

APUNTES PARA UN CURSO DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO

DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ

(Continuación)

CAPITULO IV

LA ESTRUCTURA LOGICA DE LA NORMA JURIDICA

1— *En qué consiste el problema.* Un pensamiento es la mención intencional de un objeto, la referencia que a éste hace la mente. De los pensamientos como tales se ocupa la Lógica y según la manera como ellos mientan su objeto, distingue cuatro tipos o categorías, a saber: imperativo, enunciativo, optativo e interrogativo. Indagar a cuál de ellos corresponde la norma jurídica, con lo cual se la ubica ya dentro de los objetos lógicos, es lo que nos proponemos en el presente capítulo.

2— *Breve explicación de esas nociones.* Los tipos de pensamientos a que hemos aludido se correlacionan con otras tantas clases de proposiciones que los expresan pero con las cuales no deben confundirse, pues ha de tenerse muy presente que mientras la lógica trabaja con conceptos, la gramática lo hace con palabras que son meros signos representativos. El concepto es el elemento lógico y el vocablo su forma de expresión.

El *pensamiento imperativo* o *prescriptivo* (de *prae* y *scribere*) es la mención anticipada de una conducta. Un producto mental que predice un comportamiento futuro como obligatorio. Se expresa, ordinariamente, en forma de orden o mandato. Por ejemplo: haz el bien, sé honesto.

El *pensamiento enunciativo* se distingue fácilmente del anterior pues no prescribe o manda sino que declara, esto es, afirma o niega el predicado de un sujeto. Ejemplo: La criatura es mortal, la planta no es sensitiva.

La enunciación es el mismo juicio, definido por Alejandro Pfänder (1) como "producto mental enunciativo" y por Francisco Romero (2) como "conexión enunciativa de conceptos". Bierling (3), a quien cita Schreier, dice con toda razón que "el juicio es siempre la expresión de un convencimiento o un saber acerca de algo, en tanto que el imperativo es, en todo caso, la expresión de una voluntad. De aquí que tenga pleno sentido preguntar si alguien quiere el contenido de un imperativo, y carezca de todo sentido inquirir si el imperativo es verdadero. Relativamente a éste, lo único que se puede preguntar es si el mismo corresponde a la voluntad del sujeto que lo formula".

Sobre las diferencias entre imperativo y juicio volveremos luego, en el curso de esta misma exposición.

En el *pensamiento optativo* va implícito un deseo o, mejor aún, una decisión. Esa es su manera peculiar de referir al objeto: decidiéndose, optando por él sin imposición alguna. En como quien dice, una invitación al objeto. Puede aducirse este ejemplo: estudiemos derecho.

Interrogar es inquirir, averiguar por algo. Es lo que hace el *pensamiento interrogativo*, que demanda una declaración acerca del objeto mentado. Exige que en alguna forma se de cuenta de él. Es un requerimiento, una incitación al juicio. Verbigracia: es el derecho una ciencia?

Los dos últimos tipos de pensamientos ninguna importancia tienen para nuestro propósito. Si los dos primeros, a cuyo alrededor han girado las especulaciones sobre la estructura lógica de la norma.

3— *Tres doctrinas sobre el punto en cuestión*: Vamos a compendiar en tres vertientes las teorías fundamentales elaboradas al res-

(1) Pfänder Alejandro: "Lógica", págs. 41 y ss., Ed. Espasa Calpe, S. A., Buenos Aires, 1940.

(2) Romero Francisco: "Lógica", págs. 49 y ss., Ed. Espasa Calpe, S. A., Buenos Aires, 1962.

(3) Bierling, citado por Schreier, ob. cit., pg. 56.

pecto. Las expondremos así: a) Imperativismo psicológico; b) la norma como juicio en el formalismo jurídico; c) imperativismo lógico.

a) La *dogmática jurídica tradicional* sostuvo sin la menor vacilación el carácter imperativo de la norma, asimilándola a una especie de mandato. Por eso se la llamó "doctrina imperativista" y tuvo sus más destacados exponentes en John Austin (4), representante de la Jurisprudencia Analítica Inglesa, Karl Binding (5) y Philipp Heck (6), juristas ambos de renombre. Pero el imperativismo de esta escuela tiene un marcado sabor psicologista que lo separa radicalmente del imperativismo lógico, tal como se explicará más adelante. De allí que esta última doctrina permanezca indemne ante los descabros de la escuela tradicional.

b) Contra esa concepción de la norma como mandato se sublevó *Hans Kelsen* (7), reprochándole su sentido eminentemente psicologista. Tal objeción encuadra rigurosamente dentro del sistema del maestro vienés, pues la finalidad que éste se propuso al formular su teoría pura fue, antes que nada, una reelaboración de los conceptos fundamentales del derecho a partir de postulados estrictamente jurídicos, eliminando aquellos elementos extraños (sociológicos, políticos, éticos y psicológicos) en cuya elucidación se había comprometido la dogmática tradicional, con la más absoluta carencia de sentido crítico y con grave menoscabo para la auténtica ciencia del derecho. (Sin negar, desde luego, el valor de tales conocimientos como auxiliares preciosos del jurista).

Austin, ya lo hemos insinuado en las líneas precedentes, concebía la norma jurídica como un verdadero mandato. Ese modo de pensar fue generalmente acogido en el siglo pasado y en los comienzos del presente, hasta que la teoría pura del derecho lo sometió a un severo enjuiciamiento.

Kelsen analiza el mandato como un acto de voluntad y distingue en él dos elementos esenciales: la prescripción propiamente tal, es decir, el acto de querer que se dirige a la conducta de otro (destinatario del mandato) y la forma como se expresa, que puede consistir en palabras o en cualesquier otros signos. Y para que subsista, se precisa la permanente concurrencia de esos dos elementos. Si en un momento dado uno de ellos falta, el mandato se desintegra. Así: si

(4) Austin John: citado por Del Vecchio, Ob. cit., pg. 237.

(5) Binding Karl: citado por Del Vecchio, Ob. cit., pg. 246.

(6) Heck Philipp: citado por Recaséns en la "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho", Ed. Fondo de Cultura, México, 1956.

(7) Kelsen: "Teoría General del Derecho y del Estado", pgs. 31 y ss., Ed. Imprenta Universitaria, México, 1950.

alguien me da una orden y muere antes que yo la cumpla, mi voluntad queda desvinculada pues el mandato carece ya de actualidad. Y esto aunque subsista su forma de expresión, pues bien pudo incorporarse a un escrito.

Además, es condición de obligatoriedad del mandato (para que pueda asimilarse a la regla de conducta), que provenga de persona autorizada (competente) para formularlo. De tal suerte —el ejemplo es de Kelsen— que si un adulto ordena a un niño, sobre el cual no ejerce ninguna potestad, que observe cierto comportamiento, el destinatario de esa supuesta orden no queda vinculado, así sea manifiesta la superioridad física del mandante. En cambio si el mandato procede del padre, será entonces obligatorio pues éste se encuentra facultado para regular la conducta de su hijo. De allí se desprende que si a la norma jurídica —que pretende validez— se la concibe como un mandato, debe decirse, con más propiedad, que es un *mandato autorizado*.

Luego subraya Kelsen que el acto de voluntad, en el campo jurídico, jamás tiene fuerza vinculatoria inmanente, arguyendo que en los casos del testamento o del contrato, en que parece tenerla, no es propiamente el acto de voluntad el que genera la obligación, sino la ley que les confiere su sanción.

A su turno, la ley no deriva su fuerza obligatoria del supuesto acto de voluntad que la crea. A este propósito examina Kelsen lo que se conoce como "voluntad del legislador", para ver de desentrañar si las leyes que éste formula son o no auténticos mandatos y de dónde derivan su carácter de obligatoriedad.

Todo acto de voluntad supone el conocimiento previo de aquello que se quiere. Ahora bien: la vida de la ley —si es que es un parlamento el encargado de crearla, como ocurre ordinariamente— depende de que la vote una mayoría de los miembros de la corporación, y no de que dicha mayoría la conozca y consecuentemente la quiera. La ley puede ser expedida válidamente sin que la conozcan ni quieran los legisladores, por la sola virtualidad del voto. Es esto lo que la hace surgir. Y a nadie se le ocurriría negar fuerza obligatoria a la norma así formulada, por esa sola circunstancia (no haber sido suficientemente conocida y querida por quienes la han votado).

Además, la ley se considera decisión de todo cuerpo legislativo, incluso de la minoría que la impugnó o al menos se negó a votarla, lo que revela que hablar de ella como mandato, como acto de voluntad, no pasa de ser una simple metáfora, ocasionada en la analogía que existe entre el mandato como hecho psicológico y la norma jurídica que prescribe una conducta. En efecto: es muy similar la situación

que genera una regla de derecho que me manda observar determinado comportamiento, a aquélla que se presenta cuando un individuo cualquiera desea cierta conducta de mi parte y así me lo expresa en forma de mandato. Pero en el primer caso no puede decirse, en rigor, que el comportamiento que se me exige sea *querido* por alguien, en el sentido estrictamente psicológico del término. La norma simplemente postula una obligación a mi cargo, haciendo abstracción de toda voluntad extraña.

De otro lado, si se imputa a la ley la esencia del mandato psicológico, dejará de existir, y por ende de obligar, en el momento en que aquellos que participaron en su formulación hayan dejado de quererla o ya no existan, pues faltará actualidad al mandato.

Para Kelsen, la ley existe y obliga por el hecho de haber completado con éxito el proceso legislativo y es esto lo que constata el jurista cuando quiere establecer la validez de una norma, sin detenerse a examinar la vigencia actualizada de ciertos fenómenos psicológicos. Además, si se considera la ley como un mandato del legislador, no es posible aplicarla a otras situaciones que a las previstas por aquél, pues de otro modo se excederían los términos del mandato.

Es sabido también que en ocasiones la costumbre tiene fuerza vinculante en derecho. Y resultaría notoriamente forzado asimilar a un mandato la conducta repetida que cobra con el tiempo obligatoriedad jurídica.

Finalmente, relacionando los modos de creación de las normas jurídicas con los sistemas políticos, el maestro vienés formula al imperativismo una objeción aguda e ingeniosa que puede presentarse así: la característica más saliente de la democracia es la creación de las leyes por los propios destinatarios (bien de modo directo o a través de representantes); y como resulta incompatible con la naturaleza del mandato la identidad entre el sujeto que manda y aquél a quien se manda, sería preciso concluir que las normas creadas por procedimientos democráticos no son verdaderos mandatos.

De esa manera, la teoría pura rechaza el imperativismo en cuanto atribuye a la norma de derecho la misma esencia del mandato psicológico. Y su crítica, a ese modo de enjuiciar el problema, es sólida y plenamente justificada.

La norma jurídica como juicio. A la doctrina censurada (imperativismo psicológico) opuso Kelsen la concepción de la norma como juicio. En varias de sus obras más significativas (Teoría General del

Estado (8), Teoría Pura del Derecho (9), La Idea del Derecho Natural y otros ensayos (10) sostuvo el ilustre maestro que la norma jurídica es un *juicio hipotético* que enlaza un hecho condicionante a un acto coactivo, mediante el deber ser como cópula.

Para un mejor entendimiento de la tesis kelseniana, vale la pena que nos detengamos brevemente, a modo de recordación, en lo que es la operación lógica llamada juicio.

Ya vimos al mencionar los diversos tipos de pensamientos categorizados por la lógica desde tiempo atrás, que el juicio es pensamiento enunciativo y que por tanto podemos definirlo, con Francisco Romero, como una "*conexión enunciativa de conceptos*". Vamos a hacer un poco más explícita esa noción.

El concepto es el elemento lógico, la manera más simple de mentar un objeto. Se expresa mediante la palabra, mientras el juicio —que es ya estructura lógica— se vierte gramaticalmente en la proposición. En el juicio hallamos tres conceptos recíprocamente vinculados: concepto sujeto, concepto predicado y concepto cópula.

El *concepto sujeto* representa en el juicio el objeto a que éste se refiere. Sobre él recae la enunciación y se acostumbra designarlo con la letra *S*. Ahora: lo que se enuncia (afirma o niega) del concepto sujeto, es el *concepto predicado*. Este representa en el juicio aquello que se dice del sujeto y se le designa con la letra *P*. Pero esos dos conceptos por sí solos se revelan inidóneos para integrar un juicio. Para hacerlo tienen que relacionarse, conectarse, y no de cualquier modo sino enunciativamente. Pues bien: esa doble función, relacionante y enunciativa, la cumple el concepto cópula, que imputa el predicado al sujeto, afirmando o negando. Universalmente se le nombra con la palabra *es*. Luego el juicio puede expresarse mediante la siguiente fórmula: *S es P*.

Sujeto y predicado son conceptos objetivos, como que se refieren a cosas, cualidades, situaciones, objetos. En cambio la cópula pertenece a la categoría de conceptos llamados funcionales o relacionantes, pues su oficio consiste en relacionar o conectar (enunciativamente) los conceptos objetivos llamados sujeto y predicado. La función que desempeña en el juicio cada concepto nos descubre, pues, su naturaleza.

(8) Kelsen: "Teoría General del Estado", Editora Nacional, México, 1959.

(9) Kelsen: "Teoría Pura del Derecho" Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1960.

(10) Kelsen: "La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos", Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1946.

Pero dijimos atrás que Kelsen concibe la norma como un juicio hipotético. Veamos rápidamente qué significa tal expresión.

En todo juicio hay que distinguir una cantidad, una cualidad, una relación y una modalidad. Estos términos expresan maneras de ser del juicio y contienen todas las operaciones que con él son posibles. Cada uno de esos conceptos determina una división fundamental de los juicios. Sólo hablaremos de la relación, que es la que interesa a nuestro propósito. Para lo demás, remitimos a los textos de lógica (Pfänder y Romero, especialmente).

La *relación* alude a la manera como se vincula el concepto predicado al concepto sujeto al formularse la enunciación. Conforme a esa noción, se distinguen tres clases de juicios: categóricos, hipotéticos, y disyuntivos.

Juicio categórico es el que enuncia el predicado del sujeto sin supeditar la enunciación a condición alguna. Por ejemplo: el derecho es una ciencia normativa; la justicia es un valor.

Juicio hipotético es el que imputa el predicado al sujeto condicionalmente, esto es, hace pender la imputación del cumplimiento de una condición. Ejemplos: las leyes colombianas son eficaces si los jueces las aplican correctamente; si Julio estudia derecho llegará a ser un buen abogado. En el primer ejemplo no se afirma, sin más, la eficacia de las leyes colombianas, sino en caso de ser correctamente aplicadas por los jueces. Y en el segundo, sólo se dice de Julio que será un buen abogado, si estudia derecho. Es lo típico del juicio hipotético: que el predicado sólo conviene al sujeto en caso de que se cumpla la condición expresada.

Es éste el tipo de juicio que más nos importa porque es en él donde ha encuadrado Kelsen la norma jurídica.

Juicio disyuntivo es aquel juicio condicionado dentro de la predicación. Hay en él dos o más predicados que se excluyen mutuamente porque sólo uno de ellos conviene al sujeto. Ejemplo: "un objeto real es físico, biológico o psíquico".

Cabe anotar, de pasada, que un destacado jusfilósofo americano —Carlos Cossio (11)— coincide con Kelsen en lo que dice relación a la esencia judicativa de la norma, pero no le atribuye la estructura del juicio hipotético sino la del disyuntivo. No examinaremos aquí tan original postura, pues ello implicaría una amplia elucidación de ciertos conceptos como endonorma y perinorma, que nos haría extender excesivamente y rebasaría los términos de este enfoque panorá-

(11) Cossio: "La Plenitud del orden jurídico", págs. 78 y ss., Ed. Losada, Buenos Aires, 1939.

mico. Además, para nuestro propósito, es lo esencial exponer la doctrina genérica de la norma como juicio, apelando a su elaboración más acabada que es, a no dudar, la de Kelsen.

Retomando el hilo de la exposición, tenemos: característica inmanente a todo juicio en su irrevocable pretensión de verdad, que se da con entera independencia del sujeto que lo formula y está, por tanto, vacía de todo contenido psicológico. Así, si yo digo: "el hombre es racional", puedo estar íntimamente convencido de otra cosa y sin embargo el juicio lleva en sí pretensión de verdad. Equivale a esto: "es cierto que el hombre es racional"; o a esto otro: "el hombre sí es racional".

Ahora: a pesar de esa pretensión de verdad ínsita a todo juicio, éste puede no ser verdadero por no acomodarse al sujeto el predicado que se le atribuye. Verbigracia: el hombre es inmortal. Como el predicado inmortal no se adecúa al sujeto hombre, el juicio no contiene verdad. Por eso, sólo del juicio puede decirse que es verdadero o falso. Porque sólo él afirma o niega (enuncia) y únicamente allí han de buscarse la verdad o el error.

Las nociones que venimos de exponer parecen totalmente desligadas del tema inicialmente propuesto, pero ciertamente guardan con él una estrecha relación, como luego se verá. En efecto: Kelsen concibe la norma jurídica como un juicio, ubicándola entonces dentro del pensamiento enunciativo. Y atendiendo a la manera como en ella se relacionan sujeto y predicado, la caracteriza como juicio hipotético, pues la imputación se hace condicionada a la ocurrencia del supuesto. Pero como además la norma jurídica pertenece al campo del deber ser y no a la esfera del ser, la cópula está expresada no por la palabra *es* sino por la expresión *debe ser*.

Allí radica, justamente, la diferencia lógica entre las ciencias causales y las ciencias normativas. Mientras las primeras se expresan en juicios de *ser*, las segundas lo hacen en juicios de *deber ser*. Quizá el más grave error de la ciencia jurídica tradicional ha consistido, para Kelsen, en la aplicación de la lógica del ser a su objeto de investigación (el derecho). Y precisamente al maestro de Viena se le considera el padre de la (moderna) lógica jurídica.

La norma jurídica kelseniana queda expresada en la fórmula *Si A es, debe ser B*. El hecho condicionante A, consiste en una cierta conducta humana u otro fenómeno ligado a ella, que es el supuesto del acto coactivo B. O al revés: B es la sanción que debe seguir a la realización del supuesto A. Como quien dice: si alguien se apodera de un bien ajeno (A), *debe ser* reducido a prisión (B).

La norma en cuestión caracteriza por lo menos la conducta de dos personas: la de aquella contra quien se dirige el acto coactivo y la de aquella otra que debe ejercitarlo, lo que supone ya la existencia de un aparato de coacción inmanente a todo ordenamiento jurídico, y que lo distingue de modo tajante del ordenamiento moral.

De ese modo Kelsen despoja a la norma de su carácter de mandato, y la presenta como un juicio. Le niega su esencia prescriptiva, inmutándola en simple enunciación.

c) *Réplica a Kelsen — La norma como pensamiento imperativo.* Debemos entonces examinar si es legítimo, desde el punto de vista lógico, acomodar la norma dentro de la estructura judicial.

El juicio, como pensamiento enunciativo que es, expresa un conocimiento. Interpreta un objeto (el sujeto del juicio) y formula tal interpretación con pretensión de verdad. Por eso tiene pleno sentido calificarlo de verdadero o falso en la medida en que alcance su propósito o falle en él. Por medio del juicio conocemos, es decir, sabemos algo de un objeto. Su función es, pues, esencialmente cognoscitiva.

Muy otro es el sentido del acto de autoridad que crea la norma jurídica. Su función no consiste ya en constatar un hecho sino en provocar una conducta. Vimos atrás, al deslindar el derecho de otros ordenamientos normativos, que su finalidad consiste en reglar el comportamiento intersubjetivo imponiendo obligaciones y atribuyendo facultades, lo que es esencialmente distinto de enunciar.

Quien enuncia, afirma o niega la adecuación del predicado al sujeto —constata algo—, sin el menor afán impositivo, como que la imposición es absolutamente contraria a la naturaleza del juicio. En cambio es inmanente a la norma. Un ejemplo ilustrará mejor la tesis que sustentamos. La norma que prescribe: "Respetar el dominio ajeno", no registra un hecho (como lo hace el juicio) sino que exige una conducta del destinatario, imponiéndosela como obligatoria. No tendría sentido entonces preguntar si el contenido de esa norma, o de otra cualquiera, es verdadero o falso. Sólo cabría inquirir si la conducta prescrita es justa o injusta, valiosa o disvaliosa. Y justamente allí se revela con toda claridad la diferencia entre el juicio y la norma, pues mientras aquél —ya lo anotamos— lleva implícita una pretensión de verdad, lo que ésta pretende es validez, esto es, obligatoriedad, por hallarse fundada en un valor que debe ser realizado en el comportamiento interferido (si es que se trata de una norma jurídica).

Quiere significarse con todo lo anterior que las normas de derecho creadas y aplicadas por las autoridades competentes no pueden ser interpretadas como el producto de un acto de conocimiento, sino com el resultado de un acto de voluntad.

Insinuamos ya en otro lugar que los reparos formulados por Kelsen a la teoría imperativista se justifican plenamente en cuanto se concibe la norma como mandato, como imperativo psicológico, pero no en cuanto se la concibe como pensamiento imperativo. Y es que entre uno y otro median diferencias fundamentales. Así como el juicio, repitámoslo una vez más, lleva en sí una irrenunciable pretensión de verdad, desligada por completo de la persona que lo enuncia (quien puede adherir o no a su contenido), de igual manera el pensamiento imperativo prescribe con pretensiones de validez (fuerza vinculatoria) independientemente de las motivaciones de quien lo formula. Es decir que juicio y norma, una vez postulados, se objetivan, o sea, "existen" desvinculados de quien los postula, con sus respectivas pretensiones intrínsecas de verdad y obligatoriedad, y no necesitan de un conocimiento o una voluntad que los mantenga.

Relacionando lo que se viene de exponer con las objeciones hechas por Kelsen a la "voluntad del legislador", se tiene: aún cuando éste (que puede ser un individuo o una pluralidad de individuos) no haya conocido ni querido la norma formulada, una vez que ésta ha cumplido el proceso legislativo, vale como *pensamiento imperativo objetivado* y esa validez no es siquiera cuestionable. Para lo que sí requiere de un conocimiento y una voluntad es para su vigencia. Porque la norma puede ser válida y sin embargo no cumplirse ni aplicarse, hasta que en un momento dado surja la voluntad imperativa que la actualice y le otorgue vigencia. Y no por ubicar el precepto jurídico dentro del pensamiento imperativo ha de perder el derecho su "debe ser" en el sentido formalista kelseniano. Se hablará entonces de ese "deber ser" como lo que está prescrito y debe cumplirse.

El propio Kelsen, con su gran perspicacia y su espíritu científico en permanente evolución, ha enmendado la posición inicial y así, en un ciclo de conferencias pronunciadas en la Universidad de Buenos Aires en 1.949 (12), admitió que la función de la norma jurídica es mandar, prescribir una conducta, pero que de tal prescripción o mandato debe vaciarse todo contenido psicológico. Convino, para usar su propia expresión, en que la norma de derecho es un *mandato despsi-*

(12) Kelsen: Cossio: "Problemas escogidos de la Teoría pura", pgs. 33 y ss., Ed. Guillermo Kroft, Buenos Aires, 1952.

cologizado" y que muy bien puede el legislador expresarla bajo la forma gramatical del imperativo.

Mantuvo, eso sí, su teoría del juicio hipotético para las "reglas de derecho" que él distingue muy cuidadosamente de las "normas", en base a que éstas son puestas por el legislador para conformar la conducta de los asociados, mientras que aquéllas son elaboradas por el jurista, en su tarea esencialmente cognoscitiva. Su finalidad es describir la ciencia jurídica. Así, ejemplifica Kelsen, si un abogado absolviendo la consulta de un automovilista le responde: "si usted no obedece al agente de policía, el tribunal debe imponerle una multa", no ha formulado una norma de derecho puesto que no tiene competencia para hacerlo. Simplemente, ha enunciado una regla que puede reproducir bien o mal lo que al respecto disponga el ordenamiento jurídico. Y en esse sentido sí puede decirse que el abogado en cuestión ha formulado un juicio que, como tal, puede ser verdadero o falso.

CAPITULO V

LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1— *Definición.* En los capítulos anteriores hemos hecho reiterada alusión a la norma jurídica, es decir, al derecho en sentido objetivo. Se suscita ahora esta cuestión: cómo se establecen esas normas, integrantes del ordenamiento positivo? Qué formas exteriores revisten y cómo es posible reconocerlas?

El problema que se plantea es el de las fuentes formales del derecho. Porque la coercibilidad de las normas sólo es viable y legítima cuando éstas se acomodan a ciertas exigencias de forma que las sigan como "jurídicas". Es entonces rigurosa la definición de Julián Bonnescase (1) al postular que las fuentes formales son "las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior (preferentemente exterior, sería más preciso), para imponerse socialmente en virtud de la potencia coercitiva del derecho". Y la de Eduardo García Maynez, (2) que no por simple es menos comprensiva: "son los procesos de creación de las normas jurídicas".

(1) Bonnescase: "Introducción al estudio del Derecho", pg. 131, Ed. José María Cajicá Jr., Puebla, México.

(2) García Maynez: Ob. cit., pg. 51.

2— Otros sentidos de la palabra fuente en la teoría del derecho. Además de las fuentes formales, cuya noción hemos dado en la parte anterior, se distinguen en la doctrina jurídica las fuentes reales o materiales y las fuentes históricas. Por las primeras hay que entender todos aquellos hechos y situaciones sociales que dan lugar a la regulación jurídica, determinando el contenido de la norma. Ahora bien: como esos hechos y situaciones varían de un Estado a otro de acuerdo a las peculiares circunstancias históricas y culturales, étnicas y aún geográficas de cada uno, se explican fácilmente las diferencias normativas e institucionales que existen entre los ordenamientos de los distintos Estados, y aún entre los ordenamientos de un mismo Estado en diversos períodos de su historia.

De otro lado, la mayor o menor eficacia de una norma puede explicarse por el grado en que ella consulte las situaciones de hecho que constituyen su fuente real. De allí la inoperancia de ciertos estatutos jurídicos elaborados con gran técnica y a tono con las más avanzadas doctrinas, pero desligados por completo del medio social que pretenden conformar. Lo que demuestra, por contera, que al jurista y al legislador no les basta una gran versación en la ciencia del derecho, sino que a menudo deben recurrir a disciplinas extrajurídicas como la historia y la sociología, para que su labor no sea vana. La consulta a las fuentes reales ha sido, justamente, el *leit-motiv* de importantes movimientos jurídicos como el historicismo en el siglo pasado y la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound en el presente.

Las fuentes históricas son los textos o documentos que contienen (objetivado) el derecho que ha dejado de regir o el derecho extranjero vigente. Son testimonio de una cultura jurídica que con ellos se prolonga en el tiempo. Por tanto, a su valor científico permanente suman el valor histórico. Con frecuencia marcan la pauta en la elaboración de nuevas formas y señalan derroteros institucionales en ocasiones adecuados y a veces también anacrónicos. Como fuentes históricas de derecho pueden citarse: el Código de Hammurabi, las Leyes de Manú, el Digesto y el Código Napoleónico.

Pasamos, ahora sí, al estudio de las fuentes formales, tema central de este capítulo. Trataremos de la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

3— La Legislación. Aunque históricamente no es la primera fuente formal del derecho, la estudiaremos en primer término dada su indiscutible preponderancia en los Estados —como el nuestro— en donde impera el derecho legislado.

Consecuente con su concepción de las fuentes formales como "procesos de creación de las normas jurídicas", anota García Maynez (3) que resulta impropio hablar de la ley como fuente del derecho, puesto que ella es el resultado del proceso legislativo, y no el proceso mismo que viene a ser la verdadera fuente. Nos parece que el jurista mejicano está en lo cierto. Sin embargo, aquí nos referiremos a los dos fenómenos, es decir, al proceso de creación o fase dinámica legislativa y a la ley como resultado de ese proceso, pero preferentemente al primero.

Asumiendo una perspectiva formalista, puede definirse la ley como toda prescripción de carácter general que formula el Estado, con observancia de ciertas ritualidades pre-establecidas. Justamente, tales ritualidades o formalismos constituyen el proceso legislativo.

El código civil colombiano en su art. 4º da esta definición: "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

Preferimos la nuestra a la del código, pues ésta se resiente de un cierto imperativismo de tipo psicológico que ya hemos criticado e involucra además —innecesariamente— ingredientes de discordia, como la soberanía del legislador que con muy buenas razones se pone hoy en tela de juicio.

Además, al enunciar los "caracteres de la ley", el art. 4º no hace otra cosa que establecer una división inesencial de las normas jurídicas, según la cual éstas pueden ser: prescriptivas, prohibitivas, permisivas o punitivas, cuando es lo cierto que toda norma prohibitiva, si es auténticamente jurídica, debe establecer a la vez una sanción (punicción) para quien la contraríe, y que toda norma de derecho que permite o faculta, mirada de contraluz contiene una prohibición, lo que expresamos la afirmar que tiene estructura imperativo-atributiva.

García Maynez (4) concibe la legislación como "el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes". Y distingue dentro de ese proceso las siguientes etapas o fases esenciales: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

Jalonado de esa manera vamos a estudiar el proceso legislativo siguiendo el modelo del derecho colombiano, cuyas normas regulado-

(3) *Ibidem*, pg. 52.

(4) *Ibidem*, pg. 52

ras de la formación de leyes se hallan contenidas en el Título VII de la Constitución Nacional, artículos 79 a 92, inclusive. En lo que dice relación a la vigencia, se encuentran reglas especiales en los artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, y 204 y 205 de la Constitución.

Aunque en Colombia rige el principio de separación de los órganos del poder público —que se estudia ampliamente en el curso de derecho constitucional— anticipamos desde ahora que en la formación de las leyes participan ordinariamente los órganos legislativo y ejecutivo (“ramas”, dice la Constitución) y eventualmente el judicial, ejerciendo cada uno funciones esencialmente distintas y cumpliendo de ese modo el postulado que consagra la Carta Fundamental en su artículo 55: “El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

Por lo demás, esta concurrencia de los órganos del Estado en la formación de las leyes es común a casi todas las legislaciones. Estudiemos ahora las fases del proceso legislativo:

A) Iniciativa. Es la facultad de presentar proyectos de ley al órgano encargado de la función legislativa. Es, pues, el primero de los actos que eslabonados integran el proceso legislativo. En Colombia el órgano encargado de legislar está constituido por dos Cámaras —de representantes y senadores— o sea, rige el sistema bicameral.

Como regla general, el proceso legislativo puede iniciarse en cualquiera de las dos Cámaras. Pero de ese principio se exceptúan las leyes sobre contribuciones y las orgánicas del Ministerio Público, que siempre deben originarse en la Cámara de Representantes. Y el proyecto de ley del Presupuesto de Rentas y Gastos que debe ser enviado a la misma corporación por el ejecutivo, en los primeros días de las sesiones ordinarias. (arts. 79, 80 y 208 de la C. N.).

Esas excepciones se han fundamentado, de una parte, en el hecho de ejercer la Cámara de Representantes ciertas funciones fiscales (acusar ante el Senado a funcionarios de alta jerarquía) y de otra, en su origen más auténticamente popular (“no hay imposición sin representación”, dice el aforismo), pues hasta 1.945 la elección de senadores era de segundo grado. Hoy, cuando ambas Cámaras se integran por elección directa del voto del pueblo, las excepciones de que venimos hablando carecen de toda justificación.

En Colombia tienen iniciativa legislativa: 1º Los senadores y representantes, es decir, los miembros del Congreso; 2º El Gobierno

(órgano ejecutivo) por medio de los Ministros del Despacho. Ninguna persona distinta de las enumeradas tiene tal facultad. Ni siquiera los Consejeros de Estado, a quienes incumbe preparar proyectos de leyes y de códigos y proponer reformas legislativas (art. 141 de la C. N.), pues en esos casos deben limitarse a someter el proyecto a consideración de la respectiva Cámara por medio del Gobierno o enviarlo a la comisión respectiva para que lo adopte, y a participar en los debates (art. 84 ibídem), sin derecho a voto y sin hacer de ponentes.

B) Discusión. En esta segunda fase, las personas que intervienen en la formación de las leyes deliberan, esto es, aducen y examinan las razones determinantes de la aprobación o improbación de un proyecto. Conforme al sistema de legislación imperante en Colombia, para que un proyecto llegue a ser ley debe sufrir cuatro debates —y ser aprobado en todos ellos—, así: 1º Debe ser discutido en la respectiva comisión permanente de la Cámara en que tuvo origen, de acuerdo con la materia que pretenda regular. En ambas Cámaras existen comisiones permanentes encargadas de dar el primer debate a los proyectos presentados, teniendo en cuenta la materia de que tratan (art. 79 de la C. N.). Tales comisiones permanentes son integradas por las propias corporaciones legislativas, tratando en lo posible de que cada uno de sus miembros forme en la comisión que va a discutir asuntos de su especialidad.

2º Concluido el debate en la comisión respectiva de la Cámara de Origen, si fue aprobado el proyecto, se pasa a debatirlo por la Cámara en pleno.

3º y 4º Aprobado por ésta se pasa a la Cámara revisora donde es sometido a idéntico proceso, es decir, primero se discute en la comisión correspondiente y luego en sesión plenaria de la corporación.

Para abrir sus sesiones y deliberar requieren las Cámaras la asistencia por lo menos de una tercera parte de sus miembros, según exigencia del artículo 70 de la Constitución Nacional. Es el llamado quorum de deliberación. Para decidir, en cambio, se precisa el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros presentes siempre que éstos representen al menos la mitad más uno de los integrantes de la respectiva Cámara o comisión (quorum de decisión).

Cabe anotar que en el sistema colombiano algunos proyectos de ley antes de ser discutidos en primer debate deben ser adoptados por la comisión correspondiente a menos que sean presentados por los Ministros del Despacho. La adopción consiste en una aprobación global que se le imparte al proyecto, antes de someterlo a primer debate,



sin examinar detenidamente, una por una, las disposiciones que contiene. La adopción y la discusión en primer debate deben cumplirse en días distintos (art. 81 de la C. N.).

El art. 76 de la Constitución en sus ordinales 2º, 3º, 4º y 5º enumera los proyectos de ley que deben ser adoptados. Son los siguientes: a) expedición de códigos, o esa, de leyes relativas a una fase total del ordenamiento; b) disposiciones relativas a la formación del presupuesto nacional; c) los que se refieren a planes y programas a que deba someterse el fomento de la economía nacional y planes de obras públicas que deban emprenderse o continuarse y d) los que versen sobre modificación de la división territorial del Estado colombiano o fijen bases y condiciones para la creación de Municipios, por las Asambleas Departamentales.

C) *Aprobación.* Como resultado lógico de la deliberación surge la aceptación o rechazo del proyecto. Cuando la mayoría de los legisladores (en la proporción que la constitución determina) lo acepta, se dice que ha sido aprobado.

El proyecto de ley debe ser aprobado en cada uno de los debates a que hemos hecho referencia, para que se convierta en ley. En principio, la Carta Fundamental sólo exige para la aprobación —tanto en la comisión como en la Cámara en pleno— el voto favorable de la mayoría absoluta, entendiendo por tal la mitad más uno de los asistentes, habiendo quorum. Así: si la Cámara está integrada por 60 miembros puede sesionar con 31; y de esos 31 deben votar afirmativamente el proyecto 16, que constituyen la mayoría absoluta.

Pero de la regla anterior hay que excluir algunos proyectos que requieren para llegar a ser ley, la aprobación por mayoría absoluta de votos de los miembros que componen la respectiva comisión y la Cámara misma. Tales son los que ya enumeramos atrás, es decir, aquellos que antes de ser controvertidos en el primer debate deben ser adoptados.

Todo eso dentro del régimen constitucional normal, pues en virtud de la constitución plebiscitaria aprobada por los colombianos el primero de diciembre de 1.957, quedó subplantada la mayoría absoluta (mitad más uno) por "los dos tercios de los votos", en las corporaciones públicas de elección popular. No obstante, se facultó al congreso (así se denominan las dos Cámaras consideradas conjuntamente) para señalar, mediante ley votada por las dos terceras partes de los miembros de una y otra Cámara y por períodos no mayores de dos años, "las materias respecto de las cuales bastará la aprobación de

la simple mayoría absoluta". Lo estatuido por el plebiscito regirá hasta el año de 1.974.

D) Sanción constitucional. Es un acto en virtud del cual el gobierno refrenda y convierte en ley, el proyecto que ha sido aprobado por las Cámaras Legislativas. En Colombia, incumbe esa función al Presidente de la República, quien a la vez ordena que la nueva ley, sea publicada. En esta etapa se revela claramente, otra vez, la participación del órgano ejecutivo en la integración del proceso legislativo.

Sin embargo, el Presidente puede negar su sanción a un proyecto de ley y devolverlo con objeciones a la Cámara de origen, para lo cual dispone de ciertos términos.

Las objeciones se tramitan de manera diferente según se funden en motivos/de inconveniencia/ o de inconstitucionalidad.

En caso de ocurrir lo primero (el Gobierno considera que el proyecto de ley es inconveniente, verbigracia, por implicar una erogación demasiado gravosa para el fisco), corresponde al legislativo decir la última palabra; pues si las Cámaras, por la mayoría de votos necesaria para aprobar el respectivo proyecto, rechazan las objeciones, el Presidente de la República debe sancionar el proyecto, y si se niega a hacerlo, lo hace por él el Presidente del Congreso, que lo es el del Senado. Mas si el Congreso conviene en las objeciones formuladas por el Presidente, el proyecto se archiva.

Si las objeciones presidenciales se asientan en razones de inconstitucionalidad (ser el acto legislativo violatorio de la Ley Fundamental) y devuelto el proyecto de ley al Congreso éste las acoge, se ordena archivar tal proyecto. Pero si el órgano legislativo disiente del criterio presidencial, hace entonces de árbitro la Corte Suprema de Justicia, cabeza del órgano jurisdiccional. Si ésta apoya la tesis del ejecutivo, el proyecto se archiva. Pero si tercia en favor de las Cámaras, vuelve al Presidente de la República para que lo sancione y si éste continúa renuente, le imparte sanción el Presidente del Congreso. En este evento, se hace patente la intervención del órgano jurisdiccional en el proceso de legislación.

Las objeciones al proyecto de ley, sean de inconstitucionalidad o de inconveniencia los motivos invocados, pueden ser totales (a todo el proyecto) o parciales (a una o más partes). En el primer caso el proyecto es devuelto a segundo debate en cada una de las Cámaras, empezando por la de origen. Mas si las objeciones son parciales, el proyecto debe someterse nuevamente a los cuatro debates de que he-

mos hablado, comenzando por la comisión correspondiente de la Cámara de origen. Esto, que parece un tanto paradójico, se explica porque en el segundo debate no pueden introducirse modificaciones o adiciones al proyecto. Estas, sólo pueden hacerse en el seno de las comisiones (arts. 81, 85, 86, 88 a 90; 118 ordinal 7º; 134 inciso 1º de la C. N.).

E) Publicación o promulgación. Consiste en dar a conocer a sus destinatarios la ley ya sancionada. En Colombia se cumple esta exigencia, insertando todo el acto legislativo en el Diario Oficial.

La promulgación de la ley debe ordenarse por quien la sancionó, bien sea el Presidente de la República o el del Congreso (arts. 85, 89, 120 ordinal 2º de la C. N.). Si es tan extensa que no pueda ser publicada en un solo número del periódico oficial, sólo se entiende promulgada en la fecha del diario en que acabe de publicarse.

La promulgación es fase importantísima del proceso legislativo, pero no condicionante de la vigencia en nuestro sistema aunque resulta notoriamente inconveniente que una ley entre en vigencia sin haberse dado al conocimiento de los obligados. De hecho, muchas personas jamás la conocen pero el Estado debe, al menos, posibilitar ese conocimiento antes de exigir su observancia.

F) Iniciación de la vigencia. Promulgada la ley, viene luego su vigencia, vale decir, su obligatoriedad. Es el momento en que la ley se incorpora, de modo efectivo, al ordenamiento jurídico nacional. No obstante, por regla general, la vigencia no empieza inmediatamente después de la promulgación. Entre una y otra, media casi siempre un lapso en que la ley no rige a pesar de haber superado con éxito todas las fases de la legislación. Es una especie de término que el legislador concede a los destinatarios, para que conozcan la ley y se pongan en condiciones de cumplirla.

Ese intervalo que separa la etapa culminante del proceso legislativo, de la iniciación de la vigencia, se denomina "*vacatio legis*".

Una ley puede entrar en vigencia de dos modos: sucesivo o sincrónico. Se da el primero, cuando no se proyecta de una vez sobre todo su ámbito de validez espacial (territorio del Estado) sino que empieza a regir paulatinamente, primero en los territorios más próximos al lugar donde se promulga, y luego en los más alejados. Por ejemplo: entra a regir tres días después de su promulgación en el lugar donde ésta se cumple, y en los demás territorios se agrega a ese término un día más por cada treinta kilómetros. Este sistema corresponde a una etapa de escaso desarrollo, de marcada deficiencia

en los medios de difusión y de comunicación, y pierde terreno en la medida en que éstos progresan. Ofrece serios inconvenientes, como que en un momento dado puede no saberse con certeza si una ley está o no vigente en un determinado lugar. Por este aspecto, genera inseguridad.

Se da el modo o sistema sincrónico cuando la ley entra a regir simultáneamente en todo el territorio del Estado. Resulta este sistema incomparablemente más seguro que el anterior, pero supone un estado de adelanto en los medios de difusión y de comunicación.

En Colombia se ha estatuido una regla general: la ley comienza a regir dos meses después de su promulgación, en todo el territorio Nacional (art. 52 del C. P. y M.) o sea: se ha optado por el sistema sincrónico, pero estableciendo una vacatio legis suficientemente amplia como para que durante ella la ley pueda ser conocida aun en los territorios más alejados de la capital.

Pero esa regla tiene sus excepciones, consagradas unas en el Código Político y Municipal y otras en la propia Constitución.

Las que consagra el código son estas: 1ª si la misma ley señala el día en que ha de comenzar su vigencia o autoriza al ejecutivo para fijarlo. Así se explica que en muchas leyes se diga: "rige desde su promulgación" y en ocasiones "rige desde su sanción". Esto último es, como ya lo anotamos, notoriamente impropio, como que se pretermite una etapa fundamental en el proceso legislativo (la promulgación o publicación) y resulta absurdo y arbitrario exigir la observancia de una ley, sin dar siquiera oportunidad de conocerla; y 2ª cuando por causa de guerra u otra inevitable se suspenden las comunicaciones de algún territorio con la capital. En tal evento, los dos meses sólo se cuentan a partir del restablecimiento de tales comunicaciones.

Las excepciones constitucionales están consagradas en los arts. 204 y 205 de la Carta. Se refieren a leyes impositivas y tratan de evitar que las coyunturas fiscales afecten seriamente a algunas personas o sean aprovechadas por otras para obtener lucros indebidos. Transcribimos a continuación las mencionadas disposiciones, pero no nos adentramos en su explicación pues ello incumbe al curso de Derecho Constitucional Colombiano y al de Hacienda Pública.

Art. 204: "Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento".

Art. 205: "Toda variación en la Tarifa de Aduanas que tenga por objeto disminuir los derechos de importación, comenzará a ser ejecutada 90 días después de sancionada la ley que la establezca, y la rebaja se hará por décimas partes en los diez meses subsiguientes.

"Si la variación tiene por objeto el alza de los derechos, ésta se verificará por terceras partes en los tres meses siguientes a la sanción de la ley.

"Esta disposición y la del art. 204 de la Constitución, no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté revestido".

El proceso que acabamos de escribir, valga repetirlo, es a grandes rasgos el que se observa en todos los Estados donde rige el principio de la separación de los Organos del Poder. Lo que de él resulta es la ley. Sin embargo, conviene anotar que hay otras normas que no se someten en su forma a ese proceso pero que tienen auténtica fuerza de leyes. Tal ocurre con algunos decretos emanados del Ejecutivo en situaciones excepcionales como las contempladas en el ordinal 12 del art. 76 y en el art. 121 de la C. N. El estudio de estos decretos es materia del Derecho Constitucional y del Administrativo.

Derogación de las leyes. Finalizado el proceso legislativo que hemos trazado, se incorpora la ley al ordenamiento jurídico nacional, comienza su vigencia y sólo deja de regir cuando es borrada del mismo ordenamiento en virtud de un proceso idéntico al que le dió vida. En eso consiste su *derogación*. En ella intervienen, pues, los mismos órganos que concurren a la formación. En otros términos: quien ha hecho las leyes es el único que está facultado para deshacerlas (art. 76 de la C. N. ordinal 1º). Es que el poder de legislar implica no sólo la capacidad de crear leyes sino también la de sustituir las vigentes por otras que se consideren más adecuadas, o dejar sin vigor a aquellas que ya se juzguen innecesarias o anacrónicas.

De dos maneras puede derogar el legislador: diciendo explícitamente que determinada ley queda sin vigencia o expidiendo una nueva que regule de modo distinto lo que ya estaba regulado por otra y que resulta inconciliable con ésta. La primera es una *derogación expresa* y la segunda *tácita*.

Pero también puede ocurrir que sólo exista incompatibilidad entre algunas disposiciones de la ley nueva y algunas de la antigua. En tal caso, si no ha habido derogación expresa, queda vigente la ley anterior en todo aquello que no pugne con la nueva. Se habla entonces de *derogación parcial*, por oposición a la *total* que se presenta cuando la incompatibilidad es absoluta o cuando el legislador ha dispuesto

que la antigua ley quede sin vigencia en su totalidad (arts. 71 y 72 del C. Civil). También puede ser derogada la ley que regula determinada materia cuando ésta es totalmente reglamentada por una nueva ley. Tal ocurre con los códigos.

Pero una ley puede quedar sin vigencia a pesar de no haber sido derogada. Esta situación excepcional, que estudiaremos en otro capítulo de este curso, se presenta cuando la norma legal expedida pugna total o parcialmente con preceptos constitucionales, pronunciamiento que corresponde al órgano jurisdiccional, concretamente a la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente queremos anotar, aunque sea de pasada, que las leyes se formulan en forma de preceptos generales que no son fácilmente adaptables a sus ámbitos de validez. Esa labor de adaptabilidad al medio es función típicamente administrativa —ejecutiva— y se concreta en la potestad reglamentaria que ejercen el Presidente de la República y otros funcionarios y corporaciones pertenecientes a esa rama del poder. No intentamos un estudio a fondo de la función reglamentaria, de su gran importancia y de la naturaleza del reglamento, por ser éste, asunto propio del Derecho Administrativo.

Otros problemas fundamentales como el control y jerarquía de las leyes, sus ámbitos de validez y las técnicas de interpretación así como también los conflictos legales, serán dilucidados a su debido tiempo.

4— La Costumbre. Es históricamente la primera fuente formal del derecho. Aun en las etapas más embrionarias de la civilización, se dan en toda sociedad ciertas normas reguladoras de la convivencia. Pues bien: esas reglas incipientes que fijan cauce a las relaciones interpersonales en las sociedades primitivas, se revelan, casi exclusivamente, en la forma de costumbres, es decir, de conductas que se repiten constantemente y generan una convicción de obligatoriedad. El derecho positivo empieza, pues, por ser una elaboración colectiva que se va decantando con el correr de la historia.

La costumbre, según Robert Mac Iver y Ch. H. Page (5) “es un modo de obrar del grupo que va emergiendo gradualmente, sin una promulgación expresa, sin ninguna autoridad instituída que la declare, que la aplique y que la defienda. Se apoya en la común aceptación”.

Elementos de la costumbre. Para que surja la costumbre con fuerza normativa se precisa, tal como lo hemos insinuado en líneas

(5) Mac Iver - Page: “Sociología”, pag. 683, Ed. Tecnos, Madrid.

anteriores, la conjugación de dos elementos: uno externo, sensible, consistente en que determinada conducta es repita con regularidad, cada vez que haya ocasión de observarla, y uno interno o psicológico que es la convicción de que en ciertas circunstancias esa conducta es vinculadora y coercible, es decir, que en caso de ser contrariada justifica la reacción social tendiente a sancionar al transgresor.

Los canonistas, a quienes se deben agudas observaciones sobre la costumbre jurídica, habían ya anotado que a la formación de ésta deben concurrir un elemento objetivo y otro subjetivo, consistente el primero en una práctica inveterada, y el segundo en el convencimiento de que dicha práctica es jurídicamente obligatoria. Esto lo resumían en el aforismo "*invenetata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*".

En su "Teoría General del Estado" ensaya Georg Jellinek (6) una doctrina tendiente a explicar cómo y por qué se forma la costumbre jurídica. El ilustre exprofesor de Heidelberg atribuye a los hechos fuerza normativa y afirma entonces que de la simple repetición de una conducta va surgiendo la idea de su obligatoriedad. Y esto no ocurre sólo con las reglas jurídicas sino con todas las normas de cualquier orden. Se expresa así Jellinek: "Para comprender la evolución del derecho y de la moralidad, es de una grande importancia el conocer la fuerza normativa de los hechos. Las órdenes emanadas de la autoridad religiosa o del Estado, se ejecutan unas veces por temor, otras por otro motivo, y de aquí parte el desenvolvimiento de la representación de que las órdenes repetidas tan a menudo, desligadas de las fuentes de que proceden, son normas morales que deben ser ejecutadas a causa de su interna fuerza obligatoria". Y más adelante agrega: "Aún más clara y rotunda se muestra la relación de lo real a lo normativo al considerar los orígenes del derecho en cada pueblo, ante todo lo que realmente es vivido como tal, y el ejercicio permanente de este derecho crea la representación de que este ejercicio se conforma a una norma apareciendo por consiguiente la norma misma como ordenación autoritaria de la comunidad, es decir, como norma jurídica. De este modo recibe también su solución el problema del derecho consuetudinario..." (pag. 278).

García Maynez (7) censura a Jellinek el pretender derivar la norma de los hechos, desconociendo así la separación tajante señalada por Kant, entre la esfera del ser y la del deber ser.

(6) G. Jellinek: "Teoría General del Estado"; pg. 278, Compañía Editorial Continental, S. A., México, 1958.

(7) García Maynez: Ob. cit., pg. 62.

A nuestro juicio, tal crítica no es justificada. En efecto: si se estudia con detenimiento la doctrina de Jellinek, es fácil advertir que en manera alguna aspira a derivar de la realidad el valor (del ser el deber ser), sino que se limita a constatar un hecho: que de la reiteración de un comportamiento surge la creencia, la idea, de su obligatoriedad. Pero no puede confundirse la obligatoriedad intrínseca de una conducta con la opinión que de ella se tenga. De la repetición más o menos insistente de un comportamiento no se sigue que él sea valioso —intrínsecamente obligatorio— ni es esto lo que sugiere Jellinek. Sólo se sigue, como lo anota el mencionado autor, la creencia de su obligatoriedad que, como cualquiera otra creencia, puede ser verdadera o falsa. Y nada puede impedir a un grupo social que, guiado verbigracia por una conciencia mítica o falsamente religiosa, se rija por costumbres jurídicas carentes de toda justificación axiológica. El problema fundamental radica en la verificación del valor.

Es importante observar, con Del Vecchio, (8) que al implantamiento y sobrevivencia de una costumbre contribuyen en alto grado la imitación y el hábito. La primera, porque es más fácil hacer lo que se ha visto que los demás hacen; y el segundo, porque resulta más cómodo hacer las cosas como siempre se han hecho. En otros términos: cuesta menos esfuerzo ser conformista que reformador, someterse al status vigente que intentar una revolución aunque, en ocasiones, lo último sea más honesto y noble.

La costumbre y la ley. Cuando las sociedades que empiezan a organizarse estatalmente se dan su derecho legislado, la costumbre, hasta ese momento fuente principalísima de las normas e instituciones jurídicas, pasa a ser fuente subsidiaria o supletoria. El poder es la instancia que define la supremacía de la costumbre o la ley. Al menos es lo que normalmente ocurre. Puede entonces decirse que la costumbre queda subordinada a la ley y no tiene más valor que el que ésta le confiera. Sólo es fuente formal del derecho en los términos y en la medida en que lo permite la ley. Sigue siendo, eso sí, fuente material de primer orden, pues si no se le reconoce directamente valor jurídico, al menos los hechos que la constituyen provocarán regulaciones legislativas, es decir, suministrarán materia para la elaboración de nuevos preceptos legales.

Formas de la costumbre. Walter Heinrich, (9) citado por García Maynez, distingue tres formas del derecho consuetudinario en re-

(8) Del Vecchio: Ob. cit., pgs. 381 y ss.

(9) Walter Heinrich: Citado por García Maynez, pg. 64

lación con el derecho legislado, a saber: 1º Delegante. Cuando una norma de derecho no escrita autoriza a una persona o grupo de personas para crear derecho escrito. Se cita como ejemplo el caso de la monarquía absoluta. Autorizado por la costumbre, el monarca dicta normas legales de toda especie. En esta fase, la costumbre se supraordina a la ley; 2º Delegado. Cuando la ley atribuye juridicidad a determinadas costumbres. La situación que se presenta es inversa a la anterior pues aquí la costumbre se subordina a la ley; 3º Derogatorio. Cuando la costumbre es contraria a la ley y termina por suplantarla. Existió este tipo de derecho consuetudinario en todas las etapas del derecho romano.

Las formas que acabamos de enunciar tienen hoy un valor puramente histórico. Más útil y precisa nos parece la distinción de estas tres formas de la costumbre en relación con la ley.

1a. Costumbre secundum legem. Se da esta forma, cuando la ley remite a la costumbre expresamente en ciertos casos. La costumbre no hace más que completar la ley, integrarla. Por eso se la puede llamar también costumbre integrativa de la norma legal. Por ejemplo: preceptúa el C.C.C. que corresponde al arrendatario hacer al bien arrendado todas aquellas reparaciones que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios —locativas—. De tal suerte que para saber en un caso concreto cuáles reparaciones corresponden al arrendatario, es preciso acudir a la costumbre, que en esta forma forma íntegra y completa la norma.

2a. Costumbre praeter legem. Cuando la misma ley dice que a falta de disposición expresa debe aplicarse la costumbre, para llenar los vacíos dejados por el legislador. Aquí no hay una remisión concreta, determinada sino una consagración general de la costumbre como fuente de derecho. Verbigracia, dice una norma: "A falta de legislación escrita, la costumbre constituye derecho". Cumple entonces una función supletiva, subsidiaria de la ley e integrativa del ordenamiento.

3a. Contra legem. Cuando en caso de conflicto entre una ley y una costumbre que la contraría, se da aplicación preferente a la última. Como si una ley dispusiera: "El contratante que incumple lo estipulado en la convención debe indemnizar los perjuicios causados con su incumplimiento" y luego se desestimara la acción intentada por el perjudicado, por reconocerse la existencia de una costumbre en sentido contrario. La costumbre, en tal caso, anularía la ley.

No vemos cómo, al menos en los Estados que se rigen por el derecho legislado, pueda la costumbre contra legem llegar a ser fuente

te de derecho. Porque la situación es clara: o bien, la ley no reconoce juridicidad a ninguna costumbre que se le oponga y entonces todo caso de conflicto debe resolverse de acuerdo con la misma ley, para que sea conforme a derecho, o admite que la costumbre pueda contrariarla, y entonces ésta ya no es contra legem, pues su carácter jurídico lo extrae de la propia ley que la está autorizando.

Al estudiar la costumbre en derecho colombiano, volveremos sobre estas formas del derecho consuetudinario.

La costumbre y los usos. Al comienzo del capítulo, dijimos que para la formación de la costumbre jurídica era necesaria la concurrencia de dos factores: uno externo material, consistente en la reiteración de una conducta durante algún tiempo, y otro interno o psicológico —consecuencia del anterior— consistente en el convencimiento colectivo de que tal conducta es vinculatoria (opinio juris).

Pues bien: se dan en la sociedad —y en buen número, por cierto— conductas y prácticas reiteradas que jamás generan la convicción de su obligatoriedad. Nadie se siente jurídicamente vinculado por ellas. En otros términos: su momento externo coincide con el de las costumbres, pero se muestran impotentes para engendrar la opinio juris. Se trata de los simples usos.

A clarificar y precisar estos conceptos, aparentemente similares, contribuyó en grado apreciable el historicismo jurídico de *Federico Carlos Savigny* y *Jorge Puchta*, quienes nunca dejaron de subrayar la opinio juris como elemento esencial de la costumbre jurídica. Por otra parte, ya en el capítulo III trazamos una distinción radical entre el derecho (legislado o consuetudinario) y los usos sociales o normas del trato. A él remitimos. Sin embargo debemos aclarar que aquí nos referimos exclusivamente a ciertos usos sociales que tienen alguna incidencia jurídica. A ellos alude la ley en determinados casos. Actúan sobre todo en el Derecho Privado y de modo específico en el campo contractual, ayudando a interpretar y completar la voluntad de las partes, pero sólo en cuanto éstas hayan querido observarlos. No son, pues, obligatorios sino electivos. El Código Civil Colombiano remite a ellos con frecuencia.

La costumbre como fuente del derecho colombiano. En el Título preliminar del C. C. Colombiano encontramos un artículo —el 8º— del siguiente tenor: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”.

Y el artículo 13 de la ley 153 del 87, incorporado también al Título preliminar del Código Civil, dispone: “La costumbre, siendo

general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

Las disposiciones transcritas guardan marcada armonía y fijan de manera clara el valor de la costumbre en el ordenamiento jurídico colombiano.

Del primero de los artículos mentados se infiere sin dificultad que nuestro derecho rechaza al costumbre derogatoria —contra legem—, pero únicamente ésa. Es decir, que en los casos en que no contraría la ley, se admite como fuente de derecho. Y el segundo consagra expresamente la costumbre praeter legem como fuente subsidiaria ("a falta de legislación positiva").

De un contenido muy análogo es el artículo 1º del Código Civil Suizo de 1907, que en su segunda parte estatuye: "A falta de una disposición legal aplicable, el juez se pronuncia según el derecho consuetudinario y a falta de una costumbre según la regla que él estableciera si tuviera que actuar como legislador".

Y en muchas ocasiones remite nuestra ley civil expresamente a la costumbre, para integrar la norma, vale decir, consagra la costumbre, *secundum legem*. Citamos dos ejemplos, entre los muchos que podríamos consignar: los artículos 2009 y 2044 del mentado estatuto. El primero hace referencia a la costumbre para efecto de fijar el tiempo de duración del arrendamiento, cuando las partes no lo estipulan expresamente, y el segundo para determinar los periodos de pago en el arriendo de predios rústicos.

Cabe observar que nuestro código civil no siempre que alude a la costumbre lo hace con propiedad, pues a menudo la confunde con los simples usos, es decir, con las prácticas inveteradas desprovistas de toda obligatoriedad jurídica. Tal ocurre, *verbigracia*, en los artículos 1246 y 1256 cuando se refieren a "regalos de costumbre". Allí el término se toma en la acepción de uso social (costumbre no jurídica), pues si bien la práctica de tales presentes está muy arraigada, a nadie puede ocurrírsele que sean jurídicamente exigibles.

También en el Código de Comercio Terrestre encontramos normas relativas a la costumbre. En efecto, el artículo 2º le atribuye la misma autoridad de la ley, siempre que no la contraríe. O sea, la consagra como fuente formal de derecho, siempre que no sea contra legem. El mismo artículo enumera las exigencias que debe llenar una costumbre para que se le pueda atribuir obligatoriedad jurídica. Los hechos que la constituyen, deben ser: uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo. A esas notas hay que añadir la gene-

ralidad y conformidad con la moral cristiana, exigidas por el artículo 13 de la ley 153 del 87.

A nuestro juicio, todo eso queda comprimido en la máxima "in-veterata consuetudo et opinio juris". Porque no se concibe que un grupo social llegue a tener por norma una práctica antigua si ésta no es observada —públicamente— por la mayoría de las personas que lo integran, o si pugna con su conciencia religiosa. Es decir, los dos elementos enunciados desde el comienzo como integrantes de la costumbre, comprenden todos los demás mencionados por la legislación colombiana.

El rasgo de generalidad si es pertinente destacarlo, para oponer las costumbres generales, que rigen en toda la comunidad estatal, a ciertas costumbres locales, que sólo son observadas por algunos grupos de esa misma comunidad, para los cuales son fuente de derecho.

El art. 3º del mismo código de comercio avanza más, y confiere la dignidad de fuente jurídica a la costumbre extranjera "de los pueblos más adelantados", lo que puede ser de gran utilidad pero desvirtúa el sentido primitivo, prístino, del derecho consuetudinario que justamente es repetado y acatado por ser elaboración auténtica de la propia comunidad en que rige. Además, la expresión "de los pueblos más adelantados", crea en ocasiones serias dificultades y permite la utilización de criterios eminentemente subjetivos.

Y el art. 4º (nos seguimos refiriendo al C. de Comercio) otorga a la costumbre y a los usos una función interpretativa, como que deben ser consultados para desentrañar el verdadero sentido "de las palabras o frases técnicas del comercio e interpretar los actos y convenciones mercantiles". Es preciso no confundir esta función interpretativa —de hecho— de la costumbre, con la integrativa y supletiva a que aludimos atrás, esas sí auténticamente jurídicas. En otros términos: hay que distinguir claramente la costumbre como fuentes de derecho, de la costumbre como medio interpretativo. En este último caso, valga la insistencia, no desempeña un papel jurídico sino de facto, comparable al de otros instrumentos de interpretación como la gramática, la historia, etc.

Prueba de la costumbre. Quien invoque una costumbre como fuente de derecho, está obligado a acreditar su existencia. En cambio quien invoque una ley nacional sólo tiene que nombrarla, sin necesidad de probar que ella existe. Tal diferencia es plenamente justificada, pues el juez debe conocer la ley, que anda publicada y codi-

ficada, pero no las costumbres, indeterminadas en número y a veces discutibles o de difícil tangibilidad.

El Código Judicial Colombiano en su art. 700 exige como prueba de los usos y costumbres "a que se refiere la ley en ciertos casos", el dicho razonado y detallado de siete testigos hábiles que afirmen su existencia. La norma se refiere expresamente a la costumbre secundum legem pero es aplicable analógicamente a la costumbre praeter legem.

En materia mercantil la prueba resulta aún más fácil, pues basta para acreditar su existencia un certificado del Presidente de la respectiva Cámara de Comercio, que dé cuenta de ello (ley 28 de 1931, art. 20).

Conclusiones: De lo que dejamos expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: la costumbre es en Colombia fuente subsidiaria de derecho cuando la ley remite expresamente a ella (secundum legem) y cuando no existiendo tal remisión expresa, es preciso llenar vacíos que se adviertan en la legislación (praeter legem). Pero en ningún caso tiene fuerza derogatoria del derecho escrito. O sea, que no admite nuestro derecho la costumbre contra legem. Jurídicamente cumple pues una función integrativa y supletiva pero no derogatoria. Además, desempeña un importante papel en materia de interpretación, sobre todo en el campo contractual.

Finalmente, cabe observar que la costumbre tiene su mayor fuerza de acción en el derecho privado y especialmente en el ordenamiento mercantil. Asimismo, es notoria su importancia en el derecho interstatal, pues las costumbres internacionales son a menudo fuente de derecho. No es, en ningún caso, fuente jurídica formal en el campo del derecho criminal, donde rigen los principios "nullum crimen y nulla poena sine lege" que no deja lugar a otro derecho que al escrito. Puede, eso sí, ser una fuente material de primer orden.

Cómo se deroga. Desaparece la costumbre como fuente formal de derecho, bien en virtud de un proceso sociológico, cuando la práctica hasta ese momento uniforme y constante declina o es sustituida por otra, o se extingue la convicción de su obligatoriedad; bien por un motivo estrictamente legal, como cuando una ley regula una materia de modo distinto a como lo hacía el derecho consuetudinario, pues ya hemos dicho infinidad de veces que el ordenamiento jurídico colombiano rechaza la costumbre contra legem.

5— *La Jurisprudencia.* En su magnífica obra "El derecho en el derecho judicial", destaca Carlos Cossio (10) la multivocidad del término jurisprudencia, enumerando un buen número de acepciones, de las cuales citamos algunas: acervo de decisiones judiciales, es decir, compilación de fallos; precedente judicial que se invoca en un litigio; sentencias emanadas de tribunales de alta jerarquía. Pero so-
han desatado casos semejantes, en función de unos mismos principios. — *Cossio*

Así como en la costumbre el uso reiterado conduce a una con-
vicción de obligatoriedad, generando una norma, la uniformidad en
los fallos judiciales relativos a situaciones análogas puede determi-
nar reglas generales, aplicables en la solución de casos futuros. Es
este el sentido que nos interesa del término jurisprudencia —como
fuerza jurídica formal— y no el otro, mucho más amplio, de ciencia
del derecho.

En algunos ordenamientos se atribuye obligatoriedad a las de-
cisiones emanadas de organismos judiciales de elevado rango, con re-
lación a otros funcionarios e instituciones de inferior jerarquía. Es
decir, se erige en norma general la solución uniforme que se ha da-
do a un determinado número de casos análogos. En los Estados don-
de tal fenómeno ocurre, y sólo en ellos, la jurisprudencia es fuente for-
mal de derecho.

En Roma, al lado del *jus civile* —*strictum*— existió el *derecho*
honorario, creación del Pretor. Al comienzo de su magistratura ese
funcionario lanzaba una especie de proclama anunciando los puntos
esenciales de su programa. Este era el llamado *Edicto del Pretor*,
considerado como fuente importantísima del derecho romano. Típi-
co ejemplo de creación por el juez de normas jurídicas generales.

También en el derecho anglo-americano constituyen las decisio-
nes judiciales auténtica fuente de derecho, la más importante y rica.
En uno y otro ordenamiento (el antiguo Derecho Romano y El Com-
mon Law) la costumbre y la jurisprudencia se complementan y com-
plementan magníficamente como fuentes jurídicas formales. El derecho
es en primer término creado por la costumbre y luego elaborado por
los jueces. Más adelante dedicaremos unas líneas a dar una visión rá-
pida del sistema anglosajón, contraponiéndolo al derecho legislado.

En los Estados de Europa continental, en cambio, la jurisperu-
dencia cumple una función enteramente secundaria. En Francia, por
ejemplo, no se la considera fuente jurídica formal. En Colombia, cu-

(10) Cossio: "El Derecho en el derecho judicial", pg. 187, Ed. Abeledo Perrot, Bue-
nos Aires, 1958.

yo ordenamiento civil es copia más o menos afortunada del Código de Napoleón, la legislación sobre este punto fue cambiante a finales del siglo pasado. La *ley 61 del 86* atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de crear (con tres decisiones uniformes) *doctrina legal interpretativa o supletiva de la ley*. Por este segundo aspecto se consagró, pues, la *jurisprudencia como fuente de derecho*. La *ley 153 del 87*, (más vigorosa aún), confirió el carácter de "*doctrina legal más probable*" a tres decisiones uniformes de la Corte dictadas en Sala de Casación. Y obligaba a los jueces a prohijarla "en casos dudosos". En 1890 —*ley 105*— se sentó el principio de que dos interpretaciones uniformes dadas por la Corte a una misma ley, o dos decisiones (también uniformes) tendientes a llenar vacíos de la legislación, constituían "doctrina legal". Finalmente, después de tantas vacilaciones, se dispuso en la *ley 169 de 1896*: "*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*".

La última norma citada, que es la que hoy rige, quitó definitivamente a la jurisprudencia su calidad de fuente formal de derecho, que la había otorgado de modo tan perentorio y terminante la *ley 153 del 87*. Hoy es apenas facultativo para el juez, acogerse a la doctrina legal sentada por la Corte en Sala de Casación. De hecho, las decisiones de esa alta corporación son muy acatadas por los jueces y tribunales, dada la calidad científica que generalmente caracteriza a sus miembros.

El alcance y valor de las sentencias judiciales en el derecho colombiano, lo fija el código civil en su artículo 17, cuyo contenido es casi idéntico al del artículo 5º del Código Francés. Dice así el artículo 17: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

La casación (asunto que se estudia en el curso de derecho procesal), es un recurso extraordinario, de puro derecho, que tiene cabida contra algunas providencias importantes a fin de intentar su anulación. El objeto principal de ese recurso es, justamente, la unificación de la jurisprudencia del más alto tribunal de justicia.

No obstante, como lo anota muy bien el profesor Cossio, no es correcto confundir casación con jurisprudencia. Puede existir la se-

gunda en cualquier Estado aun cuando éste en su legislación no contemple el mencionado recurso. En Argentina, por ejemplo, no existe la casación (salvo en la Provincia de Buenos Aires), pero resultaría extrañísimo sostener que no existe tampoco la jurisprudencia. Esta, está entonces constituida por las decisiones uniformes de los altos tribunales de justicia.

Julián Bonnecase, (11) refiriéndose a la jurisprudencia francesa, distingue dos clases de sentencias: de principio y de especie. En las primeras, el fallador empieza consignando un postulado jurídico que aplica rigurosamente a la solución del problema sub-júdice. En las segundas, en cambio, se ciñe estrictamente a los hechos sometidos a su consideración, dando aplicación a la ley. Las sentencias de principio son las que revisten una mayor importancia pues, generalmente, hacen carrera, al ser aceptadas por los demás organismos judiciales. En Colombia podríamos citar como ejemplos de esa clase de providencias, aquellas en que la Corte Suprema ha acogido principios o figuras jurídicas no reconocidas explícitamente por nuestra legislación, tales como el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho. Este tipo de providencias son las que contribuyen de manera más decisiva a la formación de la jurisprudencia.

Asimismo cabe aplicar al derecho colombiano, en relación con la jurisprudencia, las observaciones que hace Bonnecase refiriéndose al derecho Francés: en ninguno de los dos ordenamientos la jurisprudencia es fuente formal de derecho, pero cumple en el terreno teórico una importante función doctrinal, y aún supera a la doctrina pues concreta sus especulaciones en decisiones judiciales, en sentencias.

6— La doctrina. Se le da el nombre de doctrina a las elaboraciones teóricas de los juristas en su tarea de descubrir la verdad jurídica y encontrar reglas de conducta a tono con los valores jurídicos.

En Roma, las respuestas de los prudentes constituyeron una importante fuente de derecho. En efecto, durante el reinado de Tiberio se facultó a algunos juristas, de los más notables, para conceptuar con autoridad sobre cuestiones dudosas o de difícil esclarecimiento. Tal facultad o prerrogativa se denominó *jus respondendi*. Sus opiniones tenían auténtica fuerza de derecho, siempre que no contrariaran la ley. Un valor similar se concedió en la Edad Media a las teorías de los más distinguidos glosadores y postglosadores de Bolonia, quienes revivieron el derecho romano.

(11) Bonnecase: Ob. cit., pg. 192.

De los sistemas vigentes, el Common Law (que en ciertos rasgos coincide con el Derecho Romano y se le parece más que los ordenamientos que en él se inspiran) confiere especial importancia a las tesis de algunos jueces y juristas de reconocida autoridad, cuando han conceptuado sobre puntos concretos. En los Estados que se rigen por un sistema preponderantemente legislativo no se considera la doctrina como fuente jurídica formal, aunque sí reviste especial interés, como que suscita muchas veces fundamentales reformas en la legislación.

Nos hemos referido hasta aquí a la doctrina en sentido restringido. En un sentido más amplio puede comprenderse dentro de ese concepto: la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y los principios generales del derecho (12). Sobre lo que sean estos últimos no existe acuerdo entre los autores. La legislación colombiana remite a ellos en algunas ocasiones. Así, dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

A nuestro juicio, la norma citada no consagra ninguna fuente formal de derecho distinta de la misma ley. En efecto: si no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, debe acudir a aquella que regule casos o materias semejantes. Es la llamada *analogía* que no constituye, como muchos pretenden, una fuente jurídica autónoma sino una aplicación indirecta de la ley, que sigue siendo la verdadera fuente. De tal suerte que mientras haya norma escrita que regule el caso sub-judice, directamente o de modo indirecto, esto es, por analogía, no puede considerarse agotada la fuente principal y en consecuencia no es legítimo apelar a la costumbre (fuente subsidiaria). Y tampoco puede considerarse que falta disposición escrita, cuando el punto discutido se puede desatar actuando los preceptos constitucionales de los cuales la ley es mero desarrollo. Y en defecto de las normas de la constitución, deberá resolverse el caso particular aplicando los postulados que la informan. Esto es, a nuestro entender, lo que el legislador colombiano llama "reglas generales de derecho".

Lo que consagra la norma que venimos comentando es, pues, un procedimiento de integración consistente en la explicitación de ciertos juicios estimativos que han servido al legislador —o al constituyente— de punto referencial para la creación de la norma. De tal modo que ni aún tomándola en este sentido amplio es la doctrina

(12) Mantilla Pineda: "Filosofía del Derecho", Ed. U. de A., 1961, pg. 263, García Maynez: Ob. cit., pg. 370.

fuerza autónoma de derecho en Colombia. Mucho menos en sentido restringido, pues las opiniones de los autores apenas si inciden en la interpretación de la ley, pero en ningún caso crean derecho en nuestro ordenamiento.

7.— *Otras fuentes del derecho.* Hemos hecho hasta aquí referencia a los hechos generadores de normas jurídicas generales. Pero como veremos luego en este mismo curso, un ordenamiento jurídico no está sólo integrado por esas normas sino también por normas particulares, individualizadas, que se subordinan a las anteriores. En este punto nos identificamos plenamente con la Escuela de Viena.

Pues bien: todos aquellos hechos generadores de normas particulares son verdaderas fuentes de derecho. Así, por ejemplo: una ley (norma general) autoriza a las personas para que celebren convenciones; luego, dos personas estipulan un contrato especificando términos y condiciones. Ese contrato es norma jurídica para los contratantes, particular e individualizada. El acuerdo de voluntades crea entonces una regla jurídica particular, o mejor aún individualiza una regla general y, como tal, es fuente formal de derecho.

Otro tanto puede afirmarse de las decisiones judiciales, normas individualizadas cuya fuente es el proceso judicial.

APENDICE DEL CAPITULO V

EL COMMON LAW Y LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO *

Dos sistemas jurídicos fundamentales distintos rigen el mundo occidental: el de los países que recibieron el Derecho Romano y el de los pueblos anglosajones que elaboraron su propio derecho. Vamos a contraponer estos sistemas por sus fuentes (aprovechando el tema que venimos tratando), con el objeto de dar una rápida mirada al derecho anglo-americano.

1.— *La Recepción.* El desenvolvimiento histórico del derecho romano duró aproximadamente mil años: desde las doce tables (450 antes de Cristo) hasta el Corpus Juris Civilis promulgado por Justi-

* Las ideas que a continuación exponemos, han sido extractadas, fundamentalmente, de las siguientes obras:
Oscar Rebas: "El Derecho Anglo-americano", Ed. Fondo de Cultura, México, 1944. D. 340.5. R. 112.d.
Roscoe Pound: "El Espíritu del Common Law", Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
G. Rádruch: "El Espíritu del Derecho Inglés", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1958.
P. Vinogradoff: "Introducción al Derecho", Ed. Fondo de Cultura, México, 1957.

niano en el año 534 de nuestra era. Con la decadencia de las imperios romano y bizantino el derecho romano declina y es sustituido por el derecho consuetudinario de los pueblos invasores. Solamente en el siglo XI y parte del XII renace el estudio del derecho romano con los llamados *glosadores* de la Universidad de Bolonia, cuya tarea fue continuada por los *postglosadores* en el siglo XIV.

En el continente Europeo se acogieron desde entonces los principios e instituciones fundamentales del derecho romano, se reelaboraron en un proceso de centurias y se incorporaron luego a las legislaciones de los Estados. Inglaterra no fue ajena a la disciplina romanista. La Universidad de Oxford enseñó ese derecho e incluso se tomaron de él algunas instituciones como el testamento, pero el pueblo anglosajón, que ya contaba con una buena tradición jurídica, prefirió continuar el proceso de formación de un derecho nacional en base a sus costumbres.

2— *Etapas históricas del Common Law.* En la formación de esas costumbres que devinieron luego normas jurídicas, pueden señalarse tres fases principales: 1ª Invasión de Inglaterra por tribus llegadas del continente después de la caída del Imperio Romano: *celtas y sajones*. 2ª Invasión de los *daneses* en el siglo IX, y 3ª Invasión de los *normandos* con Guillermo el Conquistador a la cabeza que destruyó de un tajo el sistema feudal en Inglaterra (año 1066). Esas costumbres de los pueblos invasores se van fundiendo y de ese acervo así constituido brota un derecho embrionario, precedente del Common Law.

3— *Qué significa Common Law.* En el siglo X, durante el reinado de Eduardo I., llamado con razón el Justiniano inglés, se dió el nombre de Common Law a las prácticas jurisprudenciales generalizadas, fundadas en costumbres. Tal denominación recibió consagración expresa en la Magna Carta de Juan Sin Tierra (1215) y en la Petición de Derechos de 1688. En este último documento se les llama también "the law of the land".

Literalmente la expresión traduce Derecho Común, pero entre nosotros dicha traducción resulta equívoca, pues ordinariamente entendemos por derecho común el conjunto de reglas generales constitutivas de la legislación civil, por oposición a un ordenamiento especial como el mercantil. En el sistema anglo-americano tiene varias significaciones: designa, de un lado, los precedentes judiciales por contraposición al derecho legislado y, en un sentido aún más restringido, los fallos de los Common Courts, para oponerlos a los emanados de los Tribunales de Equidad. Los Common Courts (Tribunales Comunes) son: Kings' Bench, Court of Pleas y Exchequer.

4— *Rasgos generales del sistema inglés.* Aquellos Estados en los cuales se operó el fenómeno de la recepción, como ya lo anotamos, injertó este mismo sistema de injerto los alejó del espíritu romanista. Inglaterra, en cambio, que optó por elaborar su propio derecho, se aproximó más al espíritu del sistema romano, por la utilización de un mismo método: formación de las reglas jurídicas a partir de las costumbres.

La diferencia fundamental que existe entre ambos sistemas (anglosajón y continental) y que se patentiza en sus fuentes, radica en esto: mientras los ordenamientos jurídicos inspirados en el derecho romano y edificados sobre la base de la legislación, proceden de lo general a lo particular, en el Common Law se recorre el camino a la inversa: de lo particular a lo general, del caso a la norma. Se desconfiaba de la capacidad del legislador para encerrar en una disposición general todos los casos particulares posibles. Piensan los ingleses, con una buena dosis de razón, que es vana pretensión tratar de prever los sucesos futuros y aún adelantarse a ellos. El Common Law es más un derecho histórico que científico.

5— *Las fuentes más importantes del derecho anglosajón.* Opinaba Montesquieu que a pesar de carecer Inglaterra de Constitución escrita, se cumplía en ella admirablemente el principio de separación de los "poderes". Su pensamiento puede resumirse así: el Rey es la suprema autoridad administrativa pero no está facultado para crear leyes o actuar el derecho; el Parlamento es el cuerpo encargado de formular leyes (normas de orden general) pero no se inmiscuye en la administración ni en la justicia; los Tribunales dirimen las controversias judiciales y actúan el derecho, pero no crean leyes ni se mezclan en los problemas de la administración.

Tal vez no fue muy detenido el examen de Montesquieu sobre el modo de funcionamiento del Estado inglés. Porque en Inglaterra no es el Parlamento sino la Magistratura la auténtica creadora del derecho que ha de ser actuado en las controversias judiciales, y no es el Rey sino un gabinete que gobierna en su nombre, el encargado de la administración; la Cámara de los Lores, que hace parte del legislativo, y su presidente el Lord Canciller, tienen mucho que ver con la administración de justicia. De los hechos anotados sólo la suplantación del Rey como cabeza del ejecutivo se dió con posterioridad a Montesquieu. Los demás debieron ser conocidos por él.

Estas nociones previas importan para estudiar, así sea brevemente, las fuentes del derecho inglés.

A) *La legislación.* El Parlamento dicta normas de carácter general (leyes) que reciben el nombre de *act of Parliament* o *statute*. Aunque en esta materia la autonomía del Parlamento es casi absoluta, éste —lo anota Rádbruch— “sólo juzga misión suya remediar inconvenientes concretos y el contenido de sus leyes se limita a la eliminación de estas concretas anomalías”. Y eso que, advierte con anterioridad, son tales sus poderes que, como dice De Lolme, lo único que no puede es hacer de una mujer un hombre y viceversa. Los únicos límites del Parlamento están constituídos por la *opinión pública*, su propia *prudencia* y el *prestigio de los Tribunales*. Las leyes inglesas apenas abarcan una parte de los ordenamientos jurídicos especiales.

El statute Law puede considerarse fuente subsidiaria en cuanto sólo corrige y en ocasiones complementa al *Common Law*. Las leyes son excesivamente prolijas y detalladas (los ingleses son casuistas aún cuando generalizan), y tratan de encerrar todas las situaciones posibles a fin de que no se eluda fácilmente el cumplimiento de la norma. Al efecto se valen de palabras yuxtapuestas y términos sinónimos que hacen fatigante su lectura, como lo anota Vinogradoff.

La labor de los jueces entonces, cuando el caso sub-júdice ha sido materia de reglamentación legal, consiste en interpretar la disposición correspondiente a partir de su propio texto, haciendo de lado los motivos que el legislador hubiera tenido al expedirla, esto es, prescindiendo por completo del elemento histórico, que en nuestro sistema se considera precioso para la tarea interpretativa. En su afán porque la ley no se desvirtúe, el legislador agota recursos, precisa el alcance de ciertas expresiones, define el sentido en que usa las palabras, etc. No obstante *el statute*, al ser interpretado de un mismo modo por los Tribunales que lo aplican, termina por confundirse con el precedente judicial, hasta el punto de no saberse si una sentencia ha sido dictada con fundamento en la ley o en la jurisprudencia.

En los Estados Unidos la relación entre la ley y el precedente judicial acusa caracteres distintos, por la circunstancia de existir constitución escrita y legislación sistematizada penal, procesal y hasta civil en casi todos los Estados. Cabe anotar a este propósito que la Constitución Norteamericana vigente es la de 17 de septiembre de 1787 y que en ella se consignan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esos derechos allí consagrados gozan de una gran estabilidad y es difícil que una decisión judicial los vulnere, por dos razones: 1a. Porque la Constitución no se enmienda fácilmente. En efecto: toda reforma requiere, para iniciarse, el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de ambas Cámaras o el favor de las

dos terceras partes de las legislaturas de los Estados que integran la Unión. Y para su aprobación, las tres cuartas partes de las legislaturas o de las Convenciones Constitucionales reunidas en cada Estado; y 2a.: Porque allí *rige el control constitucional* en virtud del cual los postulados de la Carta prevalecen sobre cualquier ley o decisión judicial que pretenda desconocerlos. Para no extendernos más en un tema que hemos tocado sólo incidentalmente, diremos que el derecho Constitucional Norteamericano por su novedad e importancia, sería materia suficiente para un extenso curso.

B) *La costumbre y los precedentes judiciales.* En el derecho angloamericano, como la apunta Vinogradoff, no puede establecerse una separación tajante entre costumbre y precedente judicial. En general, la expresión *common law* designa el derecho consuetudinario del Estado, mientras que la *costumbre en sentido estricto* nombra más bien la práctica de tribunales locales. Lo que ocurre es que también esos principios generales del *common law* han derivado de costumbres.

Al referir a la costumbre como fuente de nuestro derecho anotamos que, para llegar a ser tal, debía existir como práctica inveterada y crear conciencia de obligatoriedad jurídica. En el derecho inglés se exigen esas mismas condiciones pero más especificadas. Se tiene acordado que la costumbre para engendrar derecho debe ser: *cierta, continua* y datar de tiempo inmemorial. Y esa inmemorialidad hay que referirla hasta el año 1189 —ascenso de Ricardo I al trono— según lo dispuso el estatuto de Westminster (1275). Pero en la práctica, cuando se invoca una costumbre, no se exige la prueba de que existe desde esa época. Basta con demostrar su existencia hasta donde alcanza “la memoria de los vivos”, para que se presuma que data del año 1189. Así lo sentó Cokburn en 1831.

Pero no es suficiente acreditar esas circunstancias para que la costumbre genere derecho. Es preciso, además, que sea *razonable* en su aplicación al caso concreto. Esto explica la multiplicidad de costumbres locales, pues las prácticas que en unos lugares se consideran razonables, en otros no se aprecian de la misma manera.

Lord Mansfield, uno de los más célebres jueces de Inglaterra, expresó en una ocasión con todo acierto, que el solo cambio de lugar podía trocar en insensata una costumbre razonable. Esto explica que ciertas prácticas locales sean preferidas muchas veces a normas jurídicas de carácter general.

El pueblo inglés es apegado, ciertamente, a sus usos tradicionales, pero ese apego no obnubila su sentido histórico. La antigüe-

dad de una costumbre no le da título jurídico por sí misma. Si a juicio de los tribunales resulta manifiestamente inadecuada a los tiempos presentes —anacrónica— no se aplica, y de ese modo se van introduciendo nuevos usos que adquieren carta de naturaleza en el common law. Así, a paso lento pero seguro, se va transformando el derecho inglés.

El admirable sentido histórico y humano de ese derecho, se hace patente en el interés por las *costumbres extranjeras* y su profundo respeto por ellas. No resistimos el deseo de referir aquí un caso citado por Vinogradoff: un esposo indú había autorizado a su esposa para que adoptara un hijo; 24 años después de muerto el esposo, la mujer adoptó un nuevo hijo, que murió; 13 años más tarde adoptó otro. A la muerte de la madre adoptante éste último reclamó su herencia. Se trataba entonces de decidir si la última adopción era o no válida (en Inglaterra la mujer que va a adoptar necesita autorización del marido). Aunque esa última adopción pugnaba con la práctica jurisprudencial inglesa, se tuvo por válida, considerando que dentro de la concepción indú resulta meritorio continuar el linaje de una persona. Magnífico ejemplo de liberalidad de espíritu, extraño a todo fanatismo y radical apego a lo propio. Y a la vez, hondo sentido del derecho como producto histórico: admitir que cada cual debe amoldar su conducta a las pautas trazadas por su propia cultura.

De otra parte, la historia del common law no se halla ligada tan sólo a costumbres cuya procedencia se ignora, sino también a fallos que se consideran ceñidos estrictamente a la equidad. Tal ocurre, verbigracia con las *acciones del arrendatario contra el arrendador* en caso de que éste quiera deshauciarlo injustamente. La admisión de esas acciones data del año 1235, cuando *William Raleigh*, Magistrado del King's Bench, encontró justo declararlas procedentes, a pesar de existir una costumbre en contrario. Claro que en las primeras etapas tales decisiones se producían con mayor facilidad, pues no existía la traba del precedente. Pero a medida que estos van creando doctrina, el cambio de principio se hace cada vez más complejo.

En Inglaterra se respeta escrupulosamente la jerarquía, y así lo exige el sistema. Las cosas se operan de este modo: un *Tribunal de Condado* debe respetar el precedente de la *Alta Corte* y ésta, a su turno, está vinculada por los fallos de la *Cámara de los Lores*, que es la entidad de más elevado rango.

Ahora bien: es difícil que se presenten dos casos rigurosamente iguales, y por tanto el fallo no es una simple aplicación mecánica del precedente ya sentado. El juez debe demostrar que el hecho que juz-

ga es de naturaleza muy similar a la de otro ya decidido y que por tanto debe ser desatado en función de un mismo principio. Y es que lo que interesa en el sistema del common law, para efecto de sentar precedente, no es el fallo propiamente sino la regla que en él se aplica. Es la llamada *ratio decidendi*. Puede asegurarse entonces que muy rara vez un funcionario judicial se limita a repetir lo dicho por otro. Si después de examinar detenidamente las circunstancias, desata la situación conflictiva de acuerdo a un postulado de justicia, puede decirse que ha creado una norma de derecho.

El conjunto de esos precedentes desempeña en el *case law* (derecho de casos) la misma función que los códigos o el articulado de una ley en el sistema del derecho legislado.

Cuando en la solución de un conflicto, el juez o tribunal formula un principio nuevo que es acogido y aplicado luego en casos ulteriores, el pleito en que primero se actuó dicho principio, recibe la denominación de *leading case* (caso guía).

Pero no se crea que los antecedentes jurisprudenciales en el common law permanecen rígidos e intangibles. A medida que varían las circunstancias y la opinión pública valora de un modo el problema que antes apreciaba de manera diferente, los principios van sufriendo transformación gradual. A ello contribuye en buen grado la mejor ilustración de los juristas, al asimilar nuevas doctrinas.

Una diferencia fundamental entre el common law y el derecho legislado se advierte al aplicar el *principio de retroactividad*. En general todas las legislaciones establecen como regla fundamental la irretroactividad de las normas, o sea, que su aplicación no es posible cuando se trata de situaciones anteriores a su vigencia. En el common law, en cambio, la que genera la norma inmediatamente es la situación conflictiva en cuya solución se actúa. Por eso expresa con toda exactitud Vinogradoff: "La norma no aparece como la formulación de un mandato seguida de una aplicación del mismo, sino como una declaración de los derechos existentes, obtenida gracias al saber y a la erudición de los jueces".

C) *La equidad*. En el derecho inglés, la legislación se origina en el Parlamento, el common law en los Tribunales ordinarios y la equidad en el Tribunal de la Cancillería (Court of Chancery).

¿Qué significa equidad? La elaboración del concepto se debe a Aristóteles (Ética a Nicómaco, libro V. Cap. X). La equidad es la misma justicia proyectada sobre el caso concreto. O sea, por virtud de ella se hace justa la subsunción del caso particular bajo la norma

general. Es lo que hacían los pretores romanos al conceder acciones que el derecho estricto negaba. En Roma recibían, precisamente, ese nombre: *Actiones*. Esta institución ha encontrado su equivalente en el derecho inglés: se trata de las decisiones de la Cancillería que tienden a suavizar y corregir los fallos del common law, y que se conocen con el nombre de *Writs*.

Pero cuando aludimos a la equidad como fuente del derecho anglo-americano le damos al término ya no un sentido ético sino técnico aunque ligado indiscutiblemente al primero.

No entramos a examinar la historia de esta institución, que por cierto constituye un apasionante capítulo del derecho inglés, para no salirnos del marco que nos hemos trazado. Sólo diremos que los fallos en equidad emanan del tribunal de la Cancillería (*) y que su origen se remota a la edad media. Cuando los tribunales del common law no podían conceder a las partes litigantes acciones o recursos, el Rey directa y personalmente podía impartir justicia. Pero de hecho delegaba esta prerrogativa en el *Lord Chancellor*, que en ese entonces era su primer Ministro. Ese cargo era ocupado originariamente por un eclesiástico que aplicaba, al fallar, las normas del derecho canónico. Durante el reinado de Enrique VIII (época de la reforma en Inglaterra) los eclesiásticos fueron desplazados de la Cancillería por juristas, conocedores del derecho romano cuyos principios aplicaban al decidir, aunque al hacerlo sólo invocaban su conciencia. El Canciller estaba asistido por un secretario denominado *the master of the rolls*, encargado a la vez de custodiar los archivos.

Esos fallos en justicia fueron requeridos tan a menudo, que la Cancillería se fue tornando un verdadero Tribunal con su propio cuerpo de magistrados, cuyas decisiones constituían derecho, desligado por completo del common law. Se estableció entonces el recurso de *injuction* (acción ejecutiva) para obtener el cumplimiento de esas sentencias. Dicha institución se hizo necesaria porque en principio el derecho-equidad encontró fuerte resistencia en los tribunales comunes. Se concretaba en autos, mediante los cuales se prohibía a los litigantes someter a los Common Courts un pleito cuyo conocimiento ya había avocado la Cancillería, o ejecutar una sentencia emanada de esas corporaciones, si es que ya se había pronunciado.

La equidad fue perdiendo importancia a medida que los tribunales ordinarios o el Parlamento concedían más acciones a los parti-

(*) No debe confundirse esta Institución con lo que hoy, impropriamente se denomina Cancillería. Aquí seguiremos empleando el término en el sentido de Tribunal o Corte de Equidad.

culares. Ya no se hacía tan preciso acudir a la Cancillería. La tirantez que existía entre las dos jurisdicciones se atenuó, para revivir posteriormente, en el siglo XVII, cuando se suscitó una controversia entre Sir Edward Coke, eminente Magistrado del common law, y el Lord Canciller Ellesmere. el Rey Jacobo I terció en favor de su Canciller, movido sobre todo por razones políticas, con lo cual se oficializó la superioridad de la Court of Chancery sobre las Common Courts.

Más tarde la equidad se convirtió en un sistema de doctrinas aplicables sólo a ciertos casos especiales. Incluso calcó la técnica del common law. Así como los tribunales comunes compilaban sus fallos en *reports*, a fin de sistematizar los precedentes, otro tanto hizo el tribunal de equidad. Fallando ya no en justicia sino con base en antecedentes, su función específica desaparecía. Aunque el Lord Canciller conservaba su amplio arbitrio para decidir en conciencia, no lo hacía así, sino conforme a las doctrinas de sus predecesores. De allí en adelante la equidad se transformó en un sistema técnico, cada vez menos diferenciado del common law, vinculado también por los antecedentes. La equidad pierde todo su auténtico sentido, pero la comunidad gana en materia de seguridad jurídica, valor muy caro a los ingleses.

Así existe hoy no sólo en Inglaterra sino en los Estados Unidos (Court of Equity). Sus funciones se limitan a *ayudar, suplir y corregir el common law* (jus adjuvandi, supplendi et corrigendi).

Consideraciones finales. En las decisiones de los jueces, que sientan precedente, juega un importante papel los llamados *books of authority*. En la edad media, lo anota Rádrbruch, tuvo gran influencia el llamado *Espejo de Sajonia*, especie de código, semejante a las Siete Partidas. Y en los tiempos actuales se les confiere fuerza de autoridad a las obras de Bracton, (siglo XIII) y a los fallos de *Edward Coke* y *Lord Mansfield*. Al último de los citados se le considera auténtico creador del derecho mercantil inglés. Y *Oliver Wendell Holmes* es tenido como el gran precursor del derecho social en los Estados Unidos, donde además se miran con repeto las sentencias del Juez Cardozo.

El propio Rádrbruch resume admirablemente el espíritu del derecho anglo-americano. Dice: "La metódica de la clase law, tal como queda explicada, no se tiene por un método creador del derecho que lo produce partiendo de la idea del derecho, sino que cree por el contrario, ser una determinación empírico-inductiva del derecho emanada de la naturaleza de la cuestión misma".

En el derecho inglés se funden maravillosamente rigidez y flexibilidad, porque el fallador crea normas jurídicas (ideal tan anhelado por la escuela del derecho libre) pero no lo hace movido sólo por su arbitrio. Existen trabas y controles que permiten realizar la seguridad jurídica dentro de un sistema dinámico, que cada día se renueva, y aventaja por ese aspecto al derecho legislado.

Finalmente podemos decir, que en cada uno de los sistemas que hemos comparado, existe una fuente preponderante, absorbente, a la cual quedan reducidas en último término las demás: la legislación, en los países de Europa Continental y los que copiaron su derecho, y la costumbre, en el sistema anglo-americano.