

9/11-3-1968



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PROFESIONAL QUE PRESENTA

MIGUEL AGUIRRE GONZALEZ

**PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**LAS FUENTES DEL DERECHO
AGRARIO EN MEXICO**

MEXICO, 1968.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres:

Sra. María del Carmen González de Aguirre y
Sr. Francisco José Aguirre Alcaraz.

 Mi imperecedera gratitud y reconocido afecto
expresados en este modesto esfuerzo.

Al Sr. Gral. de División.

Miguel Henriquez Guzmán.

ANTONIO ROSTOLINA
M J M D

Mi Admiración y respeto a sus virtudes de
gran mexicano, revolucionario y patriota.

Al Sr. Gral. de División.

Marcelino García Barragán.

**Ejemplo de incommovible lealtad y de honor
militar, con el reconocimiento a su viril ejecutoria
revolucionaria.**

A Don

Jorge Henriquez Guzmán.

**Con el respetuoso afecto que la familia
Aguirre le guarda.**

A mi maestro:

Dr. Guillermo Vásquez Alfaro.

**Con cuya inspiración y enérgica dirección
fue posible desarrollar este trabajo, fundado en sus
Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho.**

I N T R O D U C C I O N .

Entre los fundamentales problemas del Derecho Agrario en México se encuentra, sin duda, el estudio sistemático de sus fuentes. Ciertamente, sin embargo, que en meritorios trabajos de conocidos especialistas nacionales se dedican unas cuantas páginas a este asunto: once en la obra del Dr. Mendieta y Núñez y tan sólo cinco en el Libro de la Dra. Chávez Padrón. Lamentablemente, a la reducida extensión de lo escrito hay que agregar una muy escasa información de orden general. Dicha deficiencia ha trascendido, como era de esperarse, en la elaboración de tesis profesionales relativas a este particular tema de nuestra disciplina agraria. A tal grado que en un trabajo reciente se incluye, entre las fuentes del Derecho Agrario, nada menos que al amparo directo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y al ocuparse de la jurisprudencia, como una de las fuentes tradicionales, se da una descabellada definición de la misma. En una tesis que data del año de 1963, inexplicablemente se injerta dentro del capitulo relativo al propio tema el estudio de la autonomía y del contenido del Derecho Agrario, para concluir ocupando únicamente dos páginas y media, muy pobremente redactadas, repitiendo simplemente algunas frases que tratan de adaptarse a las fuentes del Derecho Agrario en México.

Nuestra posición crítica, singularmente comprometedoramente, no quiere significar de alguna manera el menor menosprecio a esfuerzos realizados en este campo. Nuestro propósito, conscientes de las definitivas limitaciones que nos embargan, consiste en una modesta contribución a la integración científica

ca del Derecho Agrario de nuestro país, para lo cual singularmente se requiere un verdadero estudio acerca de los antecedentes, del origen de la propia disciplina y de las formas de creación del Derecho positivo que la constituye. Esto desde luego, implica el planteamiento y solución de diversos problemas lógicos y técnicos que tienen varios lustros de permanecer en la más profunda obscuridad, en el país cuyos panegiristas agrarios pretenden iluminar con sus disputables luces a otros pueblos que buscan en América y en otros continentes, el difícil camino de la integración nacional por medio de una política de reforma agraria, en la que el Derecho es un elemento fundamental, a pesar de la negativa oposición de agronomistas y economistas.

Comprometidos pues por nuestras observaciones, no imploraremos la indulgencia como es usual en las partes iniciales de los trabajos de esta especie; solamente apelaremos a una decidida comprensión para lo fundamental del problema cuyo estudio intentamos, demandando, por lo menos, que nuestra inquietud sirva para provocar la atención de quienes con mayor madurez, capacidad y vocación vengan a exponer el propio tema de la manera que lo requiere una verdadera jerarquía científica del Derecho Agrario, en nuestro medio jurídico.

En la primera parte de nuestro trabajo esbozamos una teoría general de las fuentes jurídicas, para fundamentar e integrar nuestro criterio y emprender el particular estudio de las Fuentes del Derecho Agrario en México.

Como es usual y además por ser indispensable, en el primer capítulo de la referida parte inicial se atiende al origen y acepciones del término Fuentes, especialmente en su

sentido jurídico. Como un planteamiento general, enseguida se atiende a los principios de unidad y gradación del orden jurídico que son determinantes de las Fuentes del Derecho positivo, ocupándonos también de la clasificación de éstas.

De manera particular, se dedican dos capítulos a la explicación de las Fuentes indirectas del Derecho y de las Fuentes formales del orden jurídico. Entre las primeras, se atiende a la doctrina, a los principios generales del Derecho y al método del Derecho Comparado. Entre las segundas, nos ocupamos de las siguientes: Proceso Legislativo; Costumbre; Función Jurisdiccional; Función Administrativa; Actos Jurídicos Individuales y Corporativos.

Para la organización de nuestro temario en la propia parte general, nos hemos orientado en el sistema que en lo relativo siguen en sus obras, entre otros, Del Vecchio, Carnelutti, García Maynez, Nawiasky, Bascuñán Valdés y Smith, cuyos trabajos mencionamos en la bibliografía general.

Ahora bien, con el planteamiento general indicado, al ocuparnos específicamente de nuestro tema fundamental hemos aprovechado la muy extensa aportación teórica que puede encontrarse en trabajos como el de Alberto Ballarín Marcial, o los de Félix María de Zulueta y Eduardo A. Pérez Llana, sin menoscabo, como hemos advertido, de la considerable utilidad que para una teoría general del Derecho Agrario pueden significar la "Introducción" de Lucio Mendieta y Núñez y el "Derecho Agrario" de Martha Chávez, agregando la obra de Angel Caso.

Podrá apreciarse en nuestro trabajo que acerca del tema de que se trata, existe cierta confusión y una gran di

versidad de opiniones. Los juristas romanos se preocuparon por este asunto. Para los autores y iusnaturalistas formados en el ambiente ideológico del Siglo XVIII, la Suprema Fuente del Derecho se encuentra en la razón humana; en tanto que para los miembros de la Escuela Histórica germana, es la conciencia popular - manifestada a través de la costumbre, la que posee tal categoría. En nuestra época, el tema es tratado por los principales autores, además de los ya citados, agreguemos a Hans Kelsen, Luis Recasens Siches y George Gurvitch. Para el primero de éstos, la Fuente de todo Derecho se encuentra en el Estado. Del Vecchio, por su parte, considera como Fuentes de Derecho a los modos de manifestación de la voluntad social predominante: Costumbre, Ley y Jurisdicción, y agrega a éstas, una especie de fuente de las fuentes, que el propio autor hace radicar en el espíritu humano.

CAPITULO PRIMERO

ACEPCIONES DEL TERMINO FUENTES Y SU SENTIDO JURIDICO. LAS DIVERSAS FUENTES EN EL DERECHO: FUENTES DE SU CONOCIMIENTO CIENTIFICO; FUENTES DE LA FILOSOFIA JURIDICA Y FUENTES - DEL DERECHO POSITIVO.

- 1.- Acepciones del término fuentes en su sentido jurídico.
- 2.- Planteamiento del Dr. Luis Recasens Siches de los diversos problemas sobre las fuentes del Derecho.
- 3.- Las diversas fuentes en el Derecho: - fuentes de su conocimiento científico; fuentes de la filosofía jurídica y fuentes del Derecho Positivo.

ACEPCIONES DEL TERMINO FUENTES Y SU SENTIDO JURIDICO. LAS DIVERSAS FUENTES EN EL DERECHO: -- FUENTES DE SU CONOCIMIENTO CIENTIFICO; FUENTES DE LA FILOSOFIA JURIDICA Y FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.

1.- Acepciones del término fuentes en su sentido jurídico.

Como se sabe, el vocablo fuente deriva del latín FONS, FONTIS que en su clásica acepción se refiere al manantial de -- agua que brota de la tierra. Por extensión, en un sentido figurado, fuente denota también aquello que es principio, fundamento u origen de algo (1).

Por su parte, la expresión fuentes del Derecho no es unívoca; bajo tal denominación han sido planteadas y resueltas, desde distintos puntos de vista, cuestiones sustancialmente diversas. A este problema habremos de referirnos en este mismo capítulo, siguiendo el criterio del Dr. Recaséns Siches, pero antes debemos revisar las diversas acepciones que la palabra fuentes tiene en relación a la ciencia jurídica. Para ello, recurriremos a lo anotado por Legaz y Lacambra y por Del Vecchio, quienes consignan las siguientes acepciones,

- a) Fuente de lo que históricamente es o ha sido derecho (antiguos documentos, etc.);
- b) Fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social (naturaleza humana; el sentido jurídico; - etc.);

- c) Autoridad creadora del derecho histórica o actualmente vigente (estado, rey, pueblo);
- d) Acto concreto creador del derecho (legislación; -- Costumbre; Jurisdicción; Contrato);
- e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta (norma fundante);
- f) Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, norma consuetudinaria);
- g) Fundamento de un Derecho Subjetivo (norma del que surge) (2).

En el Diccionario de Derecho Privado se lee en el artículo relativo que pueden distinguirse tres acepciones respecto de la voz fuente de Derecho. En efecto, se afirma que se entiende por fuente de Derecho: "la razón legitimadora de la vinculariedad del Derecho"; "el Hacedor del Derecho: así se habla del espíritu del pueblo o del estado, como fuentes jurídicas"; "la forma de aparición del Derecho: tal es la opinión cuando se menciona la ley, la costumbre, los principios generales, la jurisprudencia, la ciencia, el contrato normativo, etc., como manantiales del Derecho". Ahora bien, las tres cuestiones son diferentes, pero no independientes entre sí, como tampoco existe independencia entre ellas y el problema de la esencia del Derecho. Por estas razones, se concluye, la problemática de las fuentes del Derecho pertenece a las cuestiones más complejas y difíciles de la ciencia jurídica (3).

La expresión fuentes del Derecho no suele entenderse por los autores de la misma manera --escribe Arturo Orgaz--; de --

donde se ha originado cierta confusión, cierta prolija divergencia que ha hecho decir a uno de ellos que se trata de una "expresión equívoca". En efecto; "fuente", "surgente" o "manadero" -- del Derecho es susceptible de entenderse en sentido lato y en -- otro estricto. Por el primero, se haría referencia a toda forma de manifestarse la concepción jurídica, tanto normativa como meramente doctrinaria y atiende al hecho de contenerse en ella "materia jurídica". Vale decir, comprende tanto el derecho-norma -- como al derecho-concepto. En sentido estricto, la frase de que se trata; sólo atiende a la materia jurídica normativa, ya sea -- de carácter coactivo general (ley), ya lo sea sólo particular -- o especial (sentencia). Conforme a este criterio podemos afirmar con Filomusi Güelfi que fuentes del Derecho son "las normas" (positivas) que el Derecho asume en su realización. (4).

2.- Planteamiento del Dr. Recasens Siches de los diversos problemas sobre las fuentes del Derecho.

En su Tratado General de Filosofía del Derecho, el precitado jurista advierte la existencia de cuatro diversos problemas sobre el tema de que se trata.

En primer término, Recaséns advierte que deben diferenciarse meticolosamente las dos cuestiones siguientes: 1º.- El problema de la fuente común, o mejor dicho, fundamento o causa común, de vigencia jurídica de todas las normas, problema que se resuelve contestando que esa fuente es unitaria y consiste siempre y necesariamente en la voluntad del Estado, entendida ésta -- como el centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico, y 2º.- El tema acerca de cómo -- se han elaborado realmente en la historia los contenidos jurídi-

cos concretos, es decir, de cuáles son los procesos sociales a través de los cuales han surgido los contenidos del Derecho, lo cual constituye una investigación de Sociología genética (5).

Además el propio tratadista afirma que el problema de las fuentes jurídicas es planteado desde otras posiciones distintas de los puntos mencionados en el párrafo anterior, desde los aspectos siguientes: a) Preguntarnos con relación a un sistema positivo -v.gr., el mexicano de hoy-, cuáles son las instancias que éste establece para la producción de normas jurídicas, es decir, a quiénes y a qué procedimientos concede autoridad para establecer normas jurídicas; y b) La consideración estimativa, esto es, voladora, sobre qué procedimientos deban ser consideradas como preferibles para la formación del Derecho, es decir, la discusión sobre si es mejor la regulación legal que la regulación consuetudinaria; sobre si es mejor dejar amplio margen de arbitrio discrecional a los tribunales, o si, por el contrario es más conveniente proceder a una normación rígida y casística pre establecida, etc. (6).

Resumiendo, el Dr. Recasens indica que sobre las fuentes del Derecho pueden plantearse cuatro problemas distintos en relación a los puntos siguientes:

Primero: "Cuál es la fuente o, mejor dicho, la razón de validez jurídica de todas las normas de un sistema de Derecho Positivo - (pregunta que se contesta diciendo que, siempre y necesariamente, esa fuente o razón es la voluntad del Estado)".

Segundo: "Cuáles suelen ser en la realidad social las instancias productoras de normas jurídicas (pregunta que se contesta enumerando los modos o vías de producción de Derecho más habituales y

difundidos: la producción legislativa, la producción consuetudinaria, la producción jurisprudencial y la autonomía de la voluntad -contratos, testamentos, etc.)".

Tercero: "Situados en un determinado ordenamiento, esto es, dentro del Derecho de un país en un cierto momento histórico, se -- pregunta cuáles son en él las instancias productoras de normas jurídicas (a lo cual se tiene que contestar indagando qué es lo que dicho ordenamiento dispone sobre esto)".

Cuarto: "Consideración estimativa o política -en plan de teoría valoradora del Derecho, o en plan de Derecho constituyente- sobre qué fuentes sea mejor establecer; sobre si hay que dar preferencia a la ley o a la costumbre; sobre si hay que ampliar o restringir el ámbito de la autonomía de la voluntad privada para la producción de normas jurídicas; sobre si hay que aceptar o no como normas jurídicas las reglas espontáneamente surgidas en el seno de las corporaciones, etc". (7).

Con el autor de referencia, pensamos que como una cuestión previa en el estudio de nuestro tema debe esclarecerse el aspecto problemático del mismo, precisamente a través de un análisis como el magistralmente realizado y expuesto en las líneas precedentes. Con esta orientación, nos encontramos ya en condiciones de conocer y emprender nuestro camino.

3.- Las diversas fuentes en el Derecho: fuentes de su conocimiento científico; fuentes de la Filosofía Jurídica y fuentes del Derecho Positivo.

Con las observaciones anotadas en los dos incisos anteriores llegamos a la conclusión que en relación al Derecho, la -

voz fuente puede emplearse para referirse a su conocimiento científico, a sus principios filosóficos y a los medios de producción de las normas positivas. Las tres modalidades son de un vital interés para la ciencia jurídica, considerada ésta en su más amplio sentido. Usualmente, los tratadistas se ocupan únicamente de la última de las acepciones de la expresión de que se trata, esto es, de las fuentes del Derecho positivo; sin embargo, estimamos que el verdadero conocimiento de éstas resultaría imposible para quien no posea una concepción científica de las dos primeras. En efecto, el estudio, la aplicación o la elaboración del Derecho requieren, por igual, de un método científico para la indagación del conocimiento jurídico, de una justa estimación de los ideales jurídicos correspondientes a un orden determinado, así como de una correcta precisión y manejo de las normas de carácter positivo. Para ello, aunque habremos de ocuparnos principalmente de las fuentes del orden jurídico positivo, dedicaremos algunas líneas a las otras dos ya mencionadas.

Entre las cuestiones fundamentales de la metodología del Derecho se encuentra indudablemente, el problema de las fuentes del conocimiento jurídico o sea lo que podría denominarse epistemología jurídica. Pocos, bien pocos son los profesionales del Derecho y aún los maestros de esta ciencia que se encuentran en posibilidad de realizar fructuosamente una investigación sobre la materia, ya sea en función de un problema profesional concreto o en la elaboración de un estudio con fines didácticos o para su publicación. En efecto, no se sabe cómo estudiar, no se sabe dónde estudiar y se desconoce, asimismo, la forma de hacer rendir al máximo los datos que se van obteniendo en un esfuerzo difícilmente aplicado. Así, puede fácilmente apreciarse que este problema es de singular trascendencia, no solo para el tema particular de

este trabajo sino para todo el Derecho, positivo o no, en su más amplio sentido científico.

El Dr. Aníbal Bascañán Valdés, destacado jurista chileno que ha dedicado algunas de sus mejores obras a esta cuestión, por ejemplo su "Técnica de la Investigación Jurídica" y las partes relativas de su artículo en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, escribe que por fuente del conocimiento jurídico se entiende "todo fenómeno, toda cosa y todo acto susceptible de ser percibido por los sentidos del sujeto cognoscente y que, por tal intermedio, proporciona a éste datos, técnicamente registrables e intelectivamente aprehensibles como testimonio directo e indirecto, inmediato o mediato, originario o derivado, de un sistema jurídico-formal, real e ideal-determinado o determinable, presente ó pretérito, cuya conciente posesión es el fin próximo del investigador". Brevemente, dice el propio autor, la fuente del conocimiento jurídico constituye la testificación de la juricidad del objeto ante el sujeto activo de un saber racional (8).

En una forma sintética, el repetido autor ha elaborado un esquema general clasificatorio de las fuentes del conocimiento jurídico que puede presentarse en la forma siguiente:

ESQUEMA GENERAL DE LAS FUENTES DEL CONOCIMIENTO JURIDICO.

I.- Directas o Principales:

A.- Mediadas:

Literatura jurídica (en sentido estricto: obras de tratadistas, comentaristas, sintetizadores, etc., privados).

Recopilaciones, repertorios, antologías, tablas,

concordancias, etc., de fuentes jurídicas en que existe, por lo menos, reordenación de las mismas según un criterio técnico o práctico.

B.- Inmediatas:

a): Hechos: Conductas individuales de tipo jurídico, antijurídico y metajurídico en su operar real.

Costumbres jurídicas en su vivencia.

b): Objetos: Establecimientos, locales, aparatos, muebles y demás implementos para la realización de sesiones, actos reuniones, etc., o para impartir sanciones o premios, de tipo jurídico.

Atributos, emblemas, distintivos, etc., de instituciones o personas, para fines jurídicos.

Otros objetos (monedas, sellos, etc.,) de esa índole.

c): Formas: Legislación (en sentido genérico: códigos, leyes, decretos-leyes, decretos c.f. de ley, ordenanzas, reglamentos, etc., - dictados con ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria).

Normas jurídicas consuetudinarias escrituradas.

Refranes y aforismos; locuciones clásicas de contenido jurídico.

Terminología jurídica.

Resoluciones judiciales (autos acordados y sentencias).

Actos, contratos, convenciones y textos de testimonios jurídico.

II.- Indirectas o Secundarias:

A.- Mediatas:

Literatura sobre Ciencias Políticas, Ciencias Administrativas, Historia, Sociología, Psicología, Ciencia de la Economía, Seguridad Social, Trabajo, Antropología, Etnología, etc., Literatura Social.

Recopilaciones, repertorios, antologías, etc., de fuentes normativas no jurídicas.

B.- Inmediatas:

a): Hechos: Conductas individuales de tipo pre y protojurídica (sus testimonios en trabajo de campo).

Costumbres, usos y hábitos pre y protojurídicas.

b): Objetos: Objetos individualizados en el inciso b):, de la primera división de este esquema, subdivisión B, con sentido a contenido pre o protojurídico.

Monumentos históricos, obras artísticas, restos etno-arqueológicos, etc.

Otros objetos representativos de la Cul
tura Objetivada y de las técnicas y Ci-
vilización.

c): Formas: Normas morales, sociales y técnicas es-
crituradas o en la tradición oral.

Resoluciones, instrucciones, órdenes de
autoridades administrativas y sociales.

Refranes, aforismos, locuciones, etc.,-
de contenido social.

Toponimia.

Piezas orales, escritas, grabadas, foto
grafiadas, etc., de contenido pre y pro
tojurídicos (9).

Después de la muy extensa exposición que sobre el tema
presenta el repetido jurista en el esquema preinserto, por no --
tratarse en el presente trabajo propiamente de una cuestión de -
metodología jurídica, no nos resta mas que volver a insistir en
la importancia que para el Derecho tiene lo que hemos denominado
como epistemología jurídica.

En el mismo terreno científico que informa las páginas
precedentes, corresponde remontarnos al por qué y para qué del -
Derecho, a su fundamentación y fines, en otras palabras, a la fi
losofía jurídica. Esta, como el Derecho positivo, posee también
problemas metodológicos que necesariamente nos llevan a la consi
deración de sus fuentes. Joaquín Ruiz-Gimenez escribe que en el
necesario preámbulo de la disciplina científica que es la Filoso
fía del Derecho, procede indagar cuáles son las fuentes y el mé-

todo del conocimiento iusfilosófico, ya que -afirma el propio au
tor- entre estos dos temas existe una estrecha vinculación. En
efecto, si en sentido amplio o figurado la palabra fuente indica
el principio o fundamento de algo, y la voz método, denota el ca
mino hacia un fin, etimológicamente hablando; existe entre ambos
conceptos una relación funcional, la que media entre el punto de
arranque u origen de un movimiento y el despliegue de éste hacia
su punto de destino; de ahí que -concluye el citado autor- la --
respuesta que demos al primer interrogante condicionará la solu-
ción que nos merezca el segundo (10).

En principio advierte Ruiz-Gimenez, como otros autores,
que la doble significación que la palabra fuente tiene en el uso
vulgar, da lugar a la distinción de dos aspectos diversos del --
problema del origen del conocimiento, cuyo insuficiente deslinde
conduce frecuentemente a error. Si volvemos a considerar que --
fuente es el lugar, punto o cosa en donde nace un ser; y fuente
es también el principio o fundamento en que algo apoya su vali--
dez; tendremos que tratándose de un producto humano como la filo-
sofía, ese doble enfoque adquiere el signo de indagación psicoló-
gica, si se inquiera por la facultad del ser humano en que real-
mente brota el conocimiento, y de indagación lógica, si lo que -
se pregunta es la base o título de legitimidad del propio conoci-
miento.

Por otro lado, además del sentido directo y radical de
la palabra fuentes, a que se hace referencia en el párrafo ante-
rior, puede entenderse el propio vocablo de manera más amplia y
extensiva, en relación a los organismos y actividades que concu-
rren a la elaboración y desarrollo de la Filosofía del Derecho.
Con fundamento en las dos acepciones de que se trata, Ruiz-Gime-

nez divide en fuentes primarias y radicales y en fuentes secundarias e instrumentales a las que dan origen a la Filosofía jurídica.

Refiriéndose a las fuentes primarias y radicales, el propio autor nos recuerda que la filosofía es una función vital del hombre, dimensión de su espíritu, "hábito intelectual"; pero, además, la Filosofía como ciencia, es el resultado de dicha actividad espiritual, es la realidad objetiva que de ella nace. Así, desde un punto de vista psicológico, debe señalarse una doble -- fuente del conocimiento iusfilosófico: en primer lugar, la naturaleza humana, y en segundo, la acción individual y colectiva del hombre que opera sobre el propio marco natural, o sea la cultura.

Ese trabajo de educación y cultura -- escribe Ruiz-Gimenez -- sobre las cualidades o condiciones naturales del espíritu humano, consiste, principalmente, en la reiteración de actos; y si lo que se trata de adquirir es un hábito intelectual, serán -- actos de conocimiento, integrados por dos clases de factores: em píricos unos, arraigados en la experiencia sensible; racionales otros, prendidos al aire del espíritu. Mas esto nos plantea de -- golpe el decisivo problema de las fuentes más radicales del saber filosófico. Ante éste, el propio autor opta por subrayar la conjugación sensible y del factor espiritual en el proceso del -- conocimiento. "El hombre no recuerda o rememora las ideas abso- sutas, contempladas en una existencia anterior, según el hermoso mito de Platón; ni está cargado de ideas innatas, como creyeron los grandes racionalistas de la Edad Moderna, sino que ha de ir enriqueciendo su espíritu con signos o datos conseguidos en la -- experiencia interna y externa, pero a la luz y bajo el influjo -- operante y creador de su inteligencia..." (11).

El autor que hemos venido comentando desprende de la observación del proceso de conocimiento, dos series de elementos o de datos, en la forma siguiente:

1º) "De los objetos percibidos directamente por nuestros sentidos y de los que podemos formarnos imágenes sensibles, adquirimos un conocimiento inmediato y próximo, mientras que de los demás objetos no percibimos sensiblemente, sólo alcanzamos de ordinario un conocimiento indirecto y analógico. Aristóteles ya observaba que el ciego de nacimiento, por ejemplo, no conoce los colores o los conoce sólo de un modo muy imperfecto, por semejanza con los objetos propios de otros sentidos, lo que la psicología y la física moderna han confirmado. Además, la filología ha puesto de relieve que todas las palabras, aún las que hoy expresan conceptos inmateriales, significaron en su origen algo sensible, pasando luego traslaticiamente a designar realidades espirituales. Por otra parte, es muy expresivo que la razón humana -en su estado actual- no ponga acto explícito de conocimiento científico sin el concurso de la imaginación, como lo prueban los casos de individuos víctimas de alguna lesión en aquella facultad, y también el hecho, fácilmente comprobable, de que en muchas ocasiones, para facilitar el entendimiento de algo, nos valemos de imágenes sensibles que nos ilustren. A su vez es preciso para ese concurso de la imaginación a nuestro saber intelectual, que colaboren los diferentes sentidos, es decir, que todo el organismo humano se ponga en funcionamiento. El hombre en -- bloque contribuye a la formación de la ciencia, y ésta normalmente encuentra su inmediato punto de apoyo en la experiencia sensible, que es algo más que un mero estimulante o condición del saber, como a veces se ha pretendido. La razón humana conoce habitualmente, a través de lo que le es presentado y ofrecido por --

los sentidos, que intervienen a modo de causas instrumentales del conocimiento intelectual".

2º) "Pero hay otro aspecto de capital importancia, que el empirismo olvida y es que en todo acto de conocimiento intelectual se da la visión de algo que excede a la capacidad de percepción de los sentidos: conceptos de (causa), (esencia), (razón de ser)... de lo que se conoce y en cuanto que se lo conoce. Toda proposición científica entraña un aspecto de universalidad; su contenido no está totalmente limitado en el espacio y en el tiempo. Pero además, en esos actos de conocimiento intelectual, el entendimiento es capaz de reflexionar, de volver sobre ellos, de considerarlos y conocerlos como si fuesen objetos. De donde se sigue que si bien los sentidos son necesarios para el conocimiento científico, como lo prueban los hechos citados en el párrafo precedente, no son ni pueden ser la causa principal y propia del conocimiento, y menos su causa total y adecuada. Lo propio y formal del conocimiento científico, rigurosamente dicho, es algo que sólo percibe la razón en cuanto potencia superior a los sentidos. Esto no es decir -sobre la huella de Kant- que el fundamento de las ideas científicas sea totalmente inmanente a la conciencia del sujeto; no extraído por la inteligencia de la realidad sensible. Ha de reafirmarse, por el contrario, que la estructura de esas ideas se funda en la razón como en causa principal, pero no nace de formas subjetivas de ella, ni se logra por una intuición mental inmediata de las cosas exteriores, como otro sector del idealismo pretende, sino que es forma de la realidad percibida por los sentidos que la ofrecen materialmente a la inteligencia".

Resumiendo sus observaciones, Ruiz-Gimenez afirma que,-

podría decirse que análogamente a como en cualquier realidad -- corporal hay una idea o forma -eidos-, individualizada por la materia y sólo por la conjunción de ambos factores la cosa existe, también en todo concepto hay una convergencia de factores -sensibles y de factores intelectuales, hilos de experiencia y luz de razón, aunque la dosificación de unos y otros elementos sea distinta en ciencias como la Lógica y la Matemática -cuyas verdades tienen validez ideal-, y en aquellas otras, como la Física y, con otro matiz, la Etica, cuyas verdades se asientan en la realidad fáctica.

Viniendo más en concreto al campo de nuestra disciplina, hemos de insistir, por consiguiente, en que la fuente o fundamento de la misma, la raíz de su valor, no está ni en la mera razón ni sólo en la experiencia sensible. Si estuviera únicamente en la razón o en las formas y estructuras de nuestra mente, - como lo pretendieron, respectivamente, los teóricos de la llamada "Escuela Clásica de Derecho Natural" y los neokantianos de la Escuela de Marburgo, la Filosofía del Derecho se desvitalizaría, rota la comunicación con los contenidos de la experiencia concreta. Pero, en el otro extremo, si la fuente radicara sólo en los datos o aportes de nuestra experiencia sensible -como -- sostuvo especialmente el positivismo del siglo XIX, con Paulsen, Binding, Merkel, etc., y se repite, con renovado acento en nuestros días-, la Etica y el Derecho se diluirían en la corriente de lo singular y mudable y perderían el enlace con el mundo de los principios y conceptos de validez universal y permanente. - Importa y urge conectar ambos mundos: el de la experiencia, que ofrece el contacto inmediato con las cosas singulares y contingentes, y el de la razón, que trasciende a los sentidos y se --

abre a lo universal. Comprendido rectamente, sigue valiendo como lema de esa concepción integradora el aforismo clásico, perfijado por Leibniz: nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu nisi intellectus ipse, y sobre todo la aguda sentencia del Dr. Angélico, de que no son los sentidos ni la razón, aisladamente, los que conocen, sino el hombre entero con su razón y sus sentidos: "non enim, proprie loquendo, sensus aut intellectus cognoscit, sed homo per utrumque". Nuestras verdades, las verdades, que el hombre descubre o forja, son como habitantes de dos mundos: la tierra sensible y el cielo del espíritu, arraigadas principalmente en el entendimiento, pero también subordinadamente en las cosas, que al entendimiento quedan comparadas como a su principio.

Podemos cerrar, pues, estas someras reflexiones con la conclusión de que las fuentes de nuestros saberes humanos, y en concreto del saber filosófico-jurídico (entendidas tanto desde el punto de vista psicológico, cuanto desde el punto lógico, es decir, como origen o punto de arranque y como fundamento o título de validez) son conjuntamente: la experiencia, con sus datos múltiples y contingentes; la razón, con su luz interior y la virtualidad de sus principios primeros, universales y permanentes, no puras formas, sino conexiones de contenidos esenciales (12).

Recapitulando para cerrar esta primera parte de nuestro trabajo, hagamos una nueva revisión del significado de la expresión fuentes del Derecho, advirtiendo, por último, que muchos de los peligros que su empleo implica, pueden salvarse, como --- aconseja Bascuñán Váldez, siempre que a la voz "fuente" se la --- complemente con adjetivos o giros que indiquen los puntos de vista conceptuales desde los cuales se la emplea. Aquí debe recor-

darse la delimitación que al respecto señala el Dr. Recaséns Siches, de la cual nos hemos ocupado en líneas anteriores de este capítulo.

En un sentido filosófico úsase dicha expresión para designar con ella a la facultad inmanente en el hombre social de estructurar su propia existencia dentro de un orden jurídico. En esta concepción omnicompreensiva, la fuente suprema e inagotable del Derecho es el espíritu humano en tanto manifestación perenne de su propia vocación jurídica.

En un sentido sociológico, la misma expresión dice referencia a la serie de condiciones fácticas que determinan, en un proceso causal generalizable por vía de inducción, a las instituciones jurídicas comunes a toda sociedad humana y a las variaciones constantes que en ellas se operan.

Aun dentro de la misma teoría jurídica, la expresión -- fuentes del Derecho resulta multívoca. Se alude, en efecto, con ella, a las fuentes del conocimiento sistemático de determinado Derecho positivo en general o de algunas instituciones jurídicas en particular. Señálase así a la Doctrina como una de las fuentes del Derecho positivo.

Se significa asimismo con dicha expresión a las fuentes históricas de lo que es o ha sido un orden jurídico positivo. En este sentido se dice, por ejemplo, que el Derecho romano, las Leyes de Partida, las Leyes de Indias, etc., constituyen las fuentes del Derecho hispanoamericano.

Alúdese además, con el término fuentes del Derecho, tanto a la voluntad creadora de normas jurídicas (órgano del Estado,

pueblo), como al acto concreto de creación normativa (legislación, decisión judicial, costumbre, etc.), como también al modo específico de manifestarse las normas mismas (constitución, ley, decreto, reglamento, norma consuetudinaria, etc.). En este último sentido el concepto de fuente establece una relación entre el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo, pues las normas jurídicas (Derecho objetivo) son consideradas como fuentes de derechos y obligaciones (Derecho subjetivo).

Y con la misma expresión designase también a los factores o elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, tales como las necesidades y requerimientos sociales, las exigencias de justicia, de orden, de seguridad, etc.

Ya el Libro de los Jueces nos dijo (S. VII^o) que la Ley es fons disciplinarum (L.I^o, Tít. 2^o, l.2), expresión que la versión romanceada, Fuero Juzgo (S. XIII^o), traduce, inserta en el siguiente precepto: "La ley es para demostrar las cosas de Dios, é que demuestra bien bevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que faze, é que ordena las buenas costumbres, é gobierna la cibdad, é ama justicia, y es maestra de virtudes, é vida de todo el pueblo". Y si en el Código de las Partidas (P. Ia., Tít. 2^o) sólo tres cosas -el uso, la costumbre y el fuero- embargaban las leyes, con el predominio incontrarregtable del Jusnaturalismo Racionalista (S. XVIII y primeros decenios del S XIX), la Ley no sólo es la fuente de expresión por antonomasia del Derecho, sino que se identifica con él y hasta la supera, como bien lo hace notar Levy Ullman comentando el concepto emitido por Marcadé: "La Ley verdadera o propiamente tal, la ley que constituye el objeto de nuestros estudios como jurisconsultos es, pues, una regla sancionada por el poder público, una

regla civil y jurídicamente obligatoria. El Derecho es el resultado, o bien el conjunto de estas reglas".

Fueron, sin duda, la Escuela Histórica del Derecho y particularmente su jefe, Federico Carlos V. Savigny, quienes al luchar contra la primacía que en el pensamiento jusracionalista y en la tradición romanista, tenía la Ley como única Fuente del Derecho, abrieron los caminos que aún se recorren para entender por "fuentes" los orígenes histórico-sociales del Derecho, y para dar a las que usualmente se llamaba tales el nombre de "formas de expresión o de concreción del Derecho". En su "Sistema del Derecho Romano Actual", Savigny se pregunta: "¿Cuál es, sin embargo, la base del derecho general, o en qué consisten las fuentes del Derecho?", y se contesta: "Considerando el Derecho general como anterior a todos los casos dados, se le llama Derecho Positivo. Si preguntamos ahora cual es el sujeto, en cuyo seno tiene realidad el Derecho Positivo, encontramos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el Derecho Positivo, por lo cual puede ser llamado Derecho del Pueblo".

Para Del Vecchio, por Derecho Positivo debe entenderse "aquel sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico". Esta regulación efectiva débese, a su juicio, a la existencia de una fuerza histórica suficiente o "voluntad social predominante"; ahora bien, "los modos de satisfacción de esta voluntad social predominante se llaman Fuentes del Derecho". Más, el mismo filósofo italiano, en su estudio sobre "El Problema de las Fuentes del Derecho Positivo", llega a determinar que existe una "fuente de las fuentes": el espíritu humano en su propia y universal na

turalidad, en su inmanente e indefectible vocación jurídica.

No ya sobre un concepto ético-universal, sino sociológico-concreto, plantea Gurvitch su "Teoría pluralista", a base de jerarquías de fuentes. Al efecto distingue entre Fuentes Primarias y Fuentes Secundarias. Estas últimas son todo procedimiento técnico de comprobación del Derecho; tal así, la ley y la costumbre. Fuente Primaria es el fundamento de la fuerza de obligar del Derecho en vigor, fundamento que residiría en lo que al autor citado llama "Hechos Normativos" (13).

- NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO PRIMERO -

- 1.- SMITH, Juan Carlos: Artículo Fuentes del Derecho, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, Págs. 750-751 y siguientes.
- 2.- RUIZ de ERENCHUN, Alberto Federico: Estudio y Guía para Introducción al Derecho, Páginas - 71 y siguientes.
- 3.- Diccionario de Derecho Privado - Editorial Labor, Tomo I - Pág. 1991.
- 4.- ORGAZ, Arturo: Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales - Págs. 51 y 52.
- 5.- RECASENS SICHES, Luis: Tratado General de Filosofía del Derecho - Págs. 283.
- 6.- RECASENS SICHES, Luis - Obra Citada - Págs. 284 y 286.
- 7.- RECASENS SICHES, Luis - Obra citada, Pág. 284.
- 8.- BASCUÑAN VALDES, Anibal: Artículo Fuentes del Conocimiento Jurídico - en Enciclopedia Jurídica OMEBA - Tomo XII - Págs. 711,

720, 721 y sigts.

- 9.- BASCUÑAN VALDES, Anibal: Artículo Fuentes del Conocimiento Jurídico - en Enciclopedia Jurídica OMEBA - Tomo XII - Págs. 720 y 721.
- 10.- RUIZ-GIMENEZ, Joaquín: Introducción a la Filosofía Jurídica - Págs. 291 y 292.
- 11.- RUIZ-GIMENEZ, Joaquín: Obra Citada - Págs. 294-295 y 296.
- 12.- RUIZ-GIMENEZ, Joaquín: Obra citada - Págs. 299-300-301-302-303 y 304.
- 13.- BASCUÑAN VALDES, Anibal: Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales, Págs. 400 y siguientes.

CAPITULO SEGUNDO

DETERMINACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO EN FUNCION DE LA UNIDAD SISTEMATICA DEL ORDEN JURIDICO Y DE SU ESTRUCTURA JERARQUICA.

- 1.- El orden jurídico y su unidad sistemática en relación a sus fuentes.

- 2.- La estructura jerarquica del orden jurídico y su influencia en la determinación de las fuentes del Derecho.

- CAPITULO SEGUNDO -

DETERMINACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO
POSITIVO EN FUNCION DE LA UNIDAD SISTEMATICA
DEL ORDEN JURIDICO Y DE SU ESTRUCTURA
JERARQUICA.

1.- El orden jurídico y su unidad sistemática en relación a sus fuentes.

Para determinar qué debe entenderse por fuentes del Derecho positivo es menester previamente poner en claro qué es un orden jurídico positivo.

Entendemos por tal, a un sistema coactivo de conducta humana normativamente determinado.

El objeto Derecho positivo que el conocimiento científico aprehende no es, en esta concepción, la mera norma jurídica instituida, considerada con prescindencia de la conducta que regula, ni es la conducta humana concebida con prescindencia de las normas.

Tampoco el objeto de la Ciencia del Derecho es la conducta pensada mediante normas, aunque como conducta así pensada sea, ella misma, el objeto de la regulación normativa. Pues el pensamiento normativo es sólo una modalidad técnica, sólo una -- función lógica adecuada para reproducir conceptualmente un acto de normación -- que es un acto de voluntad-, mas no una función -- lógica adecuada para reproducir un acto de conocimiento.

El objeto Derecho positivo, que la Ciencia jurídica --

aprehende y describe, es la conducta humana normada. Es el comportamiento humano que adquiere el carácter esencial de conducta jurídica en virtud del sentido ontológico que le dan las normas (1).

Así concebido, el objeto Derecho se presenta al conocimiento como una estructura compleja; como una relación ontológica constituida entre dos elementos no-independientes: entre dos elementos que aún cuando pertenecen a distintas regiones objetivas, se complican y exigen mutuamente, de tal modo, que resulta imposible aprehender en su pureza a uno de ellos con prescindencia del otro. Estos elementos son:

a) Una forma categorial de obrar, que es una significación o un sistema de significaciones lógico-normativa (normas jurídicas). Estas normas, en tanto expresiones de una voluntad creadora de situaciones valiosas, determinan el sentido jurídico de la conducta humana y de las objetivaciones históricas de ésta.

b) Un contenido real, que es el comportamiento humano mismo y cuyo esencial carácter de conducta jurídica está determinado por el sentido que le confieren aquellas normas.

Esta compleja estructuración del objeto Derecho está fundada a priori en la propia idea de una necesaria correlación ontológica entre los dos elementos que la integran. Pues es tan imposible conocer una norma jurídica con abstracción de la conducta cuyo sentido integra, como conocer a la conducta jurídica sin el sentido integrado por una norma.

Ahora bien: si el ordenamiento jurídico positivo, en tanto objeto del conocimiento, es un orden, un sistema coactivo

de conducta humana normativamente determinado, infiérese que el concepto de fuente del Derecho -que dice relación a un origen, a una instancia creadora del orden mismo-, no puede ser integrado sino a partir de una consideración dinámica del aquel objeto precisamente porque él se patentiza como un desarrollo histórico, como un incesante hacer humano que necesariamente se da en el tiempo.

Considerando, pues, al ordenamiento jurídico bajo la forma de un proceso dinámico, tal ordenamiento se nos presenta como una serie ininterrumpida de actos humanos creadores y aplicadores de normas jurídicas. Dentro de este acontecer sistemático -y, a la vez, sistematizador- cada acto de creación normativa es, como bien lo señala Hans Kelsen, un acto de aplicación de otra norma que funda la validez de la norma creada y confiere asimismo a aquél acto el específico sentido de acto jurídico (2).

Hay, empero, en este ensamble formal, dos límites no siempre precisos: el uno está constituido por los actos de mera creación, que son actos cuyo sentido jurídico no está dado por las normas pertenecientes al mismo ordenamiento que crean. Corresponden, por ejemplo, a esta categoría, los actos revolucionarios: actos que teniendo el sentido de antijurídicos si se les considera referidos a las normas de un orden jurídico históricamente anterior, que fracturan, son sin embargo, con referencia al orden subsecuente que crean, su momento originario, su fuente histórica de eficacia y, como tal, su fundamento de validez.

El otro límite está constituido por actos de mera aplicación: por actos que si bien tienen un específico sentido jurídico que le es conferido por las normas que aplican, no crean, a su

vez, norma alguna. "Pertenece, por ejemplo, a esta categoría, - los actos de mero cumplimiento de un deber jurídico.

Pero este modo -imprescindible por cierto- de considerar al ordenamiento jurídico como un proceso dinámico nos pone frente a un delicado problema.

Si por un lado el orden jurídico se nos manifiesta como un objeto complejo, integrado por elementos no-independientes ontológicamente relacionados -un sistema de normas que confieren sentido jurídico a la conducta humana y la conducta misma, cuyo sentido está determinado por las normas-, y por otro, el mismo objeto se nos presenta como un sistema de actos creadores y aplicadores de normas jurídicas; es decir: como una serie de actos -creadores de uno de los elementos no-independientes del objeto -Derecho, ¿Cómo es posible distinguir en esta indefinida concatenación dinámica lo que es fuente de Derecho de lo que es Derecho mismo?.

Impónese aquí un somero análisis fenomenológico acerca de las modalidades funcionales con que las normas se relacionan con los actos del hombre.

Las normas jurídicas tienen con los actos humanos una triple relación: (3).

a) Una relación lógico-normativa en cuanto constituyen, como instrumento conceptual de una técnica social -la técnica de la normación o regulación jurídica- una forma categorial -del obrar humano en tanto este obrar es el objeto, el término referencial de dicha normación.

Las normas jurídicas cumplen en este modo de relacio--

narse con la conducta normada una esencial función prescriptiva o reguladora.

b) Una relación ontológica en cuanto, al determinar - el sentido jurídico de la conducta que regula, constituye uno de los elementos no-independientes del objeto que aprehende el conocimiento jurídico: la conducta normada.

En este modo de relación las normas jurídicas cumplen una función integrativa del objeto.

c) Una relación histórica en cuanto, como norma creada en un proceso dinámico, es un producto, una objetivación histórica de un acto o de una serie de actos humanos.

Pues bien: el problema de las fuentes del Derecho sólo puede ser planteado en el plano de las relaciones históricas. - Pues determinar cuáles son las fuentes del Derecho significa determinar cuáles son sus instancias creadoras y cuáles los factores que lo determinan en la dinámica social, que desde el punto de vista cultural sólo puede ser comprendida como un proceso histórico.

Pero el objeto Derecho, en tanto conducta normada -en tanto relación ontológica constituida entre una norma (o un sistema de normas) que da sentido y una conducta que recibe de la norma su sentido-, no es una creación histórica; no es una objetivación producida por los hechos del hombre. Es sólo una creación epistemológica, una creación del conocimiento científico, - toda vez que ese conocimiento no se limita a aprehender normas y actos humanos independientes unos de otros, sino que los integra en una síntesis dialéctica.

Ahora bien: si el objeto Derecho es, como queda dicho,

una estructura compleja, una correlación ontológica entre norma y conducta -entre forma lógico-normativa y contenido real-, es -del todo evidente que este contenido, en cuanto está constituido por el hacer humano, no es ni puede ser creado sino por ese propio hacer. El contenido concreto del objeto Derecho no es, pues, una heterocreación sino siempre, y en todo momento, una autocreación. Lo único que en el objeto Derecho puede ser creado por -- otros actos -por los actos de otros hombres-, es su momento formal, su significación lógico normativa.

En consecuencia y conforme a lo expuesto, cabe definir por fuentes del Derecho al conjunto de actos o procedimientos mediante los cuales son producidas, en un proceso histórico, las -normas jurídicas integrantes de un determinado ordenamiento ---- (fuentes formales) y también al conjunto de factores y circunstancias históricas que fundamentan y motivan el contenido lógico de esas normas (fuentes materiales o reales) (4).

Sin embargo, lo que de una manera teórica aparece con suficiente claridad en la exposición anterior, se torna problemático en la práctica de la vida jurídica. En efecto, las personas jurídicas, colectivas e individuales, se encuentran sujetas al -acatamiento del Derecho; los órganos de tutela de éste se hayan siempre prestos para imponer coactivamente la conducta prescrita en las normas, cuando se hace necesario. Pero, ¿dónde encuentran unos y otros las normas jurídicas cuya aplicación se les exige?. Se pregunta Hans Nawiasky (5).

Para encontrarse en cada caso en condiciones de actuar conforme a Derecho, el Estado y las demás personas jurídicas deben conocer lo que el propio Derecho preceptúa al respecto; para

ello, hay que buscar la norma correspondiente o aplicable, lo cual representa un problema de interpretación. Pero el ordenamiento jurídico no contiene esta norma de un modo inmediato o plenamente claro, y aún puede que no lo contenga en absoluto. Esto es así, porque no es posible determinar de antemano en la norma, las circunstancias del caso particular, sino que éstas se manifiestan a través del acaecer real, que ofrece constantemente formas nuevas y distintas. De aquí que el ordenamiento jurídico sólo pueda, - salvo casos excepcionales, establecer normas generales y abstractas, en las que se contienen las reglas para algunos grupos de hechos que son previsibles. Pero aún estos grupos de hechos posibles son tan multiformes, que no pueden ser fijadas con anticipación para todos ellos las normas adecuadas. Hace falta, por el contrario, una nueva simplificación mediante la creación de conceptos generales, en los que se engloba a su vez una pluralidad de hechos o de elementos fácticos. El Derecho utiliza, por ejemplo, el concepto cosa, como objeto corporal o incorporeal diferente del hombre, y acoge bajo él realidades tan diferentes como -- los fundos, las casas, los muebles, los animales, los utensilios y similares; o bien el concepto de cosa mueble, en el cual entran las tres últimas clases de objetos que hemos citado; o el de acto, que comprende, por ejemplo, la construcción de cosas, su entrega, la prestación de trabajo físico, la redacción de escritos, la expresión de palabras, etc. Con ayuda de tales conceptos es como se imparten las instrucciones generales para la conducta humana. Al darse el caso concreto, corresponde extraer las consecuencias que de ahí se derivan, en razón de las circunstancias particulares que concurren, en orden al hacer y el omitir.

El problema de la determinación de la norma aplicable,

nos lleva, además de la interrogante planteada y resuelta por Nawiasky en las consideraciones anteriores, a una segunda cuestión: ¿Dónde se encuentran los supuestos abstractos y los conceptos generales relativos?. Están contenidos -responde el propio autor-, no solamente en los documentos oficiales, escritos o impresos, no solamente en las codificaciones u otros ordenamientos escritos, - sino también en las tradiciones y complejos de ideas en que éstos se inspiran o que deben inferirse de ellos. "Nos encontramos así -dice Nawiasky- con una pluralidad de lugares donde hay que buscar los preceptos jurídicos, que son designados con la gráfica expresión de fuentes del Derecho, porque de ellos se extraen, lo mismo que de las fuentes de agua este precioso líquido, los preceptos del Derecho". Y concluye el propio autor: "Fuente de Derecho no significa, pues, lo mismo que norma jurídica, sino que las normas se obtienen acudiendo a las fuentes" (6).

2.- La estructura jerárquica del orden jurídico y su influencia en la determinación de las fuentes del Derecho.

Desde un punto de vista estático, el Derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. En cambio, si como señala Kelsen consideramos al Derecho desde un punto de vista dinámico, o sea atendiendo a la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren sus normas. Estas son creadas y aplicadas por los hombres; los actos que se realizan en este sentido son, a su vez, regulados también por normas jurídicas, como precisa el propio jurista. Así, "el Derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurí-

dicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas" (7).

El propio jurista se refiere a su teoría de la norma -- fundamental, para enfatizar en que ésta pone de relieve que el -- Derecho regula él mismo, su propia creación: "pues una norma determina como otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cual debe ser el contenido". De tal manera que en función del carácter dinámico propio del Derecho, la validez de una norma está siempre condicionada por la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para descubrir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, "puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera" (8).

Un orden jurídico --afirma Hans Kelsen-- no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Posee una estructura jerárquica, en la cual sus normas se encuentran distribuidas en diversos estratos superpuestos. Aquí, se expresa magistralmente la famosa imagen de la pirámide jurídica inspirada originalmente por Merkl y desarrollada por el propio Kelsen.

Conforme a la teoría Kelseniana, la unidad del orden jurídico reside en el hecho de que la creación --y por consecuencia la validez-- de una norma se encuentra determinada por otra norma,

cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. De tal suerte que en esta relación, puede llegarse hasta la norma fundamental que en la propia teoría, constituye la causa primera de la validez del orden jurídico en su conjunto.

Kelsen se ha ocupado del orden jurídico internacional, pero refiriéndose limitadamente a un orden jurídico nacional --- afirma que su estructura jerárquica puede escribirse esquemáticamente así:

"De acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter -- hipotético ya hemos definido, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues la más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada".

"Por el contrario, una Constitución puede, con mayor -- eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagran desigualdades entre los sujetos de derechos o que ataquen a alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar efica--

cia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables - al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley - no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades" (9).

Dentro de la relación jerárquica propia de la teoría - que se estudia, inmediatamente después de la Constitución se encuentran las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan los órganos y los elementos del propio procedimiento, así como el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas, dentro de las funciones de éstas. Así, es tanto que la ley fundamental tiene como función esencial regular la -- creación de leyes y se ocupa solo excepcionalmente de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. En suma, las leyes pertenecen, a la vez, al Derecho material y al Derecho formal; - los Códigos Penal o Civil; por ejemplo, requieren ser complementados por los Códigos de Procedimientos Penales o Civiles, las - leyes administrativas, por los ordenamientos de procedimiento administrativo (10).

El principio ordenador a que se hace referencia en este inciso ha sido explicado también por el Dr. Recaséns Siches,-

quien subraya que el ordenamiento jurídico positivo regula su propia producción, es decir regula él mismo la producción de sus normas. Ahora bien, según el propio autor, sea cual fuere el origen real concreto de las diversas normas y aún el orden cronológico de su producción, todas ellas se articulan en un sistema unitario jerárquico o escalonado; de suerte que cada una tiene en otra superior el fundamento formal de su vigencia. Los grados o escalones del sistema jurídico, sigue diciendo el mismo jurista, "se organizan en una serie que va desde la norma fundamental, pasando por las normas superiores más abstractas y generales -constitución positiva, legislación ordinaria, reglamentos-, pasando a través de otros grados intermedios (órdenes, estatutos, negocios jurídicos), hasta las más concretas e individualizadas -sentencias, resoluciones, actos ejecutivos" (11).

Empero, el referido jurista nos advierte la crítica -- que contra la teoría del sistema jerárquico del orden jurídico -- se ha expresado, argumentando la reducida validez de la misma para explicar determinados órdenes jurídicos, pero que resultaría inaplicable en relación a un sistema como el de Common Law británico. Pero esta objeción, aclara el Dr. Recasens, parte erróneamente de la consideración de que la doctrina de la construcción escalonada del orden jurídico pretende afirmar que en la historia, real y efectivamente, los sistemas jurídicos se han producido según dicho patrón. Esto resulta evidentemente infundado, puesto que la teoría que se comenta se propone interpretar todos los diversos elementos que constituyen un orden jurídico, independientemente de las incidencias relativas a su gestación, precisamente formando un sistema jurídico, el cual sólo puede basarse en una articulación jerárquica de competencias formales. Y de la --

propia teoría sigue diciendo el mismo autor, lo siguiente: "Se propone explicar, no los szares reales a través de los cuales -- han surgido las diversas normas, antes bien, el fundamento de va lidez formal de cada una de ellas. Por ejemplo, dos personas ce lebran un contrato ignorando la legislación civil y, por tanto, -- sin tener conciencia clara de que ellas están obrando con una -- competencia recibida del Código Civil; pues bien, sin embargo, -- las cláusulas de ese contrato son válidas como Derecho vigente -- para determinadas relaciones entre las partes, en virtud de la -- delegación que el Código establece a favor de los particulares -- para que éstos, dentro del ámbito concedido por la ley, regulen contractualmente sus relaciones. Una sentencia puede enunciar -- expresamente por primera vez una norma, que antes no estaba formulada; pues bien, sin embargo, se estima que esta norma, aunque antes no se hallaba formulada, estaba ya de antemano vigente, y que ella es precisamente la que concede validez al fallo dictado en la sentencia, que de otra manera no podría ser considerado co mo un precepto inserto en el orden jurídico vigente. Una corpo ración puramente privada crea sus propios estatutos, sin inter -- vención de ninguna autoridad oficial; pero esos estatutos forman parte del Derecho Vigente, tan sólo en virtud de que una norma -- superior del mismo admite que ese sea un medio de producción de Derecho. En algunos Estados americanos, de hecho el Ejecutivo podrá ser el poder más fuerte, el que en realidad obre con prepo tencia decisiva; pero sus determinaciones valen jurídicamente en tanto en cuanto podemos interpretarlas como ejercicio de compe -- tencias que le concede la Constitución, o como delegaciones reci -- bidas del Legislativo. Así pues, la teoría de la estructura je -- rárquica de las normas o construcción escalonada del orden jurí --

dico no es un relato de realidades ni una narración histórica -- sino que es el instrumento metódico mediante el cual el jurista puede construir el sistema del orden jurídico positivo vigente, con los materiales que recibe.

Esta serie escalonada parte de la norma fundamental en sentido lógico-jurídico (cuyo concepto ya expuse) -por ejemplo: "será Derecho aquello que establezca el poder constituyente X". - De esta norma fundamental o primera constitución en sentido lógico-jurídico, se deriva la primera constitución en sentido jurídico-positivo, esto es, el conjunto de normas (establecidas por el poder constituyente, supuesto como válido) que regulan la creación de las demás normas ulteriores.

La constitución positiva puede establecer una diferencia de rango o grado entre sus normas y las leyes ordinarias ulteriores, en tanto en cuanto determine que las modificaciones o enmiendas de la constitución deban ser elaboradas siguiendo un procedimiento diverso del de la legislación ordinaria (bien porque se confíe su producción a un órgano legislativo especial, -- distinto del órgano legislativo ordinario: bien confiriéndosela a este mismo, pero imponiéndole un procedimiento especial o determinados requisitos extraordinarios). Cuando se produce esta diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, podemos formular entonces un concepto formal de constitución, que representa un rango supremo en la jerarquía de las normas positivas, por encima de las leyes ordinarias. Bajo esta forma constitucional pueden ser reguladas materias diversas. De ordinario, ocurre -- que mediante esta forma de legislación constitucional se determina no sólo la elaboración de las leyes, sino también el ejercicio del poder ejecutivo, la administración de justicia, la ley económica suprema; de otra parte, asimismo, los llamados derechos fun

damentales o de libertad individual (de conciencia, de pensamiento, de movimiento, seguridad, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia); y, asimismo, los derechos políticos (igualdad ante la ley, petición, sufragio, acceso a cargos públicos, - etc); y también los derechos a prestaciones positivas del Estado (los relacionados con el trabajo, con la asistencia social, con la educación, etc.). Pero algunas constituciones incluyen, además, la regulación de otras materias, con objeto de dotar a esa regulación de una especial y más fuerte protección. Y, así, hay preceptos constitucionales que norman la institución del matrimonio y la del divorcio, la autonomía municipal, los derechos de los funcionarios, los derechos de los trabajadores, etc. La regulación constitucional de esas instituciones tiene por objeto - hacer imposible que sus normas sean suprimidas o reformadas por vía de la legislación ordinaria. Naturalmente que esto tiene -- sentido sólo en el caso de que la constitución no pueda ser re-- formada por el procedimiento de la legislación ordinaria; porque en el caso de que la constitución pueda ser modificada por una - ley ordinaria, entonces no tiene finalidad práctica eficazmente decisiva el incluir tales materias dentro de la norma constitu-- cional; aunque a veces se haga así para dar a tales normas una - especial solemnidad de declaración política fundamental" (12).

Por último, en relación al sistema jurídico mexicano, -- ocupandonos de sus fuentes, aprovechando las observaciones de -- los juristas a quienes hemos recurrido, podríamos anotar que en orden de importancia, en una estructura escalonada, encontramos en primer término a la Constitución Política de los Estados Uni-- dos Mexicanos, en segundo lugar y en lo relativo a las materias que les corresponden, tenemos a las Constituciones de las diver-

sas Entidades Federativas. Por otra parte, también atendiendo a la distribución competencial estipulada en la Constitución Federal, enseguida de ésta se encuentran las leyes reglamentarias de la misma, que tienen un carácter federal; en un nivel similar, - pueden considerarse a las leyes locales derivadas de las Constituciones Estatales, también en las materias cuya competencia atribuye la ley fundamental.

Independientemente de la diversificación competencial propia de nuestro régimen federal, tenemos que enseguida de la ley, federal o local, pueden ubicarse a otras clases de disposiciones como los reglamentos y las normas individualizadas de origen administrativo o jurisdiccional. A este respecto observa el Dr. Recaséns que el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, - en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversa generalidad, de diversos orígenes, pero todos vinculados, integrados por los principios de unidad sistemática y de relación jerárquica que hemos explicado en este capítulo. El Derecho Positivo, enseña dicho maestro, se compone en su totalidad - no solamente de las leyes, de las costumbres, de los reglamentos, sino también por un numeroso conjunto de otras clases de normas, más concretas e incluso individualizadas para situaciones singulares, como son los contratos (cuyo texto constituye la ley que regula las relaciones de las partes contratantes), los testamentos (cuyas cláusulas regulan determinadas relaciones patrimoniales), las sentencias de los Tribunales con referencia a la situación concreta para la que se dan, las disposiciones administrativas de las autoridades federales o locales, las resoluciones de las autoridades administrativas sobre los casos sometidos a su decisión. (13).

Notas bibliográficas del Capítulo Segundo.

- 1.- Vázquez Alfaro, Guillermo: Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho.- Temas: Planteamiento del Curso y Fuentes del Derecho.
- 2.- Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, Págs. 43, 135, 136, 147 y 179.
- 3.- Recasens Siches, Luis: Tratado General de - Filosofía del Derecho, Págs. 50, 153, 157, 281 y sigs.
- 4.- Smith, Juan Carlos: Artículo Fuentes del Derecho, Págs. 754, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII.
- 5.- Nawiasky, Hans: Teoría General de Derecho, Págs. 91 y 92.
- 6.- Nawiasky, Hans: Obra citada, Págs. 92 y 93.
- 7.- Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho, Págs. 43 y 44.
- 8.- Kelsen, Hans: Obra citada, Pág. 147.

- 9.- Hans, Kelsen: Obra citada, Págs. 147 y 148.
- 10.- Kelsen, Hans: Obra citada, Pág. 149.
- 11.- Recasens Siches, Luis: Tratado General de -
Filosofía del Derecho, Págs. 308 y 309.
- 12.- Recasens Siches, Luis: Obra citada, Págs. -
309 y 310.
- 13.- Recasens Siches, Luis: Obra citada, Págs. -
281, 291 y 292.

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO

- 1.- La clasificación en el Derecho Romano.
- 2.- Clasificación de las fuentes según Génv, Gurvitch, Brethe de la Grossavo, Laborde y Torrè.
- 3.- Distinción entre fuentes del conocimiento científico del Derecho y fuentes del Derecho positivo.
- 4.- Clasificación entre fuentes formales y fuentes materiales.
- 5.- Clasificación de Francisco Carnelutti.
- 6.- Clasificación de Castán.

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO

1.- La clasificación en el Derecho Romano.

En principio, para establecer una clasificación de las fuentes jurídicas -- los romanos distinguieron el Derecho escrito o legislado del Derecho no escrito, comprendiendo éste a las normas consuetudinarias. Así, se consideraron como fuentes del Derecho escrito las siguientes: 1) Las leyes, o decisiones votadas por el pueblo en los comicios según la fórmula-propuesta por un magistrado senador. 2) Los plebiscitos, o decisiones votadas por la plebe en los concilia plebis según -- proposición formulada por un tribuno. 3) Los senadoconsultos o decisiones votadas por el senado. 4) En la época del Imperio, las Constituciones Imperiales o decisiones del emperador. 5) Los edictos de los magistrados, es decir, las reglas y principios enunciados por ciertos magistrados --como los pretores-- al asumir sus funciones. 6) Las respuestas de los prudentes, o sea las opiniones de los jurisconsultos. Augusto concedió a determinados jurisconsultos la facultad de evacuar consultas -- que tenían fuerza obligatoria en la decisión de los jueces. Más tarde, Teodosio II creó el denominado "Tribunal de los muertos", recopilación de opiniones que habían emitido determinados jurisconsultos de los siglos pasados y que tuvo también fuerza obligatoria. (1)

Aplicando criterios modernos de clasificación, en relación al propio sistema jurídico Floris Margadant estima que pueden distinguirse las siguientes clases de fuentes jurídicas:

"a) Fuentes formales del Derecho, o sea, los modos de manifestación del derecho, como son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, etc.

b) Fuentes históricas del derecho, es decir, los documentos por los cuales lo conocemos; como son: el manuscrito de las Instituciones de Cuyo, el manuscrito de Florencia del Digesto, etc.

c) Fuentes reales del derecho, o sea, los acontecimientos o situaciones sociológicas que han dado lugar a determinadas medidas jurídicas. Así, la desaparición de la clase media rural, relacionada con el crecimiento del proletariado, - constituyó la fuente real de la legislación agraria de los Griegos". (2)

El propio autor aclara que la historia externa --- del Derecho Romano se refiere a sus fuentes formales, mientras que la historia interna del mismo, describe el desarrollo de cada institución. Entre las principales fuentes históricas se encuentran las siguientes:

a) Fuentes jurídicas prejustinianas; entre las principales se encuentran las siguientes: Instituciones de Cuyo; Epítomo de las Instituciones; Las Reglas falsamente atribuidas a Ulpiano; Las Sentencias, conocida vulgarmente por el Brevario; Los fragmenta vaticana; La Collatio; Los Códigos Gregoriano y Hormogenismo; El Códex de Teodosio; Las leyes ro-

manae barbarorum y la reconstrucción del Edictum perpetuum. Además, pueden mencionarse las fuentes indirectamente jurídicas como la producción literaria mediterránea antigua, especialmente de Cicerón y de Plauto; así como las obras de los Agrimensores, significadamente importantes para el Derecho Agrario; la Patrística; las obras históricas de Livio, Tácito y otros, las cartas de Plinio, etc.

b) Del Derecho justiniano la fuente fundamental es el Corpus Iuris Civilis, integrado por cuatro partes: Las Instituciones; El Digesto o Pandectas; El Códex y las Novelas.

(3)

2.- Clasificación de las fuentes según Gény, Gurvitch, Brethe de la Grossave, Laborde y Torrè.

En su clásica obra "Método de Interpretación y -- Fuentes en Derecho Privado Positivo", Gény enuncia la clasificación bipartita de las fuentes jurídicas en los siguientes grupos:

a) Fuentes formales. Este grupo está constituido - por las fuentes a que principal y necesariamente debe acudir - el juez para objetivar su decisión y que son: 1º) La ley que es la manifestación más precisa y específica del Derecho positivo y que debe ser aplicada en toda su amplitud pero sin exceder, a título de interpretación, sus propios márgenes normativos. -- 2º) La costumbre que es la fuente subsidiaria a la que debe recurrirse cuando una cuestión no está normada por la ley. 3º) La autoridad y la tradición o sea, la jurisprudencia y la doctrina de los autores que si bien no tienen el carácter normativo de la ley, tienen, al menos, un estimable valor moral.

b) Elementos objetivos manifestados por la libre investigación científica, constituidos, según Gény, por elementos racionales, es decir, revelados por la razón humana (tales como el principio de justicia, el que impone que nadie debe enriquecerse a costa de otro, etc.) y por elementos derivados de la naturaleza de las cosas interpretadas en sentido positivo mediante un razonamiento por analogía. Así, análogas situaciones de hecho deben recibir un tratamiento análogo. Las ideas de justicia, de organización, de utilidad, deben presidir la investigación del intérprete para poder elaborar una regla jurídica adecuada. (4)

Dentro de las corrientes sociológicas del Derecho, Georges Gurvitch plantea la llamada "teoría pluralista de las fuentes del Derecho", jerarquizando las mismas. Al efecto, se distinguen entre fuentes primarias y fuentes secundarias del Derecho. Estas últimas comprenden todo procedimiento técnico la sociedad "constata" el Derecho que ha creado; por ejemplo, la legislación, la costumbre y la doctrina jurídica. En las fuentes primarias ubica el propio autor los llamados "hechos normativos" que según la propia doctrina, constituyen el fundamento de la acción unificada de las distintas comunidades sociales: políticas, religiosas, económicas, etc., las cuales son capaces de generar sus propios sistemas jurídicos y someter a ellos su evolución. (5)

Dicho criterio provocó, en su tiempo, una importante reacción crítica, en la cual se encuentran autores como J. Brethe de la Grossaye y Marcel Laborde-Lacoste, quienes clasi-

fican las fuentes del Derecho en las siguientes divisiones:

Actos:

La ley

El derecho corporativo

El acto jurídico individual

El acto jurisdiccional

Otras fuentes:

La costumbre

Los principios generales del Derecho; y

La doctrina

En el trabajo del Dr. Aníbal Bascañán Valdés se hace referencia a otro autor, Abelardo Torr , quien juzga que las repetidas fuentes pueden clasificarse de la manera siguiente:

Fuentes Formales o Modalidades del Derecho Positivo

Generales:

Leyes (en sentido lato) generales

Jurisprudencia uniforme

Costumbre jurídica.

Particulares:

Leyes particulares (p.ej. la que otorga pensión).

Voluntad (contrato, testamento, etc.).

Sentencia aislada o resolución administrativa.

(6)

3.- Distinción entre fuentes del conocimiento científico del Derecho y fuentes del Derecho positivo.

En el capítulo primero, al ocuparnos de las cuestiones terminológicas relativas a nuestro tema hemos visto que entre los diversos significados que la expresión fuentes en relación al Derecho puede asumir, son diversas y problemáticas. Empero, creemos haber dejado asentado un criterio propio al respecto, en el cual precisamos el alcance de la expresión fuentes del conocimiento jurídico, así como un esquema clasificatorio de las mismas, basándonos en las singulares aportaciones del Dr. Bascuñán Valdés. Ahora, al referirnos a los diversos criterios de clasificación de las fuentes jurídicas conviene volver desde este particular ángulo al propio asunto, para mejor deslindar el tema central de nuestro estudio.

Para el prescrito autor, las fuentes que genéricamente pueden denominarse jurídicas, pueden ser estimadas desde dos puntos de vista fundamentales: Uno, en cuanto fuentes del Derecho positivo y otro, en tanto fuentes del conocimiento científico del Derecho. Sin embargo, generalmente las fuentes del Derecho positivo ya sean formales, materiales o reales, son, a la vez, fuentes del conocimiento jurídico; pero ésto no ocurre necesariamente, pues las fuentes del Derecho positivo conservarían tal categoría a pesar de no ser estudiadas científicamente, en tanto que las fuentes del conocimiento jurídico poseen esta categoría en razón y en la medida que aportan datos sobre el objeto del conocimiento que les es propio, para su elaboración por un sujeto cognoscente, que lo es el estudioso o el científico del Derecho. En otras palabras, explica el propio autor que un punto de vista es el que se dirige al sistema jurídico mismo en su preceptiva concreta, en su esencia normativa, y otro, el que hace del propio sistema normativo el objeto de un saber reflexi-

vo: correspondiendo a cada posición, respectivamente, la referencia de las fuentes del Derecho positivo y de las fuentes del conocimiento jurídico.

A los dos puntos de vista reseñados, agrega el repetido jurista un tercer grupo de fuentes que siendo normalmente fuentes del conocimiento jurídico se transforman, por la voluntad del Estado o de la conciencia colectiva, en verdaderas fuentes formales del Derecho positivo, adquiriendo verdadera eficacia en determinadas épocas históricas. A estas fuentes se denomina o califica con el carácter de "mixtas" o "eventuales"; entre ellas pueden contarse la doctrina de los tratadistas o jurisprudencia teórica, la jurisprudencia de los tribunales, los principios generales del Derecho y la Equidad.

En suma -escribe Bascuñán Valdés-, desde el ángulo de consideración del Derecho positivo en sí, como sistema vigente de regulación de la conducta humana, nos referimos a las Fuentes del Derecho. Desde la perspectiva de la investigación, de la elaboración de las Ciencias Jurídicas, hablamos de las --- fuentes de conocimiento jurídico, sean ellas intrínsecamente jurídicas, sea que den noticia o testimonio de un acto, una norma o un concepto jurídico sin serlo. Y, por último, mencionamos - la existencia de fuentes mixtas o eventuales para singularizar -- aquellas fuentes de conocimiento jurídico que en períodos históricos o en pueblos determinados advienen Fuentes Jurídicas Formales o Positivas. En otros términos, concluye el propio autor: "la Fuente de Conocimiento Jurídico sirve al científico del Derecho, mientras que la Fuente Jurídica Formal o Fuente del Derecho Positivo proporciona al sujeto jurídico la norma que debe regular su actividad". (7)

4.- Clasificación entre Fuentes Formales y Fuentes Materiales.

Las múltiples y heterogeneas acepciones de la voz fuente en relación al Derecho Positivo, han provocado en el pensamiento jurídico la elaboración de un criterio de distinción, - general por cierto, entre fuentes formales y fuentes materiales. La opinión más extendida concibe a las primeras como aquellas -- que se encuentran dotadas de fuerza obligatoria por mandato de -- un determinado ordenamiento jurídico, y a las segundas, como --- aquellas que careciendo de fuerza obligatoria jurídicamente estimulada, aportan el contenido social y cultural de las conductas concretas que el orden jurídico califica como obligatorias. Llevando un poco más adelante nuestro análisis, se encontraría que dentro del rubro "Fuentes Formales" se comprenden una serie de -- fuentes que incluyen las "fuentes de validez", las "fuentes-ór-- ganos", las "fuentes-potestades" y las "fuentes de expresión o de concreción del Derecho"; y que bajo la expresión fuentes materiales se comprenden desde las remotas "fuentes históricas" hasta las actuales "fuentes de voluntad social".

En suma, conforme al criterio de que se trata las fuentes del Derecho positivo se dividen en:

Fuentes formales que, según unos autores, "son -- los procesos de manifestación de las normas jurídicas", y según otros, las formas de manifestarse las normas jurídicas. En esta categoría son uniformemente incluidas la ley, la jurisprudencia y la costumbre.

Fuentes materiales o reales, que son las constity

idas por los factores o elementos determinantes del contenido de las normas jurídicas. Son consideradas fuentes materiales las necesidades reales (económicas, políticas, morales, etc.) y las exigencias de justicia, de orden, de seguridad, etc., que el legislador o juez tienden a solucionar a través de sus respectivos modos técnicos de producción normativa. La Doctrina es generalmente considerada como una fuente material del Derecho, cuando describe, desde un enfoque axiológico, los fundamentos de cada institución jurídica. (8)

Desde un punto de vista que implica una específica referencia de las fuentes formales se llega hasta una nueva --- subdivisión fundada en la diversidad de los modos fundamentales de producción normativa. En esta posición, Stammler distingue entre fuentes originarias y fuentes derivadas o derivativas.

La fuente formal es, así, originaria cuando se manifiesta como el momento de creación de un nuevo orden jurídico o cuando no se fundamenta en un orden jurídico ya constituido. - Son fuentes originarias: 1º) La conquista u ocupación originaria de un territorio. Cabe citar, como ejemplo, la Colonia de Pitcairn establecida en 1790 en una isla de la Plinesia por un grupo de marinos amotinados. 2º) Los tratados o convenios originarios. Por ejemplo, los que determinaron la formación del Imperio Alemán en 1870. 3º) La revolución, en cuanto representa un momento formal de ruptura de la lógica de los antecedentes históricos y simultáneamente, la institución de un nuevo orden jurídico. 4º) La costumbre en cuanto no constituye un procedimiento de creación normativa ya prescripto por otras normas jurídicas.

En cambio, la fuente formal es derivada o derivativa cuando se realiza en conformidad con un procedimiento prescrito - por el ordenamiento jurídico ya constituido. Son consideradas como fuentes derivadas: la ley (o la legislación); la jurisprudencia y la costumbre en cuanto constituye un procedimiento de creación admitido por el ordenamiento. (9)

5.- Clasificación de Francisco Carnelutti.

Según el célebre jurista italiano, Fuente del Derecho es la sociedad cuando esta palabra se usa en sentido definido y concreto para indicar aquel grupo de hombres respecto al cual actúa -- el Derecho, disciplinando y consolidando su convivencia. Ese grupo se entiende como realidad puramente social, no como realidad jurídica: en suma, como sociedad, no como Estado. Siendo el Estado, como ya se ve y se verá mejor, nada más que el mismo ordenamiento jurídico, si fuese concebido como fuente del ordenamiento, éste - nacería de sí mismo; en cambio, la verdad es que en la sociedad - nace el ordenamiento, y de igual modo el Estado.

En la sociedad, considerada como fuente jurídica, están comprendidos tanto los hombres que mandan como los hombres mandados. La orden, en verdad, no es una simple fórmula verbal o escrita, sino más bien esa fórmula en cuanto sea idónea para - determinar la conducta de los súbditos. Esto basta para deber deducir que en su formación entra no sólo la iniciativa del jefe, o del órgano que sea, sino también un comportamiento de los otros miembros del grupo, por lo menos en el aspecto de escoger, por - elección o por reconocimiento, a quienes mandan.

Una elemental admisión por parte de los súbditos es indispensable para la eficiencia de las órdenes, y por eso para la formación del Derecho. No vale oponer que para determinar una amenaza cualquiera al transgresor, sino mas bien la amenaza de una privación contra quien hace el mal; no sin un reconocimiento de este carácter por parte de la sociedad se lograría distinguir la amenaza del ladrón de la del gendarme. La necesidad de la participación, si no de todos los miembros de la sociedad (habrían de excluirse en todo caso los infantes y los enfermos mentales) por lo menos de otros miembros distintos a los órganos de la sociedad, en el proceso formativo de la orden (en lo que está el núcleo de verdad contenido en la fórmula del contrato social), excluye, por tanto, que el concepto de fuente jurídica pueda referirse únicamente a los órganos de producción jurídica. En este sentido fuente del Derecho es el grupo social entero. (10)

a) Clasificación de las fuentes jurídicas.

Aún cuando, como ya se ha dicho, la sociedad (entera) deba ser considerada como la fuente del Derecho, ni haya nada más a lo que convenga como a la sociedad ese concepto, sin embargo, con el fin de poder conocer mejor el mismo dato, no puede menos de tenerse en cuenta la observación de que para cumplir ésta su función el grupo social actúa de modos diversos, que se refieren a la diferente aportación recíproca de los hombres que mandan y de aquellos que son mandados.

Materialmente, si en la sociedad la que constituye la fuente verdadera y única del Derecho; empero, formalmente el Derecho no se forma siempre en la sociedad del mismo modo. En el punto siguiente se aclarará que estos modos son tres, a los

que corresponden los conocidísimos conceptos de legislación, de jurisdicción y de administración.

Según este criterio es oportuno distinguir las -- fuentes jurídicas en fuentes materiales y fuentes formales. No parece necesario justificar la elección de esos dos adjetivos. - En tanto que fuente material del Derecho lo es la sociedad, a que se refiere el ordenamiento, como conjunto de gobernantes y gobernados, fuente formal es el conjunto de los hombres que constituyen un órgano del Estado destinado a la producción jurídica. A ese conjunto se le da el nombre de órgano jurídico. (11)

b) Clasificación de las fuentes jurídicas materiales.

Si lo único que es fuente material del ordenamiento jurídico es el grupo social entero parece que la fuente material sólo puede ser una: en efecto, para cada ordenamiento, y de igual modo para cada Estado, no hay más que una sociedad. Pero el fenómeno social es bastante más complicado de todo cuanto a primera vista puede parecer; y su análisis induce pronto a rectificar esta errada impresión.

La verdad es que hay sociedades simples, en cuyo seno no existen más que hombres aislados, y sociedades complejas que comprenden en sí, además de los hombres aislados, otras sociedades menores; y la misma diferencia se renueva también entre estas sociedades menores. Así, mientras en el ámbito de la sociedad familiar no se encuentran, por lo general, otros núcleos sociales, la sociedad nacional es un agregado no sólo de ciudadanos, sino de otros grupos menores regionales, provinciales, comunales, profesionales, familiares, y otros semejantes. Lógicamente este fenómeno se explica con la varia extensión de los intere--

ses colectivos que determinan la constitución de los grupos: el interés colectivo nacional no suprime el interés familiar ni el interés comunal, sino que coexiste con ellos, por lo que permanecen las familias y las comunidades junto a los individuos en el ámbito de la nación. Históricamente se aclara la razón de esto en cuanto que el reagrupamiento de los hombres en sociedad es un fenómeno que se desarrolla, en el tiempo, en dos direcciones inversas, al formarse grupos mayores entre los grupos menores o, viceversa, grupos menores en el seno de los mayores. Ejemplos de lo primero los encontramos en cuanto a la historia remota o acaso a la prehistoria jurídica al asociarse varias o muchas familias en la tribu o en el consejo, y en cuanto a la historia más reciente, con el fundirse varios Estados italianos en el reino de Italia, o de varios Cantones suizos en la Confederación -- Helvética. Un ejemplo conocidísimo de la segunda clase se refiere a la constitución de los grupos profesionales dentro de varios Estados nacionales, infranacionales o ultranacionales.

Ahora bien, el que se refiera a la sociedad mayor --en particular a la sociedad nacional-- una fuente jurídica (material) no excluye la existencia de otras fuentes (materiales) --en relación con las sociedades menores en ella comprendidas. No de un grupo mayor, que comprende grupos menores, se resuelva en la abolición del carácter político de los grupos preexistentes; por ejemplo, la agregación de más familias en la tribu o en la ciudad, si bien ha limitado, no ha eliminado las funciones políticas de la familia; un ejemplo todavía más interesante se puede deducir de la comparación entre la formación del Estado unitario italiano, que ha cancelado por entero la fealdad política de los Estados menores antes existentes, y la formación del Estado hel-

vético, que ha dejado subsistir ampliamente como entidades políticas a los varios Cantones; por otra parte, los grupos o asociaciones profesionales, cuando han obtenido en algunos países, y señaladamente en Italia, verdaderas funciones políticas, no han pretendido o, cuando menos, no han logrado disolver el Estado, - en el que cada uno de ellos vive. De esto se deriva una pluralidad de fuentes jurídicas materiales, cuya misma existencia plantea un delicado problema.

Propiamente, a diferencia de las fuentes formales, las fuentes jurídicas materiales son fuentes únicas o totales, - en el sentido de que de ellas proviene, o al menos puede provenir, no tanto una categoría de órdenes cuanto la totalidad de -- las órdenes que constituyen un ordenamiento, es decir, el ordenamiento entero; es claro, por tanto, que la pluralidad de fuentes que precisamente consiste el problema: mientras varios ordenamientos son extraños uno a otro, como los varios ordenamientos correspondientes a los diversos Estados nacionales, su coexistencia, -- aunque no esté, como veremos, libre de dificultades teóricas o -- prácticas, está reconocida ab antiquo; pero el que puedan coexistir varios ordenamientos en el mismo ámbito es fruto, al contrario, de un descubrimiento reciente, acaso no sistematizado todavía del todo en el cuadro de la doctrina jurídica.

El punto crítico se refiere, naturalmente, a la - relación entre los varios ordenamientos, la cual, si están destinados a operar en el mismo ámbito, no puede ser más que de conexión recíproca; cuando en el capítulo siguiente se hable de la - pluralidad externa de los ordenamientos, la oposición de ésta a la pluralidad interna, considerada ahora, se nos aclarará en la

diversidad, más bien en la inversión de la relación, que para la pluralidad externa es, en cambio, de recíproca independencia. - Ahora bien, la conexión de los ordenamientos coexistentes internamente se desarrolla en la dependencia del ordenamiento menor - respecto al ordenamiento mayor; por tanto, la esfera de eficacia del ordenamiento menor está determinada por el ordenamiento mayor. No puede decirse a priori cuál sea esa determinación; varía, naturalmente, de caso en caso; se da en la realidad a este propósito una rica gradación, por la que se pasa de un ordenamiento mayor -que no regula más que las relaciones entre los grupos inmediatamente menores- a ordenamientos mayores, que gobiernan también una cantidad mas o menos grande de las relaciones internas de grupos menores.

Por eso las fuentes materiales de un ordenamiento jurídico que no sea enteramente rudimentario son más de una; más bien son muy numerosas. Se puede hablar, así, junto al ordenamiento y a la fuente nacional o incluso ultranacional, de ordenamientos y fuentes cantonales, regionales, provinciales, comunales, profesionales, etc., etc. En esa multitud, la primera distinción es entre fuente independiente o superior, y fuentes dependientes o inferiores; distinción, más que absoluta, relativa, en el sentido de que se refiere a la relación concreta entre dos ordenamientos dados, por lo que un mismo ordenamiento puede ser independiente o dependiente, superior o inferior, respecto a otros dos ordenamientos diferentes.

Estos detalles no excluyen que cada uno de los ordenamientos menores tienda a su independencia tan pronto como se forma; pero como la independencia de los ordenamientos menores no es compatible con la existencia del ordenamiento mayor, la --

constitución de éste, y con ello del Estado, no puede menos de resolverse en el sometimiento de aquéllos. Y lo mismo sucederá cuando la evolución del Derecho, que sigue lentamente su curso, conduzca a dar nacimiento a un Estado más amplio, que englobe en sí una pluralidad de otros Estados anteriores; entonces la relación de Independencia entre ordenamientos externos se cambiará en superioridad del ordenamiento más amplio y en dependencia de los menores. Creer que la coexistencia entre ordenamientos menores pueda disciplinarse jurídicamente mediante espontáneos acuerdos, sobre una base de paridad, es la misma ilusión en que se funda la opinión dominante hoy en torno a la existencia de un ordenamiento jurídico internacional, en la que no existe la sujeción de los Estados ordenados a un Estado superior que los comprenda y abarque. La conocida teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos en cuanto que atribuye a todos el mismo carácter, si bien sirve para explicar históricamente la formación y la evolución del Derecho, no sirve para explicar lógicamente su existencia en un momento del tiempo. (12)

c) Clasificación de las fuentes jurídicas formales.

Puesto que, como ya se vió, el concepto de fuente jurídica formal está ligado estrechamente al concepto de órgano jurídico, el problema de las fuentes formales es, en otras palabras, el problema de los órganos del Derecho. Bastará que el lector busque representarse ese formidable organismo que es el Estado moderno para darse cuenta de la dificultad de ese problema y, ante todo, de la necesidad de una clasificación con el fin de comprender el orden del que resulta el ordenamiento; sin esa clasificación el ordenamiento parecería un caos.

La primera y más célebre tentativa científica de clasificación de las fuentes formales es la que lleva a la división tripartita de las funciones o poderes del Estado: legislativo, judicial y ejecutivo. El mérito de ese intento está en haber, y por eso de construir mejor, el Derecho y el Estado. Tal mérito justifica la enorme fortuna que ha tenido, de tal modo que todavía hoy, aún cuando la ciencia del Derecho haya alcanzado una elevación bien superior a la de hace siglo y medio, la mayor parte de los juristas y de los políticos siguen estando dominados - por ella.

Esta división de las funciones del Estado, y por eso de las fuentes formales jurídicas, está fundada sobre una intuición excelente, pero la desarrolla mediante un concepto del ordenamiento jurídico que debe ser resueltamente superado hoy. Según tal concepto se identificaba, por una parte, como veremos mejor después, el ordenamiento jurídico con el Derecho, y por otra, no se incluían en el ordenamiento más que las leyes u órdenes generales, de modo que acababan por confundirse Derecho y ley, en el sentido de ley general. Se distinguía entonces netamente entre formación y aplicación del Derecho: hacer y aplicar la ley aparecían como dos cosas no tanto distintas cuanto contrarias. Este punto de vista llevaba, por tanto, a separar y aislar de todos los otros órganos los legislativos como los que precisamente hacen las leyes; y de ahí en primer lugar el concepto de función legislativa en la cima de la organización del Estado. Por otra parte, en el campo de la aplicación de las leyes se distinguía la función judicial, que declara el significado o el alcance de las leyes, y por tanto ius dicit, de la función ejecuti

va, que procura, en cambio, determinar las condiciones de hecho conformes a la ley. El esquema de esta división en éste: el legislador prohíbe matar a un hombre bajo pena de muerte; el juez declara que un hombre ha matado a otro, y que por eso debe ser muerto a su vez; el verdugo ejecuta al homicida.

No se ha necesitado mucho tiempo para que comenzara a verse que un esquema tan sencillo no corresponde a la compleja realidad. Es difícil en una sucinta exposición desarrollar una a una la serie de desmentidas que ese simplicismo ha tenido en la historia. Al principio se observó que los órganos legislativos, además de hacer las leyes, las aplican algunas veces, bien por vía de comprobación (por ej.: el Senado cuando actúa, según el Estatuto Albertino, como Suprema Corte de Justicia), bien por vía de ejecución (por ej.: la Cámara de los Diputados cuando aprueba los Presupuestos); que, por otra parte, los órganos judiciales hacían a menudo algo distinto a sentenciar (por ej.: providencias de jurisdicción voluntaria); que, en fin, los órganos ejecutivos, y con el nombre de reglamentos, hacían leyes buenas y justas; sin embargo, se mantuvo esa división tripartita contentándose con observar que la distinción de las funciones tiene un valor de máxima o ejemplo, lo que no excluye las excepciones: las funciones son diversas, pero, dentro de ciertos límites, los órganos están mezclados.

Más tarde se dió el golpe decisivo a esa división tripartita al descubrirse que también la aplicación, en cualquiera de sus formas, es formación del ordenamiento. Poco a poco los juristas se han dado cuenta de otras y más importantes cosas: han comprendido, por ejemplo, que cuando el juez comprueba la existencia de una norma o un mandato jurídico cualquiera preexis

tente también ordena jurídicamente la sociedad, de igual modo que la ordena el legislador; y que, de igual modo, el acto administrativo tiene la misma sustancia jurídica del acto legislativo, e incluso alguna vez la misma forma (por ejemplo: el reglamento administrativo). Todo esto conducía a negar no tanto la distinción de los órganos cuanto la misma distinción de las funciones, tal como la había establecido la vieja doctrina. En sustancia el derrumbamiento de esta doctrina se ha producido cuando el centro de gravedad del ordenamiento jurídico se ha transportado desde la -- norma al mandato: reservar al legislador la figura del conditor iuris y negársele al juez o a la Administración se ha visto ahora que es una falsa representación de la realidad.

La división de las fuentes jurídicas formales en legislación, jurisdicción y ejecución ya no responde, pues, a la forma y farsa moderna de nuestros conocimientos e ideas en torno al Derecho. Que los juristas y los hombres políticos continúen queriendo servirse de ella evidencia un verdadero desfase entre la ciencia y la técnica del Derecho, lo que va, naturalmente, en daño de la política. Todavía adoptamos para la constitución política de la sociedad unos instrumentos anticuados, y es como si quisiéramos construir casas con métodos de hace algunos siglos en vez de con los modernos. Ciertamente es que sin una clasificación de las fuentes formales jurídicas, y con ellas de las funciones del Estado, no se alcanza aquel beneficio de los controles, o sea, en último análisis, del equilibrio, al que tendía la antigua doctrina; para lograr este fin, en vez de insistir sobre su esquema, que no aclara el verdadero valor de cada una de las funciones, es mejor decidirse a cambiar la base.

Manteniendo la idea de que el ordenamiento jurí---

dico resulta de una enorme masa de leyes o mandatos, conviene darse cuenta, ante todo, de cómo operan en los diferentes casos los órganos del Derecho. Esta investigación debe ser realizada con la guía de aquellos conceptos de partes y de tercero que fueron extraídos del conflicto de intereses.

Recorriendo la masa de las órdenes o de las leyes se ve con claridad que ciertas órdenes han sido formadas por personas que son partes en el conflicto que la misma orden regula, y otras por personas que no lo son: en el segundo caso se habla de una regulación super partes; en el primero, de una regulación inter partes. Es fácil apreciar esta distinción contraponiendo simplemente el acto del legislador al de los contratantes. Debe tenerse presente ahora que también el contrato, como el acto legislativo, engendra una orden jurídica: esta verdad está reconocida paladina ante en la fórmula, según la cual "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes"; y esto basta para excluir -- que el ordenamiento jurídico se forma únicamente en virtud de la función legislativa. Esta fórmula, que no es precisamente moderna, muestra que, siquiera sea en virtud de intuición más bien que del razonamiento, al equiparar la eficacia del contrato con la de la ley, ha sido superada hace tiempo la idea, fundamental para la teoría de la separación de los poderes, de que sólo la lex generalis es Derecho, y que por tanto se puede separar netamente la producción de la aplicación del Derecho. Pero no conviene contraponer la producción y la aplicación del Derecho, sino más bien uno y otro modo de su producción. (13)

El hecho de que el contrato tenga la misma sustancia imperativa que una ley formulada en el Parlamento no quiere decir que deba tener la misma eficacia: el que la deba o no la de

ba tener depende precisamente del modo en que se formara la orden, que se produce super partes o inter partes. No es, pues, la diferencia entre legislación y ejecución, sino entre heteronomía y autonomía, la fundamental para la clasificación de las fuentes. - Esas dos palabras son lo suficientemente claras para necesitar comentario alguno: la orden proviene o no proviene de aquél, o --- aquellos, a quienes está dirigida. Sólo es oportuno añadir que - el concepto de la heteronomía, puede encontrar su fórmula también en la palabra soberanía, la cual se presta igualmente a significar la formación de la orden super partes, por lo que la autonomía puede ser contrapuesta así tanto a la heteronomía como a la soberanía.

Entre las figuras de la heteronomía y de la autonomía hay otra intermedia, que consiste en que la orden no se forma por entero ni super partes ni inter partes, sino por la colaboración de las partes con una o varios terceros. Para tener una rápida idea de esta última figura piénsese en la colaboración entre el juez y las partes tal como se produce en el proceso civil y penal. Puede ser una fórmula exacta para definir este último concepto la de soberanía vinculada: si bien la orden se ha formado - super partes, no puede ser creada por el tercero más que en cuanto haya procedido una actividad de las partes.

Esta división tripartita de las fuentes puede expresarse hasta cierto punto con la vieja fórmula de la teoría de la separación de poderes, con tal que se advierta que aunque se conservan las palabras es profundamente distinto su significado: se puede hablar de legislación, o función legislativa, para indicar la producción del Derecho en régimen de soberanía, a condición de recordar que la legislación no agota en sí misma la producción del Derecho; se puede dar el nombre de jurisdicción, o función ju-

dicial, a la producción del Derecho en virtud de la soberanía vinculada, pero con la condición de darse cuenta de que también ésta es una verdadera producción del Derecho; se puede, en fin, denominar administración, o función administrativa, a la producción autónoma del Derecho, pero en tal caso no debe ocultársenos que el administrador sus propios intereses las partes producen Derecho. Por tanto, aunque seguiremos aquí llamando legislación, jurisdicción y administración a los tres tipos de fuente formal, aunque sólo sea por no perder el beneficio de la continuidad del pensamiento jurídico, debe recordarse siempre que esos vocablos se emplean con un valor y sentido muy diverso del que tuvieron antes. (14)

d) Relaciones entre fuentes materiales y formales.

La división tripartita, tal como queda diseñada, de las fuentes formales es la relativa a cada singular ordenamiento jurídico; esto quiere decir que en cuanto un ordenamiento jurídico mayor deja subsistir en sí ordenamientos jurídicos menores, dentro de cada uno de éstos pueden distinguirse, del modo que se ha dicho, las fuentes formales: por ej.: así la Confederación como los Cantones suizos tienen cada uno de ellos su función administrativa. Pero como la coexistencia de los ordenamientos menores con el orientamiento mayor da lugar a una combinación entre ellos, queda por saber si tal combinación reacciona sobre el concepto de las varias funciones, y, en caso afirmativo, cómo reacciona.

Entra en juego a este propósito la relatividad del concepto de parte y de tercero, fundada sobre el principio de la inter-dependencia de los intereses; esto quiere decir, después de todo, que tampoco entre las partes y el tercero hay un salto, si-

no una gradación; en otras palabras, hay un más o un menos también de la parte y del tercero; por ej.: planteada una litis entre dos ciudadanos de Ginebra, un juez de su Cantón es respecto a ellos menos tercero que un juez federal; de igual modo, si el conflicto de intereses entre un empresario y un obrero está regulado por una orden de la corporación a que pertenecen en vez de por una orden del Estado, se debe reconocer que la fuente de la orden está más próxima a las partes de lo que estaría si estuviera regulada por una orden del Estado. Esto explica por qué si en el interior del ordenamiento jurídico menor se pueden distinguir la legislación, la jurisprudencia y la administración, o sea la soberanía, absoluta o vinculada, y la autonomía, en cambio en lo anterior, o sea frente al ordenamiento mayor, todas estas funciones se unifican en el concepto de la autonomía; o sea, respecto al grupo mayor, también los grupos menores son partes, o sea portadores, si no directos o inmediatos, al menos indirectos o -mediatos, de los intereses en conflicto.

Así sucede que, en virtud de la pluralidad interna de los ordenamientos jurídicos, se restringe el concepto de soberanía y se extiende el de autonomía: lo que en lo interno de los ordenamientos menores es soberanía, absoluta o vinculada, se convierte en autonomía frente al ordenamiento jurídico mayor. - Desde este punto de vista la combinación entre ordenamientos jurídicos menores y ordenamiento mayor induce a distinguir la autonomía inmediata de la autonomía mediata: se habla de la primera cuando el Derecho es producto de los sujetos inmediatos de los intereses en conflicto; la segunda denota, en cambio, la producción del Derecho por obra de partes mediatas, o sea de grupos menores (en comparación con el grupo máximo o total) en los que se

hallan comprendidas las partes inmediatas. (15)

6.- Clasificación de Castán.

Entre las frecuentes incursiones de los civilistas en la teoría general del Derecho, en contraste con la reducida visión propia del pensamiento iusprivatista, destacan las aportaciones de José Castán Tobeñas. Jurista hispano ampliamente informado y poseedor de singulares dotes de claridad en la exposición. - Sobre nuestro tema, el propio autor postula la división entre fuentes directas y fuentes indirectas. Conforme a su criterio, se consideran como fuentes directas aquellas que encierran en sí la norma jurídica, es decir que son propiamente normas jurídicas, y como indirectas las que, sin ser técnicamente normas jurídicas, contribuyen a la creación y a la interpretación de éstas, pero sin darles existencia por sí mismas.

Siguiendo la referida tesis, el autor indicado sostiene que las fuentes jurídicas directas se reducen necesariamente a dos: la ley y la costumbre; en tanto que entre las fuentes indirectas se encuentran la jurisprudencia, los principios del derecho natural, los principios científicos y técnicos de la ciencia jurídica, la historia del Derecho, la analogía y la equidad. Sin embargo, es de hacerse notar que en algunos sistemas jurídicos, determinadas fuentes consideradas en esta clasificación como indirectas, han tenido o tienen el carácter de verdaderas fuentes directas; por ejemplo como ocurre con la jurisprudencia, reconocida por el Derecho positivo mexicano como fuente directa, cuando cumple con determinadas características. (16)

La denominación de fuentes indirectas del Derecho,

advierte Rafael de Pina, posee un valor puramente convencional, útil para expresar sintéticamente una realidad jurídica cuya calificación de fuente del Derecho es susceptible de ser objetada. La expresión de referencia, como se ha visto, se refiere a las fuentes que sin dar existencia por sí misma a la norma jurídica, influyen en determinada manera en su producción y en su interpretación, y contribuyen a su comprensión y aún pueden conducir a su transformación. Ahora bien, considerando que entre las referidas fuentes se encuentran elementos tan importantes como la doctrina científica, los principios de derecho natural, el método del Derecho Comparado y la jurisprudencia, resulta evidente su importancia a pesar de que no se encuentre en ellas, en forma estrictamente directa, la integración de las diversas normas jurídicas. (17)

Notas bibliográficas del Capítulo Tercero.

- 1.- Von Ihering, R.: El Espíritu del Derecho Romano, Págs. 49, 50, 103, 105, 109, 121 y 130. Sohm, - Rodolfo: Derecho Privado Romano, Págs. 30, 31 y 32. Smith, Juan Carlos: Artículo Fuentes del - Derecho en Enciclopedia Omeba, Tomo XI, Pág. 731.
- 2.- Floris Margadant, Guillermo: Derecho Romano, - Pág. 43.
- 3.- Sohm, Rodolfo: Derecho Privado Romano, Págs. 30, 31 y sigs.
- 4.- Gény, Francisco: Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. Págs. 19 y sigs.
- 5.- Gurvitch, Georges: L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du Droit, Págs. 38 y sigs.
- 6.- Bascuñán Valdés, Aníbal: Artículo Fuentes del Conocimiento Jurídico en Enciclopedia Omeba, Tomo XI, Pág. 715.
- 7.- Bascuñán Valdés, Aníbal: Artículo Fuentes del Conocimiento Jurídico en Enciclopedia Omeba, Tomo XI, Págs. 715 y 716.
- 8.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio

- del Derecho, Capítulo Quinto. Smith, Juan Carlos: Artículo Fuentes del Derecho en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Págs. 752 y sigs.
- 9.- Stammler, Rudolf: Tratado de Filosofía del Derecho, págs. 171 y sigs.
 - 10.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Págs. 70 y 71.
 - 11.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Pág. 71.
 - 12.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Págs. 72, 73, 74 y 75.
 - 13.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Págs. 75, 76, 77 y 78.
 - 14.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Págs. 79 y 80.
 - 15.- Carnelutti, Francisco: Teoría General del Derecho, Págs. 80 y 81.
 - 16.- Castán, José: Derecho Civil Español Común y Foral; Tomo I, Vol. I, Pág. 184.
 - 17.- De Pina, Rafael: Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, Págs. 88 y 153

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO PARTICULAR DE LAS PRINCIPALES FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURIDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

- 1.- Consideraciones generales acerca del Derecho Positivo Mexicano.
- 2.- La Legislación.
- 3.- La facultad reglamentaria.
- 4.- La jurisprudencia.
- 5.- La costumbre.
- 6.- Las fuentes jurídicas, privadas y públicas, de normas individualizadas: la relativa autonomía de los particulares, la función jurisdiccional y la función administrativa.
- 7.- Fuentes reales o materiales que de manera indirecta contribuyen a la integración del orden jurídico: los fenómenos políticos y socioeconómicos y la doctrina.
- 8.- Los principios generales del Derecho como fuente mixta: formal y material del sistema jurídico de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPITULO CUARTO.

ESTUDIO PARTICULAR DE LAS PRINCIPALES FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURIDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

1.- Consideraciones generales acerca del Derecho Positivo Mexicano.

En nuestro sistema jurídico, desde un punto de vista formal, sus fuentes son aquellas que se encuentran expresamente señaladas y reconocidas del Derecho, la costumbre y los usos, la equidad y la jurisprudencia.

Como hemos advertido en un capítulo anterior, las fuentes de referencia pueden tener el carácter de federales o locales, conforme a nuestra organización política, en atención al órgano legislativo al que se debe su formulación o reconocimiento, o de conformidad al órgano administrativo o jurisdiccional correspondiente.

Empero, a lo anterior debe agregarse que en términos generales, las fuentes jurídicas no son las mismas, esto es - que no se puede considerar a todas las mencionadas en relación a todas y cada una de las diferentes ramas especializadas de nuestro sistema jurídico. Así, los principios generales del Derecho son fuente en todas las ramas, con excepción del Derecho Penal; en -

los derechos Civil, Agrario y Administrativo, con diferentes importancia, la costumbre es fuente jurídica, pero esto no ocurre en los Derechos Procesal y Penal; la equidad sólo tiene la categoría de referencia en el Derecho Laboral; la jurisprudencia obligatoria como fuente jurídica tiene fundamental naturaleza en función de la interpretación de las normas jurídicas. En suma, es la ley - la única fuente general y principal del Derecho Positivo Mexicano, puesto que las demás fuentes formales se encuentran condicionadas a la referida.

Sabemos que la determinación de las fuentes jurídicas es posible en un sentido teórico general como el que hemos delineado en los anteriores capítulos. Ahora bien, cuando se trata de estudiar en especial cada uno de los procesos e instituciones que constituyen las propias fuentes, debe entenderse a lo estipulado en un determinado sistema jurídico. Por ello, en este capítulo habremos de explicar específicamente las fuentes jurídicas dentro del marco del Derecho nacional.

En primer término, nos ocupamos de las denominadas fuentes formales del orden jurídico, para pasar seguidamente a la atención de las fuentes materiales o indirectas del mismo, como ya se ha dicho, con referencia al Derecho Positivo Mexicano.

2.- La Legislación.

Si en un sentido lógico no ha de confundirse la causa con lo causado, si en la vida práctica "la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo", usando la conocida metáfora de Du Pasquier. Es la legislación y

no la ley, la fuente formal del Derecho positivo, puesto que ésta es el producto, la resultante de aquella que, por tanto, es el -- origen o fuente de la norma.

Entre las fuentes formales del orden jurídico que según García Maynez son: la legislación, la costumbre y la jurisprudencia; en los países de Derecho escrito, la primera de las - mencionadas es la más fecunda y la de principal importancia. El propio autor la define como el "proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurí- dicas de observancia general". (1)

Ahora bien, el proceso legislativo es muy posterior al proceso consuetudinario normativo y al proceso jurispruden- cial. En las etapas primitivas de la historia jurídica, el De- recho se encuentra mezclado, confundido con una serie de pres- cripciones religiosas, éticas y sociales y no ha sido sino hasta épocas recientes relativamente, cuando la legislación aparece co- mo proceso formal y adquiere una importancia, cada vez más grana- do, como fuente del orden jurídico. Esto, aún en países cuyo sig- tema jurídico se ha caracterizado por la importancia de la fun- ción jurisdiccional como productora de normas, como en el Common Law angloamericano, en el cual el derecho escrito legislado, cobra una creciente función a consecuencia de los modernos problemas - socioeconómicos.

En el trabajo del Dr. Smith, se define a la legis- lación como "el conjunto de actos mediante los cuales los órganos estatales que participan en la función legislativa formulan y pro- mulgan determinadas normas jurídicas de obligatoriedad general". En tanto que la legislación constituye la expresión de voluntad -

de una comunidad jurídicamente organizada, la norma creada mediante el propio proceso es la ley, en la acepción técnica que este vocablo tiene en la doctrina jurídica contemporánea. La ley -- --escriben Brethe de la Gressaye y Laborde Lacoste-- es una regla general de Derecho, abstracta y permanente, proclamada obligatoria por la voluntad de la autoridad competente y expresada en una fórmula escrita. (2)

En el moderno proceso legislativo, surgido dentro del desarrollo del constitucionalismo, los autores están acordes en señalar las siguientes etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

Por iniciativa se entiende el acto de presentar o proponer un proyecto de ley por el órgano que está facultado para ello. Esta promoción puede ser parlamentaria cuando corresponde o se realiza por los legisladores; ejecutiva, cuando se encuentra a cargo del órgano administrativo, judicial cuando los órganos jurisdiccionales pueden promover en determinadas materias, y popular cuando determinados grupos sociales se encuentran jurídicamente --capacitados para poner en marcha el proceso de que se trata.

En México, conforme al Artículo 71 de la Constitución Federal: "el derecho de iniciar leyes o decretos compete al Presidente de la República; a los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y a las Legislaturas de los Estados". Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasan --directamente a la Comisión Parlamentaria correspondiente; en tanto que las presentadas por los Diputados o Senadores al Congreso de la Unión, se sujetan a los trámites estipulados por el Reglamento

de Debates de cada una de las Cámaras que integran el propio --
Órgano.

El acto deliberativo mediante el cual los órganos parlamentarios consideran y analizan un proyecto legislativo, -- conforme a sus ordenamientos internos, se denomina discusión. -- Este tiene por objeto determinar si debe o no ser aprobada la -- iniciativa correspondiente. Nuestra Constitución Federal establece al efecto, en su Artículo 72 que: "todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones". El propio precepto dispone además que "la formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones e impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados".

En los sistemas bicamerales como el nuestro, se denomina Cámara de origen al órgano donde se discute inicialmente un proyecto de ley, y Cámara revisora a la segunda.

Terminada la etapa deliberativa, las Cámaras aceptan parcial o totalmente el proyecto de ley; a este acto se denomina aprobación. En esta hipótesis, la iniciativa legal pasa al conocimiento del Poder Ejecutivo, el cual sanciona aprobatoriamente el proyecto o, en su caso, ejercita el llamado derecho de veto.

Una vez que determinado proyecto legislativo es aprobado por los órganos parlamentarios y sancionado por el Po-

der Ejecutivo, conforme a nuestro sistema corresponde publicar - la ley que ha resultado del propio proceso. Dicha divulgación- se realiza en nuestro medio, en materia federal, a través del -- Diario Oficial de la Federación, y en materia local, por medio - de los Diarios y Gacetas Oficiales de las Entidades Federativas.

De manera general, las reglas acerca de discusión, aprobación, sanción y publicación de leyes, se encuentran determinadas en los incisos siguientes del Artículo 74 constitucional:

"A.- Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen pa- sará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remi- tirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente".

"B.- Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo - caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el - Congreso esté reunido".

"C.- El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por és- ta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por - ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación".

"Las votaciones de ley o decreto, serán nominales".

"D.- Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado

en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquélla le hubiese hecho. Si examinando de nuevo fuese aprobada por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si le aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A, pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones".

"E.- Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción A. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverána aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se-

reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes".

"F.- En la interpretación, reformas o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

"G.- Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año..."

"I.- Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que - transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso, el mismo proyecto de ley o decreto pueda presentarse y discutirse en la otra Cámara".

"J.- El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales. Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria que - expida la Comisión Permanente, en el caso del Artículo 84". (3)

Por último, debe distinguirse entre publicación e iniciación de la vigencia de un ordenamiento. Aún conocida - - la ley, promulgada y publicada ésta, su obligatoriedad no tiene lugar sino a partir del momento expresamente prescrito en su -- texto para dar principio a su vigencia. En nuestro Derecho,-

tienen lugar los dos conocidos sistemas de iniciación de la vigencia: el sucesivo y el sincrónico. Las reglas concernientes al primero las enuncia el artículo 3 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales. Este precepto dice así: "Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial. En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad".

La lectura del precepto transcrito revela que son dos las situaciones que pueden presentarse: si se trata de fijar la fecha de iniciación de la vigencia relativamente al lugar en que el Diario Oficial se publica, habrá que contar tres días a partir de aquel en que la disposición aparece publicada; tratándose de un lugar distinto, deberá añadirse a dicho plazo un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad.

El lapso comprendido entre el momento de la publicación y aquel en que la norma entra en vigor, recibe, en la terminología jurídica, el nombre de *vacatio legis*. La *vacatio legis* es el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, de cumplirlo. Concluido dicho lapso, la ley obliga a todas las personas comprendidas en el supuesto normativo, aún cuando, de hecho, no tengan o no hayan podido tener noticia de la nueva disposición legal. Esta exigencia de la seguridad jurídica se formula diciendo que la ignorancia de las leyes

debidamente promulgadas no sirve de excusas y a nadie aprovecha. El principio anterior sufre una excepción en nuestro sistema, -- relativamente a los individuos que por su apartamiento de las -- vías de comunicación o su miserable situación económica, dejan de cumplir la ley que ignoraban. En tal hipótesis, pueden los jueces eximirles de las sanciones en que hubieren incurrido o, -- de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; pero -- en ambos casos se exige que el Ministerio Público esté de acuerdo, y que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Tratándose de lugares distintos de aquel en que -- aparece el Diario Oficial, a los tres días señalados en la primera parte del artículo hay que añadir, según dijimos antes, uno más por cada cuarenta kilómetros, o fracción que exceda de la -- mitad. Colígese de aquí que la fecha de iniciación de la vigencia de una ley federal --en el caso del sistema sucesivo-- va --- alejándose de la de publicación conforme crece la distancia entre la ciudad de México y los diferentes lugares de la República.

La regla del artículo 3 del Código Civil vigente duplica la cifra señalada en los anteriores Códigos de 84 y 71. En el artículo 4º. de éstos establecíase que a los tres días --- contados a partir de la fecha de publicación, debería añadirse otro más por cada veinte kilómetros o fracción que excediese de la mitad. La regla contenida en tales Códigos estaba de acuerdo con las condiciones de la época; pero la que establece el actual resulta anacrónica. Dada la gran extensión del territorio puede perfectamente presentarse el caso de que una ley publicada en México el primero de febrero, no entre en vigor en los lugares fronterizos sino aproximadamente dos meses más tarde. Por --

otra parte, la aplicación del sistema sucesivo de origen a problemas de solución muy difícil, como el que estriba en saber de qué manera ha de calcularse la distancia comprendida entre el lugar en que el Diario Oficial se publica y aquel en que la disposición tiene que cumplirse.

El sistema sincrónico hállase consagrado en el -- artículo 4º. del Código Civil. "Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior". (4)

El precepto de referencia, como acertadamente -- observa el Dr. García Maynez, se encuentra afectado por la deficiencia de omitir el señalamiento del término de lo que técnicamente se denomina *vacatio legis*. De tal suerte que si la disposición fuera interpretada literalmente, podría sostenerse el absurdo de que una ley puede entrar en vigor, en toda la República, media hora después de su publicación, de establecerse -- así, en sus artículos transitorios. Esto, conforme a la opinión del repetido autor, podría dar lugar a importantes inconvenientes y abusos, y equivaldría a la negación del principio del *vacatio legis*; por ello, García Maynez indica que cuando en un texto legal se estipula que las disposiciones del mismo entran en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial, no debe aplicarse el sistema sincrónico, sino que a pesar de los defectos del sistema sucesivo o progresivo, deben aplicarse las reglas de éste. (5)

Una vez publicada la ley -escribe Rojina Villegas-, ésta tiene el carácter y la fuerza jurídica de tal, por

haberse cumplido todos los elementos esenciales para su existencia, de la misma suerte que un contrato se forma cuando el acuerdo de voluntades o consentimiento, y el objeto, se han realizado. "No importa que el momento de vigencia de la ley, o sea el día a partir del cual surta sus efectos, sea muy posterior, en aquellos casos en que la propia ley establezca un término definido o indefinido, a partir del cual se iniciará su vigencia, es decir su aplicación efectiva. De la misma suerte que un acto jurídico o un contrato están concluidos, a pesar de que dependan de un término a día cierto o incierto". (6)

Respecto del proceso legislativo como fuente jurídica, debe también aclararse la posible confusión relativa a los términos: sanción, promulgación y publicación, puesto que al respecto determinados autores de nuestro medio padecen determinada equivocidad. Así, Trinidad García escribe lo siguiente: "La promulgación es, en términos comunes, la publicación formal de la ley. De esta definición se infiere que no hay lugar a -- distinguir gramaticalmente entre la promulgación y la publicación. Las dos palabras tienen el mismo significado cuando a -- la ley se refieren, y así lo demuestra el empleo que se les ha dado y se les da en el lenguaje corriente y en el jurídico; la Constitución y los Códigos de 70 y 84 emplean indistintamente -- los dos términos para expresar la misma idea (artículos 70, 72, inciso a), y 89, fracción I de aquélla y 2 a 4 de éstos). Pero la promulgación de la ley encierra dos actos distintos: por el primero, el Ejecutivo interpone su autoridad para que la ley debidamente aprobada se tenga por disposición obligatoria; por el segundo, la da a conocer a quienes deben cumplirla. El primer acto implica naturalmente que la ley ha sido aprobada por el --

Ejecutivo o que, objetada por él, ha sido ratificada por las Cámaras. Como se ve, la intervención del Ejecutivo en la formación de las leyes tienen tres fases independientes, con fines diversos y efectos propios cada una. Por esta causa deben jurídicamente distinguirse los actos correspondientes a cada una de esas fases y hay que darles nombre especial. Esta necesidad no se sentía en el antiguo derecho, cuando un sólo órgano de gobierno hacía la ley y la publicaba; se impone, en cambio, actualmente, por las complicaciones producidas por los nuevos sistemas de derecho público. Consecuentes, pues, con la realidad presente de las cosas, emplearemos tres diversos términos para referirnos a esos actos; serán los de; a) sanción, para la aprobación de la ley por el Ejecutivo; b) promulgación, para el reconocimiento formal por éste de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida; c) publicación, para el acto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para el efecto". (7)

Es evidente que en un sentido técnico, promulgación y publicación son dos fases distintas del proceso legislativo. En esto, estimamos que el autor de referencia incurre -- en un injustificable error al aceptar, aunque limitadamente, la supuesta identidad que en términos vulgares, se pretende existe entre promulgación y publicación; aunque, en la última parte del texto transcrito el propio autor si se encuentra en lo cierto.

En el párrafo inicial del artículo 70 de la Constitución de 1917 se dispone que "Toda resolución del Congreso -- tendrá el carácter de ley o decreto". Esta expresión está tomada del artículo 43, Ley Tercera de la Constitución de 36; pero -

la Constitución actual, al igual que la de 57, omitió la definición de ley y decreto, que se halla en el precepto de la Constitución centralista y que, en sentir de Rabasa, es la mejor definición que al respecto pueda encontrarse en nuestras leyes positivas. Dice el citado artículo de la Constitución de 36: "Toda resolución del Congreso general tendrá el carácter de ley o decreto. El primer nombre corresponde a las que se versen sobre materias de interés común, dentro de la órbita de atribuciones del Poder Legislativo. El segundo corresponde a las que dentro de la misma órbita, sean sólo relativas a determinados tiempos, lugares, corporaciones, establecimientos o personas".

Dentro del concepto general de la ley, la Constitución vigente emplea esta palabra con diferentes connotaciones. En el artículo 70 la Constitución opone ley o decreto, esto es, usa aquel término en sentido estricto desde el punto de vista formal; en cambio, en la acepción que tiene la palabra "ley" en el artículo 133, refiérese a cualquier acto del Congreso incluyendo los decretos. En el Artículo 14, "ley" es toda disposición legislativa constitucionalmente correcta; pero en el artículo 103, "ley" es toda obra del Congreso o de alguna de las Cámaras, aunque sea inconstitucional.

Analizando desde un punto de vista material las facultades de nuestro Congreso de la Unión, el Dr. Tena Ramírez afirma que éstas pueden ser legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales. Al referirse a la división de Poderes en nuestro -- sistema federal, el propio tratadista expresa que dicho principio implica una separación de órganos, pero no rigurosamente de funciones; es pues, una división flexible y no rígida. De tal

suerte que las funciones de los Poderes puedan estudiarse en referencia al órgano a que corresponden o atendiendo a la naturaleza misma de la función. El primer aspecto es el formal o subjetivo, el segundo es el material u objetivo.

Gastón Jézo enseña que en un sentido material, -- acto legislativo es el que "crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva". Esta concepción puede expresarse tanto en la ley como en el reglamento, puesto que ambos tienen una naturaleza tal como la describe el tratadista de referencia, aunque se diferencian en consideración al órgano creativo correspondiente. Ahora bien, fuera de esa norma secundaria y subordinada que es el reglamento, al que habremos de referirnos posteriormente, la expresión clásica, propia del acto legislativo es la ley. (8)

En nuestro sistema constitucional, señala Tena - Ramírez, una ley puede emanar del Congreso de la Unión, del Presidente de la República o del Poder Constituyente Permanente. - Cuando el Congreso expide una ley, coinciden en la realización del acto el aspecto formal (por provenir del "órgano legislativo") y el aspecto material (por tratarse de un acto que crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva). Cuando el -- Presidente expide una ley, no existe en ésta sino el aspecto material; tal cosa sólo puede ocurrir constitucionalmente en ejercicio de las facultades extraordinarias que autorizan los artículos 29 y 49, así como en la celebración de tratados, según el artículo 89, fracción X. Y cuando el órgano constituyente del artículo 135 expide una ley, vuelven a concurrir en el acto los aspectos formal y material, por emanar dicho acto de un órgano legislativo (así sea especial) y por llenar los requisitos de -

generalidad, impersonalidad y objetividad.

La ley, como acto del Poder Legislativo, es obra siempre del Congreso y nunca de una sola Cámara en ejercicio de sus facultades exclusivas ni de la Comisión Permanente. Si se examina cada una de las facultades exclusivas de las Cámaras o de la Permanente, se advertirá que ninguna de ellas se refiere sino a una situación concreta. Inclusive la facultad del Senado de aprobar los tratados que celebre el Presidente, es un acto que determina una situación jurídica para un caso concreto, aunque dirigido a consolidar la situación general y abstracta que crea el Presidente al celebrar el tratado, el cual si es por regla general un acto materialmente legislativo. (9)

A efecto de diferenciar técnicamente los principales productos de la función legislativa del Congreso de la -- Unión, conviene referirnos al criterio del constitucionalista -- Tena Ramírez quien estima que los actos propiamente legislativos de dicho órgano, pueden clasificarse en leyes orgánicas, leyes reglamentarias y leyes ordinarias. Las dos primeras clases se oponen a la última, por cuanto aquéllas tienen por objeto poner los medios para que pueda funcionar un precepto de la Constitución, en tanto que las leyes ordinarias son simplemente el resultado de una actividad autorizada por la Constitución.

Entre la ley orgánica y la reglamentaria --precisa el precitado tratadista-- existe una diferencia evidente. Ley orgánica es la que regula la estructura o el funcionamiento de algunos de los órganos del Estado; por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la de Secretarías y Departamentos Autónomos, la del Ministerio Público Federal. Ley reglamentaria es la que desarrolla en detalle algún mandamiento conte

nido en la Constitución; ejemplo, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional.

Las denominaciones que mencionamos no suelen emplearse con exactitud por nuestros legisladores. Así el estatuto llamado "Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios" es, a pesar de su nombre, una ley reglamentaria y no orgánica, porque desarrolla en detalle las disposiciones contenidas en el Artículo 28, en el que no se crea ningún órgano de gobierno. Del mismo modo, la Constitución emplea, a veces - la palabra "reglamento" en lugar de "ley"; por ejemplo, señala - como facultades del Congreso la de reglamentar el modo como deben expedirse las patentes de corzo, la de reglamentar la organización y servicio del ejército y la armada y la de dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la guardia nacional (Art. 73, Frases. XIII, XIV y XV). En tales casos, y en otros más que pudieran señalarse, lo que el Congreso hace es expedir - leyes ordinarias, en ejercicio de sus respectivas facultades; leyes que no son reglamentarias, por no hacer referencia a normaciones concretas de la Constitución, ni menos aún reglamentos, - que son exclusivos del Presidente de la República y que suponen siempre una ley del Congreso.

Entre ley reglamentaria y reglamento, la diferencia es puramente formal y de rango. Aquélla es expedida por el Congreso y desarrolla un precepto de la Constitución; éste es expedido por el ejecutivo y desarrolla una ley del Congreso. Pero ambos ordenamientos se identifican en su esencia por cuanto los dos tienen su razón de ser, su medida y su justificación en relación con un ordenamiento superior, al cual hacen referencia y - están subordinados. (10)

3.- La facultad reglamentaria.

En el inciso precedente, dejamos precisada la similitud material entre acto legislativo y acto reglamentario.

Sin embargo, atendiendo a la diferencia relativa el órgano productor de cada uno de los dos tipos de normas de referencia y -- considerando también la categoría subordinada propia del reglamento, dentro de la estructura jerárquica del orden jurídico, -- procede ocuparnos por separado de la facultad reglamentaria como fuente jurídica.

El magistral expositor de la Teoría Pura del Derecho, distingue la ley del reglamento en estos conceptos: "En sentido específico, legislación significa establecimiento de -- normas jurídicas generales cualquiera que sea el órgano que lo realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de un parlamento con un monarca, o solamente este último. En las Constituciones de los Estados contemporáneos se admite de -- ordinario la posibilidad excepcional, de que ciertas normas generales o de que todas las normas generales en determinadas circunstancias, puedan ser dictadas por un órgano distinto del que en principio y corrientemente está encargado de hacerlo, esto -- es, distinto del órgano propiamente legislativo (como es el parlamento o la unión del parlamento con el jefe del Estado). A estas normas generales se les denomina reglamentos. Ordinaria -- mente, todas las autoridades administrativas están facultadas -- por la Constitución para dictar reglamentos, dentro de su respectiva esfera de acción, sobre las bases de la ley (establecida por el legislador propiamente dicho), y en vista a la realización inmediata de la misma. Estos reglamentos suelen versar

sobre puntos de procedimiento y ejecución. Los reglamentos constituyen respecto a la ley un grado inferior, y significan una -- cierta concreción de la misma, pues en ellos se continúa ulteriormente el proceso de creación del derecho". (11)

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siguiendo el sistema de otras leyes fundamentales nacionales y extranjeras, en la fracción I de su Artículo 89 estipula que "Las facultades y obligaciones del Presidente de la República) son las siguientes: I.- Promulgar y ejecutar las leyes que --- expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia". En este texto normativo, así como en el Artículo 92 de la propia Carta Magna, en el cual se -- prescribe que "todos los reglamentos, decretos y órdenes del Pre sidente ...", los tratadistas encuentran el fundamento de la facultad reglamentaria en nuestro sistema jurídico.

Históricamente, la fuente jurídica de que se trata tiene importantes antecedentes. Las diversas Leyes Fundamenta-- les que precedieron a la de 1857 establecieron con toda precisión la facultad del Jefe del Ejecutivo para expedir reglamentos. Así, se dispone en la fracción I del Artículo 171 de la Constitución - de Cadiz, en la Fracción II del Artículo 110 de la Constitución - de 1824; en la fracción I del Artículo 17 de la Cuarta Ley Cons titucional de 1836; y en la fracción IV de las Bases Orgánicas de 1843. Entre todas las normas citadas, considera la más aceptada ésta última, el Dr. Tena Ramírez, porque expresamente otorga el - Presidente de la República la facultad de expedir órdenes y emitir los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, - sujetándose a las disposiciones generales de éstas; además el pro

pio precepto, en relación a los relativos de las Constituciones de 24 y de 36, tiene la ventaja de que en la de 43 se autoriza únicamente al ejecutivo para la reglamentación de las leyes, en tanto que en las anteriores se permite indebidamente que dicho Poder reglamente directamente la Constitución; por último, a pesar de que en estricta técnica jurídica resulta evidente, Tena Ramírez estima que otra de las conveniencias de la Constitución de 43 consiste en la prohibición expresa de alterar o modificar las leyes dentro de la función reglamentaria. (12)

A pesar de la tradición en nuestro Derecho Público, en la Constitución de 1857 se omitió estipular textualmente la facultad reglamentaria. Según nuestros constitucionalistas, se desconoce el fundamento que sirvió a la Comisión del Constituyente 56-57, para cambiar las anteriores disposiciones por la fórmula que actualmente encontramos en la fracción I del Artículo 89 del Código de 1917. "Impero, "la necesidad ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia mexicana a buscar argumentos que justifiquen el ejercicio de una facultad que, como reglamentaria, es imprescindible en un regimen constitucional". (13)

Tena Ramírez se ocupa ampliamente de esta importante cuestión y llega a las siguientes conclusiones:

Partiendo del doble supuesto de que los reglamentos son indispensables para el desarrollo de las funciones públicas y de que la Constitución admite indirectamente su existencia, como se ha visto al referirnos a su Artículo 92, la interpretación encuentra en la última parte de la fracción I del Artículo 89 el fundamento de la facultad reglamentaria. Esto, a pesar de los problemas gramaticales relativos al significado

del gerundio "proveyendo" que se emplea en el texto normativo -
citado en último término.

Ahora bien, como señala el repetido tratadista,
la importancia de las facultades reglamentarias, la necesidad de
contar con ellas en un régimen constitucional, han inclinado a
la jurisprudencia a justificarlas, hasta el punto de que ya na-
die las discute. De esta suerte ha crecido fuera de la Consti-
tución, aunque sin contrariarla, una institución de derecho con-
suetudinario, que viene a llenar el vacío que inexplicablemente
dejaron los constituyentes de 5 y de 1. Hoy en día es el ----
precedente y no el texto, el que justifica en nuestro derecho -
la facultad reglamentaria.

Admitido ya que la facultad reglamentaria debe -
entenderse a la luz de la última parte de la fracción I de 89,
hay que convenir en que los reglamentos expedidos por el ejecu-
tivo tienen que referirse únicamente a leyes del Congreso de la
Unión, que son las que expresamente menciona dicha fracción. -
La facultad reglamentaria del ejecutivo no puede tener por obje-
to, en esa virtud, preceptos de la Constitución, pues la regla-
mentación de éstos incumbe a las leyes reglamentarias u orgá---
nicas de la Constitución, que por ser leyes deben ser expedidas -
por el Congreso. Tampoco puede ejercitarse la facultad regla-
mentaria independientemente de toda ley, ya que lo caracterís-
tico del reglamento es su subordinación a la ley; como excepción,
nuestra Constitución presupone en sus Artículos 10 y 21 que los
reglamentos de policía son autónomos, al mencionarlos directa--
mente, en lugar de que hubiera citado la ley, en caso de que és-
ta existiera.

Esta subordinación del reglamento a la ley, se -

debe a que el primero persigue la ejecución de la segunda, desarrollando y completando en detalle las normas contenidas en la ley. No puede, pues, el reglamento ni exceder el alcance de la ley ni tampoco contrariarla, sino que debe respetarla en su letra y en su espíritu. El reglamento es a la ley lo que la ley es a la Constitución, por cuanto la validez de aquél debe estimarse según su conformidad con la ley. El reglamento es la ley, en el punto en que ésta ingresa en la zona de lo ejecutivo; es el eslabón entre la ley y su ejecución, y vincula el mandamiento abstracto con la realidad concreta.

El reglamento, como la ley, es una disposición de carácter general y abstracto, mencionada por la fuerza pública; es pues, un acto objetivamente legislativo, que si se atribuye excepcionalmente al Poder ejecutivo es porque la exacta observancia de la ley requiere la determinación de numerosos detalles, que sólo puede conocer cabalmente el Poder que tiene a su cargo la ejecución. Además, la ley, confeccionada por un cuerpo deliberante con el propósito de que rija permanentemente, no puede acomodarse a las vicisitudes cambiantes de la práctica -- con la misma elasticidad del reglamento, que es obra de un Poder unitario que no está sujeto a la tramitación dilatada que precede a la expedición de una ley.

Por ser materialmente legislativa, la facultad reglamentaria constituye una excepción al principio de separación de Poderes. Subordinado y todo a la voluntad del legislador contenida en la ley, el reglamento no obstante es prolongación de la misma ley y participa de la naturaleza de ésta. La excepción de que hablamos se estableció por la Constitución en favor exclusivamente del Presidente de la República, nunca de -

los secretarios de Estado (que no integran el Poder ejecutivo), ni de ningún otro órgano dependiente del ejecutivo. Ni siquiera la misma ley puede delegar en nadie la facultad reglamentaria que corresponde al Presidente, pues en tal caso la ley usurparía el lugar de la Constitución al ampliar la excepción a casos no señalados en aquélla. Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia en ejecutoria pronunciada en el mes de noviembre de 1942. (14)

4.- La jurisprudencia.

Brethe de la Oressaye y Laborde-Lecoste, al principio de su análisis de esta fuente jurídica, expresan que evocando un sentido antiguo, la palabra jurisprudencia denota la ciencia práctica del Derecho, el arte de aplicar la ley; noción que nos refiere el origen etimológico del término, en el cual el elemento prudencia es preponderante, recuérdese el efecto -- que en Roma se denominó prudentes a los jurisconsultos consumados. Sin embargo, en la actualidad se encuentra en desuso la acepción de referencia, por lo menos en los países de cultura latina.

García Maynez consigna también dos acepciones del propio término, siguiendo lo expuesto por Clemente de Diego. En la primera, jurisprudencia equivale a ciencia del Derecho o teoría del orden positivo; en la segunda, designa el "conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales". Es en este segundo sentido al que se hace referencia, cuando se estudia, como fuente jurídica formal, a la jurisprudencia. (15)

Dentro de este examen terminológico, cabe agregar que en los países de cultura jurídica anglosajona, en los cuales el término jurisprudencia conserva el significado amplísimo de ciencia del Derecho, al ocuparse de las fuentes jurídicas se toma en cuenta la acción de los tribunales y su resultado, a través de la función jurisdiccional, y se califica lo que nosotros concebimos como jurisprudencia, como la costumbre de los tribunales que da origen a las normas jurídicas, constituida fundamentalmente por los precedentes. (16)

Los autores primeramente citados en este inciso, señalan también que se denomina jurisprudencia al conjunto de decisiones dictadas por determinados tribunales, sobre todas las materias de su competencia, en relación a una cuestión determinada; existiendo, por ejemplo, jurisprudencia en materias civil, comercial y administrativa; distinguiéndose además, jurisprudencia referente a instituciones como el matrimonio, la propiedad, etc. (17)

"En la práctica anormal del Derecho -escribe Felipe Clemente de Diego- llevada a cabo coactivamente por los órganos del Estado constitucionalmente ordenados el restablecimiento del Derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo, es donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del Derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera por eminentiam a la actividad de jueces y tribunales". (18) En efecto, las resoluciones

de carácter judicial representan, en la mayoría de los casos, una aplicación de numerosas normas, generales y especiales, materia-

das ante las autoridades competentes. Cuando un fallo se dicta de acuerdo con las disposiciones ya establecidas (legisladas o consuetudinarias), sólo constituye un acto de aplicación de tales preceptos y no es, por ende, fuente formal del orden positivo. Pero puede ocurrir que el juez a quien corresponde resolver el conflicto, descubra que no hay disposiciones aplicables. En esta hipótesis está obligado a recurrir a los principios generales del Derecho y a formular la norma o normas en que su decisión habrá de fundamentarse. Es decir, tendrá que llenar -- una laguna de la ley y, al hacerlo, dará a su sentencia el carácter de fuente de Derecho.

Rojina Villegas estima, en el mismo sentido, que la jurisprudencia necesariamente tiene que ser fuente constante del Derecho, en virtud de que la función de los tribunales ya no será de mera interpretación, sino de integración del orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial es incompleto, presentándose después como una plenitud hermética. De esta suerte la legislación por una parte y la jurisprudencia por la otra, vienen a constituir las dos grandes fuentes formales del Derecho. Antes de que se lleve a cabo la obra jurisprudencial, la ley es evidentemente fuente muy incompleta del ordenamiento jurídico, considerado éste como plenitud hermética, después de la misma, el sistema adquiere las características de un todo completo, pero no cerrado, ya que a través de la jurisprudencia se tendrá que ir renovando diariamente. Frente a la estructura estática que presenta el orden jurídico si sólo se toma en cuenta la legislación como fuente del derecho, tenemos un aspecto nuevo y de continuo cambio a través de la vida que lo imprime la jurisprudencia.

(19)

107

El discutible principio de la tradicional división de poderes, al que ya hemos hecho referencia al ocuparnos de la legislación, constituyó en algún tiempo un obstáculo para la plena aceptación de la jurisprudencia como fuente jurídica formal. Al efecto, si se atiende a que los Artículos 71 y 72 constitucionales reservan la función legislativa al Poder Legislativo, se sostiene que resulta antijurídico considerar a las tesis jurisprudenciales con el carácter de normas generales equiparables a las resultantes del proceso legislativo. Sin embargo, al reformarse en el año de 1950 el Artículo 107 constitucional, en su fracción XIII, puede sostenerse que en nuestro medio jurídico la jurisprudencia posee tal categoría, en los casos expresamente señalados por la ley y como una excepción al principio de división de poderes.

Al efecto, deben conocerse la referida fracción del indicado precepto constitucional y los Artículos 192 y 197 de la vigente Ley de Amparo, a los cuales se refiere el repetido texto constitucional, para determinar la fuerza obligatoria de la jurisprudencia así como los requisitos relativos a su constitución y modificación.

"Artículo 107 constitucional, fracción XIII:

Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

XIII.- La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación.

Si los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República o aquellos Tribunales, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál es la tesis que debe prevalecer.

Quando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas o el Procurador General de la República, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, quien decidirá, funcionando en Pleno, qué tesis debe observarse. Tanto en este caso como en el previsto en el párrafo anterior, la resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas.

Artículos 192 a 197 de la Ley de Amparo:

Artículo 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia en su ejecutorias de amparo, sólo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales.

Artículo 193.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno sobre interpretación de la Constitución y leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria tanto para ella como para las Salas que la componen, los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y -

Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros.

Artículo 193-Bis.- La jurisprudencia que establezcan las Salas de la Suprema Corte de Justicia sobre interpretación de la Constitución, leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para las mismas Salas y para los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distritos y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ejecutorias de las Salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro Ministros.

Artículo 194.- Podrá interrumpirse o modificarse la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno y por las Salas de la misma.

En todo caso, los Ministros podrán expresar las razones que tienen para solicitar la modificación de la jurisprudencia.

La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en con

trario, por catorce Ministros, si se trata de asuntos en Pleno, y por cuatro, si es de Sala.

Para que la modificación surta efectos de jurisprudencia, se requiere que se expresen las razones que se tuvieron para variarla, las cuales deberán referirse a las que se -- tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia que se modifica, debiendo observarse, además, los requisitos señalados -- para su institución.

Artículo 195.- Si los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República o aquéllos -- Tribunales, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál es la tesis que debe prevalecer.

Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oirse a éste, -- para que exponga su parecer por sí o por conducto del Agente -- que al efecto designare.

La resolución que en estos casos pronuncia la -- Sala constituirá tesis jurisprudencial obligatoria, pudiendo modificarse por la misma Sala.

Artículo 195-Bis.- Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas o el Procurador General de la República, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, quien

decidirá funcionando en Pleno, qué tesis debe observarse. Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oírse a éste, para que exponga su parecer por sí o por conducto del Agente que al efecto designare.

La resolución que en estos casos pronuncie el Pleno de la Suprema Corte de Justicia constituirá tesis jurisprudencial obligatoria, pudiendo modificarse por el mismo Pleno.

Tanto en este caso como en el previsto en el artículo anterior, la resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la tesis jurisprudencial y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas.

Artículo 196.- Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo, la jurisprudencia de la Corte, lo harán por escrito, expresando el sentido de aquélla y designando con precisión las ejecutorias que la sustenten.

Artículo 197.- Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros que con ellas se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla; así como aquellas que la Corte en Pleno, o las Salas, acuerden expresamente".

5.- La costumbre.

En el antiguo derecho Romano, Ulpiano advirtió que la costumbre es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso. En una acepción relativa ya a nuestra ciencia,

Gény y Du Pasquier han expresado, el primero, que la costumbre es "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo"; y, el segundo, que "la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum". (20)

De lo expuesto se desprende claramente que la -- costumbre consta de dos elementos: uno material, consistente en la repetición de un proceder o comportamiento, y el otro espiritual o subjetivo que se hace radicar en la convicción de obligatoriedad que en el ánimo popular existe en relación a la propia conducta. El primer elemento, se caracteriza por su generalidad, constancia y permanencia. Del segundo elemento, el subjetivo, se ha ocupado destacadamente Jellinek quien atribuye la fuerza obligatoria de la costumbre, tanto como la del derecho general, a la convicción de su obligatoriedad existente en los sujetos destinatarios de la norma. (21)

Por su parte, García Maynez señala que las normas jurídicas resultantes del proceso consuetudinario, revelan que el derecho integrado por la fuente de que se trata, posee dos características: Primera, está compuesto por un conjunto de reglas sociales derivados de un uso más o menos largo; y Segunda, tales reglas se transforman en Derecho positivo cuando los individuos que las practican las reconocen obligatoriedad, como si se tratara de normas creadas en un proceso legislativo. Así, el propio autor confirma que de acuerdo con la teoría Romano Canónica relativa, la costumbre tiene dos elementos, subjeti

vo uno, objetivo el otro. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por ende, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder. La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica, pues, la de que el poder público puede aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada fórmula: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*. (22)

Los autores distinguen tres clases de costumbre jurídica: la que concuerda con el Derecho, la que se opone directamente a la norma jurídica, y la que opera en forma supletoria ante la ausencia de norma formal expresa. En un aspecto técnico, pueden diferenciarse tres categorías del Derecho consuetudinario, que según Heinrich son: D. C. Delegante; D. D. Delegado; y D. C. Derogatorio. El propio autor expresa que el Derecho consuetudinario delegante se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito. En este caso, la costumbre jurídica se encuentra supraordenada a la ley. En los casos en que la norma jurídica remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias, se está ante el Derecho consuetudinario delegado; en esta hipótesis la costumbre se encuentra subordinada al derecho escrito y se la califica como costumbre jurídica secundaria. Por su necesaria dependencia, el Derecho consuetudinario delegado siempre concuerda con los preceptos del derecho escrito. Finalmente, la costumbre se desenvuel

ve en algunos casos en sentido opuesto al de la norma escrita, algunas veces tratando de justificarla con pretensiones filosóficas. (23)

Frecuentemente se estima que los términos costumbre y usos tienen el mismo significado jurídico; sin embargo, como han señalado Gény y Pugliatti existen diferencias que es necesario conocer entre ambos términos. El segundo de los autores citados escribe al efecto que: "La costumbre se distingue del uso en sentido técnico, en cuanto es fuente autónoma del derecho, -- mientras que el uso se aplica sólo porque una norma de ley hace expresa referencia a él. El uso, pues, no es por sí mismo fuente del Derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que lo de eficacia. También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, sin embargo, es menos intenso opinio necosaitatis, y -- consiste sólo en la conciencia de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra en la norma que confiere eficacia al uso". (24)

Determinados autores estiman que los usos no son sino una variedad de la costumbre jurídica. Sin embargo, entre ésta y aquéllas existen importantísimas diferencias. Gény señala al efecto que en los usos se encuentra el elemento objetivo o de la costumbre, esto es, la práctica reiterada y constante de cierta conducta; sin embargo, no puede afirmarse lo mismo del elemento subjetivo del proceso consuetudinario. Los usos, dice el propio autor, sirven para interpretar o complementar la voluntad de las partes sólo en aquella medida en que se estima que -- éstas han deseado libremente acogerse a ellas; pero nótese bien

que ésta facultad electiva es ajena totalmente a la convicción, a la idea de necesidad que concurre siempre en la auténtica costumbre jurídica; tan es así, que no pueden aplicarse los usos -- cuando las partes manifiestan una voluntad diversa. Gény define los usos, en estos términos: "Se trata de las prácticas, genera les unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos, y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes". (25)

La costumbre desempeña en nuestro sistema jurídico una función subordinada al Derecho escrito. Sólo es jurídica-- mente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. No es, por ende, fuente inmediata, sino mediata o supletoria del orden posi tivo.

El artículo 10 del Código Civil del Distrito y Te rritorios Federales establece el principio general de que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o - práctica en contrario". Dicho de otro modo: la costumbre no -- puede derogar la ley. Lógicamente, nada impide concebir la po sibilidad de que se forme una costumbre contraria a la ley y en la cual concurren los dos elementos, objetivo y subjetivo, de -- que hablamos en la sección 29; desde el punto de vista de la dog trina romano-canónica, esa práctica tendría el carácter de una -- costumbre jurídica derogatoria; desde el punto de vista legal, - en cambio, sería un hecho antijurídico.

En el Código que citamos hay varios artículos que

otorgan la costumbre y al uso el carácter de fuentes supletorias del derecho mexicano. Son los siguientes:

Artículos 996 y 997: "El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste, según su naturaleza". "Si el monte fuere tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño; acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales (legislación forestal) o a las costumbres del lugar". Creemos que en el precepto anterior se emplea la palabra costumbres no en su acepción jurídica, sino en el sentido de usos.

1796: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida, y obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

2607: "Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán (en materia de servicios profesionales) -- atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieran regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

2754:- "Las condiciones de este contrato (alude al de aparcería), se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar, salvo las siguientes excepciones" (Artículos 2756-2764).

Tanto en el artículo 2754, como en el 2607, la palabra costumbre se emplea en el sentido de uso.

En Derecho del Trabajo, la costumbre desempeña el papel de fuente supletoria general, en todos los casos no previstos por la Ley Federal del Trabajo o sus reglamentos. Así lo dispone el artículo 16 de la misma: "Los casos no previstos en la presente ley, o sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su defecto, por los principios que se deriven de esta ley, por los del derecho común en cuanto no la contraríen y por la equidad".

A los usos se refieren los artículos 33 y 197, -- fracción III, del mismo ordenamiento.

Artículo 33: "El contrato de trabajo obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

Artículo 197: "Son obligaciones especiales del patrón en el trabajo del campo, las siguientes:

III.- Proporcionar gratuitamente a cada peón acasillado para siembra propia, en las fincas que tengan más de cincuenta hectáreas de cultivo agrícola, terreno cuya extensión se determinará, a falta de convenio expreso, en relación con la extensión de la finca, clase de tierra laborable y número de peones, según la costumbre del lugar. En ese terreno los peones acasillados podrán emplear los animales, aperos y demás instrumentos de labranza del patrón, sin perjuicio de las labores de la finca".

A los usos bancarios y mercantiles alude la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 2º. Este --

precepto dice así: "los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior (es decir, los relativos a los títulos de crédito) se rigen:

"I.- Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;

"II.- Por la legislación mercantil en general; en su defecto;

"III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos;

"IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal".

Por último, en nuestro Derecho penal no juega la -- costumbre papel alguno, pues tal materia se halla dominada por -- el principio no hay delito sin ley; no hay pena sin ley. " En los juicios del orden criminal --dice la Constitución en su ar--- tículo 14-- queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

6.- Las fuentes jurídicas, privadas y públicas, de normas individualizadas: la relativa autonomía de los particulares, la función jurisdiccional y la función administrativa.

En Teoría General del Derecho, sabemos que el orden jurídico se integra por normas de carácter general, como la ley, el reglamento, etc., y por normas de carácter individual o normas individualizadas. Estas, incuestionablemente se despren

den de las primeras, mediante los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. En los anteriores incisos de este capítulo hemos revisado las principales fuentes jurídicas de las normas generales; en las líneas siguientes nos ocupamos de las formas de producción, de los procesos formales que dan origen a la segunda clase de normas de la clasificación de referencia.

Esta categoría de fuentes jurídicas es frecuentemente soslayada, especialmente por quienes dedicándose fundamentalmente al Derecho privado, merced a las injustificadas duplicidades del programa de estudios de nuestra Facultad de Derecho, - se ocupan en obras de Derecho Civil del tema. Rojina Villegas, por ejemplo, en la exposición relativa de su primer volumen de la obra "Compendio de Derecho Civil", omite su tratamiento y llega al extremo, al referirse a la jurisprudencia, de afirmar que ésta... "no es fuente de derecho cuando simplemente interpreta y aplica la ley a través del silogismo jurídico, si el texto de la misma es absolutamente claro. En este caso, la labor de los -- tribunales en rigor no aporta ningún elemento nuevo al ordenamiento jurídico". (26)

El autor de referencia, no se refiere al término jurisprudencia en la acepción que hemos analizado al estudiarla como fuente de normas generales, dentro del Derecho mexicano; -- sino que, a nuestro juicio confusamente, equinara función jurisdiccional o jurisdicción, con jurisprudencia. Por ello, debemos precisar la necesaria distinción entre el conjunto sistematizado de las decisiones de los tribunales que en determinados casos adquiere carácter de norma general, y la actividad propia de los -- órganos jurisdiccionales. Esta, pensemos, constituye una auténtica fuente jurídica ya sea en el ámbito propiamente judicial o

en el administrativo, cuando en éste se determina acerca de situaciones jurídicas o se resuelven controversias.

Por otra parte, en el orden de exposición de las fuentes a que se refiere este inciso seguimos el sistema de Brethe de la Gressayo y Laborde-Lacoste, quienes explican primeramente lo relativo a la llamada autonomía de la voluntad de los particulares, para seguir con el examen de las actividades judicial y administrativa. Sin embargo, antes de pasar directamente al estudio separado de cada una de las expresadas fuentes, conviene insistir en alguno de los conceptos que hemos apuntado al relacionar la unidad sistemática y la graduación jerárquica-propias del orden jurídico, con referencia a sus fuentes.

Siguiendo la enseñanza de la Teoría Pura del Derecho, es aceptado que "Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas". Kelsen agrega: "La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación". En suma, el propio autor afirma certeramente que en un amplio sentido... "hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos". De tal manera que el fallo

de un tribunal es para una de las partes en el proceso, la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. (27)

Asimismo, el análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico demuestra que la pretendida oposición entre creación del Derecho y su ejecución o aplicación, carece del carácter absoluto y de la importancia que se le atribuye tradicionalmente; porque la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho, puesto que aplican una norma de grado superior y crean una norma de grado inferior. Hans Kelsen observa que la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de Derecho, aplica la que el propio autor denomina norma fundamental, en sentido lógico jurídico; a su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes. Así, únicamente los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del Derecho. Por otro lado, al suponer la norma fundamental no se realiza una aplicación de otra norma superior a ella. Ahora bien, señala el propio autor, entre los dos casos límites de referencia, todos los actos jurídicos tienen simultáneamente la función de crear y de aplicar normas jurídicas. Por tanto, el acto jurídico de Derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, como equivocadamente afirman teorías jusprivatistas, así como la ley no es solamente un acto creador de Derecho. (28)

Justificada en las líneas anteriores, la categoría de fuente jurídica de las tres clases que se estudian en este inciso, corresponde analizar separadamente cada una de ellas. En-

contramos, en primer término, los actos jurídicos individuales de Derecho privado, entre los cuales destacan fundamentalmente los dos siguientes:

El Testamento: acto unilateral por el cual un individuo regula exclusivamente por sí mismo, la situación de su patrimonio en el período de tiempo que seguirá a su muerte.

El Contrato: acto bilateral por el cual dos o más personas convienen en crear entre ellas vínculos obligatorios, en cuya virtud uno de ellos, el deudor u obligado, debe realizar o hacer determinada cosa frente al otro, el acreedor.

En ambas situaciones jurídicas, el acto individual es fuente de Derecho, porque regula vínculos sociales de una manera obligatoria, a semejanza de la ley. También puede observarse que en un sentido material, la voluntad de los particulares o la llamada autonomía de la voluntad constituye en los dos actos jurídicos de referencia el origen o la fuente real; sin embargo, desde un punto de vista formal cabe afirmar que en estas hipótesis - la fuente jurídica se encuentra en el acto individual creador de derechos y obligaciones, siguiendo en esta opinión lo que al efecto indican Brethe de la Gressaye y Laborde-Lacoste. Es decir -- que sin negar que la voluntad humana constituye -como afirma Del Vecchio- la fuente primaria de todo Derecho o aceptando también que la voluntad del Estado tiene el propio carácter, el acto jurídico individual de Derecho privado tiene, en nuestra opinión, el carácter de fuente jurídica de la manera y en la medida en que un determinado sistema de Derecho positivo le atribuye la propia categoría; por ello, estudiamos esta fuente atendiendo especialmente a su expresión formal. (29)

El acto jurídico individual es pues creador de reglas de Derecho, solamente que a diferencia de las derivadas de la ley, estas reglas no son generales, abstractas y permanentes, sino que tienen la peculiaridad de ser especiales, particulares, concretas e individuales y su aplicación se reduce, salvo determinados casos, a las mismas partes que han intervenido en la integración de la norma jurídica individual, originada en el poder creador de los particulares. El Derecho así creado, se encuentra condicionado por dos fenómenos: la regla de la relatividad de sus efectos y la autonomía de la voluntad de los particulares. Así, el testador no puede disponer más que sobre los límites de su patrimonio y esto dentro de las condiciones específicas del Derecho sucesorio relativo. Los contratantes, por su parte, no pueden imponer obligaciones a terceros ajenos a la convención; su poder jurídico se limita a la creación de obligaciones entre las partes, pero estrictamente entre éstas. (30)

El contrato constituye la aplicación de las reglas generales de la ley en las relaciones entre particulares, pero puede llegar a la creación de obligaciones no previstas pero permitidas por la norma general, en función de las condiciones particulares del acto jurídico y puede también sustituir y derogar determinadas reglas generales que no tienen el carácter imperativo, creando así normas individuales diversas de las reglas generales de la ley. Esta da origen a una situación jurídica abstracta, por ejemplo la de propietario, heredero, etc.; esta condición jurídica se encuentra prevista en las disposiciones de la ley de una manera uniforme para todos. En contraste, el acto jurídico individual constituye la fuente de una situa--

ción jurídica concreta, personas, como la del legatario X, la del acreedor Y, la del deudor Z, que es precisa y especial entre los interesados, y constituye además una singularidad determinada por la medida y forma que la voluntad de las partes han impuesto al acto creador. En efecto, son las partes que en función del poder jurídico creador de que disfrutan o si se quiere con fundamento en la autonomía de la voluntad de los particulares, las que crean en el acto jurídico individual su propio Derecho, pero siempre en la medida en que éste no se opone al orden público ni rompe los demás límites establecidos por el orden jurídico.

La potestad creadora de normas jurídicas individuales concedida a los particulares, plantea el problema de la tradicionalmente llamada autonomía de la voluntad. Esta, como es evidente, nunca ha existido en términos absolutos en orden jurídico alguno; sin embargo, la influencia del pensamiento individualista y liberal llegó a crear un verdadero mito en este asunto, en los sistemas jurídicos de los siglos XVIII, XIX y en las primeras décadas del presente. Ahora bien, las grandes presiones sociales de nuestra época y la conciencia de la necesidad de una creciente intervención estatal especialmente en la regulación de la economía, así como las crisis de post-guerra recientes han determinado un progresivo abandono de la posición extrema del individualismo. No obstante, el poder jurídico de la persona individual conserva y debe conservar, a nuestro juicio, determinados límites que son propios e irrenunciables, por necesidad, de la categoría y dignidad de la persona humana. La cuestión está en la necesaria conciliación de los intereses sociales e individuales que en cada orden jurídico obedecen a si-

tuaciones históricas y a consideraciones políticas determinadas. De ello depende también la función que como fuente jurídica se reconoce, con mayor o menor amplitud, al poder de los particulares para crear normas individualizadas. (31)

Brethe de la Gressaye y Laborde-Lacoste inquieren por el fundamento de la libertad de los individuos para darse a sí mismos determinadas reglas jurídicas, en lugar de recibirlas de una autoridad superior, en forma directa. Recordemos primeramente que la norma general requiere en su funcionamiento en la vida práctica, de un determinado proceso de interpretación y aplicación que no solamente es realizado por los órganos administrativos o jurisdiccionales. Frecuentemente, son los particulares exclusiva y directamente quienes realizan actos jurídicos en que se concretan las disposiciones generales de la ley, creándose así, como se ha dicho, la norma individualizada y esto tiene lugar porque el orden jurídico deja necesariamente un margen de libertad merced al cual se llega al derecho del caso concreto, a la regulación de los intereses de las partes que intervienen en el acto jurídico individual. Por ejemplo, el propietario tiene incuestionablemente el derecho de disponer de sus bienes, mediante la compraventa, la donación o el testamento; con ello, en principio, no lesiona interés jurídico alguno. Sin embargo, tal poder jurídico no es absoluto, puesto que la disposición de los bienes correspondientes a los particulares interesa en una cierta medida a la sociedad. Así, los autores de referencia consignan las restricciones que en este campo se han venido imponiendo en el Derecho sucesorio, por ejemplo, y en otras importantes materias como las operaciones con inmuebles y el contrato de trabajo, de conformidad con una evolución pro-

gresiva, social y humanista de los conceptos de bien común y de orden público. (32)

"La iuris-dictio o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos -- términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el Derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción". Así, para el autor de la Teoría Pura del Derecho la actividad de los órganos jurisdiccionales constituye una importante fuente jurídica y esto es claro, en virtud de que la relación entre el hecho -- ilícito y la sanción no es establecida por la norma general de la ley, más que de una manera abstracta; para individualizar y concretar el propio vínculo, se requiere un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituye una -- nueva etapa en el proceso creativo del orden jurídico. En --- otras palabras, la norma general que define de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, solo adquiere su verdadero sentido, afirma Hans Kelsen, después de haber sido individualizada. En suma, el Derecho positivo no está compuesto exclusivamente por normas generales y no se reduce a las normas abstractas de la ley; en consecuencia, pueden diferenciarse las fuentes jurídicas relativas a las normas generales o individualizadas. (33)

En efecto, independientemente de que los órganos

jurisdiccionales se limiten a interpretar y aplicar estrictamente la ley o, cuando el orden jurídico así lo prevee, contribuyan en sus decisiones a llenar los vacíos de las llamadas lagunas -- de la ley, la función jurisdiccional constituye una fuente jurídica que se caracteriza por la producción de normas individuales.

En el inciso número dos del presente capítulo nos ocupamos de la potestad reglamentaria de la administración pública; en nuestro medio jurídico concretamente de la facultad que -- corresponde al Presidente Constitucional de los Estados Unidos -- Mexicanos para elaborar normas de carácter general y abstracto; quedó anotado ya que esta función constituye una excepción técnica al tradicional principio de la división de poderes. Ahora bien, además de dicha fuente jurídica, en la administración pública se encuentra otra forma de producción del Derecho que conforme a la naturaleza del llamado Poder Ejecutivo, se traduce en la elaboración de normas individualizadas. A semejanza de lo -- realizado por la función jurisdiccional, la administración pública tiene también como tarea primordial individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad -- escribe Hans ---- Kelsen-- desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. Así, no podría encontrarse una diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad -- de la circulación.

Sin embargo, la estructura de los órganos jurisdiccionales y de los administrativos no es la misma. Por razones históricas, los tribunales han logrado una relativa independencia en relación de los poderes centrales del Estado, situación de la que carecen los órganos y autoridades administrativos. Asimismo, si la jurisdicción tiende a la realización de los fines estatales de manera mediata o indirecta, ésto no ocurre en el funcionamiento de los órganos administrativos. Al efecto, el autor de la Teoría Pura del Derecho cita a manera de ejemplo que los órganos ejecutivos del Estado pueden encontrarse obligados jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata -- una determinada situación social, mediante la construcción de ciertas obras públicas, la organización de servicios de comunicaciones o la prestación de tareas asistenciales. Esta función directa de la administración pública es esencialmente diversa de la jurisdicción y también de las funciones jurisdiccionales que en determinados casos realizan los órganos de la propia administración. Conviene pues distinguir técnicamente no sólo -- función jurisdiccional de función administrativa, en un sentido general, sino diversificar dentro de ésta última la actividad jurisdiccional de la estrictamente ejecutiva que Hans Kelsen denomina administración directa. (34)

7.- Fuentes reales o materiales que de manera indirecta contribuyen a la integración del orden jurídico: los fenómenos políticos y socioeconómicos y la doctrina.

De la exposición general de este trabajo puede -- desprenderse que en términos muy amplios las fuentes jurídicas --

pueden dividirse en formales y materiales o reales. Por las primeras quedó anotado que entendemos el conjunto de procedimientos o procesos, previamente establecidos, mediante los cuales se integran las normas generales y particulares que constituyen un orden jurídico. Al referirnos ahora a las fuentes materiales o reales, nos ocupamos del conjunto de fenómenos y circunstancias históricas, políticas, socioeconómicas, filosóficas y religiosas que dan origen, en ocasiones determinan, el contenido y el sentido de las normas abstractas o individualizadas que integran cierto orden jurídico, y que llegan inclusive a producir la transformación, reforma o sustitución total de un sistema jurídico determinado.

Nos hemos apartado pues de la consideración lógica y formal del Derecho, del estudio específico de las normas de carácter positivo que integran en un momento dado un sistema jurídico, para entrar en un terreno estimativo con objeto de encontrar las causas o fuentes mencionadas en la última parte del párrafo anterior, en las cuales se gesta el Derecho positivo. Claro está que esta posición nos apartaría de los precisos límites formales de la doctrina Kelseniana, la que por definición se ocupa categórica y exclusivamente del Derecho positivo; pero no hay que olvidar que la Teoría Pura del Derecho en ningún caso niega la legitimidad de otras disciplinas que como la Filosofía y Sociología jurídicas se ocupan del por qué y para qué del Derecho y de la vinculación de éste con los diversos fenómenos sociales. Por nuestra parte, además, estimamos que una concepción general de las fuentes jurídicas no podría limitarse al campo estrictamente formal de las normas positivas, del Derecho creado, del Derecho existente en una apreciación dinámica de és

te; creemos que se requiere además una indagación científica que comprenda las fuentes materiales que de manera indirecta influyen en la gestación y transformación del Derecho positivo.

Históricamente, los procesos revolucionarios han constituido que importante fuente jurídica material. Piénsese, por ejemplo, en la Revolución Inglesa y en la Revolución de Independencia que dió origen a la Constitución de los Estados Unidos de Norte América; también puede citarse la Revolución Francesa que inició una considerable transformación jurídica que -- llegó a rebasar los límites nacionales en que tuvo lugar dicho movimiento, a través de sus dos más importantes expresiones en el Derecho positivo: la declaración de los derechos del hombre y el Código de Napoleón. En México, prácticamente todas las -- leyes fundamentales han sido precedidas de procesos revolucionarios: las Revoluciones de Independencia, Ayutla y de 1910 constituyen una evidente demostración, con las correspondientes Congtituciones de 1814, 1824, 1857 y 1917. Tales leyes fundamentales han sido producto de movimientos mas o menos largos en el -- tiempo que originados en determinadas circunstancias políticas y socioeconómicas llevaron una plataforma ideológica, más o menos integrada, mas o menos precisa, a la constitución de las respectivas normas fundamentales. (35)

Por otra parte, la consideración del proceso revolucionario como fuente jurídica material e indirecta que de hecho constituye el antecedente de la integración de un determinado Poder Constituyente, no implica la negación o el desconoci--- miento de la Teoría de la norma básica en sentido lógico formal que expone la doctrina Kelseniana. Se trata simplemente de ----

dos campos de apreciación de carácter diverso; en el terreno formal, abstracto, es perfectamente lícito afirmar la existencia de un principio común de validez del orden jurídico que puede expresarse sumariamente en la fórmula: "será Derecho lo que el Poder Constituyente establezca con este carácter". Pero desde un punto de vista diverso, histórico y sociológico, esto es, material, puede también indagarse por el origen concreto de un determinado orden jurídico. Ahora bien, no existe contradicción u oposición entre las dos posturas científicas de referencia, sino que, por el contrario, desde ambos puntos de vista es como puede complementarse una teoría integral de las fuentes jurídicas que comprenda el Derecho todo, el Derecho positivo, el Derecho en gestación y transformación y el Derecho del futuro. (36)

Conformes pues con la amplísima concepción que en el párrafo precedente se expone, conviene ocuparnos enseguida de otro de los fenómenos sociales que influyen en el Derecho: la Doctrina. Por ésta se entiende, en términos generales, al producto cultural de la actividad científica de quienes se dedican a la enseñanza, a la función judicial y al ejercicio profesional. Se trata pues evidentemente de una fuente material que influye de manera indirecta en la integración del orden jurídico; empero, en determinadas épocas en que se ha considerado que una cultura jurídica dentro de un proceso general de desarrollo ha logrado un notorio estado de madurez, el legislador ha concedido a la doctrina, concretamente a las opiniones de determinados juristas autorizados, el valor de una fuente jurídica formal que puede dar origen a normas generales o individualizadas. Tal ha sido el caso del Derecho Romano.

En épocas modernas, sin embargo, la creciente im-

portancia que ya hemos señalado al referirnos al proceso legislativo como fuente jurídica, con la consiguiente sistematización y seguridad dentro del Derecho, conlleva también una diversa -- función de la doctrina en la integración de aquél. No es que -- las tareas científicas de los estudiosos que dedican su atención a la ciencia jurídica vayan perdiendo importancia en nuestros -- tiempos, si se estableciera una comparación con el florecimiento jurídico de Roma; por el contrario, se trata, a nuestro juicio, de un necesario reajuste en la consideración de la categoría de la fuente jurídica de que se trata, determinando a ésta, precisa y exclusivamente como un elemento que puede contribuir y que de hecho contribuye, aunque no de manera directa, repetimos, en la elaboración de normas generales o de normas individualizadas. No se trata ya precisamente de la verdadera función jurisdiccional que ciertos juristas romanos desarrollaban por concesión -- expresa de la ley, al resolver en sus response prudentium determinados casos concretos o consultas que les eran planteados. -- Estamos ante una progresiva integración de un moderno pensamiento jurídico universal que por lo menos en determinadas cuestiones ha logrado integrar criterios generales; así, los hombres -- que en diversas latitudes se dedican al estudio, a la crítica, a la difusión y enseñanza del Derecho, incluyen en una cierta -- forma en la integración de las normas que constituyen no sólo -- sus correspondientes sistemas jurídicos nacionales, sino que -- sus postulados y sus aportaciones frecuentemente trascienden -- los límites patrios para contribuir en lo que los afecta al Derecho comparado denominan conciencia jurídica de los pueblos civilizados.

A diferencia de lo que ocurre con una fuente que

habremos de tratar por separado: los principios generales del Derecho, la doctrina no se encuentra reconocida por el Derecho positivo mexicano como fuente supletoria. Para algunos podría parecer que existe identidad entre ambas categorías; sin embargo, por nuestra parte creemos necesario distinguir en un plano de mayor amplitud a la doctrina, de la cual, posiblemente, puede afirmarse que son resultado los llamados principios generales del Derecho. No obstante, el reducido y relativamente determinable sector de la doctrina que en nuestro concepto constituye los principios generales del Derecho, como habremos de explicar en líneas posteriores, a diferencia del fenómeno cultural que la da origen, en determinados órdenes jurídicos posee el carácter de fuente formal.

Desde luego que no es fácil precisar la importancia que en nuestros actuales medios jurídicos ha logrado la fuente jurídica de que aquí se trata; sin embargo, no puede ni debe soslayarse su importancia, en nuestra opinión creciente, que influye conciente o inconcientemente sobre todas las fuentes jurídicas de carácter formal. En efecto, no podría pensarse en una función legislativa en la que se prescindiera de la información y de la orientación de la doctrina; no podría afirmarse la posibilidad de realizar la interpretación y aplicación jurídicas que corresponde a los órganos jurisdiccionales y administrativos con un completo apartamiento o en una positiva ignorancia de las enseñanzas de la doctrina contemporánea. Así, la creación de normas jurídicas que tiene lugar en los procesos legislativo, jurisdiccional y administrativo se encuentra, cada día más, informada, estimulada por las tareas científicas que tienen lugar en el pla

este sentido pueden citarse, como ejemplo, las constantes aportaciones que en nuestro sistema jurídico son recibidas de los juristas que se dedican a las materias civil, penal, constitucional y laboral. (37)

Para Brethe y Laborde, pueden definirse la doctrina como el conjunto de las opiniones emitidas acerca del Derecho por las personas que se dedican a su estudio, por los jurisconsultos y juristas. Esta idea comprende también la actividad de los profesores, abogados consultores, postulantes o especializados, jueces o magistrados, así como la de autores de tesis o de monografías que estudian y explican al Derecho en sus diversas acepciones, aportando sus opiniones sobre la interpretación de una ley, o en relación a la justicia o injusticia de una norma general o de una decisión judicial, etc., exponiendo sus puntos de vista en forma preferentemente escrita.

Pero: ¿Cuál es la autoridad de la doctrina? Preguntan los autores de referencia y concluyen que ésta tiene un valor puramente moral, porque la doctrina, a diferencia de la función jurisdiccional, carece del poder de "decir el Derecho" y de aplicarlo en la decisión de un determinado litigio. No obstante, las opiniones de la doctrina pueden influenciar al legislador y muy especialmente a los jueces, pero éstos no se encuentran necesariamente vinculados por la interpretación doctrinal. A pesar de esto, las funciones de la propia fuente jurídica son considerables, tomando en cuenta lo que al efecto expresan los referidos autores.

Por una parte, en la doctrina tiene lugar una obra de análisis, en la que se comentan las leyes, buscando su senti-

do y tratando de determinar las condiciones relativas a su aplicación, ocupándose también de prever las posibles dificultades relativas y de realizar juicios de carácter estimativo y crítico en función de los ideales jurídicos.

Además, la propia tarea científica intenta con jugar y frecuentemente lo logra, los principios abstractos de la ley y las realizaciones concretas de la función jurisdiccional. Para ello, se examinan la generalidad de las normas positivas - que integran el orden jurídico y se confrontan unas con otras, buscando, asimismo, esclarecer las posibles contradicciones y - las necesarias reformas legislativas. Con la misma finalidad general, la doctrina realiza parecidas operaciones espirituales aplicadas a las decisiones de los órganos jurisdiccionales, comparando y seleccionando los diversos criterios, con miras también a integrar un sistema con referencia a las normas generales de la legislación.

8.- Los principios generales del Derecho como fuente mixta: formal y material, del sistema jurídico de los Estados Unidos Mexicanos.

Según Rafael de Pina, en relación a nuestro Derecho los principios generales pueden ser considerados desde tres puntos de vista: el legislativo, el de la doctrina y el de la jurisprudencia.

Los principios generales del Derecho se encuentran reconocidos como parte del Derecho positivo mexicano, La Constitución Federal (Art. 14) establece que en los juicios del

Orden civil "la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho". De acuerdo con el artículo 19 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales "las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverá conforme a los principios generales del Derecho".

El Código de Comercio (15 de septiembre de 1889) se refiere también expresamente a los principios generales del Derecho cuando dispone (Art. 1324) que "toda sentencia debe ser fundada en la ley y si ni por el sentido racional y ni por el espíritu de ésta se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales del Derecho, tomando en consideración las circunstancias del caso".

La Ley Federal del Trabajo (18 de agosto de 1931) dispone que los casos no previstos en ella o su Reglamentos se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su defecto, por los principios que se deriven de la misma, por los del Derecho común, en cuanto no la contraríen, y por la equidad (Art. 16).

Tanto la orientación positivista como la filosófica en relación con la significación que deba atribuirse a la frase "principios generales del Derecho", han tenido partidarios en México.

La orientación positivista se encuentra representada, entre otros autores, por Isidro Montiel y Duarte (Tratado

de las leyes y su aplicación, págs. 176-177. Año 1877); Silvestre Moreno Cora (De la ley Civil, su formación, sus efectos y su aplicación, Págs. 54-55. México, 1906); Aurelio Campillo -- (Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Págs. 348; dos volúmenes, Jalapa, 1928); Eduardo Pallares (Curso de Derecho Procesal Civil, t. I, Págs. 16, México, 1942. Edic. mimeográfica), y Roberto Esteva Ruiz (Las reglas de interpretación e integración en el Derecho mexicano, en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". México, D. F., t. IX, julio-diciembre de 1947, números 35 y 36, págs. 73-133.)

Montiel y Duarte (38) escribió en defensa de --- su tesis lo siguiente: ". . . los principios generales del Derecho que el artículo 20 del Código Civil (para el Distrito Federal y la Baja California) hace de aplicación obligatoria, cuando falta ley que por su letra o por su espíritu sea aplicable para la decisión de una controversia judicial, no pueden ser los que se fundan en la tradición de los Tribunales, que en último análisis no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen hoy fuerza de ley, según los artículos 8 y 9 del Código Civil y el 14 de la Constitución. Tampoco pueden ser los inventados por los jurisconsultos a falta de ley especial, o de ley comprensiva por la generalidad del principio en que está fundada, supuesto que no hay entre nosotros autores - cuya opinión tenga fuerza de ley. Ni pueden ser, por último, los que haya escogido la inventiva de la conciencia privada del juez, supuesto que en la índole de las instituciones fundamentales que nos rigen, la libertad natural debe hasta cierto punto hacer sacrificios a la ley, pero nunca a la voluntad ni a la - opinión del gobernante que no hable a nombre de aquélla. Sien

de esto así, es evidente que el artículo mencionado no ha podido hablar de los principios en que esté fundada una ley extranjera, supuesto que las mismas leyes de este género no tienen aplicación en nuestro foro sino en pocos y determinados casos".

En opinión de Montiel y Duarte "por principios generales del Derecho debemos entender aquéllos que estén consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código, sino también las anteriores; de modo que para buscar los principios generales del derecho de una justa y legal aplicación, según los términos del artículo 20 de nuestro Código y 14 de la Constitución, existe el anchísimo campo de la legislación mexicana que nació en -- nuestra Independencia; y el más amplio todavía de la legislación española que comenzó en el Fuero Juzgo".

Refiriéndose a la aplicación supletoria de los -- principios generales del Derecho, el constitucionalista Aurelio Campillo escribe: "Sólo cuando se demuestre que una regla de Derecho es exactamente aplicable al sistema de legislación vigente, porque respecto a ella es un resumen o compendio del espíritu de varios preceptos relativos a una materia; sólo cuando esa regla sea como la condenación, la fórmula abreviada de la razón filosófica de un grupo de leyes, de manera que el legislador la hubiere dictado si hubiese podido resumir su pensamiento en esa -- fórmula y prever las excepciones que debía tener, sólo entonces será lícito aplicarla para interpretar las leyes y suplir sus -- omisiones. Para llenar los vacíos de las leyes, el único arbitrio legítimo es consultar, no las abstracciones metafísicas llamadas Derecho natural, ni, con ligereza e indiscreción, las doc-

trinas de los autores basadas en legislaciones extrañas y antiguas, ni menos remotas analogías de leyes que tienen propósitos diversos, sino el principio de identidad en razón entendido del modo siguiente: las leyes vigentes siempre parten de un principio dominante en cada uno de los ramos del Derecho que se ocupan de reglamentar y la ciencia del jurista consiste en remontarse a ese principio y apoderarse de él, ya sea sorprendiéndolo en la ley que lo formula expresamente, ya sea deduciéndolo o extrayéndolo por medio de una rigurosa generalización, de la multitud de preceptos bajo los cuales se halla latente y como oculto e implícito". (39)

Para Esteva Ruiz "los principios generales del Derecho no pueden ser otros que aquellos que, por inducción, -- desprendemos de las leyes mismas, la cuales representarían aplicaciones concretas de una norma básica general, o si se quiere, abstracta con relación a aquellas otras, en el sentido que dice Edmundo Husserl, al denominar abstracta a toda "esencial independiente", y decir que es "concreta" la que de modo absoluto "se sostiene por sí misma" como independiente. (40)

La orientación filosófica representada por Verdugo y Couto y, más recientemente por García Maynez y Virgilio Dominguez, se encuentra hasta ahora en minoría, sin que ello represente nada en relación con el valor científico que a ella -- pueda atribuírsele.

Verdugo escribe que los principios generales del Derecho son "el conjunto de reglas más universalmente aceptadas por la jurisprudencia, las opiniones de los antiguos y modernos jurisconsultos, que han merecido por su verdad y exactitud la -

calificación de "razón escrita". (41)

García Maynez entiende que cuando se hace referencia a los principios generales del Derecho se invoca a los del -- derecho justo o natural, sosteniendo que Del Vecchio ha demostrado que ésta es la única teoría correcta. (42)

Virgilio Domínguez se adhiere también a la tesis de Del Vecchio. "A nuestro juicio -escribe-, la tesis de Del -- Vecchio sobre los principios generales del Derecho es la verdadera. La validez del derecho no puede descansar sino en la obligatoriedad que le reconoce el Estado o en la justicia intrínseca de su contenido. El primer paso es el del Derecho vigente, en tanto que el segundo es el del Derecho justo. Si, pues, existe una laguna de la ley, y por hipótesis no existe Derecho vigente respecto de ella, la única justificación que puede tener la norma, que el Juez elabore, consiste en ser una realización de la justicia. Y esta labor no puede realizarla por medio de la inducción de las normas particulares, del Derecho romano, de los principios de la ciencia jurídica, sino sólo acudiendo a criterios principalmente filosóficos". (43)

El criterio de la Suprema Corte de Justicia aparece fuertemente influido por Montiel y Duarte en la sentencia de 25 de agosto de 1928, recaída en el juicio de amparo promovido por la sucesión de don José Valverde (Semanao Judicial de la Federación, t. XIII, págs. 995).

En otra sentencia de fecha posterior -11 de febrero de 1935- (Semanao Judicial de la Federación, t. XLIII, pág. 858) se reproduce la misma doctrina y se declara -siguiendo a - Montiel y Duarte-, que debe entenderse por principios generales

del Derecho "no la tradición de los tribunales", "ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos", "ni la doctrina que haya escogido la inventiva de la ciencia privada de un juez", sino los principios consignados en las leyes mexicanas - después del Código Fundamental, y también en las anteriores.

La, por ahora, más reciente sentencia en la que la Suprema Corte ha tenido que abordar el problema de los principios generales del Derecho es la de 15 de marzo de 1938 (Semana Judicial de la Federación, t. LV, pág. 2641) dictada en el amparo promovido por doña Catalina Meza de Díaz contra la --sentencia dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en la que ésta aceptó como principios de Derecho opiniones de Planiol y Ferrara alegadas como tales en la demanda inicial del pleito interpuesto contra ella ante el Juez Cuarto Civil de la ciudad de Veracruz, y en la apelación de referencia.

La quejosa, entre otros agravios, propuso el de inexacta aplicación de los principios generales del Derecho al caso debatido, por entender que las opiniones de los autores, - por prestigiosos que fueren, no tenían el carácter que el demandante les atribuía. La Suprema Corte estimó fundado este agravio -y otros que no interesan al tema que tratamos-, expresándose en los términos siguientes:

"El artículo 14 de la Constitución Federal elevó a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del Código Civil de 1884, y 1324 del Código de Comercio, en el sentido de que cuando no haya ley en qué fundarse para decir una controversia, la resolución de éste debe fun-

darse en los "principios generales de Derecho", y la Constitución limitada la aplicación de estos "principios", como garantía individual, a las sentencias definitivas, en tanto que la legislación común, así como las de diversos Estados de la República, y el Artículo 19 del Código Civil, actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los "principios generales del Derecho" como fuente supletoria de la ley para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario, es decir, dejar sin solución esas contiendas judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciador y monstruoso para el orden social, que no puede existir sin tener como base la justicia garantizada por el Estado, y por ello es que la Constitución Federal, en su artículo 17, establece como garantía individual, la de que los Tribunales están expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y los Códigos procesales civiles; en consecuencia con este mandato constitucional, preceptúan que los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; pero las legislaciones de todos los países, al invocar los "principios generales del Derecho" como fuente supletoria de la ley, no señalan cuáles sean dichos principios, qué característica deben tener para ser considerados como tales, ni qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que debe entenderse por "principios generales del Derecho", siempre ha pre

sentado serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de Derecho civil hayan dedicado su atención al estudio del problema, tratando de definir e apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales principios. Los tratadistas más destacados del Derecho civil, en su mayoría, admiten que los principios generales del Derecho "deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir "principios generales del Derecho", las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra".

La Sala se inclina en este caso a la concención filosófica de los principios generales del Derecho, rectificando su posición anterior.

Notas bibliográficas del Capítulo Cuarto

- 1.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Capítulo V, Pág. 53.
- 2.- Brethe de la Gressaye, Jean y Marcel Laborde-Lacoste: Introduction Generale a - L'étude du Droit, Pág. 197. Smith, Juan Carlos: Artículo en Enciclopedia Omeba, Tomo XI, Pág. 755.
- 3.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Págs. 56 y 57.
- 4.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Págs. 59, 60 y 61.
- 5.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Pág. 61
- 6.- Rojina Villegas, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Vol. I, Pág. 41.
- 7.- García, Trinidad: Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Pág. 71.
- 8.- Jéze, Gastón: Los Principios Generales - del Derecho Administrativo, Pág. 49.

- 9.- Tena Ramírez, Felipe: Derecho Constitucio
nal Mexicano, Págs. 287, 301 y 302
- 10.- Tena Ramírez, Felipe: Derecho Constitucio
nal Mexicano, Págs. 305 y 306.
- 11.- Kelsen, Hans: Compendio de Teoría General
del Estado, Págs. 193 y 194.
- 12.- Tena Ramírez, Felipe: Derecho Constitucio-
nal Mexicano, Pág. 430.
- 13.- Tena Ramírez, Felipe: Derecho Constitucio
nal Mexicano, Pág. 431.
- 14.- Tena Ramírez, Felipe: Obra Citada, Págs.
432, 433 y 434.
- 15.- García Maynez, Eduardo: Introducción al
Estudio del Derecho, Págs. 68 y 69.
- 16.- Wortley, B. A.: Jurisprudence, Págs. 29,
65, 68, 75 y sigs.
- 17.- Brethe de la Gressaye, Jean y Marcel La-
borde-Lacoste: Introduction Générale a -
L'étude Du Droit, Págs. 253 y sigs.
- 18.- Clemente de Diego, Felipe: La Jurispruden
cia como Fuente del Derecho, Págs. 57 y
sigs.

- 19.- Rojina Villegas, Rafael: Compendio de Drecho Civil, Vol. I, Págs. 59 a 60.
- 20.- Gény, Francia: Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado, Pág. 323.
Du Pasquier, C.: Introducción a la Teo--ría General y a la Filosofía del Derecho, pág. 36.
- 21.- Jellinek, Jorge: Teoría General del Estado, Págs. 277 a 280.
- 22.- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Pág. 62.
- 23.- Heinrich, citado por García Maynez: Introducción al Estudio del Derecho, Págs. 65 y 66.
- 24.- Pugliatti, Salvador: Introducción al Estudio del Derecho Civil, Pág. 97.
- 25.- Gény, Francois: Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, - Pág. 418.
- 26.- Rojina Villegas, Rafael: Compendio de - Derecho Civil, Vol. I, Págs. 30, 31 y 59.

- 27.- Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho,
Págs. 149 y sigs.
- 28.- Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho
Págs. 153 y sigs.
- 29.- Brethe de la Gressaye, Jean y Marcel
Laborde-Lacoste: Introduction Générale
a L'étude Du Droit, Págs. 172, 173, 186
249 y 250.
- 30.- Brethe de la Gressaye, Jean y Marcel La
borde-Lacoste: Obra citada, Págs. 249 y
250.
- 31.- Vázquez Alfaro, Guillermo: Lecciones de
Introducción al Estudio del Derecho, Te
ma No. 5 de la Tercera Parte.- México,
1967, Facultad de Derecho.
- 32.- Brethe de la Gressaye, Jean y Marcel La
borde-Lacoste: Obra citada, Págs. 250 y
251.
- 33.- Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho,
Págs. 151 y 152.
- 34.- Kelsen, Hans: Obra citada, Págs. 152 y
153.

- 35.- Vázquez Alfaro, Guillermo: Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho, Tema No. 5 de la Tercera Parte. México, 1967, Facultad de Derecho.
- 36.- Vázquez Alfaro, Guillermo: Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho, Tema No. 5 de la Tercera Parte.- México, 1967, Facultad de Derecho.
- 37.- Vázquez Alfaro, Guillermo: Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho, Tema No. 5 de la Tercera Parte.- México, 1967, Facultad de Derecho.
- 38.- Montiel y Duarte; Tratado de las Leyes y de su aplicación, Págs. 176 y 177.
- 39.- Campillo: Tratado Elemental de Derecho - Constitucional Mexicano. Pág. 348.
- 40.- Esteva Ruiz: Las Reglas de Interpretación e Integración en Derecho Mexicano, en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". México, D. F., t. IX, julio-diciembre de 1947. Núms. 35 y 36 pág. 116.
- 41.- Verdugo, Agustín: Principios de Derecho Civil Mexicano, t. I, Págs. 130-141. Año 1885.

42.- García Maynez, Eduardo: Introducción al
Estudio del Derecho, Pág. 360. 4a. edic.
México 1951.

43.- Domínguez, Virgilio: El Problema de Inte-
gración de las Lagunas de la Ley, en la
"Revista de la Escuela Nacional de Juris-
prudencia". (México, D. F.), t. IX, ju-
lio-diciembre de 1947. Núms. 35 y 36, -
Págs. 69.

CAPITULO QUINTO

LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO EN MEXICO.

- 1.- Consideraciones generales.
- 2.- El tema de las fuentes juridicas en la "Introducción al Estudio del Derecho Agrario", del Dr. Mendieta y Núñez.
- 3.- Aportaciones de la Dra. Chávez Padrón para el conocimiento de las fuentes juridicas del Derecho Agrario en México.
- 4.- Las fuentes del Derecho Agrario en España.
- 5.- Las fuentes del Derecho Agrario en Argentina.
- 6.- Reflexiones finales acerca de las fuentes del Derecho Agrario en México.

CAPITULO QUINTO

LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO EN MEXICO.

1.- Consideraciones generales.

Ya lo advertimos en líneas anteriores, pero nunca -- será suficiente reiterar nuestra inconformidad acerca del pauperrimo tratamiento que acerca de nuestro tema padece el Derecho Agrario en México; precisamente por ésto, convencidos de la importancia de tal cuestión, hemos emprendido la difícil tarea teórica general y técnica de aportar aunque sea un mínimo de conocimiento para la propia disciplina jurídica.

En los precedentes capítulos hemos intentado una muy amplia revisión de las generalidades propias de nuestro tema, así como el establecimiento de criterios propios susceptibles de ser aplicados en el examen de las fuentes jurídicas del conjunto sistematizado de normas que regula la producción agropecuaria. Todo ésto, dentro del marco específico del Derecho positivo de los Estados Unidos Mexicanos. Con fundamento pues en lo hasta aquí expuesto, llegamos a la teoría y técnica propias que en la materia que se estudia, corresponden a la disciplina jurídica especializada que es el Derecho Agrario.

No pensamos, desde luego, como Angel Caso, quien se limita a remitirse a su definición de fuentes del Derecho como las formas del desenvolvimiento del mismo, a las cuales debe acudir para conocerlo y aplicarlo. El propio autor escribe a

este respecto lo siguiente: "Las fuentes son cuatro: la ley, - la jurisprudencia, la costumbre o el uso y la doctrina. Nada tenemos que agregar a lo entonces dicho, pues sería repetición de conceptos que ya conocemos. Simplemente refiramos los conceptos de esas fuentes a la materia agraria, para tener el cabal significado de ellas, en aplicación al problema que nos interesa; y creemos que, una mayor discusión del tema, ocuparía un tiempo que debe dedicarse a asuntos de una mayor importan--cia práctica. Tan sólo agreguemos que nos parece inútil discutir la existencia de las fuentes, aplicadas al problema que - nos ocupa, porque lo que se afirma del género, se afirma de todas las especies, y si hemos dicho que todas ellas son fuentes del género Derecho, es obvio que también lo son de la especie Derecho Agrario.

Ahora bien, lo único discutible sería la jerarquiza--ción de ellas; pero, en términos generales, y sin que esto bo--rre excepciones, digamos que, en orden a su importancia, deben enumerarse así: la ley (en sentido amplio: leyes, reglamentos, etc), la jurisprudencia, la costumbre (en su más amplio senti--do: costumbre, uso, práctica) y la doctrina". (1)

Es evidente a nuestro juicio que en consideración al carácter de disciplina especializada y autónoma que tiene el Derecho Agrario, en términos generales y muy especialmente en nuestro país, no basta de manera alguna, con la simple repeti--ción fragmentaria de algunas de las cuestiones relativas a las fuentes jurídicas, tal como lo hace el autor mencionado en lí--neas anteriores. Por el contrario, creemos plenamente justifi--cada la revisión general que en este trabajo realizamos, en su

primera parte, y la singular apreciación de la sistemática de las propias fuentes en el orden jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, para determinar como se origina el conjunto normativo que integra nuestro Derecho Agrario. En este sentido, estimamos indudablemente más acertada la posición que asume el Dr. Mendieta y Núñez.

2.- El tema de las fuentes jurídicas en la "Introducción al Estudio del Derecho Agrario", del Dr. Mendieta y Núñez.

El autor de referencia, inicia el planteamiento de este asunto fundándose, como en otras materias, en lo expuesto por De Semo, quien subrayando el fundamental interés de la delimitación de las fuentes jurídicas en nuestra materia expresa: "Esa determinación en Derecho Agrario tiene gran importancia, tanto para la cabal comprensión de sus principios teóricos -- cuanto para la orientación interpretativa de sus normas estrictas". En consecuencia, el mismo jurista italiano afirma: "Resolver cuales son las fuentes del Derecho es una cuestión preliminar de extraordinario interés, agrega, si tenemos en cuenta el actual estado de elaboración de esta disciplina". (2)

Definido en la forma citada, en el párrafo anterior el decisivo papel que nuestro tema ocupa dentro del Derecho Agrario; preocupado por el concepto jurídico de fuente, el propio Mendieta y Núñez reproduce en su obra las tres definiciones y los comentarios siguientes:

"Carrara: "Se entiende por fuentes las normas en -

las cuales el derecho se establece y de las cuales derivan las normas reguladoras de cada una de las relaciones jurídicas".

Coviello: "Los medios con los cuales se establece la norma jurídica han recibido el nombre de fuentes del derecho".

Pugliatti: "En sentido técnico, son fuentes del Derecho los modos y las formas por medio de las cuales se establecen las normas jurídicas".

De estas definiciones se desprende que las fuentes del Derecho están condicionadas por el sistema jurídico de cada país. "Varian, dice Coviello, las fuentes del Derecho según las diversas civilizaciones, y aún en el mismo período pueden ser diferentes según las diferentes ramas del Derecho". - En general son aceptadas la ley y la costumbre. En cuanto a la jurisprudencia y a los principios generales del Derecho, algunos tratadistas consideran que sí son fuentes del Derecho en tanto que otros les niegan tal carácter.

Fara Carrara la costumbre es una fuente indirecta y también lo son las convenciones internacionales en materia de agricultura, en cuanto son citadas por la ley". (3)

No estimamos indispensable insistir demasiado en la determinación del concepto de fuentes jurídicas. De esto nos hemos ocupado ampliamente en el primer capítulo de este trabajo. Sin embargo, conviene agregar, en vía recordatoria simplemente, que por fuentes del Derecho entendemos al conjunto de actos o procedimientos mediante los cuales son producidas, en un proceso histórico, las normas jurídicas integrantes de -

un determinado ordenamiento y también al conjunto de factores y circunstancias históricas que fundamentan y motivan el contenido lógico de esas normas. Como puede verse, en esta concepción se comprenden tanto las fuentes formales como las fuentes materiales o reales. (4)

En el estudio científico de nuestro Derecho Agrario ha sido el Dr. Mendieta y Núñez el primero en ocuparse de sus fuentes jurídicas, dentro de la obra que aquí se menciona. En general, observa el propio autor que en nuestra materia tienen el carácter de fuentes jurídicas, la ley, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho; pero la costumbre, afirma el propio tratadista, no tiene el carácter de fuente jurídica.

Al efecto, el repetido autor escribe que no es fuente de Derecho la costumbre, porque el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales estipula que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Podría pensarse que la disposición transcrita es válida, agrega el propio tratadista, cuando se cuenta con ley aplicable al caso; pero si no la hay y existe costumbre respecto del mismo, nada prohíbe el que se le dé a ésta fuerza legal. Sin embargo, los artículos 18 y 19 del propio ordenamiento no dejan lugar a duda: "18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". "19.- Las controversias judiciales del orden civil debefán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del Derecho". Como se ve, en estas disposiciones no

se da valor alguno a la costumbre, una decisión de los tribunales del Distrito y Territorios Federales en materia civil, que se basara solamente en la costumbre sería completamente ilegal.

A pesar de las observaciones contenidas en el párrafo anterior, el Dr. Mendieta y Núñez hace notar que si bien de manera excepcional, la costumbre recibe el expreso reconocimiento de fuente jurídica formal, en materias muy relacionadas con la cuestión agraria. Por ejemplo: los artículos 997 y 999 - del Código Civil que se refieren al usufructo de montes y de viveros, ordenan que se esté a las costumbres del lugar en cuanto a la explotación y utilización de los mismos; el artículo 1796 que establece que los contratos no sólo obligan a lo expresamente pactado, sino a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso y a la ley. (5)

El autor que se comenta afirma también que en nuestro sistema jurídico, diversas leyes federales se refieren a importantes aspectos del Derecho Agrario. En todo caso, el criterio fundamental relativo a las fuentes jurídicas, es el contenido en el artículo 14 constitucional. Además, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 10. del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en el cual, se dispone el alcance del propio ordenamiento en asuntos del orden federal, dentro de todo el ámbito territorial de la República. En consecuencia, atendiendo a los artículos 18 y 19 del propio ordenamiento, la costumbre y el uso solamente poseen el carácter de fuentes jurídicas en nuestro Derecho Agrario, cuando expresamente lo establece el Derecho escrito y esto precisamente en la forma estipulada por la norma de que se trate.

Hubiera sido deseable que tan señalado tratadista - como el Dr. Mendieta y Núñez, al desarrollar el tema que aquí nos interesa nos iluminara con observaciones precisas acerca - de la función de la costumbre como fuente jurídica, no solamente en términos tan generales como los descritos, sino en una - particular revisión y análisis del Código de la materia. Esto, sin embargo, por razones que escapan a nuestro conocimiento, - no fue posible en la obra que se comenta. Por nuestra parte, en la fase final de este capítulo, al exponer nuestro punto de vista, trataremos de contribuir a llenar tal deficiencia.

Un problema similar, una omisión parecida a la que - señalamos en el anterior párrafo padece el trabajo del Dr. Mendieta y Núñez, en lo que se refiere a la jurisprudencia y a - los principios generales del Derecho como fuentes jurídicas, - en relación a nuestra disciplina especializada. El propio autor, se ocupa exclusivamente de un muy amplio, incompleto, panorama de la cuestión, como puede apreciarse en sus siguientes líneas: "Ciertamente que desde un punto de vista teórico y técnico, escribe el Dr. Mendieta y Núñez, la jurisprudencia no es una norma equiparable a la ley misma; pero en la realidad de - las cosas y ella es la que vale, tiene, como dicen Colín y Capitant, el mismo valor de una ley. Y si en Francia la jurisprudencia no obliga a los Tribunales, en México sí, cuando menos la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por lo que respecta a los Federales, pues el artículo 194 de la Ley de Amparo vigente ordena: "La jurisprudencia de la Suprema Corte en los juicios de amparo y en los que se susciten sobre aplicación de leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para los magistrados de circuito, -

jueces de distrito, tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje".

En cuanto a los principios generales del Derecho son, en nuestro concepto, fuentes del mismo dentro del sistema jurídico mexicano porque el artículo 14 constitucional les da fuerza legal. No aceptamos la tesis de Pugliatti en el sentido de que los principios aludidos "más que fuente autónoma de Derecho" son "criterio de interpretación", pues se les toma como base para decidir una controversia a falta de norma escrita, ellos mismos son la norma aplicable y no simples maneras de interpretación de la ley porque es imposible que sirvan para interpretar una ley que no existe; si hubiese ley no se acudiría a ellos.

En una ejecutoria de la Suprema Corte se dice a este respecto: "Los tratadistas más destacados del Derecho Civil en su mayoría, admiten que los principios generales del Derecho, deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la Ciencia del Derecho, mediante procedimientos filosófico-jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiera estado presente, o habría establecido si hubiera previsto el caso; siendo también condición de los aludidos principios, que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse, aplicando esos principios".

En otras palabras, si los principios generales del Derecho deben llenar las lagunas de la ley, hacen veces de ley, son, como ya dijimos, ellos mismos, ley, su fuerza normativa

deriva, además, de un precepto constitucional". (6)

3.- Aportaciones de la Dra. Chávez Padrón para el conocimiento de las fuentes jurídicas del Derecho Agrario en México.

Siguiendo la ruta abierta sobre el tratadista a que nos referimos en el inciso anterior, la Dra. Martha Chávez, en su obra denominada "El Derecho Agrario en México", presenta - una exposición más técnica y más directamente relacionada con nuestra disciplina especializada.

En primer término, la especialista de referencia, como es de suponerse, parte de una revisión del concepto de fuentes jurídicas para aplicarlo a nuestra materia y así nos dice: "Para el doctor don Lucio Mendieta y Núñez "las fuentes del Derecho están condicionadas por el sistema jurídico de un país"; para Claude Du Pasquier buscar la fuente de una disposición jurídica es buscar el punto en que aquella sale de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho; para Coviello "el Derecho no es solo convicción, sentimiento, sino ante todo, fuerza que se impone. Lo único que puede enunciarse es que el sentimiento o la convicción comunes son los que señalan el objeto de la materia que conviene regular por normas jurídicas, pero la fuerza obligatoria de las normas no emana de tales fenómenos sociales"; García Maynez al describir las fuentes reales como los factores y elementos que determinan el contenido de las normas probablemente se refiere a los elementos reales que señala Coviello y sólo trata de manera amplia las fuentes formales del orden jurídico positivo".

"Nótese que la mayoría de los juristas no investigan las fuentes del Derecho in genere, sino sólo las fuentes formales de los sistemas jurídicos singulares. Parece que tal tendencia nace de la confusión terminológica, pues el término fuentes del Derecho, más que explicaciones metafóricas, necesita de una determinación científica, clara y precisa. En mi opinión, no debemos buscar las fuentes de las cuales "brota el Derecho", sino los elementos a cuya coincidencia la típica norma jurídica se objetiviza; por esto, he dividido las llamadas fuentes del Derecho de acuerdo con los tres elementos de que se integra toda norma jurídica. La típica norma jurídica, positiva y además eficaz, siempre podrá remitirnos a la totalidad unitaria del Derecho, puesto que su parte conceptual nos proporcionará la imprescindible esencia de lo jurídico y que toda norma debe observar para reputarse como tal; el elemento real adecuadamente observado explicará su eficacia y resolverá, por su materia, los problemas relacionados con ella; y, por último, el elemento formal tenderá el puente que externe la posibilidad coactiva y garantice socialmente su realización. La esencia de lo jurídico no se separa, ni está frente al aspecto legal o vigente del Derecho, así como tampoco puede hacer caso omiso de la realidad tempo-espacial en la cual pretenda externarse.

Por lo anterior, en síntesis diremos que el elemento real tiene su fuente en la realidad y de ésta toma lo que constituirá la materia de la norma.

El elemento esencial no es más que la esencia de lo jurídico que lo distingue de las otras normas no jurídicas y - que en el aspecto positivo denominamos Principios Generales del

Derecho.

Mas es el elemento formal el que actualiza una norma en la vida legal de un país, es a través de este elemento que una hipótesis jurídica se convierte en Derecho vigente. Por esta razón, analizaremos las llamadas fuentes del Derecho, desde este punto de vista, el formal.

En síntesis, en este capítulo veremos cómo se obtiene o se forma una norma jurídico-agraria o el conjunto de ellas las cuales forman el Derecho Agrario Mexicano". (7)

Como se puede apreciar en las líneas transcritas, su autora ha tenido presente la necesaria consideración a la unidad sistemática general del orden jurídico en lo que nosotros hemos fundado nuestras construcciones, al partir de la propia categoría en el capítulo segundo de este trabajo. Asimismo, es de señalarse que la Dra. Chávez Padrón tiene en cuenta la natural diversificación entre fuentes formales y fuentes reales así como la fundamental importancia que en el terreno del Derecho positivo tienen las primeras, como una consecuencia de las notas esenciales de lo jurídico.

Para la Dra. Chávez Padrón, las fuentes formales del Derecho Agrario nacional se dividen en fuente unmediata que lo es la ley, o mejor dicho el proceso legislativo a través del cual se hace una ley; y fuentes mediatas, como lo son la costumbre, la jurisprudencia, las resoluciones presidenciales definitivas y los principios generales del Derecho.

Inicialmente, la autora de referencia se ocupa del proceso legislativo realizado por la autoridad políticamente -

autorizada para formar normas vigentes. Mediante esta fuente jurídica se obtiene como resultado la ley, con sus características típicas y con su validez formal extrínseca. "Cualquiera de las leyes, dice la repetida autora, reglamentos, circulares, etc., que integran la legislación agraria mexicana, ha pasado por este proceso legislativo hecho por el Poder Legislativo o el Ejecutivo según el caso, para convertirse de proyecto jurídico en ley". Además, al lado de las normas resultantes del proceso típico legislativo, hay actos administrativos, reglamentos y circulares que se originan en un proceso normativo realizado dentro de la Administración Pública, lo cual es frecuente en nuestra materia, como lo señala la repetida autora, "a partir del Decreto del 22 de noviembre de 1921 que en su artículo 30. facultó al Ejecutivo de la Unión para que dictara todas las disposiciones conducentes a reorganizar y reglamentar el funcionamiento de las autoridades agrarias creadas por Decreto pre-constitucional del 6 de enero de 1915 y todas las disposiciones agrarias que hasta ese momento se habían expedido y las que posteriormente se expidieren. Esta clase de actos legislativos pueden ser intra legem cuando reglamentan la ejecución de una ley, extra o praeter legem cuando reglamentan atribuciones u organizan la administración pública, pero nunca pueden ser contra legem, porque nuestro sistema jurídico no lo permite". (8)

Enseguida, nuestra autora pasa a la exposición de las fuentes formales de carácter mediato, entre las cuales se refiere primeramente a la costumbre. Esta como se ha repetido, es susceptible de llegar a constituir normas jurídicas en la medida en que la fuente formal inmediata le reconoce tal possibili-

dad. A este respecto, después de hacer mención de las disposiciones relativas del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de las que ya nos hemos ocupado al revisar el pensamiento del Dr. Mendieta y Núñez, la Dra. Chávez concluye que la costumbre es fuente en nuestro sistema jurídico, en la forma, casos y condiciones en que la ley lo permite; pero sin llegar a un análisis pormenorizado de las disposiciones de carácter agrario contenidas en el Código de la materia y en otros ordenamientos que como las leyes Forestal y de Aguas, pudieran contener referencias precisas a la costumbre como fuente jurídica.

"La ley admite en nuestro sistema jurídico, escribe la Dra. Chávez, el proceso jurisdiccional para crear normas de aplicación colectiva; de esta manera, la jurisprudencia obligatoria puede equipararse a la ley y con las características de ésta, siempre y cuando cumpla con los requisitos integrándose de cinco ejecutorias, consecutivas, en el mismo sentido, pues solo así será obligatoria para los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje". No se requiere, desde luego, agregar en este caso ninguna apreciación teórica o de carácter general; sin embargo, hubiera sido de un gran interés que la especialista de que nos ocupamos extendiera su exposición de la propia fuente jurídica hasta las relaciones y problemas referentes a la jurisprudencia, en ocasiones opuesta o simplemente confusa, que en materia agraria producen las Salas Administrativa, Civil y Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la jurisprudencia del Pleno del propio Tribunal en lo que se refiere a competencias". (9)

En el anterior capítulo se estudió, dentro de las - fuentes que integran el orden jurídico mexicano, a las fuentes privadas y públicas que dan origen a normas de carácter individualizado. Recuérdese que además de la función jurisdiccional que realizan los órganos propiamente judiciales, expresamos que dentro de la Administración Pública, como excepción al clásico principio de división de poderes, se realizan verdaderas funciones jurisdiccionales a través de procesos que dan como resultado la concreción de normas individuales, expresadas en fallos o resoluciones que poseen características materiales similares a la sentencia. Este es el caso precisamente de las resoluciones presidenciales en materia agraria. De éstas; junto es decirlo, ha sido la Dra. Martha Chávez la primera en preocuparse en nuestro medio, en relación a las fuentes jurídicas, no obstante que a ello se refiere la especialista en esas casas cuatro líneas de su obra. En ellas dice, al ocuparse del proceso resolutorio presidencial en materia agraria, lo siguiente : "En mi concepto, también el proceso mediante el cual se dicta una Resolución Presidencial definitiva en materia agraria, es fuente mediata formal, pues crea normas que contribuirán a regir de manera general, la situación de un grupo determinado de campesinos". (10)

Por último, la repetida autora señala como fuente jurídica de nuestra disciplina a los principios generales del Derecho y al respecto escribe lo siguiente: "Indudablemente los conceptos jurídicos fundamentales deben observarse en cualquier manifestación externa y formal del Derecho; pero el problema aparece cuando la ley nada dice para resolver un caso concreto, o sea cuando estamos frente a una laguna legal, o cuando un -

precepto resulta obscuro, y es menester recurrir a la interpretación del mismo. Es en estos casos cuando la fuente inmediata, la ley, permite que los principios generales del Derecho - sean fuentes formales, ya que siempre lo serán de la parte esencial de la norma jurídica. La justicia, pero ya con el calificativo de social, resulta principio específico del Derecho Agrario, así como otros puntos singulares como su concepto de propiedad a cuyo nombre deberán aclararse las normas de Derecho Agrario y llenarse las lagunas legales." (11)

Respecto a los principios generales del Derecho, pensamos que la maestra Chávez Padrón, acertadamente, trata de encontrar determinados postulados que de manera especial y directa resulten aplicables, en los casos expresamente previstos - por la ley, en materia agraria. En efecto, no se trata nada más de los principios generales, así amplísima y vagamente, sino de normas precisas de carácter filosófico y técnico que posean una referencia específica con el conjunto normativo autónomo y especializado que en nuestro concepto integra el Derecho Agrario nacional. El problema, sin embargo, consistiría en la delimitación, con posibilidades de aplicación jurídica, de esa difícil expresión, a la que se refiere la Dra. Chávez, que es la "justicia social"; ahora bien, en lo relativo al concepto de propiedad que en materia rural determina nuestro sistema agrario constitucional, el problema es menor, por cuanto de una interpretación científica y pormenorizada de nuestro artículo 27 constitucional, puede llegarse a la determinación de ciertos postulados que en nuestro medio constituyan los principios generales del Derecho Agrario mexicano.

4.- Las fuentes del Derecho Agrario en España.

Para llegar a integrar un criterio propio acerca de las fuentes jurídicas en nuestro Derecho Agrario nacional, en una pretensión acorde a los principios de la metodología jurídica, creemos de suma importancia acudir al auxilio de esa moderna disciplina, que es el Derecho Comparado. Así, resultará singularmente útil para nuestro objeto de estudio, cotejar y confrontar nuestro sistema jurídico con los de otras latitudes, en relación al tema particular que investigamos.

Inicialmente, tanto por su influencia en nuestro Derecho como por el avanzado grado que la disciplina especializada que nos ocupa ha alcanzado en ese país, conviene ocuparnos de las fuentes jurídicas de la legislación rural de España. Al respecto, Manuel María de Zulueta anota que la ley, la costumbre y la jurisprudencia, son las fuentes jurídicas generalmente afectadas por los tratadistas y en su obra "Derecho Agrario" examina cada una de ellas en especial referencia a su país. (12)

Respecto de la ley, el precitado autor conviene en que ésta es la fuente de mayor importancia en cualquier rama del Derecho y consecuentemente en la disciplina que nos interesa. En España, escribe Zulueta, la especialidad agraria aparece en primer término, en sus leyes fundamentales, principalmente en el Fuero del Trabajo. Además, un importante número de artículos del Código Civil actual, se refieren a cuestiones agrarias; algunas de estas disposiciones tienen una marcada característica agraria y a juicio del propio autor, solamente puede explicarse su ubicación en el propio Código, en virtud -

de que en 1889, fecha de la promulgación del propio ordenamiento, apenas existían leyes especiales en donde las normas de carácter agrario hubieran tenido un encuadramiento más adecuado. Al efecto, son de citarse los artículos 612 y 613 del propio ordenamiento, referentes a la ocupación de enjambres de abejas, animales amansados, palomas, etc., así como los artículos 1491 y siguientes, relativos a la compraventa de ganado.

En los diversos ordenamientos que constituyen el Derecho Laboral hispano se encuentran también numerosos preceptos que parten del reconocimiento expreso de la especialidad agraria y cuya ubicación científica dentro de nuestra disciplina especializada es postulada por los jusagraristas españoles. En el mismo sentido, deben considerarse las disposiciones tributarias relativas a la contribución territorial rústica, al catastro agrario y numerosos preceptos que se encuentran en la legislación hipotecaria.

Además de las disposiciones civiles, laborales, administrativas y fiscales de referencia, la tendencia actual del Derecho Agrario en el país que se estudia, consiste en una creciente importancia de la legislación especializada de nuestra materia. Así, además de la importancia del proceso legislativo como fuente jurídica cabe anotar la afirmación en la autonomía que en este terreno consolida cada vez más nuestra disciplina.

Las fuentes jurídicas, ya lo hemos dicho, se encuentran matizadas por las peculiaridades del sistema nacional de que se trate. La costumbre, en el caso de España, tiene una singular importancia entre los procesos creativos de su Dere--

cho Agrario. En efecto, la gran variedad de climas, la diversa fertilidad de sus tierras, las múltiples incidencias de su historia nacional, las modalidades del carácter de los pobladores de sus distintas regiones, han determinado, como acertadamente observa Zulueta, que dicha nación presente tremendos contrastes en su estructura rural, tanto desde el punto de vista agronómico, como en los aspectos económico y social. "El legislador, escribe el autor de referencia, no ha podido sorprender desde su atalaya del Palacio de las Cortes la riquísima variedad de costumbres locales que practican los labradores de todos nuestros valles y campiñas. Por esto nuestras leyes agrarias, las que perduran y no fracasaron prematuramente, sólo han podido señalar principios y dejar un amplio campo a los encargados de aplicarlas, para adaptarlas a la multitud de contingencias y casos diferentes que en la práctica se presentan. Las costumbres locales agrarias españolas constituyen un vastísimo campo muy imperfectamente explorado. Joaquín Costa fue un precursor en esta clase de estudios, especialmente en las tierras del Alto Aragón. Se han publicado algunas monografías sobre las existentes en lugares determinados y comarcas poco extensas. En obras generales de Derecho o de Economía agraria se encuentran desperdigadas algunas noticias de interés. Pero falta el estudio sistemático, por regiones, de las costumbres jurídicas campesinas, que, además, están evolucionando rápidamente en nuestros días. Ciertas formas tradicionales de cesión de tierras o de ganados, modalidades locales de la contratación de los trabajadores, formas consuetudinarias de los aprovechamientos comunales son las más interesantes de estudiar en una primera etapa". (13)

La jurisprudencia tiene una esencial trascendencia como fuente jurídica de nuestra materia en España, en virtud de que en el Tribunal Supremo de Justicia de la Nación, además de la Sala de lo Civil se encuentra un órgano específicamente avocado a estas cuestiones: la Sala de lo Social. Las decisiones de las referidas Salas contribuyen significativamente a enriquecer el sistema jurídico de que se trata y la doctrina de nuestra disciplina especializada.

Preocupado por la problemática técnica de las fuentes jurídicas, Manuel de Zulueta se refiere a la prelación de las fuentes del Derecho Agrario. Este, afirma el propio autor, - debe resolverse en España, conforme a lo dispuesto en el artículo 6o. de su Código Civil que a semejanza de otros ordenamientos, en su segundo párrafo dispone: "Cuando no haya ley - exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la - costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

Al efecto, el autor de referencia indica que en primer lugar, atendiendo a la especialidad y autonomía del Derecho Agrario, deben aplicarse las leyes específicas sobre la materia. A falta de leyes especiales que regulen un punto concreto, deberá buscarse lo que sobre el caso dispongan las normas de Derecho Civil o Administrativo, por su íntima relación con la especialidad. Ahora bien, en ausencia de precepto expreso de la ley han de aplicarse las costumbres rurales locales, pero solamente aquellas que no contravienen expresamente lo estipulado por el Derecho escrito, considerando lo estipulado por los artículos 4o. y 5o. del Código Civil hispano.

Los principios generales del Derecho, se aplican en tercer lugar en la relación jerárquica de las fuentes jurídicas del sistema hispano. Refiriéndose a ellos, Zulueta afirma - que atendiendo a que la especialidad del Derecho Agrario se fundamenta precisamente por una serie de realidades físicas y sociales que condicionan la producción agropecuaria; de la propia especialidad deben desprenderse los principios generales propios del Derecho Agrario que han dado origen a la legislación rural hispana. A falta, sin embargo, de postulados específicos en materia agraria, deben aplicarse los principios generales que inspiran la totalidad del Derecho positivo de España, considerando, afirma Zulueta, las diversas circunstancias locales y temporales.

Finalmente, en la relación jerárquica de que se trata, el repetido autor apunta que la jurisprudencia solo puede considerarse como fuente indirecta que en materia agraria sirve para aclarar la interpretación de la ley, declarar una costumbre o consagrar un principio general del Derecho, pero sin fuerza directa para obligar. (14)

Al tratar de las fuentes jurídicas, Manuel Ma. Zulueta, a nuestro juicio confundiendo el tema, hace una amplia explicación del problema de la Codificación del Derecho Agrario en España. El propio autor realiza una amplia revisión del asunto en relación a diversos países: Francia, Suecia, Finlandia, Argentina, Paraguay y México, concluyendo en la necesidad de que en su país se integre en un ordenamiento único todo el conjunto de disposiciones referentes a la producción agropecuaria. Por nuestra parte, habiendo advertido ya la necesaria di

Los principios generales del Derecho, se aplican en tercer lugar en la relación jerárquica de las fuentes jurídicas del sistema hispano. Refiriéndose a ellos, Zulueta afirma - que atendiendo a que la especialidad del Derecho Agrario se fundamenta precisamente por una serie de realidades físicas y sociales que condicionan la producción agropecuaria; de la propia especialidad deben desprenderse los principios generales propios del Derecho Agrario que han dado origen a la legislación rural hispana. A falta, sin embargo, de postulados específicos en materia agraria, deben aplicarse los principios generales que inspiran la totalidad del Derecho positivo de España, considerando, afirma Zulueta, las diversas circunstancias locales y temporales.

Finalmente, en la relación jerárquica de que se trata, el repetido autor apunta que la jurisprudencia solo puede considerarse como fuente indirecta que en materia agraria sirve para aclarar la interpretación de la ley, declarar una costumbre o consagrar un principio general del Derecho, pero sin fuerza directa para obligar. (14)

Al tratar de las fuentes jurídicas, Manuel Ma. Zulueta, a nuestro juicio confundiendo el tema, hace una amplia explicación del problema de la Codificación del Derecho Agrario en España. El propio autor realiza una amplia revisión del asunto en relación a diversos países: Francia, Suecia, Finlandia, Argentina, Paraguay y México, concluyendo en la necesidad de que en su país se integre en un ordenamiento único todo el conjunto de disposiciones referentes a la producción agropecuaria. Por nuestra parte, habiendo advertido ya la necesaria di

ferenciación entre ley y proceso legislativo, para determinar a éste y no a aquélla, como fuente jurídica, creemos totalmente inconveniente incluir en el asunto fundamental que se estudia, el problema de la integración sistematizada de la legislación agropecuaria. Es ésta, una cuestión de política legislativa, de indudable interés científico y de trascendencia práctica - que, sin embargo, no tiene una relación directa con las formas de producción del Derecho.

En una obra más reciente, de un autor hispano también, A. Ballarín Marcial, se presenta una amplísima exposición acerca de la génesis histórica del Derecho Agrario en España. Al efecto, este bien informado tratadista escribe lo siguiente:

"Será bajo el reinado de Carlos III, en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se iniciará el verdadero proceso formativo del Derecho Agrario. Ello fue así como consecuencia de una serie de factores que nos interesa señalar:

1.- **Culturales:** hay un cambio general en la visión del hombre y del mundo, que no puede achacarse sólo a la influencia de los enciclopedistas franceses, pues, como lo indica don Ramón Carande, ese movimiento cultural tiene cepa española; se prepara en las mentes más notables del siglo XVIII, gentes, por regla general, de sotana y de cogulla que, desde el advenimiento a España de la dinastía borbónica, quisieron edificar nuevas estructuras, bien distintas de las de los Austrias.

Por otro lado, hay una verdadera escuela española de tradición social que enlaza con la doctrina de la Patrística -

sobre la riqueza y la pobreza y, en el fondo, con el Evangelio mismo del que Costa cita aquella máxima: "el que tenga dos túnicas dé una al desvalido". Corresponde, en efecto, el gran polígrafo aragonés su reivindicación moderna.

2.- Económicos: Adam Smith había instaurado en Economía el dogma de la libre iniciativa, mientras que la escuela de los Fisiócratas exaltó al máximo el papel de la Agricultura como fuente de riqueza principal, madre de todas las demás. - La ciencia económica comenzó a ponerse de moda por aquel entonces (y el proceso continúa hasta hoy).

El dogma de la libertad individual, como raíz del comportamiento económico chocaba con toda la maraña de vinculaciones, amortizaciones, restricciones, etc., característico de la sociedad tradicional, la cual entró, pues, en crisis, según lo señala Rostow al formular las cinco fases o peldaños de aquélla. Después de analizar las características de lo que llama la sociedad tradicional cita, como segundo escalón, la sociedad en proceso de transición, dentro de la cual se dan las precondiciones para el despegue (take-off). Pues bien, tales condiciones se desarrollaron inicialmente, por lo que se refiere a Europa occidental, en el setecientos y ochocientos, cuando los avances de la ciencia moderna comenzaron a aplicarse a nuevas funciones productivas tanto en la Agricultura como en la Industria, recibiendo un gran dinamismo por la expansión lateral de los mercados mundiales y de la competencia internacional por conquistarlos.

3.- Los Informes y Expedientes: El nombramiento de Aranda para la presidencia del Consejo de Castilla como conse--

cuencia del famoso motín de Esquilache (marzo de 1776) no significó una mera sustitución de personas, sino un cambio profundo de política. Podríamos decir que, es a partir de ese momento, cuando Carlos III se embarca en las reformas más grandiosas y características de su "despotismo ilustrado". Para realizarlas, se imponía un previo conocimiento de la realidad, que había comenzado a estudiarse previamente en el famoso Catastro de la Ensenada. A este fin, se iniciarán los dos grandes expedientes: el de Extremadura, sobre la Mesta, en que va a hacer crisis definitiva la preponderancia de la crianza sobre la labranza, y el de la Ley Agraria, que va a desembocar finalmente en la obra de las Cortes de Cádiz. Pero dejemos anotado, como trazo fundamental, su previo estudio con datos tomados de la realidad por los Intendentes o autoridades regionales y provinciales, elaborados, luego, en Madrid por mentes preclaras; como dijo el Conde de Floridablanca, "sin luces, sin conocimientos y sin datos, la obra majestuosa de la legislación es el resultado de una voluntad ciega y sin tino y como tal expuesto al error, a la inconsecuencia y al desprecio".

a') En el año 1764 don Vicente Paino, como diputado de las ciudades con voto en Cortes de Badajoz, Mérida, Trujillo y el Estado de Medellín y Villa de Alcántara por sí y toda la provincia de Extremadura, dirige al Rey una representación o memorial denunciando la situación angustiosa que atraviesa la Agricultura en la provincia por los privilegios en favor del ganado transhumante y los abusos de la Mesta. Establece sus conclusiones, entre las que destaca, la que se refiere a la necesidad de establecer limitaciones de las juntas que pueden tener los ricos en relación con el número de labradores y exten-

sión del término para que los "poderosos" no lo disfruten en -
al todo o en la mayor parte. La representación provoca un ex
pediente en el que se piden informes a los funcionarios más -
destacados de Extremadura, oyéndose a la Mesta e informando -
los Fiscales del Consejo, Floridablanca y Campomanes. En los
informes se muestran de acuerdo con la petición novena, desta-
cando los de los Fiscales, en los que de modo general se justi-
fican las limitaciones y proponen que se dicten las normas ade-
cuadas para evitar abusos.

Las contestaciones dan lugar a la formación del "Me-
morial ajustado del Expediente sobre el fomento de la Agricul-
tura, 1771".

b') En virtud de Real Provisión de 5 de febrero de
1768, el Consejo de Castilla, por iniciativa de Campomanes, -
inicia un expediente (sobre el establecimiento de una ley agraria).
Por primera vez en nuestra historia surge la expresión
y con ello podemos decir que brota el primer germen del Dere-
cho Agrario en España. Se piden informes a los Intendentes -
del Sur, a los que se propone un cuestionario de cinco puntos:
1o. La prohibición de los subarriendos. 2o. La limitación
de la dimensión de las explotaciones rurales. 3o. Las condi-
ciones de los arrendamientos rústicos (preferencia a los laicos
sobre los eclesiásticos, duración del arrendamiento y condicio-
nes de la prórroga). 4o. La fijación de las tasas en el - -
arrendamiento de las tierras, a fin de establecer la igualdad
entre la condición del propietario y del colono, y 5o. Los
medios de multiplicar la población y creación de nuevos pueblos
en los vastos latifundios.

c') En 1771 se manda reunir todos los expedientes - (de 1752 a 1769 se habían instruido otros muchos) relativos al fomento de la Agricultura en uno solo y que después se va a publicar en 1784 bajo el título de "Memorial ajustado del Expediente para una Ley Agraria". (15)

Después de la época de referencia, el propio autor - consigna la decisiva influencia del pensamiento liberal hispano, expresado fundamentalmente por Jovellanos, con su máxima - expresión en la Constitución de 1812 que tuvo su origen en Cádiz; a partir de ésta la corriente desamortizadora se extendió por toda la nación. En relación a las etapas siguientes, cabe remitirnos a lo expuesto anteriormente por Zulueta, destacando la tendencia social agraria propia del actual régimen político hispano.

Además de la usual referencia a las tradicionales - fuentes jurídicas formales, Ballarín Marcial aporta decisivas novedades a nuestro tema. En efecto, este autor observa primeramente que el problema de las fuentes jurídicas se encuentra íntimamente relacionado con el del contenido de nuestra - disciplina especializada, por lo cual además de considerar las fuentes del Derecho escrito, debe atenderse a las fuentes consuetudinarias. El propio tratadista insiste en la función de la costumbre como fuente jurídica en el Derecho Agrario, pero advierte la decreciente importancia de este factor en la actualidad, en tanto que adquiere cada vez mayor relieve "la fuente de Derecho que pudieramos llamar corporativa o profesional: - los contratos colectivos de trabajo y las convenciones que las organizaciones profesionales puedan llegar a establecer (contra

tos interprofesionales), tendencia que en el Derecho español - no se ha desarrollado suficientemente, pero que me parece, afirma el propio autor, representa el futuro en la materia". En suma, el papel creciente que en el Derecho Agrario adquieren - las fuentes corporativas y profesionales constituye una nota - característica del Derecho Agrario. Para corroborarlo, se refiere al ejemplo de Holanda, donde al lado de la ley y de los ordenamientos reglamentarios, tiene lugar la creación de normas generales, en virtud de delegación expresa del legislador, en función de la protección de determinados intereses colectivos que se confieren a órganos y corporaciones de carácter público o privado, integrados en función de sectores económicos o de organizaciones profesionales. Además, en la obra del repetido especialista se incluye dentro del Derecho Agrario hispano a los diversos tratados convenios internacionales que en materia de producción agropecuaria y su comercialización a -- suscrito España con otros países; de lo cual se desprende la - necesaria consideración del proceso creativo de normas generales de carácter internacional, entre las fuentes jurídicas del Derecho Agrario. Con esto, una vez más, Ballarín Marcial pone de relieve una importante cuestión de positiva utilidad para la integración científica de nuestra disciplina. (16)

Para terminar nuestro estudio acerca de las fuentes del Derecho Agrario en el país de que se trata, no podría omitirse una especial consideración a la singular elaboración que acerca de los principios generales peculiares del Derecho Agrario, contiene la obra de Ballarín Marcial. Al efecto, el propio autor escribe lo siguiente: "Empezaré por señalar cuáles son, en mi opinión, los dos fundamentales: uno, se refiere a -

los aspectos económicos, es el principio de la productividad agrícola. El otro, de rango superior y último, con sabor humanista, es el de una mejor distribución de la tierra y de sus rárđitos, así como, en general, de la paridad entre el sector agrícola y los demás. Con anterioridad, otro especialista, - el italiano Frassoldatti, había citado los siguientes postulados generales de nuestra materia: "El principio de "cultivar bien", o sea que la actividad agraria, en su más amplia acepción, debe ejercitarse según la buena técnica: el normal ciclo productivo no puede ser interrumpido y las operaciones inherentes no pueden ser ni diferidas ni suspendidas; en segundo lugar, el principio de la dimensión mínima de la empresa agraria; en tercer lugar, el de la inescindibilidad de los resultados conjuntos del año agrícola; en cuarto lugar, el principio de colaboración en los contratos agrarios; en quinto, el principio de colaboración entre los fundos". (17)

En términos generales, además, el propio Ballarín reafirma el carácter histórico y particular de los principios generales del Derecho Agrario, en relación al correspondiente sistema nacional, así como sus necesarias relaciones con las normas fundamentales y con la doctrina. Asimismo, se pronuncia el propio autor por la necesidad de concretar los postulados de que se trata y en este sentido llega a la enunciación de los siguientes: el principio de la función social de la propiedad de la tierra; el principio de la protección a la empresa familiar rentable, con fundamento en la titularidad sobre la tierra; los principios de la redistribución de la propiedad agraria y del acceso a la misma preferentemente a los cultivadores directos y personales; el principio de la garantía a la

dimensión familiar mínima; rigor especial para la gran propiedad, sanciones a la concentración de la tierra; necesaria coincidencia entre titularidad y empresa; fomento y conservación de las explotaciones productivas; fomento de la organización de los productores; ordenación rural mediante planificación indicativa y socializada; nivelación jurídica, social y económica del sector rural en relación con los demás elementos integrantes de la nación.

El repetido especialista se ocupa pormenorizadamente de cada uno de los principios generales que brevemente hemos mencionado, proveyendo con ello de una trascendental construcción científica para la integración de una filosofía del Derecho Agrario que rebasa definitivamente los límites de nuestro tema. Por nuestra parte, solamente, nos corresponde dejar anotada la importancia que en una amplia dimensión debe poseer la fuente jurídica que nos ocupa.

5.° Las fuentes del Derecho Agrario en Argentina.

En la cultura jurídica hispanoamericana ocupa un importantísimo lugar la República Argentina. En ella ha fructificado el pensamiento de hombres como Bernardino C. Horne, Raúl Mugaburu, Felipe Ordoñez Carasa y Eduardo A. Pérez Llana, para no mencionar sino a unos cuantos cuyo conocimiento nos ha sido posible en México. Pudiera afirmarse inclusive, la existencia de una escuela argentina de Derecho Agrario. De ésta nos interesa particularmente lo relativo a nuestro tema central de estudio que hemos encontrado en los trabajos de los dos espe--

cialistas citados en último término.

Pérez Llana se remite a la clásica distinción entre fuentes formales y materiales del Derecho. Entre las fuentes materiales del Derecho Agrario, el propio autor señala a la evolución histórica de cada país, la economía y la técnica. El Derecho Agrario tiene un carácter eminentemente nacional, - afirma este tratadista, de raíces seculares y fisonomía propia; por ello, a pesar de que en la integración y elaboración de las normas jurídicas se aprovechan importantes elementos de la legislación comparada, en nuestra disciplina especializada casi se prescinde de esta fuente y predominan los antecedentes y situaciones históricas propias de cada sistema nacional.

En la estructura económica, particularmente en la estructura rural, se encuentra la materia que regula jurídicamente el Derecho Agrario. A este respecto, el precitado autor nos hace observar que tanto las realidades económicas como las doctrinas científicas relativas evolucionan, en un plano de trascendencia universal, elaborando y difundiendo principios que alcanzan una mayor o menor trascendencia en los sistemas económicos nacionales o regionales. Así, por ejemplo, la regulación económica es la expresión normativa, el producto de la doctrina relativa a los diversos fenómenos económicos, cuyos principios son aceptados e incorporados en la organización social, si bien en la determinación del grado y forma de la propia regulación intervienen las circunstancias y necesidades locales.

Además, la técnica agronómica es considerada por el

repetido autor como una fuente substancial del Derecho Agrario. Desde sus primeras apariciones, escribe Pérez Llana, una técnica especial acompañó a las labores agropecuarias; además de los puramente guerreros, los primeros adelantos técnicos fueron los destinados a facilitar el trabajo de la tierra. Sin embargo, a diferencia de otras ramas jurídicas en las que el progreso técnico constituyó un factor de progreso, en el Derecho Agrario no ha ocurrido lo mismo. Insistiendo en el secular atraso tecnológico de la producción agropecuaria y en la negativa influencia de éste, en relación a nuestra disciplina, Pérez Llana afirma que "mejorar la técnica implicará, pues una contribución al progreso jurídico" del Derecho Agrario. (18)

El precitado autor toma en cuenta las fuentes formales tradicionales: ley, jurisprudencia y costumbre. De la primera, confundiendo lamentablemente el concepto y omitiendo la consideración del proceso legislativo como fuente jurídica formal, el autor que se comenta se refiere a la Constitución nacional de su país y a otros ordenamientos secundarios. En cuanto a la jurisprudencia que en principio carece de fuerza obligatoria en el Derecho Argentino, es de observarse que en nuestra materia, la función jurisdiccional que en la República de que se trata realizan las Cámaras Paritarias, constituye una fuente jurídica formal de carácter agrario, puesto que la Cámara Central está facultada para unificar la jurisprudencia administrativa relacionada con la ley No. 13.246. Además, la doctrina que el propio órgano adopte es de carácter obligatorio para todas las Cámaras locales, conforme al Artículo 77 del Decreto Reglamentario No. 7786/49. Los usos y costumbres

agrarios son frecuentes y de gran importancia en la legislación rural argentina. El autor de que se trata nos remite a este respecto, a los problemas de aplicación de la ley de Arrendamientos Rústicos, en relación a la cual ha tenido que ordenarse la selección y recopilación de usos y costumbres en esta materia. En uno de los considerandos del Decreto 39.469/48, se afirma que "uniformemente se atribuye a la costumbre la jerarquía de fuente del Derecho Agrario y se reconoce la trascendencia que en la creación, formación y realización de esa rama del Derecho tienen los usos normativos y aún los usos interpretativos y las simples prácticas agrarias". Por último, Pérez Llana se refiere a los tratados internacionales que pueden ser fuentes jurídicas cuando se adjuntan a las formalidades que la ley les asigne; en este ramo, son importantes las convenciones sobre sanidad vegetal y animal, sobre lucha contra la langosta y sobre comercio de productos agrícolas. (19)

De una manera más pormenorizada que el autor ya mencionado, El Dr. Ordoñez Carasa ha hecho un análisis casi exhaustivo de las fuentes jurídicas agrarias, en el Derecho argentino. Escribe al respecto el propio especialista:

"La ley. En el concepto de ley comprendemos aquí - la ley fundamental, la Constitución nacional, las leyes propiamente tales emanadas del Congreso y de las Legislaturas, los decretos del Poder Ejecutivo, reglamentos, ordenanzas municipales y los tratados internacionales y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo cuando estos últimos han sido aprobados por el Congreso.

La Constitución argentina de 1853 contiene diversas disposiciones que tienen importancia para nuestra materia. El artículo 40., que trata del Tesoro nacional formado del producto "de la venta y locación de tierras de propiedad nacional"; el artículo 25, que establece que "el gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra. . .", el inciso 4 del artículo 67, que faculta al Congreso para "disponer del uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional"; el inciso 16 del mismo artículo, que impone al Congreso promover "la inmigración, la construcción de ferrocarriles y tierras navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional....". Las disposiciones citadas son fuente inmediata de Derecho Agrario, lo que no importa desconocer la importancia del respeto de las disposiciones constitucionales, que, si bien indirectamente, son también fuente de nuestra materia. En la reforma constitucional de 1949, ya derogada, se introdujeron, al par que reformas de exclusivo carácter político, otros preceptos que provocaban cambios substanciales en la orientación constitucional argentina. Entre ellos y con relación especial a nuestra materia mencionaremos el artículo 38, que disponía: "La propiedad privada tiene una función social, y en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia

labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva...". Además de estas disposiciones constitucionales se encuentran las leyes del Congreso de la Nación y de las Legislaturas provinciales. Entre las primeras citaremos especialmente las leyes sobre colonización y tierras públicas, las de arrendamiento y aparcería, las de policía sanitaria, las de régimen de agua, el Código rural para los Territorios Nacionales, etc.; y entre las segundas los Códigos rurales provinciales, leyes de aguas, sobre colonización, policía, etc. También es importante considerar aquí los pactos y convenciones internacionales, especialmente las resoluciones tomadas por la Organización Internacional del Trabajo y la Organización para la Agricultura de las Naciones Unidas, que en nuestro país, cuando son aprobadas por el Congreso, constituyen la ley del Estado conforme lo establece el artículo 22 de la Constitución.

La costumbre. Esta fuente del Derecho Agrario ocupa en nuestra materia un lugar de tanta importancia como la que tiene en el Derecho comercial. Es una de las características particulares que nos alejan del Derecho Civil. En éste la costumbre no tiene jerarquía de fuente. "Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso" (artículo 16 Cód. Civ.), Sólo cuando el propio Código apela expresamente a los usos o costumbres tienen éstos valor en el Derecho Civil. Se sostiene por quienes ven nuestra materia a través del prisma del Derecho Civil, que ese precepto del artículo 16 del Código Civil es aplicable

al Derecho agrario, y que en consecuencia los usos y costumbres no tienen valor como fuente del Derecho, sino excepcionalmente cuando la ley se refiere a ellos. Constituye esta doctrina, a juicio nuestro, un error profundo, pues desconoce la autonomía de nuestra disciplina, punto de partida fundamental para caracterizarla con exactitud. En el Derecho Agrario el valor de la costumbre como fuente del Derecho es real. Pero entendemos que ocupa un lugar subsidiario con respecto a la ley. Es decir, que cuando hay ley expresa, la costumbre no puede derogarla, y sólo cuando no existe ley expresa se aplica la costumbre o usos del lugar. "Mediante ellos se completan y colman en parte las lagunas de la ley". Los agraristas mexicanos, basados en una argumentación idéntica a la que fundamenta el artículo 16 del Código civil argentino, no incluyen a la costumbre entre las fuentes del Derecho. Afirman que de las disposiciones de los artículos 10, 18 y 19 del Código civil del Distrito y Territorios Federales, que disponen en síntesis que contra la inobservancia de la ley no se puede alegar desuso, costumbre o práctica contraria y que los jueces a falta de ley deben aplicar los principios generales del Derecho, se desprende que la costumbre no es fuente del Derecho. El error en que incurren es análogo al que respecto al Derecho argentino hemos señalado más arriba.

Doctrina. La doctrina elaborada por los estudiosos del Derecho Agrario es también una fuente de este Derecho. Estos estudiosos, cuando establecen normas y principios válidos sobre algún punto, facilitan su entendimiento, preparan la legislación y sirven de vehículo de interpretación a los jueces. No puede pues discutirse que sean fuentes de Derecho. Para al

gunos autores, sin embargo, la doctrina no tiene jerarquía de fuentes. "La creación del Derecho es obra exclusivamente legislativa". A nuestro juicio, los que así opinan yerran en cuanto consideran que todo lo que es norma obligatoria no es Derecho, posición filosófico-jurídica que no compartimos y cuya discusión no encaramos aquí, pues se necesitaría un foro más amplio que el que nos brinda la especialidad de este trabajo.

Jurisprudencia. La consideramos también importante como fuente del Derecho agrario, opinión ésta que, debemos señalarlo, no es compartida por algunos autores. Creemos innecesario discutir aquí el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho en cualquiera de sus especialidades, como es nuestra firme creencia, pues cualquiera fuese el resultado a que llegásemos, nuestra disciplina en particular ofrece claros ejemplos de creación de normas jurídicas para solucionar casos concretos en los fallos de las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, organismos que, infortunadamente para el derecho y la justicia argentina, han actuado como tribunales en las cuestiones de arrendamientos y aparcerías. Dejando de lado estos organismos creemos aún que los tribunales de Derecho, al interpretar y aplicar las leyes, como no pueden dejar de juzgar "bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes", según el artículo 15 del Código Civil, llenan a veces vacíos en la legislación dictando verdaderas normas para casos no contemplados en la legislación, que cuando se remiten constantemente y provienen de los más altos tribunales del país adquieren verdadera categoría de normas jurídicas.

Principios generales del Derecho. Finalmente debemos acudir, como fuente del Derecho Agrario, a los principios primeros de la ciencia jurídica. En especial, para nuestra materia tiene importancia la equidad, que es incluso mencionada en la ley 13.246 como principio de Derecho Agrario". (20)

6.- Reflexiones finales acerca de las fuentes del Derecho Agrario en México.

A lo expuesto en relación a nuestro tema por los especialistas en cuyos trabajos nos hemos informado, debemos intentar agregar nuestras propias observaciones, en algunos casos críticas, aprovechando también las enseñanzas contenidas en los trabajos de los autores extranjeros que se han revisado.

Primeramente, creemos necesario advertir la indispensable consideración de la unidad sistemática y relación jerárquica del orden jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, como punto de partida para nuestras apreciaciones. Evidentemente el Derecho Agrario y sus fuentes se encuentran condicionados por esta premisa fundamental.

En consecuencia, en un sentido formal la fuente originaria de nuestro Derecho Agrario ha sido el Poder Constituyente, histórico o permanente. En un grado siguiente, se encuentran los diversos procedimientos a través de los cuales, las convenciones o tratados internacionales llegan a constituir ley fundamental de la República. Esto, desde luego, en aquellas materias que como las reguladas en el artículo 27 constitucional o en la llamada Carta de Punta del Este, se trata de

cuestiones agrarias y agrícolas.

Derivada de la norma fundamental, la ley, en su acepción común, constituye el resultado del proceso legislativo ordinario que en relación a nuestra materia, constituye la fuente jurídica de ordenamientos directamente reglamentarios de disposiciones constitucionales de carácter agrario, o, en otro importante aspecto, considerando la distribución de competencias entre la Federación y las Entidades que la integran, puede llegar dentro de las legislaturas locales a la creación de normas generales en aquellos asuntos agrarios no reservados expresamente a la Federación. De la propia fuente señalamos, en el orden federal, por ejemplo el Código Agrario, la Ley Forestal y su Reglamento, la Ley Federal de Aguas, etc.; en el orden social, pueden mencionarse las diversas leyes estatales que sobre ganadería, fraccionamientos de fincas rústicas o aparcería rural se encuentran vigentes en diversas Entidades Federativas. Dicho sea ésto, insistiendo en la imprescindible distinción técnica entre proceso legislativo y producto del mismo, En suma, en nuestro sistema jurídico nacional el proceso legislativo es fuente del Derecho Agrario, en los ámbitos federal y local.

Similar en sus características materiales a la fuente mencionada, la función reglamentaria que el titular del Ejecutivo Federal realiza en cuestiones agrarias es, por las peculiaridades de nuestro sistema político, una muy fecunda cuanto irregular fuente del Derecho Agrario nacional. Como es sabido, el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos posee la categoría jurídica de primera autoridad en materia

agraria, la que aunada a la facultad reglamentaria que le es propia, desarrolla una amplísima actividad en la elaboración de normas generales de carácter reglamentario. Al efecto, distinguiendo siempre la fuente de su respectivo producto, puede señalarse que en este aspecto el principal ordenamiento de la materia, el Código Agrario, ha dado lugar a diversos reglamentos, entre otros, el del artículo 173 relativo a privación de derechos agrarios, el de zonas urbanas ejidales, el de inafectabilidad agraria, el de bienes comunales, el de ingenieros postulantes y hace pocos años, al pomposamente denominado "Reglamento para la Planeación, Inversión y Control de Fondos Comunales y Ejidales", en el cual, ignorando definitivamente la naturaleza jurídica de un ordenamiento de este carácter, se terjiversó y atacó directamente lo dispuesto por las normas del Código que se pretendía reglamentar. Además, el Derecho Agrario nacional que no solo se encuentra en el Código de la materia, comprende diversas leyes como la Forestal, la de Aguas, la de Tierras Ociosas, las cuales, a su vez, han sido objeto de una ordenación reglamentaria. En relación a la fuente de que se trata, no podemos dejar de anotar nuestra crítica especialmente respecto a las múltiples materias que requiriendo -- una regulación expresa en el Código Agrario, como las responsabilidades de empleados y funcionarios a que se refiere el artículo 357 del propio ordenamiento, a pesar de los muchos años transcurridos no han alcanzado la ordenación administrativa que haga posible, en el terreno ejecutivo, la aplicación de los principios del Código de la materia. Para no señalar más que una falla más en el campo de que se trata, mencionemos también la inexistencia del reglamento interior del cuerpo consultivo

agrario, de cuya aplicación dependería la puesta en práctica - de la fracción III del artículo 348 del repetido Código, en la cual se establece un ilícito penal de carácter agrario relativo a las irregularidades que frecuentemente cometen los miembros de tal órgano colegiado.

La costumbre o más propiamente hablando el proceso - consuetudinario, no posee una verdadera importancia en el Código de la materia, cuyas disposiciones solamente reconocen como formal a dicha fuente jurídica, en el caso de accesiones y aguas. Sin embargo, los preceptos de carácter agrario que se - encuentran en los Códigos Civiles de las diversas Entidades Federativas, como ya se ha comentado siguiendo lo anotado por - Mendieta y Núñez, si contienen múltiples casos en los cuales - se considera expresamente a la costumbre como fuente jurídica formal. Entre otras materias, podría citarse a este respecto la aparcería agrícola y de ganados, las diversas servidumbres en predios rústicos, etc.

La función jurisdiccional en nuestro medio, puede - dar origen a normas de carácter general, a través del proceso que en la justicia federal da lugar a la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En materia agraria, esta fuente jurídica formal posee una decisiva importancia, dado el carácter federal que tiene la mayor parte de - nuestro Derecho Agrario. Al efecto, es de señalarse que no - solamente es de interés para nuestro estudio la jurisprudencia de la Sala Administrativa del mencionado Tribunal; las resoluciones de las Salas Civil, Penal y aún Laboral del propio órgano, resultan también de una gran importancia en la integración

sistemática de la disciplina especializada que nos ocupa; en materia procesal, las resoluciones del Pleno del propio supremo organismo, tienen una decisiva trascendencia en la decisión de competencias, por lo cual tampoco pueden ignorarse en la práctica del Derecho Agrario.

Siguiendo la línea teórica general establecida en la parte inicial de nuestro trabajo, es de observarse también que en la disciplina de nuestro estudio, los procesos jurisdiccional y administrativo constituyen fuentes jurídicas de normas individualizadas, del mismo carácter que las normas particulares que tienen su origen en la llamada autonomía de los particulares.

En cuanto a los principios generales del Derecho que en nuestra materia deberían tener la jerarquía que en la doctrina agrarista de otros países han alcanzado, no podemos declarar nuestra satisfacción al respecto ni llegar a una precisión como la que quiere y ha logrado Ballarín Marcial en cuanto al Derecho Agrario de España. Los esfuerzos de nuestros tratadistas en esta esfera, han carecido, a nuestro juicio, de la información filosófica y del rigorismo técnico que hubiera sido necesario para alcanzar un resultado trascendente al respecto. No basta, por ejemplo, expresar delirantemente que la "justicia social" y la función social de la propiedad informan nuestro Derecho Agrario; no es suficiente tampoco, gritar que "la tierra es de quien la trabaja". Como tampoco sería bastante ni científicamente aceptable llegar al absurdo de postular que "el indio siempre tiene la razón", tal como afirmara un pintoresco político nuestro. No, los principios generales del De-

recho Agrario son susceptibles, en nuestra modesta opinión, de una determinación seria, científica y relevante jurídicamente hablando; ahora bien, esta tarea constituye un fundamental y urgente objetivo de nuestra doctrina agraria, no solamente para delimitar una fuente jurídica más de nuestra disciplina, si no para construir una sólida y definitiva fundamentación filosófica de la cual arranque el necesario análisis crítico y la proyección de las necesarias reformas de nuestro actual sistema jurídico, para interpretar y normar jurídicamente las necesidades y los anhelos progresistas de la población campesina de México.

Notas bibliográficas del Capítulo Quinto.

- 1.- Caso, Angel: Derecho Agrario, Págs. 190.
- 2.- Citado por Lucio Mendieta y Núñez en su -
Introducción al Estudio del Derecho Agrario, Pág. 67.
- 3.- Mendieta y Núñez, Lucio: Introducción al
Estudio del Derecho Agrario, Págs. 68.
- 4.- Smith, Juan Carlos: Artículo Fuentes del
Derecho en Enciclopedia Jurídica Omeba,
Tomo XII, Pág. 754.
- 5.- Mendieta y Núñez, Lucio: Introducción al
Estudio del Derecho, Págs. 70 y 71.
- 6.- Mendieta y Núñez, Lucio: Introducción al
Estudio del Derecho, Págs. 72 y 73.
- 7.- Chávez, Martha: El Derecho Agrario en Mé-
xico, Págs. 51 y 52.
- 8.- Chávez, Martha: El Derecho Agrario en Mé-
xico, Págs. 52 y 53.
- 9.- Chávez, Martha: Obra citada, Pág. 54.

- 10.- Chávez, Martha: Obra citada, Pág. 54.
- 11.- Chávez, Martha: Obra citada, Pág. 54.
- 12.- Zulueta, Manuel: Derecho Agrario, Pág. 13.
- 13.- Zulueta, Manuel: Obra citada, Pág. 14.
- 14.- Zulueta, Manuel: Obra citada, Págs. 16 y 17.
- 15.- Ballarín Marcial, A.: Derecho Agrario, -
Págs. 23 a 27.
- 16.- Ballarín Marcial, A.: Obra citada, Págs.
194, 195, 213, 217 y sigs.
- 17.- Ballarín Marcial, A.: Obra citada, Págs.
299, 235 y 236 respectivamente.
- 18.- Pérez Llana, Eduardo: Derecho Agrario, -
Págs. 47 y 48.
- 19.- Pérez Llana, Eduardo: Obra citada, Págs.
48 y 49.
- 20.- Ordoñez Carasa, Felipe: Artículo Derecho
Agrario en Enciclopedia Jurídica Omeba, t.
VI, Págs. 950 y sigs. y 960, 961 y 962.

C O N C L U S I O N E S .

1.- El Derecho Agrario en México precisa de un estudio verdaderamente científico de las diversas causas que le han dado origen y de las formas de creación del Derecho positivo que lo constituye. A este objetivo se dirige modestamente el presente trabajo dedicado a lo que se conoce como fuentes.

2.- Primeramente, conviene ocuparnos de las acepciones del término fuentes en su sentido jurídico, sin olvidar que el vocablo fuente proviene del latín fons, fontis que en su clásica acepción denota el manantial de agua que brota de la tierra, y que, en un sentido figurado, el propio término se refiere a lo que es principio, fundamento u origen de algo.

3.- La expresión fuentes del Derecho no es unívoca; con ella, como lo señalan Del Vecchio y Legaz Lacambra, se hace referencia a lo siguiente: fuente de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, etc.); fuerza creadora del Derecho como fenómeno de la vida social (naturaleza humana, la conciencia jurídica, etc.); autoridad creadora del Derecho histórica o actualmente vigente (Estado, pueblo, rey, parlamento); acto concreto o proceso creativo del Derecho (legislación, costumbre, jurisdicción, contrato); fundamento de la validez jurídica de una norma concreta (norma fundante); forma de manifestarse de la norma jurídica (ley, decreto, norma consuetudinaria); fundamento de un derecho subjetivo (norma del que surge).

4.- Respecto de las fuentes, del Derecho, creemos - con el Dr. Recasens Siches que deben distinguirse las dos cuestiones siguientes: a) Primera, el problema de la fuente común o fundamento común de la vigencia jurídica de todas las normas el cual se resuelve por el propio autor expresando que dicha fuente es unitaria y consiste siempre y necesariamente en la voluntad del Estado, entendida ésta como el centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en un orden jurídico; y b) Segunda, la cuestión de cómo se han elaborado realmente, en la historia, los contenidos jurídicos concretos, esto es la dilucidación de cuáles son los procesos sociales en los que se integran los diversos contenidos de las normas. Además, pueden plantearse cuestiones estimativas o técnicas en relación a la diversa jerarquía que debe asignarse respectivamente a las fuentes jurídicas o al sistema específico propio de un determinado Derecho nacional.

5.- En resumen, para el Derecho el término fuentes puede referirse a las fuentes de su conocimiento científico, a las fuentes de la filosofía jurídica o las fuentes del Derecho positivo. En esta última acepción, son fundamentales los principios de unidad sistemática y de estructura o gradación jerárquica del orden jurídico para entender y determinar a las fuentes jurídicas.

6.- La clasificación de las fuentes del Derecho data de la época romana y se ha realizado con muy variados criterios. En Roma, se distinguen tres clases de fuentes: formales, reales e históricas. Francisco Gény propuso una clasificación bipartita así: a) fuentes formales, aquellas a las que

principal y necesariamente debe acudir el juez para fundamentar su decisión, y se comprenden a la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia y la doctrina; y b) un segundo grupo - constituido por elementos racionales derivados de la investigación científica, así como por elementos resultantes de la observación analógica y crítica de la naturaleza de las cosas. - Con un criterio sociológico, Gurvitch trata de dividir las fuentes jurídicas en primarias y secundarias, asignando a los fenómenos y procesos sociales un valor fundamental en la creación de las normas jurídicas. Empero, sintéticamente puede hablarse de dos tipos principales de fuentes jurídicas: las formales y las reales o materiales.

7.- En el sistema jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, desde un punto de vista científico general cabe considerar a las fuentes formales o reales. En un sentido lógico jurídico son las primeras de importancia fundamental, en tanto que las segundas adquieren un plano superior en la consideración histórica o sociológica. Formalmente, el proceso legislativo, la facultad reglamentaria, la función jurisdiccional, el proceso consuetudinario legalmente reconocido y la actividad contractual de los particulares integran las fuentes primordiales de nuestro orden jurídico. Los principios generales del Derecho, como fuente formal y material, tienen también un lugar en el propio sistema técnico. De manera indirecta, si se quiere por la fuerza de los hechos o por las tareas de investigación, los fenómenos políticos y socioeconómicos así como la doctrina participan también en la realidad social, en la creación del Derecho de nuestro país; el más claro ejemplo

de ésto lo encontramos en los diversos procesos revolucionarios de México y señaladamente en el último que tan significativa-- mente ha contribuido como fuente de nuestro Derecho Agrario.

8.- Dentro de nuestro Derecho Agrario operan las - fuentes jurídicas en función de los principios de unidad y relación jerárquica del orden jurídico en general; se condicionan, por tanto, a la estructura constitucional federal del Estado Mexicano. Sin embargo, en la propia rama jurídica se distinguen fuentes específicas como el proceso resolutorio presidencial en materia agraria, la jurisprudencia agraria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y una serie de aspectos de la función administrativa de las autoridades agrarias, así como la actuación de asambleas generales de ejidatarios que da lugar a verdaderos actos jurídicos agrarios; con todo lo cual se verifica la existencia de principios generales propios, peculiares del Derecho Agrario que, en un sentido real, constituyen fuentes jurídicas de la propia disciplina especializada.

9.- Para cerrar nuestro trabajo, observamos que las singulares características señaladas acerca de las fuentes jurídicas en nuestro Derecho Agrario respecto del sistema jurídico nacional, contribuyen a justificar la naturaleza de la propia rama jurídica como una disciplina científica autónoma y especializada en un plano de teoría general del Derecho Agrario.

BIBLIOGRAFIA GENERAL CONSULTADA.

- Ballarín Marcial, Antonio: Derecho Agrario.- Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965.
- Ballve, Faustino: Esquema de Metodología Jurídica.- Ediciones Botas-México.- México. 1956
- Bascuñán Valdés, Aníbal: Manual de Técnica de la Investigación Jurídica.- Manuales Jurídicos. No. 15.- Edit. Jurídica de Chile.- Santiago de Chile. 1961.
- Bielsa, Rafael: Metodología Jurídica.- Librería y Editorial Castellví S. A.- Santa Fé.- Argentina 1961.
- Bravo González Agustín y Sara Bialostosky: Compendio de Derecho Romano (Conforme a los programas de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.). 1a. Edic. Editorial Pax-México.- México. 1966.
- Brethe de la Gressaye, Jean: Introduction Generale a L'étude du Droit.- Librairie - Du Recueil Sirey, S.A.- Paris 1947.
- Capitant, Henri: Vocabulario Jurídico.- Les Presses Universitaires de France, Paris. 1930. Ediciones Depalma.- B.Aires. 1961.
- Carnelutti, Francesco: Metodología del Derecho.- Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.- B.Aires Caracas, Guatemala, Habana, Lima, Montevideo, Río de Janeiro, San Juan, MEXICO 1940.

- Carnelutti, Francesco: Teoría General del Derecho. Serie C: Grandes Tratados - Generales de Derecho Privado y Público. Vol. XVII. Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid. 1955.
- Cervantes, Xavier de: Apuntes para la Historia - del Derecho Patrio. Ed. de la Escuela Libre de Derecho.
- Cerrillo F. y Mendieta L.: Derecho Agrario.- Bosch. - Editorial.- Barcelona. 1952.
- Código Agrario de los Estados Unidos Mexicanos (Publicado en el D.O. 27 de abril de 1943).- Prólogo, Concordancia y Comentarios del - Lic. Manuel Hinojosa Ortiz. Edición del Depto. Agrario.- México, D. F. 1943.
- De Camps y Arboiz, Joaquín: La propiedad de la Tierra y su Función Social.- Bosch, Casa Editorial.- Barcelona, 1953.
- De Cossío González, Francisco: Historia de la Tenencia y Explotación del Campo desde la Epoca Precortesiana hasta las Leyes del 6 de enero de 1915.- Tomos I, II.- Talleres Gráficos de la Nación.- 1957.
- Díaz-Balart, Rafael L.: Derecho Agrario y Política Agraria.- (El Temor a la Reforma Estructural en Iberoamérica).- Ediciones Cultura Hispánica.- Madrid. 1965.
- Dujovne, León: La Filosofía del Derecho de Hegel A. Kelsen.- Bibliográfica Omeba.- Editores Libreros.- B. Aires. 1963.

- Duverger, Maurice: Métodos de las Ciencias Sociales.- Ediciones Ariel.- Barcelona-Caracas. 1962.
- E. Vallado Berrón, Fausto: Sistemática Constitucional. Declaración de la. Edic. -- Editorial Herrero, S.A.- México. 1965. Garantías.- Orgánica Constitucional.- Leyes Constitucionales.
- Ebenstein, William: La Teoría Pura del Derecho. la. Edic. 1947. Fondo de - Cultura Económica.- México-Buenos Aires. 1947.
- Enneccerus Ludwig y Theoder Kipp: Tratado de Derecho Civil.- Traducción de la 39a. edic. alemana con estudios de comparación adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por González Pérez Blas y José Alguer.- Edit. Bosch.- Barcelona.1947.
- Esquivel Obregón, T.: Apuntes para la Historia del Derecho en México.- Tomo I. Los Orígenes. 1937.- Vol. - Primero.- Tomo II. Nueva España. 1938. Vol. Quinto. - Tomo III. Nueva España. 1943. Vol. Séptimo.- Tomo IV.- México, Relac. Intern. 1947.- Librería Porrúa, S.A. México 1947.
- F. Palavicini, Félix: Historia de la Constitución de 1917.- Tomo I.- México, D. F.
- Fabila, Manuel: Cinco Siglos de Legislación Agraria.- (1493-1940).- Tomo I.- Bco. Nal. de Crédito.- Agrícola.- México. 1941.
- Fernández de León, Gonzalo: Diccionario de Derecho Romano.- Edit. S.E.A.- B. Aires. 1962.

- Ferrara, Francisco: Teoría de las Personas Jurídicas.- Editorial REUS, S.A. Academia "Editorial Reus, S. A."- Madrid. 1929.
- García Maynez, Eduardo: La Definición del Derecho.- Ensayo de Perspectivismo jurídico.- Universidad Veracruzana.- Biblioteca de la Facultad de Derecho.- México, 1960.
- García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho.- 4a. Edic. corregida.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1954.
- González Diaz Lombardo, Francisco: Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho. 1a. Edic.- Ediciones Botas. México, D. F., 1956.
- Gurvitch, Georges: Elementos de Sociología Jurídica.- Puebla, Pue.- Editorial José Ma. Cajica, Jrv México. 1948.
- Hegel, Guillermo Federico: Filosofía del Derecho, (Introducción de Carlos Marx). Edit. Claridad. 4a. Edic. Buenos Aires. 1955.
- Hernández García, Raúl: Crítica Gramatical de algunos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Correcciones Gramaticales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- 1a. Edic. México. 1965
- Hubner Galle, Jorge I.: Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales.- Editorial Jurídica de Chile.- Santiago-Chile. 1952.

Kaufmann, Félix:

Metodología de las Ciencias Sociales.- 1a. Edic. España la.- 1946.- Fondo de Cultura Económica.- México. 1946.

Kelsen, Hans:

Teoría Pura del Derecho.- Editorial Eudeba.- Buenos Aires.- 1965.

Klug, Ulrich:

Problemas de Filosofía del Derecho.- Editorial Sur,S. A.- Argentina. 1966.

Lanz Duret, Miguel:

Derecho Constitucional Mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen.- 4a. Edic. corregida.- Imprentas L.D., S. A.- México. 1947.

Lissarrague, Salvador:

Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho.- Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1948.

Margadant S., Guillermo F.:

Derecho Romano.- Editorial Esfinge, S.A.- México. 1965.

Martínez Báez, Antonio y otros:

La Constitución de 1917 y la Economía Mexicana.- Cursos de Invierno. 1957.- Conferencias.- Escuela Nacional de Economía.- México. 1958.

Mendieta y Núñez, Lucie:

El Derecho Precolonial.- 2a. Edic. Institute de Investigaciones Sociales.- México. 1961.

Mendieta y Núñez, Lucie:

Introducción al Estudio del Derecho Agrario.- Editorial Porrúa, México. 1946.

Mendieta y Núñez, Lucie:

El Problema Agrario en México.- Edit. Porrúa. México. 1954.

- Mendieta y Núñez, Lucio: El Sistema Agrario Constitucional.- Editorial Porrúa.- México. 1940.
- Merkel, Adolfo: Enciclopedia Jurídica.- 5a. Edic. preparada por citado. Traducción de W. Reces.- Editorial Reus, S. A.- Madrid. 1924.
- Nawiasky, Hans: Teoría General del Derecho. Ediciones Rialp, S.A.- Madrid. 1962.
- Molina Enriquez, Andrés: Los Grandes Problemas Nacionales.- Imp. Carranza e Hijos.- México. 1909.
- Orgaz, Arturo: Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales.- 3a. Edic.- Editorial Assandri.- Córdoba. - 1959.
- Ortiz de Montellano, Manuel: Génesis del Derecho Mexicano. (Historia de la Legislación de España en sus Colonias Americanas y especialmente en México).- Tipográfica de T. González, Sucs. México. 1899.
- Preciado Hernández, Rafael: Lecciones de Filosofía del Derecho.- 3a. Edic.- Editorial Jus.- México. 1960.
- R. A. Seligman, Edwin: Encyclopaedia of the Social Sciences.- Vols. 1 al 25.- The Macmillan Company.- New York.- MCMLIX.
- Radbruch, Gustavo: Filosofía del Derecho.- 4a. Edic.- Editorial Ravista de Derecho Privado.- Madrid. - 1959.

Recasens Siches, Luis:

Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.- Fondo de Cultura Económica.- México-Buenos Aires. 1956.

Recasens Siches, Luis:

Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX.- Segundo Tomo. 1a. Edic.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1963.

Recasens Siches, Luis:

Tratado General de Filosofía del Derecho.- 2a. Edic.- Editorial Porrúa, S.A.- México. 1961.

Rouaix, Pastor:

Génesis de los Artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917.- 2a. Edic.- Imp. Talleres Gráficos de la Nación.- México. 1959.

Terán, Juan Manuel:

Filosofía del Derecho.- Editorial Porrúa, S. A.- México. 1952.

Vázquez Alfaro, Guillermo:

Estudios Agrarios Mexicanos. Edición para el Primer Curso Internacional sobre Reforma Agraria, organizado por la O.E.A. y el I.I.C.A., - San José de Costa Rica. 1962.

Vázquez Alfaro, Guillermo:

Michoacán. Política Agraria. Consideraciones Generales - para el estudio del Problema Agrario en el Estado de Michoacán.- México. 1962.

Vázquez Alfaro, Guillermo:

La Reforma Agraria de la Revolución Mexicana.- Imp. La Artística.- México. 1963.

Vázquez Pérez, Francisco:

Derecho Agrario.- 1912-1942. Cuadernos de Política. No. 4.- México. 1945.

Vallado Berren, Fausto E.:

Introducción al Estudio del
Derecho.- Editorial Herrero,
S. A.- México, D.F. 1961.

Vecchio, Giorgio del:

Filosofía del Derecho.- 8a.
Edic.- Bosch, Casa Editorial
Barcelona. 1964.

Villoro Toranzo, Miguel:

Introducción al Estudio del
Derecho.- 1a. Edic.- Edite-
rial Porrúa, S. A.- México.
1966.

Zulueta Manuel, Maria del:

Derecho Agrario.- Editores
Salvat,- Barcelona, Madrid
1955.

I N D I C E

Págs.

DEDICATORIAS

INTRODUCCION

9

CAPITULO PRIMERO

13

ACEPCIONES DEL TERMINO FUENTES Y SU SENTIDO JURIDICO. LAS DIVERSAS FUENTES EN EL DERECHO: FUENTES DE SU CONOCIMIENTO CIENTIFICO; FUENTES DE LA FILOSOFIA JURIDICA Y FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.

- 1.- Acepções del término fuentes en su sentido jurídico.
- 2.- Planteamiento del Dr. Recasens Siches de los diversos problemas sobre las fuentes del Derecho.
- 3.- Las diversas fuentes en el Derecho: fuentes de su conocimiento científico; fuentes de la filosofía jurídica y fuentes del Derecho positivo.

CAPITULO SEGUNDO

36

DETERMINACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO EN FUNCION DE LA UNIDAD SISTEMATICA DEL ORDEN JURIDICO Y DE SU ESTRUCTURA JERARQUICA.

- 1.- El orden jurídico y su unidad sistematizada en relación a sus fuentes.
- 2.- La estructura jerárquica del orden jurídico y su influencia en la determinación de las fuentes del Derecho.

LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO EN MEXICO.

- 1.- Consideraciones generales.
- 2.- El tema de las fuentes jurídicas en la "Introducción al Estudio - del Derecho Agrario", del Dr. - Mendieta y Núñez.
- 3.- Aportaciones de la Dra. Chávez - Padrón para el conocimiento de - las fuentes jurídicas del Dere- cho Agrario en México.
- 4.- Las fuentes del Derecho Agrario en España.
- 5.- Las fuentes del Derecho Agrario en Argentina.
- 6.- Reflexiones finales acerca de las fuentes del Derecho Agrario en México.

CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFIA GENERAL CONSULTADA	200
INDICE	208