

## **FUENTES DEL DERECHO**

Acepciones de la frase fuentes del derecho: La frase fuentes del derecho puede tomarse en dos sentidos capitales: como el fundamento de todo lo jurídico, es decir, la causa última u origen de todo Derecho, o bien como el origen del derecho positivo, o sea, las formas de manifestación del derecho en una sociedad determinada. En el primer sentido, el problema de las fuentes del derecho se confunde con el concepto mismo del derecho; se trata de un problema filosófico en torno al cual se agrupan las diferentes escuelas con posiciones distintas. La escuela histórica pondrá el fundamento del derecho en el espíritu del pueblo, el positivismo en la voluntad del Estado, etc.

Cuando en el derecho civil se habla de fuentes del derecho no se alude a este primer sentido de la frase, que queda estudiado en el concepto del derecho, sino más bien a la otra acepción. Por tanto, lo que se ha de estudiar ahora es el modo de manifestarse del derecho positivo, con especial referencia al derecho civil, es decir, las fuentes en sentido técnico.

Pero además de estos dos sentidos fundamentales, el filosófico y el técnico, se habla también de fuentes del derecho, en el sentido de fuentes instrumentales o de conocimiento del mismo, o sea, los medios o materiales de que se valen para conocer el derecho ya creado. Este tercer sentido de la frase fuentes del derecho no afecta, por tanto, a la frase generativa del derecho, sino a la cognoscitiva. Para distinguir las fuentes de conocimiento de las creadoras, la doctrina suele hablar de fuentes formales, directas e inmediatas, para aludir a las fuentes de origen o fuentes en sentido técnico, mientras que denomina por contraposición fuentes materiales, indirectas y mediatas a las fuentes de conocimiento. Tampoco se hablará aquí de las fuentes de conocimiento, limitándose a las llamadas fuentes en sentido técnico.

LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE. Tradicionalmente se ha venido considerando a la ley y a la costumbre como las principales fuentes formales del derecho positivo. Pero por reacción contra la tendencia legalista que identifica a la ley con el derecho, se han producido, a partir de fines del siglo XVIII, nuevas tendencias que admiten, junto al derecho estatal, otras fuentes de creación del derecho, basadas no en elementos objetivos, sino puramente subjetivos que el juez libremente investiga. Esta tendencia, llamada del derecho libre o libre jurisprudencia, presenta matices muy variados que van desde la posición moderada que representa Geny, que respeta el valor de la ley y la costumbre como fuentes formales, pero admitiendo, cuando estas no basten, la libre investigación científica, hasta las posiciones más avanzadas. Pero, por encima de tales diferencias, coinciden todos sus partidarios en admitir otras fuentes al lado del derecho estatal, que el juez libremente debe investigar.

De la labor crítica del positivismo legalista, que reduce todo el ordenamiento jurídico a la ley, se pasa a las exageraciones sobre la libre investigación judicial del derecho por lo que en general se rechaza esta postura por los peligros que encierra de un puro subjetivismo. En cierto modo se inspira en esta tendencia el código civil suizo, que ordena al juez, cuando sean insuficientes la ley y la costumbre, decidir según lo que él hubiera establecido como legislador. Con razón se censura a esta posición que consagra un criterio individualista conforme a su

convicción personal, prescindiendo de los principios morales, políticos y sociales sobre los que se basa la vida de la nación.

El tema se centra en el método jurídico en conexión con el de las fuentes, como se ha visto, y asimismo con el de la interpretación de las normas al que más adelante se aludirá.

**FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.** Se reconoce como fuentes jurídicas la ley, la costumbre del lugar y los principios generales del derecho, sin mencionar la jurisprudencia, lo que se había censurado por la doctrina. La Ley del Organismo Judicial en el Art. 2 indica lo que son las fuentes del derecho. Dice al respecto que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y la que resulte probada.

Las fuentes del ordenamiento jurídico son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Indicando la jerarquía normativa al establecer que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. Insistiendo en esta jerarquía tanto al referirse a la costumbre, que regirá en defecto de ley aplicable como al aludir a los principios generales del derecho que se aplicaran en defecto de ley o costumbre.

Con relación con la costumbre no deberá de exigirse que ésta sea la local, como muchos llegaron a suponer. Y se da la consideración de costumbre a los usos jurídicos, no meramente interpretativos.

Se reconoce a los principios generales del derecho, además de su valor como fuente supletoria de segundo grado, su carácter informador del ordenamiento jurídico, siguiendo una dirección doctrinal que había defendido esta doble función de los principios.

Se deberá de incluir y mencionar los tratados internacionales, a los que no se hace ninguna referencia, prácticamente no existían en materia de fuentes.

Hay que asignarle a la jurisprudencia de los tribunales, de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte de Constitucionalidad, una función complementaria del sistema de fuentes por medio de la doctrina que establezca al interpretar y aplicar las fuentes jurídicas, ley, costumbre y principios generales.