico.

Y por otro lado esto nos muestra, y desde un principio lo hemos hecho notar, que la consideración de las fuentes del derecho y su contenido en relación con un principio ético de valoración, es problema privativo de la filosofía del derecho, y por tanto ajeno a la indole del presente ensayo, que sólo tratará de la parte exclusivamente técnica del asunto, como quedó dicho en otra parte.

Quede sentado, entonces, que las fuentes del derecho en su sentido estrictamente técnico están constituídas por ciertos hechos de la vida social; que ellos pertenecen al mundo de la historia, al de la naturaleza (en el sentido de la teoría axiológica) y que su justificación, para el caso, se realiza por su propio dinamismo dentro del conjunto social.

Desde la aparición, a fines del siglo pasado, de la célebre obra del decano de la Universidad de Nancy, M. Francois Geny, que puso de realce los diferentes modos de interpretación del derecho privado positivo y las fuentes del mismo, se hizo más notable la distinción que antes de él existía embrionariamente, entre fuentes formales del derecho y fuentes reales. Corresponden las primeras a lo que se ha llamado órganos de expresión del mismo derecho, ley, costumbre, etc. y fueron para los juristas civilistas del siglo pasado las únicas en que estaba asentado. Han sido definidas por el Sr. Bonnecase, en su "Introducción al estudio del Derecho" como las "formas obligadas y predeterminadas que necesariamente deben tomar la forma de preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente bajo la protección de la fuerza coercitiva del derecho", y constituyeron, según se ha dicho, para los jurisconsultos coetáneos y posteriores al nacimiento del Código Napoleón, en general para los partidarios de la Escuela que en derecho civil se ha llamado de la exégesis, la única base de donde podía concluirse el derecho privado. Y era muy explicable el que los juristas que asistieron al nacimiento de ese gran Código, vieran en esta creación jurídica que tanto éxito y difusión obtuvo desde su iniciación, la sola causa originaria del derecho que rige las relaciones de los asociados entre sí. Impregnados del espíritu individualista del siglo y atraídos por el éxito del citado Código, éxito que en un principio

fue más que obra de sus méritos, de la gloria napoleónica, mal podían buscar en las ocurrencias diarias, fuera de la ley, en la vida social, hechos que pudieran generar igualmente normas de regulación para la vida común.

Las fuentes reales, como se sabe, consisten en los hechos mismos de la vida ordinaria, en el campo del comercio jurídico entre los asociados, campo que estuvo fuera de la contemplación de los juristas de la escuela exegética y que en cambio fue de predilecto estudio de los de la Científica, con el programa de renovación y las obras del citado decano. Este programa y estas obras, si no las primeras en el tiempo, pues que tuvo antecedentes prematuros en las del jurista francés Atanasio Jourdain, pero sí en la sistematización, mostró a los estudiosos del derecho, siempre dentro del privado, la importancia de ese otro género de hechos que como las aspiraciones sociales, también son originarios, y quizá con mayor razón, de normas jurídicas y que se les conoce con el término general de hechos normativos o fuentes reales.

Análoga a la división anterior es la que hace el tratadista Georges Gurvitch de fuentes o hechos normativos primarios y secundarios. Son las primeras "las fuentes materiales, dinámicas, valedoras por sí mismas y sobre las que se fundan la autoridad y eficacia de las fuentes secundarias, formales, estáticas, que no son sino procedimientos técnicos de constatación".

Clara es la identidad en cuanto a la primera categoría entre el tratadista ruso y el decano francés. En parte al menos. Porque el Sr. Gurvitch, como propugnador muy autorizado de una realidad, hoy incontestable: el derecho social, valida los hechos normativos con criterio pragmático, su sola existencia "que realiza valores", de indudable necesidad para la iniciación del propio derecho social. Para el Sr. Geny, en cambio, las fuentes reales están constituidas por los hechos sociales y la reglamentación que ellos hayan recibido en el curso de la vida de la sociedad (supuestos natural e histórico), acompañados de ciertas aspiraciones comunes (supuesto ideal) y, por la incapacidad intrínseca de estos tres, ayudados definitivamente de la noción misma del derecho (supuesto racional). Como se ve, más idealidad en la concepción del profesor francés, y mayor eficacia, sin que falte la "interpenetración de lo ideal y lo real", en la del ruso.

Será preciso tener esto en cuenta para entender la advertencia que hace este último tratadista de que es necesario considerar que

las fuentes formales o secundarias se diferencian en varios grupos según los hechos normativos que ellas tratan de patentizar. Porque estos pueden ser hechos de comunión, de “sociabilidad por interpenetración y fusión parcial” o de un asociado con otro, “sociabilidad por delimitación y ecuación”. Los de la primera especie están simbolizados por el pronombre NOSOTROS, encarnan valores transpersonales y dan origen al derecho social de integración. Los de la segunda lo están por los pronombres YO, TU, EL, representan valores personales y dan nacimiento al derecho individual de coordinación.

Las fuentes formales que constatan los hechos normativos de la primera categoría son más numerosos que los de la segunda. Para ésta sirven, entre los enumerados por M. Gurvitch como fuentes formales, los siguientes: 1o.) la costumbre; 2o.) la práctica de los tribunales, 3o.) la doctrina; 4o.) la ley (stricto sensu); 5o.) en casos limitados el estatuto autónomo. (No sobraría advertir que el Sr. Geny no da el carácter de fuentes formales, sino el de meros instrumentos de interpretación y aplicación a la doctrina y a la práctica de los tribunales). Para la primera serán 1o.) las convenciones y actos-reglas; 2o.) la práctica de órganos distintos de los judiciales; 3o.) las declaraciones sociales (promesas, programas, sentencias en nombre de una totalidad para uno solo o para un grupo de sus componentes), y 5o.) el reconocimiento de un nuevo estado de cosas por aquéllos mismos a quienes perjudica (por ej. de los patronos después del triunfo de una huelga obrera).

Encontramos de nuevo con la comparación de fuentes formales y secundarias, fuera de la identificación de su funcionamiento como procedimientos técnicos de constatación, más inclinación práctica inmediata en la concepción del prof. ruso. Y de mayor interés, por supuesto, para el derecho obrero, o mejor, social. Sin quitar a ambas su innegable valor para el derecho en general.

Para otro tratadista, prof. de la Universidad de Bucarest, Sr. Mircea Djuvara, los actos creadores originarios, bien que se sucedan dentro del Estado o bien fuera de él, y sólo estos, estrictamente hablando, pueden llamarse fuentes de derecho. Sin embargo el término puede también designar, lato sensu, todo acto producido estatal o extra-estatalmente, que establezca normas nuevas, sea que contradigan o no un sistema ya establecido de derecho positivo. Con sólo consagrar realidades positivas nuevas como normas, crean derecho positivo nuevo.

Con base en tal significación puede entonces establecerse las siguientes categorías de fuentes:

1a. — La de los actos que, rompiendo la armonía de un sistema de derecho positivo anterior, establecen **úno nuevo** y estatuyen **normas generales**.

2a. — La de los actos que con iguales cualidades que los de la anterior sólo establecen **normas individuales**.

3a. — La de los actos que, obteniendo su validez de normas anteriormente establecidas, encuadran en el sistema existente y crean **normas generales**.

4a. — La de los mismos actos que la anterior pero que únicamente crean **normas individuales**.

La validez de los actos de la primera y segunda categoría se obtiene de su reconocimiento de hecho. Los de la tercera y cuarta, como se ha dicho, de un sistema positivo vigente al tiempo en que nace la norma. Son ejemplo de la primera los actos legislativos que crean normas constitucionales originarias, v gr. los nacidos de una revolución que triunfa. De la segunda las medidas administrativas, políticas y hasta legislativas contrarias a las leyes existentes, a pesar de ello definitivamente aplicadas y reconocidas de facto. En la tercera caben los actos de revisión constitucional realizados conforme a los trámites de la misma Constitución. De la última, los actos que impliquen una medida individual política o administrativa verificada conforme al derecho positivo existente.

Por la significación de procedimientos técnicos que se les ha dado a las fuentes formales del derecho, bien podemos encuadrar las anteriores categorías dentro de aquéllas. Tal lo reconoce su autor, para, finalmente, admitir ciertas fuentes materiales, cada una de las cuales será "todo hecho social cuyo conocimiento llegue racionalmente a cristalizar y fijar en la conciencia social o por ésta en la de un agente público la idea de normas generales o individuales, consagradas después como efectivamente obligatorias en la vida social concreta por intermedio de una fuente formal, para quedar así, en definitiva, formalmente reconocidas y garantizadas por la autoridad estatal".

En general todas estas distinciones, expresadas de modo diferente: fuentes formales y reales (Geny); hechos normativos primarios y secundarios (Gurvitch), fuentes formales y materiales (M. Djuvara) se presentarán siempre a quienes opongán a un derecho anteriormente establecido, rígido, ótro en nacimiento, dinámico, e-

volutivo. Y para algunos no es en realidad otra cosa que la inmemorial distinción entre la materia y la forma; entendida la primera como causa material, creemos nosotros, en el sentido que le da la Escuela, como se desprende de la definición: "materia est id ex quo aliquid fit et in quo forma existit" y la forma, en este caso, como la accidental, a saber: "forma accidentalis non facit esse simpliciter (lo que entendemos corresponda a la forma substancial, que en nuestro caso sería lo jurídico que haya en cada hecho social) sed esse tale aut tantum aut aliquo modo se habens".

Con lo anterior termina este rápido bosquejo de la noción de fuente del derecho y de sus principales divisiones. Veremos en seguida, también suscitadamente, las fuentes formales más estudiadas de los tratadistas: costumbre y ley, incluyendo, sin embargo, en aquéllas la jurisprudencia, la doctrina y la práctica propiamente dicha, las cuales para algunos sólo llevan el sello de instrumentos de interpretación y aplicación, sin la suficiente caracterización que las permita ser catalogadas entre las verdaderas fuentes formales. Seguirá a esto el estudio de las reales, además del de las escuelas que la primacía de una u otra de estas dos categorías de fuentes ha originado.

— III —

La costumbre como fuente formal de derecho se halla establecida en la mayor parte de las legislaciones modernas. Para nosotros rige según algunas disposiciones del C. C., la ley 153 de 1.887 y el C. Co., especialmente.

Conocida es de todos la influencia de este principio jurídico desde la época más antigua del derecho romano como fundamento del derecho consuetudinario, no escrito, por oposición al escrito, de autor cierto, promulgado por autoridad legítima y de muy diverso origen.

Se la ha concebido por algunos como producto únicamente de la repetición de acciones, atención hecha sólo de su longevidad, es decir de su continuidad y uniformidad. Pero tal concepción ha sido en la actualidad superada por la que asigna a la costumbre como componentes de hecho dos factores, de naturaleza psicológica el uno, de orden material el otro. Este último no es otra cosa que la repetición constante en la comunidad social de ciertos hechos que salvan una dificultad jurídica que no ha sido contemplada por la

ley. El primero será el sentimiento o convicción en quienes la ejecutan, de la obligatoriedad de esta práctica repetida. Concepción esta última más de acuerdo con la tradición romana, según se cree, y la que posteriormente se encuentra en los tratadistas de las edades media y moderna. En el comienzo de la última el jesuíta español Suárez, por ejemplo, siguiendo, como en la generalidad de su doctrina, al Doctor de Aquino, juzgaba que la costumbre estaba formada por dos elementos, siendo el uno “**la serie de acciones repetidas**” que se identifica con el uso en cuanto que ambos son voluntarios y cuestiones de hecho, y es el segundo “**el efecto posterior de los actos repetidos**” que siendo en sí también una cuestión de hecho, envuelve cierta concepción inherente, espiritual. “Sus propias palabras son: — dice un comentarista americano—” hay un segundo efecto posterior, de orden moral, y es la facultad de obligar al desempeño de ciertas acciones o de anular una obligación”, lo que viene posteriormente a llamarse “el derecho consuetudinario o la regla legal introducida por la costumbre”.

Para ciertos autores el hecho inicial que genera una costumbre, como los de la mayoría de la vida espiritual de una comunidad, es de origen puramente individual. Otros en cambio ven en el derecho consuetudinario el más claro ejemplo de la existencia de la conciencia colectiva. “Se puede considerar, opina Del Vecchio, que la doctrina que veía en la costumbre el espíritu o el genio de cada pueblo ha sido asimismo superada”. “Parece, opina por su parte M. G. Tassitch, que es fácil reconocer que las costumbres existen ahí donde se ha formado o esparcido la conciencia en la gran masa, gracias a un largo espacio de tiempo de modo que esta manera de formación de la conciencia sería importante para la formación de la costumbre”.

En rigor no es más que la conocida antilogía entre la escuela realista y la psicológica en Sociología. La afirmación de la primera de que las relaciones de la vida social crean en los psiquismos individuales influencias tales que puedan dar nacimiento a una “entidad psicológica especial” distinta de las individuales y que algunos denominan **alma social o conciencia colectiva**. Entidad que no admiten los partidarios de esta segunda tendencia. Quizá podamos conjugar estas antinómicas concepciones recordando lo que respecto a la creación del hecho social dice un destacado expositor criollo. Para él los antagonismos de escuela que han detenido el avance de la Sociología se deben en general a la carencia de precisión

de lo que constituye "lo social", "el hecho social". "Desde este punto de vista —anota— podríamos decir que lo social, el hecho social, es un proceso psicológico, no simplemente interindividual — como diría Tarde— pero tampoco extra-individual, como quería Durkheim, sino más bien socio-individual, es decir, que reconociendo en lo social su carácter colectivo no se le puede desprender del elemento individual, ni se puede desconocer en ese proceso la participación del individuo."

"Para definir mejor este concepto —añade más adelante— digamos que el individuo influye y colabora en el hecho social no como entidad particular, aislada, obrando desde fuera, sino por virtud de su misma naturaleza social, por gracia de su necesaria incorporación en la vida social."

Es en todo caso innegable que en el sentimiento de obligatoriedad de la costumbre hay un momento diferente de la conciencia moral autónoma, cuando el individuo se siente obligado porque los otros lo están igualmente.

Con la clásica división de la costumbre en tres categorías: la que está de acuerdo con la ley; la que está fuera del ámbito de la ley existente; y la que está contra la ley; podremos estudiar más en especie la fuerza formal jurídica de este principio. Si nos detenemos en la primera notaremos pronto su falta de importancia como fuente formal, pues que si está de acuerdo con la ley positiva, quiere esto decir que el legislador ya ha contemplado la situación jurídica que la costumbre también representa, y por las normas de aplicabilidad que se establecen en el mismo derecho positivo será de preferencia obedecida la ley.

Respecto a la tercera categoría, las legislaciones vigentes se apresuran a anular su acción generadora. El artículo 8o. del C. C. colombiano, por ejemplo, así lo establece al declarar que "la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso (forma negativa de la costumbre, según Suárez) para su inobservancia ni práctica alguna por inveterada y general que sea". Esto en cuanto a su oposición al derecho positivo, pues cuando lo es a la ley natural "ni aun el nombre de costumbre merece" según el sabio jesuita español autor de "De legibus ac Deo legislatore". Pues de acuerdo con Santo Tomás "la ley natural es, ya lo hemos visto, inmutable y no puede ser abrogada".

Y por último en la segunda categoría en que se ha dividido la costumbre es donde creemos encontrar con más claridad su ca-

rácter de fuente formal; es aquí, fuera del ámbito de la ley existente donde se muestra especialmente su fuerza de generación y donde encuentra su verdadero campo de aplicación por este concepto. Se tiene el lugar a donde no ha llegado la reglamentación legal, el conjunto de los problemas no contemplados por el legislador y sí por el pueblo, y cuya solución era indispensable para que siguiese su normal funcionamiento el conglomerado social. Ha surgido, entonces, su poder de creación y así lo reconocen las mismas legislaciones positivas.

La colombiana, v. g. en el artículo 13 de la ley 153 de 1.887, estatuye: "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva". Y por su parte los primeros artículos del C. Co. establecen la fuerza legal de la costumbre mercantil, siempre que ella llene determinados requisitos, como el de no ser contraria a la ley, ser un hecho uniforme, público y reiterado por un largo espacio de tiempo en el lugar donde se hace la transacción comercial (art. 2o.), en la nación o aún en el extranjero (art. 3o.). Por demás es decir que estos requisitos deben estar adecuadamente comprobados como se establece en el C. J. (art. 700) y en la ley 28 de 1931 (art. 20).

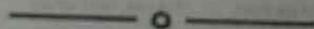
Resta por estudiar la posición de la costumbre en el conjunto del derecho actual. Y es entonces el lugar de recordar el trajinado problema de la total previsión legislativa, de la incapacidad de errar en que se encuentra el legislador, tesis muy del agrado de los juristas llamados socarrona y un poco irreverentemente "**los intérpretes del código civil**" por M. Josserand, entre otros. Tal se puede desprender de dos de las características de la escuela que siguieron estos destacados civilistas del siglo pasado: el culto de la ley y como su obligada consecuencia el predominio de la intención del legislador en la interpretación de la misma. De fetichistas se les ha tratado por este motivo y con mucha razón.

Contra ese fetichismo exagerado parece haber prevenido a los juristas uno de los redactores del propio Código Napoleón, M. Portalis, quien en su Discurso preliminar apuntaba que un código por completo que parezca no puede contemplar todas las cuestiones que se presentan al magistrado"... Pues las leyes una vez que han sido redactadas permanecen tales como han sido escritas. Los hombres al contrario no descansan, obran siempre, y este movimiento que no se detiene nunca y cuyos efectos se modifican diversamente según las circunstancias, produce a cada momento alguna nueva combi-

nación" lo que para nosotros se traduce en el reconocimiento de la necesaria evolución de la sociedad y de sus instituciones y, por la detención, aunque sea momentánea, de la ley escrita, la urgencia de la aparición de la costumbre en determinados momentos de la vida social, para colaborar a la creación del derecho con las fuentes reales, y aunque sólo sea limitándola al papel que le asigna el Sr. Geny de "complemento del derecho escrito, para interpretar la ley y suplir sus lagunas", o el de creadora directa sólo en pequeños grupos dentro de la comunidad social", grupos que, sin gozar de autonomía corporativa propiamente dicha, se unirían en un sentimiento jurídico común en el terreno de sus intereses", como las costumbres o usos agrícolas, comerciales, etc.

Para finalizar podemos destacar la importancia de esta fuente formal en el campo del derecho internacional. Es la que ocupa el lugar más destacado entre las fuentes del D. Internacional y su labor se manifiesta principalmente "en las relaciones de paz y de guerra de los Estados, en el tratamiento que se da al jefe o representante de un país extraño.... b) en las decisiones de los tribunales internacionales..... (especialmente de los llamados arbitrales)c) en la legislación y jurisprudencia nacionales, como en todos los tratados legislativos e internacionales sobre extraterritorialidad, extradición, prensa, etc" y también en los llamados casos o precedentes en los que es de trascendencia especial la política Internacional anglosajona.

Para justificar la importancia de la costumbre en el D. Internacional basta recordar que los principios generales en la forma de máximas establecidas por la tradición, tiene más amplia cabida donde menor sea el desarrollo del derecho positivo escrito, como es el caso del dominio del Derecho Internacional.



La costumbre sólo constituye derecho a falta de legislación positiva, como se ha visto. Es por tanto de preferente aplicación el texto mismo de la ley cuando ésta existe.

La importancia del texto del derecho escrito se estima tanto que ello sirve de base para que en la legislación civil se consagre la analogía, lo que por otra parte es una garantía para la continuidad de la administración de justicia, como ocurre en el derecho colombiano con lo dispuesto en el artículo 8o. de la ley de 1887

precitada. Es en cierta forma una restricción a la acción creadora de las demás fuentes, especialmente de las reales o hechos normativos primarios. Lo que no quiere decir, por supuesto, que sea anulación completa de dicha acción generadora, pues que la misma disposición civil autoriza en ciertos casos para aplicar, cuando no hay texto escrito, "la doctrina constitucional", vale decir, el espíritu general que informe el conjunto de la legislación de un país, desprendido del de la misma carta fundamental, en cuya elaboración debieron haber tenido parte principal, en la mente del constituyente, las consideraciones de ciertos conceptos que dicen relación a las circunstancias del ambiente social en el momento de expedirse la ley constitucional; en otras palabras, los mismos hechos que constituyen la esencia de las fuentes primeras. También autoriza la disposición citada para remontarse a "las reglas generales de derecho" noción que igualmente envuelve un reconocimiento de las fuentes reales.

Es entendido que al hablar de la ley como fuente formal se la usa tanto en el sentido restricto, como "declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional" (C. C. art. 4o), como en el más extenso de cualquiera otra regla de derecho emanada de una autoridad legítima, por ejemplo un decreto legislativo o una medida de carácter administrativo. Especímenes de estos últimos, en su calidad de fuentes jurídicas formales los encontramos en los artículos 11 y 12 de la ley 153 de 1887 que textualmente expresan:

Art. 11. Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes.

Art. 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno emitidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable.

Ya sabemos que uno de los casos en que la Constitución autoriza al Ejecutivo a dictar tales decretos se halla en el artículo 117 de la Carta fundamental; y que la **doctrina legal más probable** que cita el artículo 12 premencionado está representada por "tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho" según reza el artículo 4o. de la ley 169 de 1896.

La supremacía de la ley como fuente formal v. g. sobre la cos-

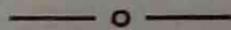
tumbre, se encuentra en las cualidades mismas de su elaboración, porque ella obedece, o ha sido consecuencia de un proceso en que interviene la deliberación en mayor escala. Es el resultado de un "pensamiento jurídico racionalmente elaborado y deliberado" como dijera el tratadista italiano, ya varias veces citado. Lo que tiene pleno valor, al menos en principio. Porque en la práctica será de estudiar, para afirmarlo, la mayor o menor versación del cuerpo legislativo encargado de emitirla.

Al hablar de la ley como fuente jurídica formal se hace necesario notar cierta jerarquía o dependencia entre los textos mismos que la representan. La dependencia entre la ley y la Constitución es clara y a ella se refieren el artículo 150 de este estatuto, el 9o. de la ley 153 de 1887 y la parte final del 4o. de la misma. La dependencia entre la ley y los demás actos similares bien puede desprenderse de lo dispuesto en el art. 12 que antes hemos copiado. Pero no es esta la jerarquía que queremos resaltar en este momento. Es, más bien, aquélla que se refiere a la dependencia de la norma constitucional con ciertos principios, como, por ejemplo, los conocidísimos de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, originarios de las revoluciones norteamericana y francesa de tantísima influencia en las de las repúblicas americanas del sur y que en la nuestra han acompañado todas las constituciones, desde su iniciación. Su presencia puede verse estudiando cada una de las cartas que nos han regido. Los cambios de una a otra apenas si los afectan. Cuando los constituyentes más se encienden y debaten sobre la forma centralista o federativa que debe tener la república, o sobre los en un principio controvertidos derechos de la Iglesia dentro del Estado colombiano, dejan, sin embargo, sin afectar en mayor grado los citados derechos civiles, hoy en indudable viaje hacia una total revisión, para mejor adecuarlos a las necesidades sociales actuales, por cierto bien distintas a las que imperaban en la segunda mitad del siglo XVIII. Una de esas revisiones, la que más urgencia demandaba, la función social de la propiedad, ya ha sido consagrada en la Constitución colombiana, con la reforma de 1.936, y está para trascender de ésta a las instituciones del C. Civil, en franca contradicción con el artículo 26 de la ley fundamental. Con este espécimen bien puede verse la jerarquía o dependencia que hemos querido bosquejar.

Quando se habló de la costumbre se vió el modo paulatino como el derecho escrito desaloja al consuetudinario, al asignarle

sólo un papel complementario de la ley a aquélla. Lo que significa mayor profusión de legislación escrita, extremo que puede llevar a lo que se ha llamado, con un término un si es no es prosaico, indigestión legislativa. La acumulación de leyes innumerables que llevan la contingencia, en la mayoría de los casos, de quedarse escritas representará para el derecho una verdadera crisis. "Este riesgo —dice el Sr. Barna Horvath— se hace necesariamente una crisis, cuando la producción de reglas en masa es tan rápida y tan efímera, que su digestión social, es decir, su asimilación por la regularidad efectiva de las actividades sociales se hace imposible".

Pero al fin y al cabo, coexistiendo ambas en el medio social de manera armónica, y representando ambas aquella voluntad social preponderante de que habla el filósofo italiano: en la costumbre, directamente; por intermedio del legislador, en la ley, es preciso reconocer a ambas su valor como fuentes jurídicas, cualquiera que sea su estado en el conjunto de las legislaciones modernas.



En el estudio de la jurisprudencia lo primero que se presenta es determinar si ella sí corresponde en realidad a una verdadera fuente formal y es por esto de influencia efectiva en la creación del derecho, o si es sólo un instrumento de aplicación o interpretación, como lo creen algunos.

Por la negativa como fuentes de derecho está M. Bonnecase. En el mismo sentido que el profesor bordelés el señor V. Ganeff. Los dos coinciden con el decano F. Geny, para quién la jurisprudencia y la práctica extrajudicial son meros instrumentos de aplicación o de interpretación. Funda el primero su aseveración en el principio de la separación de los poderes u órganos del poder aunque no cree mucho en ella, pues que de admitir el valor de fuente en la jurisprudencia se daría a los tribunales el mismo papel que corresponde al órgano legislativo; y además porque aunque del texto del artículo 4o. del C. C. francés se desprende que el juez no puede negarse a actuar pretextando obscuridad o insuficiencia de la ley, el 5o. del mismo Código le prohíbe pronunciarse por vía de disposición general o reglamentaria. Por su parte el segundo, M. Ganeff, considera que la actividad de los tribunales no es fuente creadora de derecho, porque estando colocada sobre un plano diferente al de la fuente en general su acción sólo se limita

a descubrir la regla jurídica preexistente, en tanto que la fuente la crea. La práctica de los tribunales trabaja sobre la aplicación en un momento determinado de las reglas de derecho anteriormente establecidas, aun en el caso de los derechos y obligaciones que tienen origen en la voluntad de los sujetos, cual ocurre en los contratos.

Sin embargo de tan respetables autoridades como las de los profesores búlgaro y francés, opinamos por la efectividad genérica de la jurisprudencia y de la doctrina, desde el punto de vista técnico, de elaboración, que hemos señalado anteriormente a las fuentes formales. No será quizá con la misma fuerza obligatoria que la costumbre o el estatuto legal, pero sí de suficiente contextura para influir en la total producción jurídica. La distinción propuesta entre fuentes reales y secundarias nos ayuda a salir del antagonismo. Es claro que no se considera en este caso la jurisprudencia como un hecho normativo, originario por sí de soluciones jurídicas generales, sino como una fuente secundaria por la que el juez patentiza (y tal es el significado que se da a las fuentes formales: *procedure technique de constatation*, como las llama Gurvitch) las fuentes dinámicas, valederas, que son las reales.

La actividad jurisdiccional se manifiesta, opina del Vecchio, desde que la sociedad sale de la faz puramente instintiva. Las mismas complicaciones de la vida se hacen en determinado momento objeto de dudas y discusiones que de alguna manera deben resolverse. Entonces hay que agregar a las primeras fuentes, ley, costumbre, esta tercera que no se refiere a una manera de obrar según una regla sino a la resolución de controversias y conflictos que produce la vida social.

A darle un verdadero, incontestable, papel de fuente creadora a la jurisprudencia se inclinan las más modernas legislaciones. De ejemplo nos servirá lo que se establece en una de las más recientes, la legislación suiza., que en su artículo primero autoriza al juez a dictaminar, cuando no existe texto escrito, según el derecho de la costumbre, y cuando no existe ésta según la regla que él establecería si fuera legislador. Y aún en las mismas legislaciones que datan de tiempos más antiguos, puede desprenderse la función creadora de la jurisprudencia —escribe M. Jossierand— por la corta reglamentación que en los códigos han recibido ciertas instituciones (la acción pauliana o el enriquecimiento sin causa o la estipulación por otro, por ejemplo). Lo que es una implícita autorización al juez para que no sólo desprenda sino cree conceptos jurídicos.

Con estas advocaciones finales bien podemos terminar el asunto y proceder a su vista en la legislación colombiana.

En el artículo 48 de la ley 153 de 1887, contemplado aisladamente, si así se pudiera, encontraríamos el fundamento legal para catalogar la jurisprudencia entre las fuentes formales. "Los jueces o magistrados, dice, que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia."

Para evitar que jueces y magistrados puedan verse en tal extremo, el mismo legislador les ayuda cuando en los artículos 27 y siguientes del C. C. da reglas precisas para la debida interpretación de la ley, además de autorizarlos, para el caso de que dichas reglas de interpretación no puedan aplicarse, a que avancen hasta "el espíritu general de la legislación y la equidad natural" nociones que en realidad bien pueden estar afectadas de subjetivismo.

Pero puesto el juez en presencia de un caso no contemplado por la legislación, y cuya solución tampoco existe en la costumbre "general y conforme con la moral cristiana" deberá avanzar en último término "a la doctrina constitucional y a las reglas generales de derecho" (art. 8o. L. 153 de 1887) pero estas nociones, como las del "espíritu general de la legislación" y "la equidad natural" estarán igualmente tocadas de subjetivismo con lo que el juez vendrá al fin a erigir su propia opinión en regla jurídica, y aunque sólo tenga valor su decisión para el caso en que sea pronunciada (C.C. 17), posteriormente vendrá la función de los tribunales de Casación como unificadores de la jurisprudencia según el mandato del C. J. con el fin de crear la doctrina legal más probable, de que se habla en otra parte de la legislación civil que ya atrás hemos mencionado.-

Cuando aparece la función de la casación, encargada, como se sabe, al más alto Tribunal de Justicia de la Nación: La Corte Suprema, se delinea la misión que lleva por fin mantener la unidad interpretativa del derecho. Si la Corte establece la **doctrina legal más probable**, indudable es que a ella se ajustarán en sus decisiones los jueces inferiores, aunque no les sea obligatorio, para evitar que sus sentencias sufran anulación. Unificada en esta forma la jurisprudencia se tiende hacia una de las características del derecho: la general aplicabilidad.

Si hay quien dude del papel creador de la jurisprudencia, ha dicho el Sr. Josserand, bastará releerle la historia de la responsabilidad en el curso del último medio siglo. De la labor de los tri-

bunales en este lapso de tiempo se desprende que "su poder de interpretación se ha elevado, por la fuerza misma de las cosas, hasta un poder de creación; el código civil francés con su siglo y cuarto de ancianidad sirvió de sub-fundamento a un verdadero derecho consuetudinario que encuentra su expresión más perfecta en la jurisprudencia". Lo dicho por el connotado civilista francés para su patria vale en menor escala para la nuestra. Las dos legislaciones se inspiran en los mismos principios. Y la legislación civil colombiana encuentra su retropróxima fuente en la francesa, como bien se sabe.

Trataremos en seguida de la doctrina, anotando de paso que el término se toma aquí en un sentido análogo al que tuvieron las *responsa, sententiae et opiniones* de los prudentes en la época del derecho romano antes de que el emperador Augusto confiriese la *permissio jura condendi* a ciertos de entre ellos, *responsa* que adquirieron la obligatoriedad que aquél emperador les concedió, sin que por eso se limitase el derecho de los jurisconsultos no investidos de la *permissio* para expresar sus opiniones y colaborar en el desarrollo del derecho de Roma; y no en el que se da a esta palabra en el artículo 26 del C. C., como la interpretación que hacen los jueces y algunos empleados públicos al solucionar los casos particulares y los negocios administrativos que sean de su competencia.

El vocablo tiene en la terminología moderna la aceptación que corresponde a un conjunto de las hipótesis y teorías que sobre el derecho hayan emitido los profesores en sus cátedras, los autores en sus obras, y hasta podemos incluir en ese conjunto los conceptos de quienes ejercen, en los casos que les ha correspondido llevar ante los tribunales.

El papel de la doctrina en el desarrollo del derecho moderno se sitúa principalmente en la renovación de ciertos conceptos para acomodarlos a las necesidades actuales, cuando ellos sufren el trance de caducar o devenir impedimento del comercio jurídico. Con ella se trata de evitar el peligro que entraña un principio de conocimiento alejando de lo real, un nocional momificado, como dice M. Maurice Blondel.

Más claro su papel en la actualidad, con la siguiente cita que trae el prof. Gaston Morin de Pau! Valery en su libro "Miradas sobre el mundo actual": "El mismo individuo que puede pensar en física o en biología con instrumentos de pensamiento comparables

a instrumentos de precisión, piensa en política por medio de términos impuros, de nociones variables, de metáforas ilusorias. La imagen del mundo tal como se forma... está lejos de ser representación satisfactoria y metódica del momento”.

Se dibuja entonces para la doctrina su importante rol en el campo del derecho. Toma ella la misión de evitar la momificación de los conceptos, desprendiendo de las leyes y de la jurisprudencia soluciones positivas que en la confrontación con las necesidades económicas y sociales resulten verdaderamente adecuadas.

Son los campos del contrato, de la responsabilidad y de la propiedad en donde con mayor amplitud se muestra esta misión. En el primero ya se ve en las legislaciones contemporáneas las restricciones paulatinas que la autonomía de los contratantes va sufriendo por razón de la protección que una de las partes que generalmente concurre acosada por la necesidad urgente, demanda. Las reglamentaciones llevadas a los contratos de trabajo son un claro ejemplo. En el de la responsabilidad desprendiendo del principio clásico establecido en las legislaciones civiles: la falta comprobada como base para comprometer la responsabilidad del agente, las teorías de las presunciones, del abuso de derecho y hasta la del riesgo creado. Y en el de la propiedad agregando a su sentido tradicional (*jus utendi, fruendi et abutendi*) las necesarias acomodaciones que la función social que a tal derecho es inherente, demandan en el juego de la economía actual.

Su papel podrá ser, pues, de creación interpretativa cuando del derecho positivo existente, ley y jurisprudencia, puede desprenderse la renovación del concepto. De creación originaria si el término ha alcanzado su absoluta caducidad.

A las hasta aquí enumeradas fuentes formales: ley, costumbre, jurisprudencia, etc., limita el Sr. Bonnecase su estudio de las fuentes secundarias. Se debe quizá esto a que el derecho estuvo en su mayor parte orientado a la solución de los conflictos que se presentaban entre los individuos que formaban una comunidad, cuando estos usaban la sociabilidad por ecuación y delimitación de que habla el tratadista ruso. Pero desde el dominio del derecho social, como antes vimos, se dispone de mayor número de procedimientos de constatación. Por eso, a las enunciadas con sentido puramente tradicional por el profesor bordelés, agrega M. Gurvitch, con mucha razón: las convenciones y actos reglas, la práctica de órganos distintos de los judiciales, las declaraciones sociales (prome-

sas, programas, etc), el reconocimiento de un nuevo estado de cosas por aquellos mismos a quienes perjudica, y el precedente.

Del último se conoce su importancia en la legislación inglesa donde existe a veces con el carácter de obligatorio, y en la que se halla definido como: "un ejemplo o caso anterior, que puede ser aceptado como ejemplo o regla para casos posteriores, o según el cual los actos o circunstancias similares pueden defenderse o justificarse". Pero su mayor importancia descuella en el campo del Derecho Internacional, puesto que es una de las formas más usadas para la elaboración de tal derecho por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Las promesas y programas sociales pueden ser la constatación de un hecho individual (el de un dirigente de gran prestigio) o de una élite que habla en nombre de la comunidad. El reconocimiento de un nuevo estado de cosas por aquéllos mismos que perjudica (el patrono que cede ante una huelga triunfante) constata un hecho normativo que no es otra cosa que el mismo desistimiento del perjudicado a ulteriores reclamaciones.

Son esas fuentes las que el tratadista ruso declara como las formales cuyo objeto es dar a conocer el derecho que él ha nominado de integración, por oposición al que nace de las relaciones de los particulares como meras entidades individuales dentro del conglomerado social. Su función se muestra especialmente en el campo del **derecho obrero**.

Todas ellas señalan, como lo anota uno de los grandes teóricos del derecho obrero: H. Sinzheimer, una progresión del derecho social, que pasa desde la forma jerarquizada, en que el obrero depende del patrón, por intermedio de la colectiva en que la noción es unilateral y en que a la fuerza representativa de la propiedad se opone la del trabajo, para llegar al "**derecho de la comunidad**" en que las partes no se contemplan como grupos aislados, sino "como miembros de un todo superpuesto a ellos y que los reúne en una voluntad única". En este derecho se va, en cuanto a su efectividad, desde la defensa contra él por parte del Estado, hasta la sujeción del mismo Estado, como ocurre por ejemplo en la Italia actual.

Con la pluralidad de fuentes se amplía, por lo que se ve, el campo del derecho y se hace mayor la esfera de la experiencia jurídica "Ella hace nacer —dice M. Gurvitch— toda la riqueza de la vida del derecho, elimina todo prejuicio dogmático y estático, al

abrir amplias perspectivas a una concepción puramente dinámica que podría servir de base filosófica común a la ciencia técnica del derecho (evitando así momificar sus conceptos) y a la sociología jurídica propiamente dicha".

— IV —

En el curso de este estudio se ha hecho en diversas ocasiones alusión a los hechos primarios, denominados por algunos hechos normativos, fuentes reales por otros, y que en la terminología introducida por el Sr. Geny, se acomodan al nombre francés de *donnés*, de dificultosa traducción castellana.

Representan ellos en nuestro estudio la causa material del derecho, en el sentido escolástico que antes indicamos, o mejor la parte genérica estrictamente hablando, pues, como se ha visto, las fuentes formales no son sino caminos de elaboración, *forma accidentalis*, como a cada paso lo aseguran los tratadistas. Encierra pues esta parte más importancia en la dilucidación del problema de las fuentes del derecho, como noción de fondo, y es la que a la postre conduce al estudio de aquél aspecto del asunto que desde un principio eludimos, porque nos parece que corresponde más a la filosofía del derecho que a una disciplina estrictamente jurídica.

Volvemos a eludir aquí el problema desde el punto de vista axiológico. No rehusamos el otro aspecto: el eficaz desenvolvimiento en el medio social de los hechos primarios. Es el aspecto pragmático de la justificación, no el idealístico el que se verá, entonces. Porque ya hemos dicho que si la valoración del hecho como fuente jurídica se eleva a una norma de idealidad con criterio ético, habrá trabajo para la filosofía del derecho. Y será de incumbencia de la ciencia del derecho si los hechos se estudian por su dinámica que realice valores positivos en el conjunto social.

Las fuentes reales se hallan constituidas por dos elementos: el uno de carácter experimental o real, en la significación diversa que este último término encierra: realidad sensible o realidad espiritualizada de la sociedad. El otro es un elemento racional, como que corresponde a una noción. Representan al primero las aspiraciones a la armonía social, bien nazcan de la naturaleza permanente del hombre, sea de los supuestos del medio social. El segundo es la noción del derecho.

El hombre según los datos de la sociología se comporta o ma-

neja en la vida siempre con miras a su perfeccionamiento. Sus comportamientos o acciones, el behaviour de las doctrinas americanas del norte, son realizaciones de lo que piensa o aspira. Sus sentimientos o pensamientos, lo que cree, se traducen en la vida real por gestos y acciones, lo que hace. Y al no obrar por obrar, puesto que su acción tiene siempre una consideración teleológica hacia la satisfacción de una necesidad, sus comportamientos afectarán diversas modalidades según las mismas necesidades que trate de llenar. Estas pueden ser económicas, políticas o místicas. Si trata de satisfacer las primeras, el hombre se coloca dentro del orden material, con tendencia hacia las cosas y su comportamiento para realizarlas se traducirá en industria o arte. Prestando un término al lenguaje de la economía se dirá —dice un sociólogo— que esos comportamientos constituyen la vida de producción. Cuando trata de llenar las segundas, el hombre va dentro del orden colectivo, hacia los otros hombres; constituyen sus acciones, en sentido lato, la vida de relación y se conocen como realización del idioma y el derecho. Al tratar de llenar las últimas, existe para él el orden religioso, con la mira puesta en los dioses; son sus comportamientos, lato sensu, la vida de adoración y su representación estará en la magia y en las religiones.

Para elaborar el derecho y las instituciones jurídicas como corresponde a parte de las necesidades de la segunda especie clasificada, el hombre se comporta en la vida social (lo que viene a ser casi pleonástico por el claro origen latino del verbo, que ya indica coexistencia de acciones, que mal puede suceder en el individuo aislado) del modo que mejor satisfaga sus aspiraciones o sus sentimientos. Tales comportamientos corresponden, en resumen, a los factores naturales e históricos de las fuentes primarias.

La causa material en las fuentes del derecho puede estar representada, según la clara exposición del decano de Nancy, por **supuestos (données) reales** o estrictamente **naturales**, que son las condiciones de hecho de la misma humanidad, con origen en la naturaleza física, la constitución y la fisiología del hombre, los factores geográficos: suelo, clima etc. por ejemplo; o en la naturaleza moral: aspiraciones religiosas, éticas etc.; y en las condiciones económicas, políticas o sociales, que puedan existir en el medio. Se agrega a estos supuestos la reglamentación que en el trascurso de la vida social hayan tenido, y nos encontramos, entonces, con los supuestos **históricos**. La reglamentación se ha debido verificar por los he-

chos que se han denominado antes fuentes formales. Si bien es verdad que los supuestos naturales no crean por si mismos las reglas jurídicas sin embargo las delinear y constituyen "su medio necesario". El supuesto histórico es a la vez "vago y universal en sus grandes líneas, preciso y particularizado en sus detalles y aunque sea el resultado de los otros supuestos, reales, nocionales, etc., siempre ocupa un lugar preponderante entre los elementos científicos del derecho positivo. Y finalmente, en lo que corresponde a la parte experimental de las fuentes del derecho, a estos dos supuestos se añade el **ideal**, o sea el conjunto de aspiraciones humanas que tiene por mira el progreso continuo del derecho positivo, consideraciones de orden físico, económico, social, moral o religioso, que, sin crear nuevos preceptos de conducta social, sugieren la dirección que debe seguirse, según la expresión del propio M. Geny.

La justificación de los hechos primarios o materiales, como fuentes del derecho, ha dicho un expositor, se encuentra en su propia existencia que realiza valores, porque "esta realización de valores positivos representa por si misma un valor importante desde el punto de vista del servicio que presta a la justicia".

Por lo que respecta al elemento generador racional de las reglas jurídicas ya hemos dicho que está constituido por la noción misma del derecho. Pero cuando se trata de determinar esta noción se tienen de nuevo los caracteres de un punto cuya trascendencia todos encomian, pero sobre cuya esencia no hay acuerdo. Indudable es que para todos existe un "principio superior regulador de las contingencias, que se encargan tanto de definir la armonía social como de señalar los medios de alcanzarla". Para unos será el producto de las conciencias individuales que presionadas por las necesidades del momento lo conciben como una forma o regla de terminada que a esas necesidades corresponda; o remediando los defectos que esta concepción pueda tener se le acomoda como la resultante de una conciencia social o colectiva; o como un supuesto inmediato de la conciencia, idéntico en todos los hombres e inherente a la naturaleza humana; en fin, como éstas, numerosas doctrinas con un sello especial acomodado al de una determinada corriente filosófica.

Este elemento constituye para el ya muchas veces nombrado M. Francois Geny lo que el llama en su terminología peculiar el supuesto racional (*donnée rationnel*) cuya necesidad resulta de la falta de eficacia de los antes enunciados: natural, histórico e i-

deal, que aún reunidos no alcanzan a dirigir "las voluntades razonables de los hombres que viven en sociedad". Por eso al lado de ellos se hace necesaria la presencia del supuesto racional "que contenga la dirección capital para mejor asegurar, en cuanto sea posible, la elaboración científica del derecho objetivo".

Se compone de las reglas de conducta que se desprenden de la naturaleza misma del hombre, revestidas de necesidad, universalidad e inmutabilidad. Para mejor entenderlo y asegurar a este supuesto su verdadero valor —dice el autor que seguimos— es necesario tener en cuenta que el está representado por aquéllos preceptos que la razón nos muestra "imperiosamente postulados por la naturaleza del hombre" sin que haya necesidad de extenderlo hasta los **desiderata** más refinados sugeridos por las aspiraciones menos claras, que bien pueden quedar comprendidas en el supuesto **ideal**.

Con este bosquejo bien podemos darnos cuenta del funcionamiento de la idea del derecho en el conjunto de las fuentes reales. Como ese pudiéramos traer muchos otros, lo que más bien nos resultaría un fílmico pasaje de subjetivismos encontrados, pues como bien dice M. Julien Bonnet: "Aquí las controversias surgen; las opiniones son tan diversas como apasionadas. Y hasta se ha llegado a negar la existencia misma de una noción de derecho en el verdadero sentido del término". Advirtiéndose de paso, que la fijación de la noción del derecho es sólo una parte del problema, a la que debe seguir la de su contenido y de su funcionamiento, lo que igualmente volverá a traer opiniones encontradas y controversias múltiples, cuyo único acuerdo estará, tal vez, en afirmar que la solución adecuada del problema implicará un positivo avance para la creación del derecho positivo.

— V —

Para terminar este estudio creemos de obligada necesidad un resumen sobre las dos escuelas que se presentaron en el campo del derecho privado, a raíz de la mayor o menor importancia de las fuentes jurídicas reales o formales, con supremacía casi absoluta de una de ellas en el curso del siglo pasado; con florecimiento de la otra en el presente, desde la aparición del programa de renovación y de las obras de M. Geny, en la última década del siglo XIX.

Se ha llamado a la primera, apropiadamente, Escuela de la exégesis. En ella enfilaron la mayoría de los civilistas del siglo decimonono. Su florecimiento fue en realidad un reflejo, fuera de la prestancia de los autores que a ella adhirieron, del rápido éxito del Código Napoleón; una necesaria consecuencia del prestigio que en Francia y en el extranjero adquirió en pocos días esta obra jurídica, en un principio más que por sus méritos intrínsecos, por la gloria de quien, sin ser un jurista, le dió el nombre.

La supremacía, o mejor exclusividad, de las fuentes formales puede decirse que es el resumen de la doctrina de esta escuela. Para los autores que la profesan el derecho está en la ley, todavía mejor, en el Código. Consecuencia de su ardor por el texto legal viene el reconocimiento del predominio de la intención legislativa, cuya búsqueda se convierte por esto —perdónesenos la irreverencia— en un, a veces, atrayente deporte. Encadenada necesariamente con esta veneración a la intención del legislador se tendrá otra característica de esta Escuela: el estatismo, cuando por lógica asociación se identifican legislador y Estado. Agregando a estas su profundo acatamiento al *magister dixit*, al argumento de autoridad, además de sus méritos de exposición e interpretación, puede decirse que se tienen las notas esenciales que informan la doctrina de la corriente exegetica.

Los métodos de que se acaba de hablar son: el exegetico, llamado también analítico, de donde toma nombre la escuela, y el sintético o científico. Por el primero la exposición del exégeta se limita no sólo al Código, sino al orden de los libros, títulos, capítulos y artículos del mismo. Por el científico, partiendo del supuesto de que el estudio de los datos sociales fue hecho por el legislador al expedir la ley, se expone sin sujeción al orden de las materias dentro del Código, por medio de un examen de las realidades sociales que bajo los textos se ocultan. Al lado de éstos se ha establecido un tercero que consiste en no seguir la exposición del Código sino hasta la división en capítulos, pero sin sujetarse a la ordenación numérica de los artículos. Como se ve no es más que una ligera variación del analítico.

Por este resumen de sus notas predominantes bien podemos darnos idea de su espíritu. Retrógrado y simplista lo califica M. Bonnecase, por limitar el derecho positivo a la ley y a la sola interpretación del legislador. Con la advertencia, por otro lado, de que la fijación de la intención legislativa es ya un problema que sus-

cita encontradas opiniones. Con la identificación de la ley con el derecho surge el desconocimiento de las fuentes reales y por tanto la conversión de esta Ciencia en arte puramente empírico. Y en cuanto a su método, de estrecho y deformador lo ha tachado el expositor antes citado.

No esperó la Escuela científica al pleno desarrollo de la Exegética para presentarse. Desde la tercera década decimonónica hubo gérmenes de ella. Pero su verdadero tiempo de acción empieza al final del siglo, como ya se dijo. Su base de doctrina esta en el reconocimiento, por sobre las fuentes formales, de esas realidades primarias o fuentes materiales como factores esenciales para el nacimiento del derecho. Las perspectivas abiertas en esta forma a la ciencia jurídica apenas si son de figurar. El creciente desarrollo de la estructura económica, los rápidos adelantos de los medios de transporte y comunicación, la aglomeración de mayor número de gentes en los centros urbanos, son factores que, unidos a otros muchos, complican cada día la vida social. A mayor complejidad lógicamente corresponde mayor número de necesidades algunas de urgente satisfacción. El comercio jurídico se hace cada vez más complicado. Las soluciones que los textos puedan aportar tienden necesariamente a agotarse. Y es entonces cuando se presenta el momento en que actúan oportunamente las fuentes reales y facultan al derecho para mayor radio de acción.

Un ejemplo solo bastará. En materia de transportes, cuando la expedición de los códigos que contemplan esta cuestión, apenas si se conocerían las experiencias arrojadas de los hermanos Montgolfier. Hoy la industria de transportes aéreos es más que una realidad. Y tan distantes están las reglas del código de las necesidades de esta industria, como el Yankee Clipper de los aerostatos de los hermanos franceses. Para una adecuada reglamentación se hace necesario algo más y distinto a una forzada analogía: se hace preciso la creación de la regla jurídica propia. Mejor dicho, su reconocimiento.

Como éste muchos otros. El señor Josserand habla en sus obras a menudo, compungidamente del "pobre peatón", el hombre de la calle, "paria de los tiempos nuevos". En su debilidad, y en la fortaleza de quien ha de atropellarlo encuentra la Ciencia del derecho base para protegerlo por medio de avanzadas teorías sobre la responsabilidad. La protección de los débiles actuales —el trabajador, el peatón y el cliente de las grandes compañías— por

el derecho, ideal porque tanto propugna el profesor de Lyon, encuentra una positiva ayuda en la base doctrinal de la Escuela científica: la realidad innegable, la efectividad genética de los hechos normativos. Si los débiles han partido, como dice este autor, a la conquista del derecho, hay que ayudarlos, para que puedan verificar el bello pensamiento de Thomas Mann: "El derecho es el amigo del débil; todo lo quiere allanar; si pudiese, allanaría el mundo...."

JORGE PARRA SUAREZ

BIBLIOGRAFIA.

Le Probleme des Sources du Droit Positif. — Annuaire de L' Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1934-1935.

Julien Bonnecase. — Introduction a l'etude du Droit. 1931.

James Brown Scott. — The Spanish Conception of international Law and of Sanctions. 1934.

Louis Josserand. — Evolutions et Actualités. Conférences de Droit Civil. 1936.

Dr. Ricardo Uribe Escobar. Conferencias de Sociología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. 1937.

Dr. Aquileo Calle. Apuntes sobre Derecho Internacional Público. Curso de 1938 y 1939.

George Gurvitch. — L'Idée du Droit Social. 1932.