

TÍTULO 3 FUENTES DEL DERECHO

75. Dificultad del tema. El análisis de la teoría de las fuentes de derecho en los países de la familia romano-germanica es una tarea ardua. En nuestra época, las concepciones originarias del derecho romano han sido radicalmente renovadas y carecen de toda utilidad para constituir un acervo común. Los derechos que integran la familia romana-germánica son múltiples y entre ellos cada uno posee su originalidad. E incluso en el interior mismo de cada sistema del derecho nacional, la materia es compleja y controvertida; la manera en que se llega a encontrar la solución que implica un planteamiento específico puede diferir según la disciplina del derecho en análisis y depende igualmente de alguna manera de la psicología y el temperamento personal de cada jurista; es finalmente susceptible de variar según las épocas puesto que está íntimamente vinculada con las tendencias filosóficas que pueden, en un momento dado, devenir preponderantes y a las cuales, concientemente o no, se suscriben los unos y los otros.

76. Teoría y realidad. En los países pertenecientes a la familia romano-germánica, la ley, en su acepción lato sensu, aparenta en la actualidad ser la fuente primordial del derecho. Todos los países pertenecientes a la familia romano-germánica al ser “países de derecho escrito”; los juristas ante todo, intentan descubrir reglas y soluciones de derecho a partir de textos legislativos o reglamentarios que emanan del Poder Legislativo o de las autoridades gubernamentales o administrativas. La tarea de los juristas se asemejaría esencialmente a la de descubrir, mediante variados procedimientos de interpretación, la solución que en cada caso concreto corresponde a la voluntad del legislador: *Jurisconsulta sine lege loquens erubescit* se decía antaño en Alemania. En este análisis las fuentes de derecho distintas a la ley parecen ocupar un lugar subordinado y de importancia menor en comparación con la fuente derecho por excelencia que es la ley.

Este análisis por más común que sea, en realidad se encuentra muy alejado de la realidad. La doctrina en la cual se resume este análisis representó el ideal de una escuela del pensamiento jurídico que dominó *verbi gratia* en Francia en el siglo XIX pero que nunca fue plenamente aceptada por la práctica y en la actualidad, en la teoría misma, se admite cada vez más abiertamente que la soberanía absoluta de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción; paralelamente a la ley, hay otras fuentes de derecho igualmente importantes.

Confundir el derecho con la ley y concebir la ley cómo la fuente exclusiva del derecho va en contra de toda la tradición romano-germánica. Las universidades, cuyas enseñanzas forjaron nuestras concepciones jurídicas, pudieron recurrir a la legislación romana. A este efecto se ha podido demostrar en líneas anteriores hasta que punto efectivamente lo hicieron; los tribunales, entre ellos los Parlamentos franceses, desempeñaron una función fundamental en la elaboración de los derechos nacionales y no es sino de manera excepcional que en esta tarea se vieron gobernados por la legislación. A partir del siglo XVII, la escuela del derecho natural requirió al legislador que sancionara con su autoridad reglas justas, que debían responder a los postulados de la naturaleza y de la razón; pero aún preconizando una nueva técnica, la de la codificación, nunca se llegó al extremo de confundir el derecho con la ley y que sólo a través del estudio de las leyes se pudiera acceder al conocimiento del derecho. Una confusión se estableció sobre este punto.;

pero resulta suficiente con volver a leer el admirable *Discours préliminaire du Code Civil* de Portalis para disipar cualquier duda.¹

77. Persistencia de la tradición. Se hubiese necesitado una verdadera revolución para que se llegara a rechazar la concepción tradicional según la cual el derecho es diferente de la ley. El derecho que es objeto de la búsqueda de todos los hombres de buena voluntad y muy en especial de los juristas, no se pueden limitar a los textos del derecho escrito; se cambiaría la definición y la naturaleza misma del derecho si en el análisis del derecho no se buscará la expresión de lo justo, y sino voluntad de los gobernantes. Esta revolución pudo haber acaecido en la antigua Unión Soviética y las democracias populares, más no en otros países.

Una teoría positivista que postulaba que la ley sería en lo sucesivo la fuente exclusiva del derecho, pareció prevalecer de manera indiscutible en los diferentes países pertenecientes a la familia romana germánica inmediatamente después de la codificación. Los especialistas de diversas disciplinas del derecho con frecuencia siguen sosteniendo esta teoría cómo la aceptada por nuestros sistemas de derecho; por ende se le considera en especial en los países del *common law*, como una ilustración de la práctica jurídica de los países de la familia romano-germánica. En realidad, campearon en el ánimo de los juristas otras concepciones e incluso. Incluso se planteó si algunos sistemas experimentaban un renacimiento del derecho natural.² Los partidarios mismos del positivismo fueron abandonando paulatinamente el mito de la ley tal y como se presentaba en el siglo XIX y reconocen ahora la función creadora del juzgador; prácticamente nadie en la actualidad sostiene que la ley sea la única fuente del derecho y que una operación puramente lógica de interpretación de la ley pueda en todos los casos conducir a la solución de derecho que se necesita.³

Los países de la familia romano-germánica cuentan con Constituciones políticas, códigos y múltiples leyes mientras que en otras épocas las reglas y soluciones jurídicas se les tenía que buscar en documentos que se presentaban de manera menos sistemática y que con frecuencia carecían de la sanción del poder soberano. Esta mutación de la técnica jurídica reviste sin duda una importancia capital; al desvanecerse la multiplicidad esteril y la incertidumbre peligrosa que con demasiado frecuencia ponía en predicamento la autoridad del antiguo derecho, permitió ir adaptando el sistema de derecho a las necesidades de nuestra sociedad moderna. El legislador incrementó la parte que le correspondía en el enunciado del derecho, en una época en la que, a raíz de cambios profundos sobrevenidos en la economía y las técnicas, la concepción de la justicia se encontraba en plena evolución. Pero de aquí a rechazar totalmente nuestra concepción tradicional del derecho hay un abismo, pues lo último supondría admitir el dogma de la soberanía del Estado.

Los juristas franceses del siglo XIX han podido creer que sus códigos eran la expresión de “la perfección de la razón” y que en lo sucesivo, el medio más seguro de llegar a una solución de justicia y conocer el derecho era simplemente mediante la exégesis de los códigos. Los juristas de otros países pudieron albergar la misma concepción cuando, a su vez, recibieron los Códigos. La

1 J. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844. *Naissance du Code Civil*, 1989.

2 P. Gestas, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, *RTD Civ.*, 1983, pp. 23 y ss.; A. Seriaux, *Le droit naturel*, 1999.

3 N. Bobbio, “Sur le positivisme juridique”, en *Mélanges Paul Roubier*, 1961, pp. 53-73.

coincidencia en un momento dado entre el derecho, que es la justicia, y la ley, que es la voluntad del legislador, pudo generar confusión por un tiempo. El derecho comparado nos ayuda a disipar esta equivocación. Los juristas ingleses o norteamericanos se percataron rápidamente que en los países pertenecientes a la familia romano-germánica las disposiciones de las leyes no eran órdenes que importaba ejecutar a la letra y que los códigos, cercanos a la doctrina, eran más bien, en la mayoría de los casos, simples marcos de referencia dentro de los cuales los juristas, en busca de soluciones de justicia, ejercían una actividad creadora.

78. Técnica y política de la jurisprudencia. Es cierto que los tribunales y juristas de los países de familia romano-germánica para sostener y justificar la validez preconizada de una solución jurídica, tienden a invocar una o varias leyes. Incluso puede parecer necesario hacer valer que una ley ha sido transgredida para poder recurrir a la justicia o interponer un recurso frente a las Cortes Supremas. Esta actitud y estas disposiciones dan la impresión que, en la familia romano-germánica, derecho y ley eran idénticos.

Pero para tener una visión exacta de las cosas, se requiere considerar la manera en que las leyes son interpretadas, recurridas y en algunos casos nulificadas. Así verbi gratia, en Francia, después de la codificación napoleónica, la jurisprudencia jamás se limitó a aplicar los textos de la ley. Su contribución a la evolución del estudio del derecho permaneció en la penumbra durante todo el siglo XIX pero al término de ese siglo, las condiciones nuevas de la sociedad exigieron de su parte iniciativas más audaces y la actividad jurisprudencial emergió plenamente. La conmemoración del primer centenario del Código Civil francés brindó la oportunidad al primer presidente de la Corte de Casación, el magistrado Ballot-Beaupré, de proclamar que la jurisprudencia, sin esperar la conversión de la doctrina, a esta teoría, había avanzado constantemente “a través del Código Civil y más allá del Código civil”, al igual que antaño progresaron “a través del derecho romano y más allá del derecho romano”. En Francia, la construcción del derecho administrativo por el Consejo de Estado constituye otro claro ejemplo de la función de la jurisprudencia. La concepción del derecho sustentada durante siglos en las universidades europeas no fue abandonada. El legislador puede y debe, contribuir a pronunciar lo que es el derecho, pero el derecho es más que la propia ley. Al derecho no se debe confundir con la arbitrariedad del legislador; se le debe descubrir mediante un esfuerzo común de todos los juristas y de todos los que colaboran en la tarea de la administración de justicia. En nuestra época, por más que la importancia de las fuentes legislativas y doctrinales puedan, comparada con las del antiguo derecho, encontrarse invertida, nuestro sistema de derecho continúa siendo, conforme a la tradición, un derecho de juristas (*Juristenrecht*). La ley es el elemento principal del conocimiento del derecho pero no excluye otros elementos y sólo toma sentido en conjunción con ellos. En Francia, Alemania o Italia, tanto hoy como en el pasado, no se puede conocer el derecho sino a través de una investigación en la que el legislador y todos los juristas son participes. En suma, el derecho comprende otras fuentes importantes concomitantemente con la ley.

79. Unidad del derecho occidental. Encontramos al respecto una misma actitud tanto en países de la familia romano-germánica como en los países del *common law*. En ambos impera una misma concepción del derecho, relacionada con la búsqueda de la justicia. La única diferencia es que en la familia romano-germánica se intenta descubrir las soluciones de justicia del derecho mediante una técnica cuyo origen es la ley, mientras que en la familia de los sistemas *common law*, se pretende llegar al mismo resultado, pero mediante una técnica que privilegia los precedentes judiciales. De ello resulta que en las dos familias se tiene un análisis diferente de la regla de derecho, que se concibe bajo una óptica legislativa y doctrinal en los países de la familia romano-

germánica y bajo una óptica jurisdiccional en países del *common law*. Es sin embargo incorrecto llegar a la conclusión que se trata de una diferencia que altera la naturaleza misma del sistema de derecho: éste se concibe del mismo modo dentro de lo que podría constituir una vasta familia occidental.

Queda por determinar la manera en que, el legislador y las autoridades administrativas por una parte al dictar disposiciones generales y los juzgadores y juristas por otra parte al interpretar la ley o recurrir a otras fuentes de derecho, precisan las soluciones conformes al derecho, en los diferentes países de la familia romano-germánica. Con este fin me atenderé al plan clásico y examinaré sucesivamente la función de la ley, de la costumbre, de la jurisprudencia, de la doctrina y de algunos principios superiores.

Capítulo 1. La ley

Capítulo 2. La costumbre

Capítulo 3. La jurisprudencia

Capítulo 4. La doctrina

Capítulo 5. Los principios generales