

Las fuentes formales del orden jurídico

La tradición neorrománica

Zárate, J.H. et al. (1997). Sistemas Jurídicos Contemporáneos (pp. 88-92). México: McGraw Hill.



Espacio de
Formación
Multimodal



Al lapso que existe entre la publicación y la vigencia de la ley se le denomina *vacatio legis*, inobservancia legal. Es decir, que durante ese tiempo su aplicación no es obligatoria, por una parte, y por la otra, para que el contenido de la ley sea conocido por todos sus destinatarios. El maestro Galindo Garfias menciona que el artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal tiene principios de abrogación o derogación de la ley, los cuales deben ser expresos. Este principio se basa en que la ley posterior deroga o abroga a la anterior, en forma parcial, la primera; o total, la segunda. Sigue el principio romano que la abrogación sólo nulifica una parte de ley y la derogación en la totalidad de la ley. Esto es cuando la ley anterior es más extensa que la posterior, sólo se derogará en la medida que contradiga a la posterior.

Hablar de fuentes del derecho es hablar de inexorabilidad, de obligatoriedad o, como muchos autores expresan, de vinculación. Cuando una costumbre, ley o doctrina nos vincula o nos constriñe a acatarla estamos en presencia de una fuente del derecho, independientemente de cómo se produzca o nazca. A través del tiempo las fuentes han variado, incluso varían de una familia jurídica a otra, aunque dentro de la misma familia jurídica una fuente del derecho pueda ser considerada en forma apremiante, como es la ley en los sistemas neorromanistas de Europa continental o Latinoamérica.

La principal fuente en las familias neorromanistas es la ley, en las familias anglosajonas es el precedente y en las familias filosófico-religiosas es la palabra de Dios. Pero a través del tiempo las fuentes del derecho han variado de una región a otra, de una familia jurídica a otra. Y aunque actualmente las fuentes pertenezcan a la misma familia jurídica, y pudiese pensarse en las mismas fuentes, la manera de percibir las y aplicarlas puede ser muy variada.

Pues bien, existe toda una gama de clasificaciones de las fuentes del derecho, como la clásica, que las divide para su estudio en fuentes formales, reales o sociológicas e históricas. Pero podemos hablar también de fuentes psicológicas.

Las fuentes formales son el producto de un proceso previamente establecido para que sea obligatorio dicho producto, denominado ley. En los diferentes estados modernos, sobre todo los republicanos que tienen un gobierno democrático, existen procedimientos específicos para que se puedan elaborar leyes; si no se cumplen estos pasos, previamente dictados por un poder constituyente, la ley no tendrá carácter de obligatoria y la autoridad no podrá emplear la fuerza pública, la coacción, para que se cumpla.

Las fuentes formales pueden ser de carácter mediato o inmediato. Éstas son la ley y la costumbre; y las mediatas: la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales de derecho, la equidad. |

Fuente formal inmediata

La costumbre

La costumbre se ha tomado en sentidos distintos. En Inglaterra fue la fuente del derecho por excelencia, en el *common law*, llamada la *inveterata consuetudo inmemorial* del reino. En Roma la costumbre, *mores maiorum*, no se distinguía de la religión, de los buenos hábitos. Actualmente, los tratadistas conceptualizan a la costumbre como la repetición constante de hábitos que la sociedad toma como valiosos, en donde existen dos elementos: el objetivo, que consiste en la repetición de conductas, y el subjetivo, el cual supone que dichas conductas sean tomadas como benéficas para la sociedad. El derecho canónico completa el concepto con el factor tiempo, el cual tiene que ser por lo menos de cuarenta años.⁷

El emérito Galindo Garfias hace una distinción respecto de los actos o conductas repetitivas de un grupo, una región o un determinado gremio o profesión. En principio, señala al uso como una variante de la costumbre, ya que si bien es cierto que ambos tienen una conducta repetitiva de un grupo de personas y que tienen la convicción de que es para beneficio de la comunidad, el uso abarca un número de personas más restringido. Si en la costumbre es una región, en el uso, dentro de esa región, los comerciantes tienen ciertos usos, los banqueros, es decir las prácticas comerciales y bancarias. El autor citado menciona algunos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, los artículos 1796, 1856, 2457 y 2607, en los cuales la ley autoriza a tomar en cuenta el uso y las costumbres, según la región o en determinadas ramas sociales.

Respecto de la costumbre, la ley civil mexicana en principio la prohíbe practicar, pero después, en forma excepcional, la acoge, como en los artículos indicados. Por tanto, la doctrina divide tres clases de costumbre: la costumbre *secundum legem*, costumbre instrumental, cuando es darle una especificación a un determinado precepto de ley, que autoriza a la costumbre o al uso; la costumbre *praeter legem*, que actúa como fuente del derecho, para llenar los vacíos de la ley; y la *contra legem*, contra ley, en abierta oposición a la ley, como la inaplicabilidad de la ley por desuso (desuetudo), opina Garfias, o como costumbre derogatoria.

De estos tipos de costumbre, sólo los dos primeros son aceptados por la ley en forma muy limitada, y el último es desechado por completo.

Las fuentes formales mediatas

La jurisprudencia

Ha tenido muchos sentidos, según el sistema jurídico histórico y actual. En los romanos se trataba de respuestas de los prudentes. En Inglaterra y en Estados

⁷ Galindo Garfias, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

Unidos, se trata de una sentencia judicial, según el principio *stare decisis*, estar-se a lo sentenciado, al precedente inmediato anterior; sin que sea necesario cinco sentencias en el mismo sentido y sin ninguna en contra, como en el derecho mexicano. Éste tiene la función de interpretar la ley y aclararla. No como en los países anglosajones, en donde cada sentencia es una verdadera fuente del derecho.

Doctrina

La doctrina se refiere a la investigación que hacen las personas que se han dedicado al estudio del derecho para dar sus propias opiniones, basándose en conceptos, definiciones, sistematizaciones, en donde los propios investigadores del derecho han llegado a ciertos acuerdos. Sin embargo, existen discrepancias que aún no han podido resolverse. En el derecho romano no existía este tipo de investigaciones doctrinarias, pues sólo se daban opiniones y los seguidores de las corrientes de los sabinianos y proculeyanos las coleccionaban. Pero incluso no existía sistematización. Después de los glosadores y con los humanistas, podemos afirmar que comenzó la doctrina a extender su prestigio, incluso fue fuente de derecho, como lo fueron los posglosadores. Los doctrinarios llegaron a crear realmente el derecho moderno que se estudia en las diferentes universidades, de acuerdo con cada sistema jurídico contemporáneo, basándose en la ideología de cada sistema.

Los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son la fuente mediata a la que deben recurrir los jueces para impartir y resolver los casos que se les plantean. Por medio de operaciones lógicas, concatenando sucesiones inductivas, combinando normas que regulen determinada institución para poder comprender los principios rectores del derecho, que inspiran a la misma, como indica Galindo Garfias. Con estas operaciones mentales, y como dice el artículo 407 del Código de Procedimientos Civiles mexicano: fundándose en la lógica, la experiencia, y relacionando unas pruebas con otras, fundando y razonando su sentencia. De la misma manera, cuando a los jueces se les plantea un caso no previsto por la legislación, tienen que relacionar las normas que regulan la institución a tratar, incluso con preceptos o instituciones parecidas. Es llegar a la justicia inspirados en la ley.

La equidad

La *aequitas*, la equidad, de Roma prevalece en este concepto. Los romanos eran casuísticos, trataban de solucionar un caso con los pormenores del mismo sin que influyera otro caso. Lo que se trataba de hacer era darle la mayor aten-

ción al caso concreto, viendo cada una de sus causas en particular. Aunque aquí también se llega a la justicia particular, se prescinde un tanto del rigor de la ley. En la equidad el aplicador de la ley se tiene que fijar en la particularidad del hecho, y resolverlo en justicia, más que legal, de sentido común.

Las fuentes reales

Son los hechos sociales, los requerimientos de una sociedad, que pueden ser morales, culturales, sociales o religiosos en los que se fundamenta el legislador para proponer los proyectos de ley. Con base en los requerimientos sociales, el legislador puede presentar los proyectos de ley para mejorar las condiciones sociales de vida de su sociedad, o para resolver problemas que se están presentando, por ejemplo, la usura de los bancos. La fuente real podríamos compararla como la materia prima de donde se vale el legislador para realizar cambios sociales por medio de una ley congruente con los requerimientos de la sociedad a la que pertenece.

Por decir algo, si la sociedad, debido a la crisis social, está demandando mayores oportunidades económicas, no es por medio de una ley que incremente un impuesto al consumo, previamente analizada por los observadores como se resuelve el problema; sería la demanda estudiantil de ingreso a la máxima casa de estudios, por una parte, y por la otra, un ordenamiento constitucional, como es el artículo tercero de la Constitución mexicana que obliga al gobierno a proveer de mejores condiciones a los mexicanos menores de dieciocho años, como es otorgándoles una educación gratuita hasta el nivel secundaria. Hay que reconocer que los que aportan los recursos económicos son principalmente los trabajadores mexicanos mayores de edad, a quienes se les descuentan impuestos sobre el trabajo; éstos no tienen derecho a una educación superior gratuita, ni mucho menos acceso a las aulas universitarias, lo que va en contra del ordenamiento medular de los mexicanos.

Una solución sería abrir la matrícula y programar toda la educación universitaria por vía televisiva, como la telesecundaria, pudiendo existir asesores externos en la propia universidad o en el canal en donde se esté transmitiendo la cátedra universitaria; de esta manera, se podrían realizar exámenes todo el tiempo, previo pago de los derechos, así como la solicitud de exámenes re-
cepcionales. Pero generalmente, no se dan soluciones de un vendedor estadista legislador, sino solamente paliativos que no remedian el problema de fondo.

Como dice el maestro emérito Galindo Garfias, el hecho social, el dato experimental, las aspiraciones sociales como las que acabamos de mencionar son lo que el legislador va a tomar en cuenta para poder llevar a cabo sus funciones.

¿Qué se debe entender por fuente histórica? Fuente histórica se llama a aquella institución por medio de la cual los individuos de las diversas sociedades se han vinculado a través del tiempo. Hacerse esa pregunta es remontarse a la historia de las fuentes del derecho: la costumbre como fuente histórica en el derecho anglosajón, el Código de Hammurabi, las Doce Tablas, el Pentateuco, los plebiscitos, las constituciones imperiales, las colecciones de los jurisconsultos, las costumbres germánicas, la doctrina de los posglosadores, las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, el *liber judiciorum* o fuero juzgo, las Ordenanzas de Alcalá, las prácticas, las Leyes del Toro, las Ordenanzas de Montalvo, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, etcétera.

En el Estado moderno encontramos: la Carta Magna, en Inglaterra, las constituciones y códigos franceses y europeos, pasando por todas las constituciones mexicanas, la de Cádiz, la de 1814, 1824, 1857, 1917, sin soslayar, las Ordenanzas de Bilbao, las Leyes de Indias y todos de los códigos de las diferentes materias. Todos los documentos anteriores serán fuentes históricas, que regulen las relaciones de los particulares entre sí y con el poder, llámese autoridad patriarcal o tribal, rey, emperador, monarca, presidente, primer ministro, etcétera. Obviamente, lo anterior es sólo un pequeño esbozo de las fuentes históricas que existieron.

Fuentes psicológicas

Las fuentes psicológicas se pueden conceptualizar como la ideología que prevalece en cada una de las épocas por las que el ser humano ha pasado, de acuerdo con su desarrollo histórico y social.⁵ El hombre se vinculó a determinadas fuentes, en virtud de la psicología que prevalecía en esos momentos. Cuando el hombre pensaba y vivía en un antropomorfismo, y que los dioses participaban en sus luchas, puesto que eran igual o peor de egoístas que el hombre, las fuentes fueron las costumbres de cada pueblo o región de cada Estado-ciudad. En la temprana Edad Media se fue desarrollando un concepto religioso según el cual Dios era el centro del Universo.

Sin embargo, poco después el hombre se sintió y se creyó el dios del Universo, el centro de la Creación, con independencia de Dios mismo, y comenzó a racionalizar todo el conocimiento, con lo cual las fuentes del derecho variaron considerablemente. Por tanto, el ambiente externo ha influido en el hombre, para exigir y adaptarse a nuevas fuentes del derecho, expresando esa conciencia o psicología general en movimientos sociales, que se traducen en fuentes reales del derecho.

Pero antes debió crearse no sólo en la mente de un solo hombre sino de la gran mayoría de los individuos que conforman la sociedad, para lanzarse y actuar, hasta en contra de las propias fuentes del derecho, y reinventar unas

nuevas, o como muchos autores llaman, depurar las doctrinas y las fuentes y el derecho en general, para reconstruir algo nuevo y diferente que llene los requerimientos de cada sociedad.

Verbigratia, si en la ciudad de México, una de las metrópolis más pobladas del mundo, existe un número reducido de jueces para veinte millones de habitantes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, rogaría a Dios que la totalidad de los mexicanos no se ampararan contra leyes injustas, porque no terminaría jamás; puesto que hasta la fecha no ha sucedido ni sucederá eso, el rezago aún parece interminable. ¿Los legisladores estarán pensando cómo resolver el problema del rezago? ¿O será acaso alguno de nuestros grandes magistrados de la propia Corte, que ya está en proceso de exponer la solución al mismo? ¿Algún investigador experimentado nos dará la solución al rezago? O como dice el librito: ¿Qué es la ciencia? Porque cuando más necesitamos de la ciencia nos da la espalda a los problemas reales. En fin, estos breves y simples ejemplos son sólo una muestra de la diversidad de fuentes en las que es posible ubicar el surgimiento y evolución de la normatividad propia de la tradición jurídica neorrománica.