

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO *

(Ideas para un diálogo)

La teoría jurídica fundamental de nuestros días ha realizado un examen a fondo en lo que se refiere a la interpretación de la norma jurídica general y su relación con la función judicial (1). Este examen ha demostrado fehacientemente que la función judicial tiene una dimensión eminentemente práctica, en la medida que está constituida por un acto decisorio, esto es, de naturaleza volitiva. Aquello que hay de teórico, es decir, de estrictamente racional, en la decisión judicial está en función de la dimensión práctica a la que se aludía anteriormente (2). Pero no se puede olvidar que el juez ha de referir siempre su fallo a una norma jurídica general, ya que ésta es la única manera de darle un carácter objetivo al mismo, mediante un punto de referencia lógico-normativo (3).

Una metodología jurídica elaborada a partir del quehacer judicial concreto (4) debe pasar inmediatamente a examinar el origen, naturaleza y variedades de los *tipos* de esas normas jurídicas generales a las que se hizo referencia, así como también debe realizar el examen de la influencia de cada uno de ellos sobre la elaboración de normas jurídicas con-

(*) Comunicación al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (extraordinario): Madrid, 7 al 12 de septiembre de 1973.

(1) Ver A. E. SERRANO, «Algunas reflexiones en torno a la interpretación de la norma jurídica general» (en *Comunicaciones al VIII Congreso Interamericano de Filosofía*, CEFD, Maracaibo, 1972), 31-49.

(2) Cfr. L. RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho* (Porrúa, México, 1970), 195-274.

(3) «Sin norma genérica para subsumir en ella el caso, no hay fuerza de convicción jurídica; pero no basta la norma genérica para que la haya» (C. Cossío, cit. por A. E. SERRANO, «Una introducción a la teoría egológica del Derecho», *Luz*, Maracaibo, 1972, 148).

(4) Como acertadamente lo ha hecho C. Cossío, ver A. E. SERRANO, *ob. cit.*, esp. 158.

cretas por parte del juez (5). Cuando aborda la cuestión la teoría tradicional la resuelve en dos trazos, mediante la utilización de aquellas nociones de fuentes históricas, fuentes materiales y fuentes formales (6). Las primeras incluirían todo el pasado jurídico que —de una u otra manera— resulta relevante para las normas actuales; las segundas incluirían, por una parte, un vago sentido de la justicia y, por la otra, los hechos sociales, de los cuales —a pesar de todo— no se atreve a prescindir, y las terceras incluirían los procedimientos formales mediante los cuales se concretan leyes, reglamentos, etc.

Aparte de ser el planteamiento tradicional tremendamente simplista, aparte de ser también la clasificación que de las fuentes hace lógicamente defectuosa, por carecer de *principium divisionis*, resulta completamente inútil desde el punto de vista operativo (7), es decir, desde el punto de vista auténticamente jurisprudencial, en tanto éste implica un conocimiento eminentemente práctico (8). Se trata, pues, en las presentes líneas de formular una cuantas consideraciones —muy generales, por cierto— que integran el esquema general sobre el cual se intenta por nuestra parte replantear la cuestión. Cualquier ensayo en este sentido debe tener una dimensión prospectiva y, por ende, operacional, y no retrospectiva, como ha sido la del racionalismo tradicional, aparte de que —como se ha dicho— se debe tener siempre presente la figura del juez *elaborando normas individualizadas para resolver casos concretos* (9).

«Un orden jurídico nacional no sólo consiste de una vasta multiplicidad de normas, sino que al mismo tiempo está sometido a un continuo proceso de evolución. En cada caso, en consecuencia, el juez tiene que

(5) «Para saber qué sea Derecho no tenemos más que encontrar el juicio, porque es el *iudicium* el que engendra el *ius*.» Luego, «... Derecho es lo que aprueban los jueces.» (A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho* (Rialp, Madrid, 1963), 109-110.

(6) Ver p. e., M. VILLORO TORANZO, *Introducción al estudio del Derecho* (Porruá, México, 1966), 155-159.

(7) «El formalismo de la ley *stricto sensu* es sólo procedimental, de modo que el criterio según el cual pueden admitirse leyes materiales que no sean formales incurre en el error de manejar principios de división inconexos. Técnicamente, pues, ley es ley en sentido formal, sin que sea posible recurrir a criterios materiales específicos para su clasificación.» (J. M. DELGADO, «Programa de filosofía del Derecho actual», *Luz*, Maracaibo, 1969, 214-215.)

(8) Ver J. M. MARTÍNEZ, cit. por A. E. SERRANO, ob. cit., pág. 183.

(9) Teniendo en cuenta la mentalidad de los medios profesionales, nunca se insistirá bastante en este punto.

abrirse camino a través de las normas de conducta que necesita como fundamento para su decisión» (10).

Si es cierto lo anterior, se debe partir de una noción de *fuentes* lo suficientemente amplia como para poder dar con ella cuenta de todas esas normas que se acaban de señalar, las cuales —como antes se dijo— tienen origen y naturaleza muy diferentes, así como también se presentan con fisonomías que varían de una a otras. Así, pues, se entenderá en lo sucesivo por *fuentes del Derecho* «... el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez de las reglas en que éste basa su decisión» (11). Esta noción parece apta para dar cuenta tanto de los elementos estrictamente formales como también de aquellos de naturaleza estimativa (12); además, conviene observar que el grado de *elaboración* de esos elementos puede variar de un caso a otro (v. gr., ley y «principios generales del Derecho»).

Por vía de hipótesis, ha parecido conveniente ensayar un cuadro clasificatorio basado en el mayor o menor grado de objetivación: «... el grado en que... presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación, o, a la inversa, el grado en que le presentan sólo un material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución de trabajo por parte del juez» (13). De acuerdo a lo dicho, se tendría la clasificación siguiente: 1) fuentes objetivadas: la ley y el negocio jurídico; 2) fuentes parcialmente objetivadas: la costumbre y el precedente, y 3) fuentes no objetivadas: la tradición de cultura. Consideración aparte (por el momento) requiere la llamada doctrina científica. Las variedades señaladas tienen *base unitaria* en un doble sentido: primero, todas ellas están enraizadas en una misma autoridad, esto es, en el Estado, y segundo, todas ellas están estructuradas e integradas dentro del mismo entramado estimativo. Como se verá posteriormente, el rol que en este sentido desempeña la tradición de cultura es de primordial importancia (14).

En los ordenamientos jurídicos *continentales* se considera a la legisla-

(10) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*² (EUDEBA, Buenos Aires, 1970), página 73.

(11) *Ibid.*, pág. 75.

(12) «La fuerza de convicción... camina mediante dos piernas, el contenido axiológico y la estructura normativa... (Es preciso tener presente) «... la íntima unidad del problema que, desdoblado y escindido, se acostumbra a presentar como fuentes materiales y fuentes formales del Derecho». C. Cossío, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*² (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964), página 179.

(13) A. Ross, *ob. cit.*, pág. 76.

(14) Ver *infra*.

ción como la fuente más importante. En realidad, las normas establecidas en las distintas especies legislativas (ley en sentido propio, reglamentos, etcétera) desempeñan un papel decisivo en los fallos judiciales de estos ordenamientos: incluso se ha llegado a darle un carácter «absoluto». De hecho, los jueces suelen pasar por encima de lo establecido en estas normas legales cuando hay un enfrentamiento demasiado violento entre la conciencia jurídica *formal* y la conciencia jurídica *material* (15). Esta dejación, por supuesto, puede presentarse de una forma más o menos expresa, de acuerdo con el manejo más o menos hábil de la técnica argumentativa por parte del juez. El factor característico de las normas legales radica en haber sido *sancionadas*, esto es, en haber sido creadas mediante la decisión *expresa* de unos sujetos debidamente autorizados, de acuerdo a unas condiciones previamente establecidas. Dichas condiciones pueden ser de carácter material o formal. Las primeras definen el procedimiento para la sanción de la norma, en tanto que las segundas definen el objeto y contenido de la norma (16). En este sentido, pues, se podría decir que: «... una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material» (17). Con base a lo anteriormente señalado, diera la impresión de que la distinción tradicional entre *ley formal* y *ley material*, aparte de ser lógicamente defectuosa, no presenta ninguna utilidad desde el punto de vista operativo para la Teoría fundamental del Derecho. Otro tanto podría decirse con respecto a la distinción de ley en sentido propio, reglamentos, estatutos autónomos, etc.

Como consecuencia de sus fundamentos exegético-racionalistas, la doctrina tradicional no tematizó la tarea del contrato como fuente del ordenamiento jurídico. Hoy por hoy, esta necesidad se hace ineludible en razón de que, día a día, la importancia del mismo se va haciendo cada vez mayor (18). Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes solamente interesa precisar que las normas contractuales se caracterizan en razón de haber sido elaboradas a partir de una *convención* entre sujetos privados. Casi todo lo que se pudiera agregar sobre el particular forma parte de una teoría de los contratos; no obstante, conviene dejar en claro que, incluso en estos casos, la vinculación del juez a la norma no tiene un carácter absoluto desde el punto de vista lógico-normativo: me-

(15) Cfr. A. E. SERRANO, *Algunas reflexiones...*, *ob. cit.*, págs. 46-48.

(16) A. ROSS, *ob. cit.*, págs. 77-78.

(17) *Ibid.*, pág. 78.

(18) Ver S. MACAULAY, «Relaciones no contractuales en los negocios» (en «Sociología del Derecho», *Tiempo Nuevo*. Caracas, 1971), pág. 202.

dian­te la utilización de la cláusula «rebus sic stantibus» —si las circunstancias del caso lo permiten— puede eludir lo establecido en las disposiciones contractuales respectivas (19).

Actualmente la consideración de la costumbre como fuente del derecho ofrece muy pocas posibilidades. En efecto, la creciente importancia que han ido cobrando tanto las normas legislativas como las basadas en los precedentes judiciales ha relegado a un segundo plano la influencia de las normas consuetudinarias sobre la elaboración de normas individualizadas por parte del juez. «Al tener que tomar los órganos de tutela jurídica como base para sus sentencias las normas establecidas legislativamente, el Derecho consuetudinario sólo ha podido conservar para lo sucesivo su virtualidad creadora de normas en el caso de que esos órganos reciban, expresa o tácitamente, el mandato de reconocer también en ciertas circunstancias la formación consuetudinaria del Derecho y tomarla en cuenta en sus decisiones» (20). En el caso del Derecho mercantil —como se sabe— se dan variantes significativas que, sin embargo, no invalidan lo dicho.

«El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en todos los tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general» (21). En este orden de ideas conviene subrayar que «... lo único importante para la doctrina de las fuentes del Derecho es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña, y no la doctrina oficial que nos dice si el juez puede tomar en consideración los precedentes y, en caso de que pueda, nos informa si está o no 'obligado' por ellos» (22). Una idea semejante expresa Nawiasky cuando sostiene: «... lo que importa a fin de cuentas, en la mayoría de los casos, no es el modo científicamente irreprochable en que las normas han de ser manejadas, sino la forma en que realmente se usa de ellas» (23). Tradicionalmente se le atribuye al precedente una importancia primordial dentro del *common law system* en virtud de la doctrina del *stare decisis*, en

(19) Cfr. A. E. SERRANO, *Una introducción...*, ob. cit., págs. 169-174.

(20) H. NAWIASKY, *Teoría general del Derecho* (Rialp, Madrid, 1962), pág. 97.

(21) A. ROSS, ob. cit., pág. 82.

(22) *Ibid.*, pág. 83.

(23) H. NAWIASKY, *Teoría...*, ob. cit., pág. 103.

tanto que el rol atribuido al mismo en el ámbito del Derecho *continental* es completamente secundario, en la medida en que «legalmente» no se le atribuye (como principio general) carácter «vinculante». Con base a las ideas anteriores, la perspectiva resulta completamente distinta: en el caso del *common law* —como ha sido ampliamente demostrado—, la doctrina del *stare decisis* tiene una dimensión eminentemente ideológica y, hoy más que nunca, resulta invalidada (24). Por el contrario, en el caso del derecho *continental* la sujeción efectiva de los jueces a los fallos precedentes es realmente decisiva en la gran mayoría de los casos: basta para comprobarlo revisar rápidamente cualquier compilación jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico de cada grupo está asentado sobre una determinada tradición de cultura, esto es, sobre un conjunto de valoraciones pre-normativas, traducidas directamente en actitudes vitales y manifestadas a través del arte, la religión, la política, etc. Estas valoraciones no tienen un carácter estático, ni mucho menos, antes por el contrario, presentan una dimensión eminentemente dinámica. «El factor de cambio en su desarrollo parecería ser cierta captación racional de tipo más o menos científico que lentamente va surgiendo de la experiencia. De ella proviene, por una parte, un cambio de técnica en todas las fases de la vida... y, por otra parte, una revisión crítica de los mitos fundamentales; y ambos actúan en forma refleja sobre la tradición de cultura» (25). El juez está inmerso dentro de una tradición cultural concreta, sus decisiones serán de acuerdo con el contexto cultural: en otras palabras, el juez sentencia con vista a la obtención de un resultado práctica inmediato, el cual, a su vez, está dirigido intencionalmente a los objetivos, más o menos inmediatos, del grupo respectivo. En este sentido, pues, la realidad estaría mucho más cercana a los antiguos planteamientos de la *jurisprudencia de intereses* que a los de la *jurisprudencia de conceptos*. (El punto de vista sustentado en estas líneas trata de reubicar convenientemente ambas perspectivas dentro de un contexto integrado.) Lo señalado interesa a los efectos de subrayar que la tradición de cultura («principios generales del Derecho») no solamente actúa como factor de integración, sino también —y más a menudo de lo que se piensa— como factor decisivo de interpretación: «... el juez puede dejarse orientar directamente por su 'sentido de justicia', o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico-sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra. Pero también en el úl-

(24) Ver, p. e., E. BODENHEIMER, *Jurisprudence* (Harvard University Press, Cambridge, 1967), págs. 370-371.

(25) A. Ross, *ob. cit.*, pág. 96.

timio caso la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural» (26).

Tradicionalmente se ha venido haciendo un estudio paralelo de la doctrina científica, frente a las otras fuentes del ordenamiento jurídico: de acuerdo al criterio sustentado en estas líneas, se puede incluir perfectamente dentro de un estudio general de las fuentes. ¿Habrá de ser ubicada dentro de lo que se ha denominado fuentes objetivadas o, más bien, constituye una parcela específica dentro de la tradición de cultura? En todo caso, «... se le ofrecen amplias posibilidades..., pues los jueces y funcionarios administrativos *bien preparados* (sic) seguirán atentamente la producción científica.» (27).

Hasta aquí las ideas fundamentales, las cuales querría me ayudaran a perfilar por medio de sus inteligentes observaciones, sugerencias y críticas.

A. E. SERRANO
Universidad del Zulia
Maracaibo (Venezuela)

(26) *Ibid.*, pág. 97.

(27) H. NAWIASKY, *ob. cit.*, pág. 106. El subrayado y el (sic.) son nuestros.

