

SEGUNDA PARTE
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Tercero: Las fuentes del derecho</i>	<i>130</i>
1. Concepto de fuente	130
2. La legislación	131
3. La costumbre	131
4. La jurisprudencia	132
5. El contrato y el tratado	133
6. Otras fuentes del derecho	133
7. Las “lagunas” de la ley	134

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUENTES DEL DERECHO

El juez es siempre legislador de normas jurídicas individualizadas. Pero el legislador de normas generales pretende hacerle creer, con el invento de las “lagunas de la ley”, que sólo puede hacer uso de su arbitrio cuando él no ha previsto el caso concreto.

F.E.V.B.

1. CONCEPTO DE FUENTE

Legislación, jurisprudencia, costumbre, doctrina, tradición, ideología, etcétera, han sido señaladas por diversos autores como *fuentes* del orden jurídico, en el sentido de origen teórico o bien histórico genético de las normas de derecho. Por ello, precisar y definir tales *fuentes*, estableciendo su conexión con el derecho positivo, es uno de los *problemas* preferidos de cuantos juristas escriben sobre cualquier rama de la jurisprudencia, sin precisión metódica de ninguna clase.

Ahora bien, por principio de cuentas debemos indagar qué se entiende por *fuente* del derecho, a fin de colocar el problema en su verdadera situación como tal. Si la norma jurídica fuese una realidad natural, cabría preguntar por sus fuentes en el sentido de sus causas fenoménicas. Pero ya hemos insistido en que la regla de derecho es un deber y no un ser, una realidad normativa y no causal. Por consiguiente, es imposible hablar como lo hace la doctrina tradicional, de fuentes reales del derecho, ya que éste no puede ser efecto de ninguna causa. De manera que sólo podría considerarse legítima, la indagación que se hace por las llamadas fuentes formales del orden jurídico, como veremos en seguida.

Siendo la regla de derecho una realidad normativa, esto es, un deber y no un ser, es imposible preguntarse por su verdad o falsedad, ya que sobre la misma sólo tiene sentido inquirir acerca de su validez o invalidez. Por otra parte, el contenido de las normas es siempre algo empírico, algo *creado* (*objetivado*) por ellas y cuya existencia como tal contenido no puede afirmarse sino en función de la validez de tales normas. Así, pues, no es el contenido de la norma algo acerca de lo cual pueda indagarse si es o no válido.

Por tanto, sólo puede preguntarse por la validez de la norma misma, y éste es el único sentido en que es posible preguntar científicamente por la

fuente del derecho, pues sólo puede ser fuente del orden jurídico en sentido estricto, el origen teórico de su validez. Y tal origen teórico de la validez de una norma, o sea de la normatividad, es la norma fundamental hipotética o norma básica; luego, ésta es la fuente originaria del derecho.

También es posible hablar de fuentes de validez de cada norma jurídica particular, y estas fuentes serían las normas jerárquicamente superiores a aquéllas por cuyo origen lógico se indaga, esto es, aquellas normas que regulan su creación. Y así tenemos que la fuente (razón) de validez, de una norma individualizada creada contractualmente, por ejemplo, serán las normas que rigen la contratación, y que la fuente de otra creada jurisdiccionalmente, serán las normas procesales, es decir, las normas que establecen el procedimiento. O en otras y más sencillas palabras: *sólo el derecho es fuente del derecho*.

Y aquí conviene aclarar que esto no es formalismo, pues el término formal entendido a la manera escolástica, es aplicable tan sólo sobre la base de la distinción metafísica entre forma y materia (hilemorfismo), entre continente y contenido. Y la ciencia jurídica parte de la más firme base de que no hay ni puede haber otros contenidos, que los construidos como tales por la legalidad lógica (forma para los escolásticos) en la objetivación científica.

2. LA LEGISLACIÓN

En los regímenes de derecho escrito, como el mexicano por ejemplo, destaca la importancia de la legislación como fuente del derecho. Legislar es crear normas generales de derecho, llamadas leyes. Esto lo hace un órgano del Estado llamado Congreso, Parlamento, Dieta, Asamblea Nacional, etcétera.

La Ley suprema o Constitución del Estado, es también producto de la actividad legislativa. Esta actividad generalmente no la desarrolla el órgano encargado de dictar leyes ordinarias, sino un órgano especial normalmente llamado Asamblea o Congreso Constituyente.

Esos órganos legislativos también expiden, aunque por lo común en forma excepcional, normas individualizadas, como cuando imponen condecoraciones, conceden pensiones, otorgan ciertas concesiones de explotación, habilitan funcionarios y, en general, cuando realizan actos de administración interior.

3. LA COSTUMBRE

En los países de derecho consuetudinario, como Inglaterra por ejemplo, es muy notable la importancia de la costumbre como fuente del derecho. La costumbre consiste en el reconocimiento expreso o tácito del Estado, hecho a través de sus órganos legislativos, jurisdiccionales o administrativos, de la fuerza obligatoria de ciertos usos o formas de comportamiento que, por ello, adquieren el carácter de normas jurídicas generales de características esencialmente similares a las de los preceptos legislados.

En los órdenes nacionales que, como el de nuestro país, niegan expresamente a “la costumbre, desuso o práctica en contrario”, aptitud jurídica para derogar cualquier norma de derecho escrito, se plantea el siguiente problema: Frente a la falta de aplicación prolongada indefinidamente de un precepto legislado, ¿podría decirse que continúa en vigor tal precepto, o bien, que ha sido derogado? La cuestión se resuelve fácilmente si se inquiere: ¿Tal falta de aplicación se debe a que nunca se ha presentado el caso regulado por la norma?, ¿a que los particulares no la aplican por considerarla derogada? o ¿a que los órganos del Estado la han dejado de tomar en cuenta por estimarla carente de validez? En el primer caso la norma sigue vigente, pues no se la aplica porque jamás se ha realizado el supuesto de la misma. Así, verbigracia, sigue en vigor en México la Ley de Responsabilidades Oficiales, aun respecto de los órganos superiores del Estado, pese a que nunca se han exigido tales responsabilidades a los funcionarios respectivos (supuesto normativo). En el segundo caso, también continúa en vigor el precepto, pues al igual que en el anterior, su falta de aplicación obedece a que no se ha realizado uno de sus supuestos: la exigencia del derecho correspondiente mediante el ejercicio de una acción, la presentación de una demanda. En el último caso, se dan dos posibilidades: si los órganos del Estado que estimaron carente de validez el precepto, no son órganos supremos del mismo, porque su actuación es revisable por otros órganos, la norma continúa en vigor, pues muy bien puede suceder que los superiores estimen que sigue siendo válida. En cambio, si la resolución que decidió tener por carente de validez el precepto, proviene de un órgano supremo, la pregunta tiene que contestarse diciendo que la norma ya no se encuentra en vigor, que ha sido derogada por otra norma general de carácter jurisprudencial: la que consideró a aquélla carente de validez. Pero nunca será legítimo contestar que una norma (*deber*) fue derogada por *desuetudo* (*ser*). Es más, no sólo fue derogada la norma que se estimó carente de validez, sino también la que prohíbe derogar cualquier precepto legal alegando “costumbre, desuso o práctica en contrario”. Y si esta prohibición estuviera —que no lo está— contenida en una norma constitucional, habría que aceptar su derogación en función de otra norma constitucional de carácter consuetudinario, que autorice esa forma de derogación extraordinaria de los preceptos escritos de la propia Constitución, pues de no admitirlo así, dejaríamos sin fundamento lógico una resolución que, en principio, se ha estimado lógicamente válida como norma de derecho.

4. LA JURISPRUDENCIA

En muchos países, México entre ellos, es grande la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho. La jurisprudencia está constituida por normas jurídicas generales creadas por uno o varios tribunales específicos. En nuestro medio, el tribunal capacitado para dictar normas jurispru-

denciales, lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De acuerdo con la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, mejor conocida con el nombre de Ley de Amparo, cuando una de las salas de la Suprema Corte pronuncia cinco ejecutorias (cada una de las cuales contiene una norma jurídica individualizada) en idéntico sentido, no interrumpidas por otra en contrario, y las mismas fueron aprobadas por cuatro, por lo menos, de los cinco ministros integrantes de la sala, siendo además relativa a la interpretación de la Constitución, leyes federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; se ha creado una norma jurídica general, consistente en la tesis sostenida por aquellas ejecutorias, de características esencialmente similares a los preceptos legislados. Estas normas jurisprudenciales pueden ser derogados en la propia forma que fueron creadas, y también, por una disposición legislativa en sentido contrario a ellas.

También el pleno de la Suprema Corte puede establecer jurisprudencia y asimismo los Tribunales Colegiados de Circuito.

5. EL CONTRATO Y EL TRATADO

La contratación es una fuente de derecho en cuanto da lugar a la creación de normas jurídicas individualizadas, válidas únicamente para las partes contratantes. En la celebración de cualquier contrato se aplican normas jurídicas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia, y se crean normas especiales cuya validez está restringida a quienes intervinieron en la contratación.

Similar al contrato, que regula relaciones entre particulares, resulta el tratado que rige las relaciones de los Estados. En este campo, la contratación recibe el nombre de convención internacional, y el contrato se denomina tratado. La diferencia estriba en que mientras aquél generalmente da lugar a la creación de normas individualizadas, éste crea por lo común normas generales, las cuales constituyen el llamado derecho internacional especial. Los preceptos del derecho internacional general, son producidos por la costumbre.

Conviene aclarar que, excepcionalmente, la contratación puede dar lugar a la creación de normas jurídicas generales, como en el caso de los llamados contratos-ley del derecho laboral mexicano. También excepcionalmente, la convención internacional puede crear normas jurídicas individualizadas, como cuando dos Estados convienen resolver un problema relativo a un nacional de cualquiera de ellos, exclusivamente.

6. OTRAS FUENTES DEL DERECHO

Las sentencias judiciales constituyen la aplicación de normas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia y de normas individualiza-

das de la contratación, la testamentificación o la actuación de los órganos administrativos del Estado, y la creación de normas jurídicas individualizadas.

Los testamentos son también normas jurídicas individualizadas. Se diferencian de los contratos en que éstos requieren de un acuerdo de voluntades en tanto que aquéllos son la expresión de una sola voluntad.

Los actos y resoluciones administrativos constituyen igualmente una fuente de derecho que, generalmente, produce normas jurídicas individualizadas. Sin embargo, la reglamentación por ejemplo, es una actividad administrativa que da lugar a la creación de normas jurídicas generales, similares a las de la legislación.

Todo acto de creación de normas de derecho, generales o individualizadas, implica la aplicación de otras normas de superior jerarquía y, por ende, mayor generalidad. La legislación, pongamos por caso, es una actividad que trae aparejada la aplicación de preceptos constitucionales: los que facultan al órgano correspondiente para crear normas jurídicas generales llamadas leyes. La creación de las disposiciones constitucionales implica la aplicación de los preceptos de otra Constitución anterior, o bien, la aplicación de la norma fundamental hipotética: Debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario. Esta norma no se crea porque no tiene carácter positivo, de manera que su existencia no implica la aplicación de ningún precepto superior. Se trata simplemente de un supuesto del pensamiento jurídico.

7. LAS “LAGUNAS” DE LA LEY

Sobre la creencia errónea de que el derecho es un orden estático y no dinámico, surge la equivocada apariencia de que la ley tiene lagunas que es preciso llenar mediante la aplicación de principios jurídicos diversos de los legislados, porque *si hay lagunas en la ley, en el derecho no puede haberlas* (Zithelmann). Tales principios no pueden ser otros que los de un derecho natural cualquiera. Siguiendo este razonamiento, llegamos a la siguiente conclusión: Como el derecho natural no es sino un conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia, cada juez puede llenar las “lagunas” de la ley a su arbitrio. Pero esto no es lo importante. Al jurista le interesa la ley, para resolver sus problemas concretos, pero lo que ocupa la atención del investigador es la legislación, el acto por el cual la ley se produce, y la contratación, la testamentificación o la actividad jurisdiccional, esto es, los actos mediante los cuales la ley se aplica. Visto así el problema, la ley no es más que un momento sin duración en el tiempo, un cambio conceptual, entre la producción y la aplicación de la norma jurídica general. Sólo artificialmente ha podido el pensamiento tradicional quedarse en el momento de la producción de la norma, para hacerlo su objeto de estudio como ley. A este error contribuye la permanencia en el tiempo de los textos en que están inscritas las normas. Pero la ley no es nada si no se la aplica ni se la ve como producida por las disposiciones constitucionales. Cualquiera puede es-

cribir un conjunto de preceptos codificados, imprimirlos y distribuirlos en idéntica forma que una ley, como ocurre por ejemplo con los proyectos legislativos, pero a nadie se le ocurrirá llamar a ese texto ley, porque no ha sido creado en la forma constitucionalmente establecida, ni se aplica por los jueces en sus sentencias, por los particulares en sus contratos y testamentos, ni por las autoridades administrativas en sus decisiones. La ley es, para el pensamiento jurídico, sólo un momento fugaz e inasible entre su producción y su aplicación. Entonces, de igual manera que en un río no existen huecos, porque se trata de una corriente de agua, de un permanente movimiento, tampoco puede hablarse de "lagunas" en la ley. Ésta no es sino un permanente movimiento, una corriente jurídica, ya que el derecho es un orden dinámico y no estático.

Se han inventado las "lagunas" para hacer creer al juez que sólo puede hacer uso de su arbitrio, cuando el legislador no ha previsto el caso concreto sometido a su conocimiento. Pero la verdad es que nunca puede prever el legislador ninguna situación específica, pues si lo hiciera, no dictaría normas generales sino individualizadas. En todo caso, el juez individualiza, atenido a su propio criterio, las normas generales que aplica en su sentencia. Es decir, crea derecho, produce una norma diversa de las que aplica, la cual puede estar más o menos determinada por las normas superiores, pero siempre tendrá elementos que escapan a la previsión del legislador: personales, temporales, espaciales y materiales. Luego, el juzgador crea derecho en todo caso, dentro de límites más o menos amplios, y no sólo cuando se encuentra frente a lo que se llama "laguna de la ley", las que no son más que una invención útil para quitarle al juez las pretensiones de legislador que fundamentalmente podría tener, ya que si bien no crea normas jurídicas generales, sí produce normas de derecho individualizadas.

Para hacer más inteligibles nuestras afirmaciones, a las mentalidades formadas en el pensamiento jurídico tradicional, nos remitimos al siguiente párrafo de Hans Kelsen.

El orden jurídico no puede tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver, como legislador, una determinada controversia, en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general. El derecho realmente en vigor pudo ser aplicado al caso concreto mediante la absolución del demandado. Sin embargo, el juez está facultado para cambiar el derecho en relación con un caso concreto y obligar jurídicamente a un individuo que era con anterioridad jurídicamente libre.¹

Cuando Kelsen habla de una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general, se refiere únicamente a que el contenido de la pri-

¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 153.

mera no está predeterminado por otra norma, pues no puede existir ninguna norma individual cuya creación como norma de derecho no se encuentre determinada por una más general, que le sea jerárquicamente superior. Toda norma individualizada tiene que ser creada por un órgano del Estado, el cual lo es, siempre, en virtud de una norma general orgánica que lo hace ser tal órgano. Esta norma general, cuando menos, corresponde en todo caso a cualquier norma individualizada.