

Las fuentes del derecho
en el Ordenamiento
Jurídico Colombiano

Laureano Gómez Serrano

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

AUTOR: Laureano Gómez Serrano
FECHA DE RECEPCION: Noviembre 30 de 2008.
DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co

RESUMEN Reseña de la investigación "las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano". En esta primera entrega se expone: 1 la noción y 2. Los enfoques de las principales escuelas jurídicas.

PALABRAS CLAVE :Hermenútica Jurídica, Fuentes del Derecho, Escuelas jurídicas, lusnaturalismo, Positivismo, Interpretación.

ABSTRACT: Review of the investigation" the sources of the Law in the juridical Colombian classification ". In this first delivery it is exposed: 1 the notion and 2. The approaches of the principal juridical schools.

KEY WORDS: Sources of the Law, juridical Schools, lusnaturalismo, Positivism, Interpretation.

Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano

Laureano Gómez Serrano

El presente artículo contiene el texto de la primera parte de la conferencia dictada en el mes de Julio de 2008, en la Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho, de la Escuela de Derecho, de la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, y que constituye el marco teórico sobre la Investigación sobre Fuente del Derecho Colombiano, que el autor desarrolla en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, en la línea de HERMENÉUTICA JURÍDICA.

La conferencia tiene tres partes: la primera versa, sobre la discusión doctrinaria en torno a las fuentes formales de derecho; la segunda, sobre la estructura normativa y jurisprudencial trata la disciplina de las fuentes en el derecho colombiano, y la tercera, un análisis sobre la calidad de las normas en el sistema jurídico colombiano.

1.- NOCIÓN DE FUENTES DEL DERECHO

“El derecho positivo es fácil de definir. Él es la aplicación del derecho que está en vigor en un pueblo determinado”¹.

Uno de los problemas centrales de la interpretación jurídica lo constituye el planteamiento de las fuentes materiales y formales del ordenamiento jurídico; se determinan como tales, el **“Conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez, de las reglas en que se basa su decisión”².**

La influencia de tales factores en el ordenamiento es variable, y van desde aquellos que proporcionan una norma ya elaborada que simplemente debe aceptarse, hasta aquellos que sólo aportan ideas e inspiración para que el

1 CAPITANT, Henri; Libro de homenaje en memoria de Geny; Nancy, 1935: página 8.

2 ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, página 35.

propio juez formule la norma que necesita; en principio, éste es el fundamento de las diferencias que se presentan entre el derecho continental europeo y el derecho anglosajón conocido como **common law**; mientras en el primero aparece como base la ley, expresada paradigmáticamente en la codificación del derecho civil, en el segundo, se expresan las prácticas depuradas de la actividad mercantil.

Dichos factores entre otros, son:

- i) Sociológicos: como las relaciones sociales, económicas, de poder, los intereses de clase, las costumbres, las tradiciones, las concepciones religiosas o morales.
- ii) Éticos: principios generales con fuerza vinculante o fuente última del derecho (como la Deidad, la voluntad contractual).
- iii) Teóricos jurídicos que sirven de fundamento del derecho: como la ley, los reglamentos, los instrumentos legales.

Los referidos factores son apreciados desde diferentes perspectivas por las distintas escuelas jurídicas, en las cuales pueden agruparse las exposiciones doctrinales que a través de la historia del derecho se han realizado. En este trabajo, pretendemos exponer los elementos centrales de cada una de ellas, para después abordar el tratamiento que a ellos se da en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las fuentes del derecho en los ordenamientos jurídicos modernos, que surgen como consecuencia de la revolución francesa, son emanación de la autoridad competente, es decir que constituyen una expresión de la voluntad estatal, como lo señala Gény **“La ley es la evidencia última. Es la obra del poder competente”**³.

Ellas, por tanto, determinan los fundamentos centrales de la validez del sistema jurídico, que permiten determinar **“El derecho positivo existente actualmente en un pueblo determinado”**⁴, esto es, encontrar:

- i) cuándo una regla es derecho válido;
- ii) cómo debe ser el derecho, y como es el derecho;
- iii) cómo se conoce la existencia del derecho y cuales son sus límites;
- iv) identificar la realidad jurídica que existe de hecho.

3 GÉNY, Francois; *Methodé d'interpretation sources en droit privé positif. Essai critique*, 2 vols., 2ª ed, París, LGDJ, 1919, página 222.

4 MAY, Gastón; *Introducción a la Ciencia del Derecho*; París, 1932, página 65.

Como lo señala el teórico del realismo escandinavo Alfred Ross⁵, los problemas jurídicos pueden ser abordados desde una triple perspectiva, lo que genera una triada de tipos o formas de hacerlo:

- i) Dogmática jurídica, asume el derecho como una ciencia normativa, es decir, descriptiva de normas (Ciencia positiva del derecho).
- ii) Sociología jurídica: examina las conexiones del ordenamiento con la comunidad y su estructura económica. (Ciencia sociológica-explicativa).
- iii) Política jurídica: disciplina que pretende establecer, bajo determinadas circunstancias, cómo debe o tiene que ser el derecho. (Ciencia política).

2. ESCUELAS JURÍDICAS Y ENFOQUES.

El iusnaturalismo predominante en los siglos XVII y XVIII, asume el derecho como un ideal eterno e invariable, impreso en la naturaleza humana que puede ser conocido por la razón, y que según Rousseau es la expresión de la libertad y la igualdad¹⁶; se convierte por tanto, en un ideal de carácter ético, determinado por una forma general que predica cómo debe ser el derecho.

Esta perspectiva combina una ética jurídica de carácter metafísico especulativo, con sociología del derecho, plateándolo como una creación libre y consciente del legislador, donde el Juez simplemente predica el derecho al aplicarlo, o como lo dice Montesquieu: **“El juez es la boca de la ley”**⁷.

Sus postulados fueron recogidos por la revolución francesa de 1789, en especial en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que se concretan en una excelsa obra jurídica, el Code de Napoleón, que al decir de Portalis, recoge la idea de un derecho sencillo y unitario, dictado por la ciencia de la legislación, establecido sobre leyes universales, donde el legislador ostenta el poder absoluto, y el juez sólo habla en su nombre; o como él lo dice: **“Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, este es la razón natural, en tanto que gobierna a todos los hombres”**⁸.

5 Vid. ROSS., Alfred; Op. cit. El realismo jurídico, parte de bases empíricas y antimetafísicas, entiende el derecho como un objeto de consideración científica, que se construye con conceptos fácticos y elementos síquicos. Entre sus destacados exponentes se encuentran Axel Hågertröm, Anders Vilhelm, Kart Olivecrona, Lund, Lund y Alf Ross.

6 ROUSSEAU, Jean Jacques; El Contrato Social; editorial Losada, Buenos Aires, 1980, página 7.

7 MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, baron de la Brede; El Espíritu de las Leyes; editorial Losada, Buenos Aires, 1985, página 23.

8 PORTALIS, Jean Etienne Marie. Discurso Preliminar al Código Civil, Madrid, 1985, página 12.

La ley surge de la revolución como fuente primigenia del derecho, que vincula al juez de manera absoluta, dando al ordenamiento codificado una pretensión de plenitud y unidad, expresión de un derecho natural racional, que cohesiona al Estado y afirma las garantías de libertad e igualdad de los ciudadanos, cuya aplicación corresponde al Juez, como se estableció en el artículo 4º del **Code** al ordenar que **“El Juez que rehusa juzgar so pretexto de silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegar justicia”**⁹.

Portalis consideraba que a falta de norma expresa el Juez debía fallar en equidad, ser un **“ministro de la equidad”**, como se intentó establecer en el eliminado artículo 11 del Título preliminar de la codificación, como también destaca el potencial unificador de la ley, ya que en su decir **“Con el código ya no seremos provenzales, bretones, alzacianos, sino franceses. (...)”** **El derecho es la razón universal, la razón suprema fundada en la naturaleza misma de las cosas”**¹⁰.

En efecto los redactores de la codificación napoleónica concebían un sistema de leyes perfectas que se concretan en códigos, expresión del racionalismo jurídico, esto es de un derecho natural racional, unificador del Estado y afirmador de los derechos del ciudadano, la libertad y la igualdad, que se constituyen en un sistema jurídico.

Así se construyó el culto fetichista de la ley escrita y se predicó la omnipotencia del legislador, para determinar que toda decisión judicial debe basarse en la ley escrita, y que esta señala las reglas que se convierten en decisión jurídica aplicando conceptos jurídico-sustantivos; la decisión jurídica consiste entonces, en extraer un principio por inducción a partir de una o más soluciones contenidas en la ley; posteriormente la solución que requiere el caso es deducida de dicho principio.

Los comentadores del código napoleónico, lo destacaron como el derecho inherente a las relaciones del hombre con la sociedad (...) **“ un derecho incesantemente cambiante y variable...es el derecho privado de una democracia (...) que consagra la libertad y la igualdad aboliendo todo privilegio... (...)”**¹¹; así es como, Saleilles, y sus apologistas edificaron en torno al Code el fetichismo de la ley escrita y la tesis sobre la omnipotencia del legislador, hasta llegar a afirmar que bastaba su estudio para compren-

⁹ Code Civil, artículo 4o.

¹⁰ PORTALIS, Jean Etienne Marie; Op. Cit, página 15.

¹¹ SALEILLES, Raymond; Le code Civil et la méthode historique; Livre du centenaire, Paris, Rosseau, 1904, página 122.

der del sistema jurídico **“No conozco el derecho civil, sólo enseño código de Napoleón”**¹².

Por su parte, Julián BONNECASE, distanciándose de estas posiciones dogmáticas, determina que para la comprensión del Código napoleónico en su integridad, deben distinguirse, en su existencia tres períodos, a saber:

- i) Expedición del Code (1804 a 1830) en el cual se realizó su divulgación y permitió comprensión mediante la y aplicación directa e inmediata de la ley.
- ii) Trabajos de los Comentaristas (1830 y 1880) que permitió establecer sus Principios y reglas.
- iii) Decadencia, a partir de finales siglo XIX que permitió encontrar sus lagunas e injusticias.

Los cultores de la codificación napoleónica, agrupados en la llamada escuela de la exégesis, enseñaron que toda decisión debe basarse en la ley escrita; así las reglas se convierten en decisión jurídica aplicando conceptos jurídico-sustantivos.

La solución que requiere el caso es deducida de dicho principio; así entonces, al poder judicial, sometido al imperio de la ley, sólo le corresponde predicar el derecho, **“Un buen magistrado humilla su razón frente a la ley: puesto que ha sido instituido para juzgar según la ley, pero no para juzgarla”**¹³.

Los seguidores de la exégesis generaron una hipervaloración del texto de la ley escrita, destacando su carácter estatal; para ellos, la indagación hermenéutica se limita a encontrar la pretendida **“voluntad del legislador”** mediante la utilización de técnicas analíticas, dando prevalecía al argumento de autoridad, y construyendo ficciones para superar los vacíos normativos; como rasgos característicos de la escuela se suelen destacar:

- 1.- El fetichismo de la ley escrita
- 2.- La búsqueda de la voluntad del legislador en el texto de la ley.
- 3.- El carácter estatalista del derecho, su culto a la ley.
- 4.- La aplicación del método analítico, el abuso de los argumentos de autoridad, de la creación de ficciones.

12 BUGNET, citado por Geny en Methode, página 30.

13 MOURLON, Federico y de BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; Repetitionis écrites sur le code. Citados por Julián Bonnacasse, L'École de l'exégèse en droit civil, Paris, Boccar editeur, 1924, página 158.

5.- La apelación reiterada a los principios del derecho.

Paradójicamente, junto con el culto fetichista de la ley, los exégetas empezaron a reconocer la existencia de unos principios superiores devenidos del derecho natural, que informan la creación del derecho positivo.

En efecto, uno de sus cultores, Saleilles, destacó que además de la ley, el estudio del derecho comprendía el de las fuentes subsidiarias, mediante el empleo de la analogía, la precisión de las formas de conciencia colectiva y del derecho comparado, y sostuvo que muchas veces la búsqueda de la **“intención real”**, de no ampliarse el espectro analítico derivaba en plantear una **“intención supuesta”**, ya que en su decir, en muchas ocasiones la pretendida voluntad del legislador, no era sino la de sus intérpretes.

3. FRANCOIS GÉNY FRENTE A LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. O DE LOS COMENTARISTAS.

Frente a los cultores de la exégesis, los también llamados comentaristas, dentro de los cuales se destacaron Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Mercadé, Valette, y cuya tarea central se concentraba en la verificación analítica del significado exacto y del ámbito de validez de los textos legales, se alzó Francois GénY, quien postuló a existencia de otras fuentes que tenían un carácter subsidiario respecto de la ley y la costumbre, como son los llamados los principios jurídicos, los cuales en su concepto, tienen existencia en sí, absoluta, y que constituían la expresión de una repulsión al poder estatal.

Tales principios eran la conciencia, la intuición, los sentimientos íntimos, las fuerzas psicológicas, el subconsciente, las creencias, por cuanto **“Las reglas jurídicas y las soluciones que consagran están esencialmente determinadas por el fin práctico y el fin social de la instituciones”**¹⁴.

Esta nueva perspectiva implicaba la generación de un procedimiento jurídico que permitiera conocer los contenidos de la ley, mediante el uso de la analogía, de los argumentos **a fortiori** y a **contrario sensu**, establecer las lagunas normativas que se consideraban necesarias e inevitables, en razón a que la ley y la lógica son impotentes en algunas ocasiones para llenar los vacíos de la ley.

Frente al jurista lógico e irresponsable, ahora se plantea un jurista responsable de su actividad, que descubre la naturaleza de las cosas, a

14 GENY, Méthode.; Método de interpretación e investigación del derecho privado positivo , 1899, Paris, epígrafe 68.

través de una investigación libre pero científica, que utiliza la ciencia y los instrumentos de la técnica; a partir de Geny, como lo destacó Saleilles, el derecho deja de ser una disciplina aislada, para pretender convertirse en una ciencia de hechos, bebiendo de la naturaleza de las cosas.

En 1899, Geny publicó su obra titulada como Método de interpretación e investigación del derecho privado positivo; en ella señala que el denominado **“libre investigador científico”** debe actuar con la mentalidad del legislador, que debe realizar mediante rigurosos procedimientos auto-integración y heterointegración de la ley, la búsqueda de la voluntad de la ley (***ratio legis***) y no la voluntad del legislador, a cuyo efecto tiene que averiguar las reglas jurídicas aplicables, mediante la utilización de técnicas filológicas de interpretación y de comprobación sistemática, **“Interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cuanto valorar y decidir”**¹⁵.

Geny pretendió otorgar estatus científico al derecho mediante una rigurosa aplicación del método científico, recurriendo a los elementos y a los métodos de la investigación social, acorralar la ley en su literalidad, así como eliminar la distinción entre doctrina, jurisprudencia y legislación, en un sistema en el cual sin embargo, la ley escrita tiene la primacía, pero no el monopolio; porque como él mismo lo reconocía, la ley da certeza y seguridad, y ella se deriva de la misma percepción filológica del texto legal; como lo destacó Frydman, **“El texto legal se une a la voluntad en un conjunto indisoluble: la fórmula es la forma...(…) En consecuencia la interpretación exige al intérprete una sumisión plena”**¹⁶.

El sistema postulado por Geny reconoce la existencia de dos tipos de fuentes:

i) La ***ratio imperii***, la ley y la costumbre: la ley es una entidad independiente del legislador; una vez formada se desprende de su autor y se desarrolla por aparte siguiendo una suerte propia, ella procura armonía y certeza en el derecho adaptándolo a las nuevas realidades sociales.

La costumbre, es una fuente formal ***sui generis***, traductora de la conciencia popular, de difícil prueba, y a la cual le falta nitidez; en su decir, **“es manifiestamente inadmisibles que la voluntad general, cuando se produce en bloque y sin orden, pueda crear el derecho o derrotar la ley bajo cualquier forma... (...) la fuerza obligatoria de la costumbre no**

15 GENY, Francois; Methode, página 265.

16 FRYDMAN, Benoit; Le Proyect sicentifique de Francois Geny, Québec, Edition Yvon Balis, 2000, página 218.

podría justificarse más que viendo en ella una ley tácitamente consentida”¹⁷.

ii) La *imperio rationis*, la doctrina y la jurisprudencia, que expresan la autoridad y la tradición (“*Opinio iuris seu necessitatis*”); corresponde a la doctrina la parte teórica y a la jurisprudencia la actuación práctica; ésta debe ser uniforme y reiterada para generar precedente, así contribuye a la formación de fuentes formales, por tanto, debe considerársela como la **“fuente de fuentes”**, las dos se deben utilizar de manera integrada; él señala que **“La lucha jurídica se produce principalmente con las armas de la autoridad, los precedentes judiciales primero y, en su defecto, para complementarlos, las citas de los juristas acreditados”**.¹⁸

Las fuentes deben complementarse con el análisis de la legislación comparada, que es un arte o técnica que se aplica para alcanzar objetivos prácticos, mediante el apoyo de la historia comparativa del derecho.

Al postular el concepto de **“La Libre Investigación Científica”**, Gény aboga por encerrar la ley en sus límites filológicos e históricos, y abrir la vía a otras fuentes, entre ellas la libre investigación científica que permita dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, a fin de construir el derecho como una ciencia, sobre fundamentos racionales más que sobre la autoridad; empero a la libre investigación científica, se arriba subsidiariamente, ante la ausencia de fuentes formales:

“Llega un momento en que el jurista, desprovisto de todo apoyo formal debe confiarse a sí mismo para descubrir la decisión que no puede rechazar (art. 4º Code Civil)... El intérprete no realiza una tarea mecánica de pura recepción. Sus facultades propias entran en escena para descubrir y emplear, a propósito de la fórmula que aplica, los elementos objetivos de todo orden que la hacen valer y la fecundan”.¹⁹

La escuela de la libre interpretación científica debe propender entonces, por descubrir la naturaleza de las cosas y de los hechos sociales, mediante el uso de la analogía, como expresión de igualdad jurídica, y reconociendo que la acción jurídica de los individuos discurre mediante el despliegue de autonomía de la voluntad, que sólo puede ser limitada por el orden público, ya que para él,

17 GENY, Francois, *Methode*, página 337.

18 GENY, Francois; *Méthode*, II, página 6.

19 *Ibidem*, página 76.

“El derecho es un conjunto de reglas, surgidas de la naturaleza de las cosas, (...) deducidas por interpretación, inspirado por la justicia y la utilidad social, su esencia le coloca por encima de las fuentes formales que sólo son revelaciones empíricas suyas, destinadas únicamente a dirigir los juicios humanos en forma más precisa pero, en sí, siempre incompletas e imperfectas”²⁰.

La fecunda simiente de Geny, germinará decisivamente entre los cultores de la llamada Escuela sociológica, que contará entre sus exponentes más connotados a August Comte, (1852); Emil Durkheim; Adam Smith, Jeremías Bentham; y León Bourgeois (1896); entre ellos, León Dugüit, postulará el concepto de justicia como una ética objetiva, expresión de la conciencia jurídica del pueblo que se expresa a través de la jurisprudencia, como lo precisa Hassemmer, **“La ley no puede determinar la evolución de la jurisprudencia”²¹.**

Ellos procurarán estructurar una disciplina científica para el trabajo jurídico de la jurisprudencia, dotándolo de medios formalizados para crear, modificar, aplicar, extinguir las reglas de derecho: **“Los elementos de fondo que generan las reglas del derecho (...) El método es el conjunto de las directivas seguidas por el espíritu para penetrar un objeto de conocimiento humano y dominarlo”²².**

4.- LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA.

En una magistral síntesis del Romanticismo de Shelling y el idealismo hegeliano, Carl Friedrich von SAVIGNY, postulará, desde la perspectiva del nacionalismo jurídico, la plenitud lógica del ordenamiento jurídico, en una corriente de pensamiento que se reconoce como historicismo y jurisprudencia de los conceptos, la cual presentó con la publicación en 1813, de EL PROGRAMA DE LA ESCUELA HISTÓRICA, y con su obra el SISTEMA DEL DERECHO ROMANO que dio a la luz en 1840, y que vino a establecer concretar el punto de vista germánico, sobre las disímiles relaciones entre el derecho y la cultura , planteadas como el *Espíritu de la ley*²³, el *Espíritu objetivo*²⁴, la *totalidad significativa*²⁵ o la *conciencia colectiva*²⁶.

20 GENY, francois; Méthode, II; Op. cit., página 221.

21 HASSEMER, Winfried; Sistema Jurídico y codificación: La vinculación de juez a la ley; en Kauffman Arthur, y Hassemmer, Winfried; El Pensamiento Jurídico contemporáneo, Madrid, editorial Debate, 1992, página 45.

22 BONNECASE, Julien ; La Escuela de la exégesis en derecho civil; París, Boccard editeur, 1924, pagina 38.

23 MONTESQUIEU; Op. cit

24 HEGEL, Karl, Friedrich; Filosofía del Derecho, Losada, Madrid, 1988.

25 DILTHEY, Wilhelm; Introducción a las Ciencias del Espíritu , Losada, Madrid, 1982.

26 DURKHEIM, Emil; Reglas del método sociológico 1895, y La división del trabajo social, 1893.

Savigny, para quien, desde una postura sociológico-jurídica, el derecho es la formalización del llamado **“espíritu del pueblo”**; plantea como problema central, la cuestión contenida en el interrogante de **¿Cómo surge el derecho en forma de sistema jurídico?**, que él responde de manera clara y contundente: **¡ Surge fácticamente!**; empero, anota, sólo se le reconoce mediante un elemento subjetivo, el sentimiento de vinculación.

Al efecto, anota:

**“...La costumbre se convierte en derecho merced a una común percepción de obligación. (...)
La convicción del pueblo es el auténtico factor creador de derecho, que lo genera de forma mediata, a través de la legislación o la ciencia como medios artificiales”²⁷.**

Para Savigny, la autoridad pública que se expresa a través de la Constitución y del Estado surge por tres vías: i) Contractualmente por la anuencia de los asociados; ii) por la fuerza; y iii) por consenso o coincidencia de pareceres; así entonces, para él, la costumbre meramente fáctica no es fundamento del derecho, requiere de convicción.

En su concepto, derecho no puede tener carácter arbitrario, deviene de un proceso generado por una regularidad sociológica, un proceso natural sometido a leyes, como expresión del **“espíritu del pueblo”**, que va desde el derecho consuetudinario hasta los escalones más altos, el **“derecho de los juristas y el “derecho legal”**; de manera descriptiva explica: **“yo considero el derecho de cada pueblo, como un miembro corporal de dicho pueblo, y no como un hábito arbitrariamente diseñado, que puede también ser arbitrariamente retirado y cambiado por otro”²⁸.**

Para él, el Juez tiene una función receptiva y no productiva, por tanto éste debe asumir una posición pasiva, porque el dogma de la plenitud lógica del ordenamiento jurídico, sólo le permite comprender el derecho, no crearlo; por tanto, tiene función interpretativa, no creativa.

La interpretación se realiza mediante aplicación de técnicas, como lo es la lógica-gramatical, que se acompaña de elementos históricos y sistemáticos, en procura del auténtico significado del derecho; de manera excepcional se permite al intérprete llenar las lagunas que presente el sistema, utilizando la analogía que tiene una función receptiva, ligada a las normas preexistentes.

27 SAVIGNY, Karl F, von; Sistema del Derecho Romano actual; Librería General, Madrid, 1908, página 37.

28 Ibídem, página, 43.

Georg Friedrich PUCHTA, gran difusor de la obra del maestro, describe los elementos del proceso de formación del derecho, destacando sus núdulos capitales:

- i) La fuerza eficiente, **“El espíritu del pueblo”**, verdadera fuente del derecho.
- ii) El método de producción, a través de elementos naturales y artificiales, como los son las fuentes del derecho, que surgen del acuerdo natural en la convicción jurídica, de la legislación, y de la ciencia.
- iii) Las formas de aparición, mediante la costumbre, la ley y el sistema, o sea los fundamentos intrínsecos del conocimiento.
- iv) Sus estados o manifestaciones específicos, como el derecho consuetudinario, el derecho promulgado y el derecho de juristas.

El discípulo más agudo, pero a la vez su contradictor, haciendo referencia a la forma como se generó el llamado **espíritu del derecho romano**, destaca como se genera una tradición jurídica, con la aparición de reglas de aplicación práctica, que luego construyen definiciones y principios , que posteriormente se integran en un sistema ; así lo dice:

“...las fuerzas motrices del derecho se ocultan en lo más profundo de su esencia íntima. Éstas sólo actúan poco a poco, infiltrándose, es cierto, dentro de todo el organismo, pero sin manifestarse en ninguna parte de una forma lo suficientemente evidente para que puedan necesariamente ser percibidas... (...) éstas no son reglas sino cualidades, rasgos del carácter de las instituciones jurídicas, ideas generales que no son susceptibles por ellas mismas de ninguna paliación, pero que han ejercido una influencia determinante sobre la formación de las reglas prácticas del derecho”.²⁹

5.- EL SISTEMA ANGLOSAJÓN y EL POSITIVISMO

Dentro del concepto de sistema anglosajón, comprendemos genéricamente los sistemas jurídicos de Inglaterra, Escocia y los Estados Unidos de Norteamérica, que se manifiesta como una continuación de la escuela analítica de corte positivista, de carácter práctico y realista, que establece un estrecho contacto con la realidad jurídica, tal y como se expresa en dos aforismas muy utilizado en las escuelas jurídicas inglesas; el primero, **“Eso podrá ser correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”**; y el

²⁹ IHERING, Rudolf von; *Espíritu del Derecho Romano en las diversas faes de su desarrollo*; Traducción de Melenare; editorial Forni , Bolonia, 3ª reedición, 1969, página 46.

segundo, que permite distinguir, y establecer la contraposición entre la ley y el derecho, **“It is law, but it is not right”**³⁰.

La vertiente jurídica conocida como **“positivismo”** que se desarrolla en Inglaterra se halla íntimamente ligada a la práctica del llamado **“common law”** que antepone la idea del derecho a la concepción del poder, ya que la **rule of law**, en su doble condición de regla y regularidad, concebida como la primacía del derecho, es históricamente anterior a toda acción política, con lo cual se hace por tanto, prevalecer el precedente sobre la ley, como elemento generador del orden jurídico y como una concepción que impregna y determina toda la actividad del juzgador.

Toda acción jurídica, bien sea pública o privada, debe inscribirse por tanto, dentro del marco de la **rule of law**, que implica previsibilidad, so pena de verse viciada de arbitrariedad, haciéndose más soportable una regla injusta pero previsible, que una justicia que dependa de la voluntad del legislador o de decisión personal del juez, lo cual permitió construir un sistema de justicia fuerte, independiente y respetado, que se despliega naturalmente, sin procedimientos artificiales³¹.

El **common law** surge de la práctica que generan las cortes de la justicia normanda que impone Guillermo El Conquistador, después de 1066, que son más aceptables por el pueblo que la impartida por los señores feudales, preñada de intereses y arbitrariedad; la nueva justicia, común para todos, aplicada de igual manera en todos los casos similares, se hace previsible, y por tanto, una guía para la acción jurídica de los pobladores; los excesos de las cortes de **common law**, que no tenían en cuenta las particularidades de ciertas circunstancias, serán corregidos por las **reglas de equity**, introducidas apelando a la moral y la conciencia.

William BLACKSTONE, nacido en Londres el 10 de julio de 1713, y muerto allí mismo el 14 de febrero de 1780; publicó su obra maestra Comentarios sobre las leyes de Inglaterra, en 1765; influenciado por iusnaturalismo en boga en su época, señalaba que existían Leyes de Dios o de la naturaleza y Leyes de los hombres; para él, el derecho natural es obligatorio en todo el globo, en cualquier país y en cualquier tiempo **“El derecho positivo, son las reglas de conducta civiles prescritas por el poder del Estado, que determinan lo que es conforme a derecho y prohíben lo que genera agravio”**.³²

30 “Es la ley, pero no es el derecho.”

31 Vid. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULUS, Ioannis; Juzgar en estado Unidos y en Francia, Legis, Bogotá, 2008, página 23 y ss.

32 BLACKSTONE, William; Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra, Londres, 1765, página 8.

Así mismo, distinguió entre la **Civil conduct** y la **moral conduct**, para determinar que la regla de derecho es prescrita por el supremo poder del Estado.

Puso de presente los orígenes romano-germánicos del **common law**, y las diferencias entre Ley y costumbre; para él la ley escrita (**lex scripta**) emana directamente del pueblo, es dictada por el órgano legislativo, mientras que la Ley no escrita (**lex non scriptae**) es el derecho consuetudinario, basado en la aprobación tácita del pueblo manifestada en la costumbre; es el origen del **Common law**.

Las costumbres pueden ser generales y particulares, y constituyen un buen uso o hábito, vinculante para el juez, que se impone de manera pacífica, razonable, cierta y obligatoria, a partir de la construcción de una conciencia de su necesidad u **“Opinio necessitatis”**, correspondiendo a los tribunales determinar a que costumbres ha dotado el pueblo de validez jurídica.

Para Blackstone, la tarea fundamental del juez, consiste en encontrar el derecho, ya que el juez es un oráculo viviente: **“El juez no crea derecho, sino que se limita a aplicar el derecho previamente existente, creado por el pueblo”**.³³

Según Blackstone, ni el Rey ni el Parlamento pueden vulnerar ni irrespetar la Constitución de Inglaterra, que se condensa en el **common law**, y que es el que garantiza a los ingleses los derechos imprescriptibles que ninguna legislación puede desconocer y que deben ser tutelados por los jueces, que entonces, apelan a un derecho consuetudinario pretendidamente inmemorial, que se decanta a través de decisiones de prestigiosos juristas de las cortes más altas.

John AUSTIN, nacido en 1790, profesor de University Collage, London, publicó sus dos obras capitales, *Lecturas de Jurisprudencia* y *El Objeto de la Jurisprudencia*, entre los años de 1828 a 1832; marcado por la influencia de Tomas Hobbes y del utilitarismo inglés a través de Adam Smith, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, consideraba el derecho como una ciencia normativa, en la cual las normas jurídicas se diferencian de las éticas y todas las demás normas convencionales.

Para él, los principios éticos son irrelevantes desde el punto de vista científico-jurídico; su método es apriorístico y deductivo, mientras que **“La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho**

33 *Ibidem*, página 11.

simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos³⁴.

Austin sostiene que el sistema jurídico se desarrolla mediante la aplicación de las reglas de semejanza y analogía, y en su criterio existen dos clases de leyes, consideradas como normas en sentido propio; las primera, establecidas por los superiores, en las cuales el que ordena tiene que tener poder para el caso en que no se cumpla su deseo, realizar el mal con que amenaza: mientras que las segundas, las costumbres, devienen de la moral positiva; en su decir, **“La ley es una regla para guiar la conducta de un ser inteligente puesta por otro ser inteligente que tiene poder sobre él”³⁵.**

La fuente de una norma, o lo que es lo mismo, de una orden, equivale a su emisor, y todas las normas jurídicas son órdenes del soberano, ya que éste es la única fuente del derecho, bien se que las normas emanen directa o indirectamente de él; igualmente, los conceptos de deber y sanción se construyen a partir del concepto de orden.

Existe un derecho inmediatamente emanado y directamente originado como lo son los actos parlamentarios, las leyes plebiscita, los **senatus consultas**, y un derecho mediatamente establecido y directamente originado, como lo son la praxis de las Cortes, las decisión de los tribunales franceses y los edictos pretorianos; igualmente existe un Derecho mediatamente establecido e indirectamente originado, como lo son los **judiciary law** de la Cortes, esto es el derecho creado por los jueces, así como el derecho consuetudinario, que eleva la regla consuetudinaria a ley; así pues, en criterio de Austin, el juez, en su condición de órgano del soberano, puede crear y crea derecho.

Respecto de la costumbre Austin considera que no es admisible denominar la costumbre como fuente de derecho en el sentido de ser causa de la regla jurídica que incorpora su contenido, para privilegiarla sobre otras causas generadoras de la regla **“La costumbre en si misma no es derecho, sólo lo será cuando, y en la medida en que, sea aplicada por los tribunales, o cuando sea adoptada por el poder legislativo...”³⁶**

Para él, en el derecho opera la ficción de que el juez sólo se limita a aplicar un derecho previamente existente, que hace revestir la nueva regla con el

34 AUSTIN, John, El objeto de la Jurisprudencia, (Lección I), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, página 33.

35 Ibidem, página 152.

36 Ibidem., página 163.

ropaje de las antiguas; igualmente apunta que no todo el derecho consuetudinario, que surge del pueblo, es necesariamente expresión de sus libertades e intereses, ya que la costumbre puede consagrar iniquidades, así como también, no necesariamente es voluntaria, ya que esta puede ser engendrada por la coacción y expresar los intereses de los más fuertes que detentan el poder.

Sus discípulos, encabezados por KIBB, plantearon más tarde la tesis de que los jueces podían crear el derecho, bajo el aforismo del **Judge made law**, esto es, la posibilidad de la existencia de una ley devenida del juez o **judiciary law**, ya que como él dice,

“Los jueces están obligados a adaptarse a las particularidades del caso: no deben apegarse a la letra de la ley, sino practicar una jurisprudencia viable y creativa mediante la aplicación de la verdadera intención de la ley, esto es, teniendo en cuenta las concepciones inherentes al tráfico jurídico y a los usos del tráfico”³⁷.

Para John AUSTIN, el poder es el fundamento del derecho Positivo; así lo expresa en su obra publicada en 1879, bajo el título de El Objeto de la Jurisprudencia: **“Las leyes en sentido propio, o propiamente dichas, son mandatos; las que no son mandatos no son leyes en sentido propio, no son leyes propiamente dichas”³⁸.**

Según este doctrinante, existen cuatro categorías de leyes: las divinas, las positivas, las reglas morales positivas, y las leyes metafóricas o figuradas como las leyes naturales; en su concepto, ni la justicia ni la equidad son fuentes del derecho, ni para la **equity** ni para los **common law**.

El Juez, por tanto, más que subordinado a la ley lo está a los precedentes, esto es a las interpretaciones de la ley realizadas por sus antecesores; la **Equity** es un instrumento de creación judicial, que determina un proceso decreciente de discrecionalidad judicial, porque el Juez progresivamente, pierde terreno frente a los precedentes.

En el fondo del **common law** subyace el precedente, que determina que una decisión tomada irradia sus efectos a todos los casos similares, y que así deben determinarlo todas las jurisdicciones en la solución de casos posteriores, y que sólo en casos muy excepcionales es posible variar la

³⁷ KIBB.

³⁸ AUSTIN, John.; Op. cit, página 25.

jurisprudencia, ya que la regla del **stare decisis** tiene por objeto brindar seguridad jurídica.

En el **common law** las providencias judiciales son breves, concretas y concisas, donde el derecho surge del procedimiento, esto es del proceso surtido para la solución del caso concreto; la argumentación del juez se dirige a postular su decisión como la solución correcta al caso planteado, según los hechos establecidos y no a realizar elucubraciones doctrinales ni a decantar teorías jurídicas, tarea que se deja a los doctrinantes y académicos.

En el derecho anglosajón, suelen distinguirse tres clases de precedentes:

- i) Persuasivos: como las sentencias extranjeras preferentemente las de los Estados Unidos, las decisiones de Tribunales del Imperio Británico, las decisiones del Privaty Council en apelaciones; y las **judicial dicta u obiter dicta**.
- ii) De autoridad absoluta: como decisiones de tribunales superiores, las decisiones de **House of Lords**, y las decisiones de la **Court of Appeal**.
- iii) De autoridad limitada.

Los precedentes se construyen bajo la mítica ficción de que el **common law** siempre ha existido, pero que sin embargo no tiene pasado, esto es, que siempre es contemporáneo con el asunto que debe solucionar, o como lo señaló Geldart, que constituye el derecho remanente, cuando todas las leyes del reino fueren abrogadas³⁹.

El precedente es flexibilizado por la regla de que él solo se refiere a la **ratio decidendi** y que no cobija las observaciones incidentales, dichos de pasada, ilustraciones pedagógicas, como son los **obiter dictum**, ni mucho menos los pronunciamientos de los disidentes.

En el **common law**, la evolución del sistema jurídico es paulatina, casi imperceptible, se realiza sobre aspectos particulares, no sobre los principios, readecuando las necesidades de aplicación de justicia a la solución de casos concretos, por razones pragmáticas y no metodológicas o interpretativas, en el cual corresponde a la jurisprudencia establecer las reglas de derecho aplicables, mediante la irradiación de las soluciones a casos paradigmáticos o de **“especie”**, donde las disposiciones

39 GELDART, W; Elements of English Law, Oford; Oford University Press, 8a edición, 1975; citado por Garapon y Papadopoulos; Op. cit., página 34.

legislativas aparezcan como simples bocetos que deben ser tomados y reafirmados por las Cortes⁴⁰.

El **common law** en los Estados Unidos, con la revolución de independencia de la metrópoli se verá afectado por la introducción de elementos del derecho continental europeo, que se expresa incluso con la adopción del código de Napoleón por algunos estados, pero sobre todo por la estructura tripartita del poder federal, tal como la esbozó Montesquieu, establecida en la Constitución, realizando una fusión pragmática entre los dos sistemas⁴¹.

La Constitución se erige en la ley suprema, fuente del poder, génesis de la legislación que deriva en mera reglamentación; la primacía de las normas constitucionales y el arbitraje de los conflictos entre los poderes ejecutivo y legislativo, la asume una Corte judicial, con carácter de Suprema, de origen democrático, pero que, sin embargo de manera paradójica, sigue inspirándose en las estructuras ancestrales y argumentales del **common law**, que se complementa con elementos generales abstractos propios del **civil right**.

La práctica jurídica y las doctrinas generadas por las prestigiosas escuelas de derecho, conviven en una fusión pragmática de realismo, sociologismo jurisprudencial, estudios legales críticos y literatura legal, que se caracteriza por privilegiar el derecho frente a los derechos, el procedimiento sobre la sustancia, hipervalorando la garantía al debido proceso (**due process of law, fair trial**), donde la administración de justicia con su protagonista, el Juez, importa más que la justicia en sí misma, que considera que la verdadera fuente del derecho está en el pueblo y no en el Estado, y que promueve que la idea de que la obediencia a la ley garantiza la libertad⁴².

6.- KELSEN Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

El profesor Hans Kelsen, desde una perspectiva positivista, fue formado en las clásicas concepciones de la escuela jurídica continental europea, de impronta romano germánica, basada principalmente en la asimilación de las teorías, los principios y las reglas de derecho, que por demás constituyen los cimientos del orden social, a las cuales se consagran los doctrinantes y académicos, y que presupone un divorcio con la práctica que es tarea de litigantes⁴³.

40 Vid. GARAPON y PAPADOPOULUS, Op. cit., página 37.

41 Vid. GARAPON y PAPADOPOULUS, Op. cit., página 33.

42 Vid. GREENHOUSE, Carlos J; Perspectivas antropológicas sobre la americanización del derecho; Archivos de Filosofía del derecho, Paris, Dalloz, 2001, página 50; citado por Garapón y Papadopoulus, Op. Cit, página 33.

43 Vid. Kelsen, Hans; Autobiografía; UEC, Bogotá, 2008.

En este sistema jurídico, el procedimiento es actividad secundaria, o adjetiva, como suele calificarse, y el Juez, al que corresponde la solución del litigio, se encuentra al servicio de la ley, sometido a su imperio, y la doctrina, mero criterio de interpretación, realiza el trabajo de sistematización y análisis de la multitud de normas, textos y reglamentos en que se expresa la producción normativa.

Su primer trabajo, de naturaleza histórico-dogmática, con ribetes literarios, fue **“La doctrina estatal de Dante Alighieri”**, publicado en 1905, cuando aún era estudiante; en 1911, con una clara orientación hacia los estudios jurídico-teóricos publica **“Problemas capitales de la teoría jurídica del estado, desarrollada desde la doctrina de la proposición jurídica”**, que se desarrolla a partir del criterio de que **“el derecho es, conforme a su naturaleza, norma y en consecuencia toda teoría jurídica tiene que ser teoría de las normas, doctrina de la proporciones jurídicas y como tal doctrina del derecho objetivo”**⁴⁴.

El jurista austriaco señala en su obra de 1922 **“La Teoría Pura del Derecho”**, que la validez de la norma fundamental se presume, y esta es, en consecuencia, la única fuente independiente y originaria; por tanto para él, la ley es una fuente derivada; la Constitución es la fuente de la ley, y ésta del reglamento; derecho por tanto, no se identifica con la ley, este se produce sobre una estructura escalonada, **“...La validez de una norma sólo puede fundarse en que ésta deriva de otra norma-válida- que puede ser derivada, en último término, de la norma fundamental”**⁴⁵.

Kelsen rinde tributo a Merkl, en relación con su concepción de una construcción jurídica escalonada, en su obra Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, de manera expresa, cuando escribe:

“El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl”⁴⁶.

Para Kelsen, el derecho se caracteriza por ser un fenómeno social que se percibe entre los distintos pueblos, de las distintas épocas, como **“órdenes**

44 KELSEN, Hans. Autobiografía, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, número 50, UEC, Bogotá, página 53.

45 KELSEN, Hans., Teoría Pura del Derecho; editora Nacional, México, 1965, página 29.

46 KELSEN, Hans; Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado; Mexico, editorial Porrúa, trad Wenceslao Roces, página XV.

de la conducta humana”, que regulan lo que es valioso para la comunidad jurídica; por ello, el concepto de norma jurídica, constituye el núcleo central de su teoría pura del derecho⁴⁷.

El derecho para Kelsen, es un orden coactivo de normas, que bajo amenaza jurídica (“**sanción**”) impone un “**deber ser**”, que no es una afirmación sobre el acontecer efectivo (el “**ser**”); ya que se trata de una orden para la conducta humana debidamente legitimada por el sistema jurídico, cuya unidad es garantizada por la norma fundamental.

Por tanto, las normas jurídicas están dispuestas por la autoridad jurídica y deben ser acatadas por los sujetos de derecho y aplicadas por los órganos del poder; así pues, no es función de la ciencia del derecho complementar, modificar o conformar el material normativo, sino hacer enunciados sobre él.

En concepto de Kelsen, la costumbre sólo llega a ser derecho, en la medida en que es aplicada por los tribunales del Estado; su producción es un proceso extrasistémico, metajurídico no aprehensible jurídicamente; para él, el derecho es un conjunto de normas, que por tanto, sólo puede determinarse por medio de un método puramente normativo, o como lo había dicho en su obra de 1911, titulada “Problemas del derecho y el Estado”, “**El Estado se disuelve en un complejo de normas**”⁴⁸.

Las normas jurídicas que son de distintas clases y especies, se hallan interrelacionadas en un sistema escalonado y jerarquizado, que se sintetiza en la celebre Pirámide de Kelsen, donde el vértice lo ocupa la norma constitucional, a la cual debe sujetarse no sólo el legislador, sino el juzgador, a quien sólo le es dado “aplicar la ley”, como un delegado de aquel, ya que su tarea es la de “**Concretar la norma jurídica dentro del marco abstracto establecido por la ley**”⁴⁹.

Así, la función central del juzgador, es la de interpretar e integrar la norma, en procura de la “auténtica” voluntad del legislador, la ley y el derecho se identifican, y éste es la ley aplicada en su práctica; en su decir “**La ley está al servicio del orden. Para que se pueda mantener y garantizar este orden, ha de estar dotada de autoridad y ser por tanto básicamente inviolable...**”⁵⁰

47 Vid. KELSEN, Hans; Teoría Pura del Derecho, página 33 y ss.; y Teoría General de las normas (1979), páginas 103 y ss, y 140 y ss.

48 KELSEN, Hans, Problemas del Derecho del Estado, Op. cit, página 22.

49 KELSEN, Hans; Teoría pura del derecho; Op. cit, página 37.

50 KELSEN, Hans; Op. cit, página 38.

7.- LAS LAGUNAS DEL DERECHO.

No obstante la pretensión de plenitud del ordenamiento jurídico, en él subsisten ciertas indeterminaciones derivadas del carácter abstracto de la ley, lo que conlleva a que en ciertas circunstancias la ley no prodiga una fuente que sirva de base a la sentencia, que es preciso suplir mediante la interpretación, apelando al efecto irradiador del sistema, que permite predicar que **“Hay lagunas en la ley, no en el derecho....(....) Interpretar la ley es integrar lagunas...porque si el texto de la ley es defectuoso, la voluntad del legislador no lo es”**⁵¹.

Se predica la existencia de una **“laguna del derecho”**, cuando se detecta falta de norma, bien sea de ley o de costumbre, la cual se colma mediante la utilización del mismo derecho positivo, sin necesidad de acudir al derecho natural de tipo ideal, **“Existe una laguna cuando, para un determinado caso, la ley no contiene una proposición jurídica que sea aplicable, ya directamente, ya por la vía de la analogía”**⁵².

La **“laguna del derecho”** se determina porque en el sistema jurídico aparece un elemento indeterminado, un vacío, esto es un espacio con ausencia de contenido jurídico, que es necesario colmar, mediante el uso de elementos tomados del mismo sistema, como lo enseña Zitelmann:

**“La ley reclama expresamente una solución (material) pero sin proporcionar la norma necesaria para ello.
(...). La ley formula una proposición positiva, según la cual hay que decidir, pero dentro de tal proposición algún elemento queda indeterminado”**⁵³.

8.- ALF ROSS Y EL REALISMO ESCANDINAVO:

A mediados del siglo XX, en 1953, Ross, desde una perspectiva sociológica, aborda el problema de las fuentes, en su obra denominada SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA, en la cual afirma que el Derecho constituye un sistema de acciones, que expresan una voluntad social en su totalidad:

“El derecho consiste en un sistema de normas específicas, esto es en un sistema de doble función que relaciona ciertas

51 LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del derecho; Ariel, Barcelona, 1994, página 23.

52 HUBER, Ernst.

53 ZITELMANN. Hernst. Las lagunas en el Derecho- La ciencia del Derecho, Buenos Aires, Editorial Lozada, 1949, página 287.

conductas humanas con un tipo específico de sanción, y que resultan cognoscibles a partir de una determinada totalidad de acciones sociales. (...)

“El derecho es esta voluntad misma, la totalidad, el sistema(...) El derecho consiste en las normas que logramos identificar a partir de la totalidad”⁵⁴.

Desde la perspectiva metodológica, plantea la necesidad de utilización, en una correlación continuada de la deducción y de la inducción, para realizar la integración en el sistema jurídico a partir de la norma fundamental y sus aplicaciones concretas, en una secuencia escalonada, que de cuenta de su grado de generalidad y recíproco condicionamiento, porque para él,

“El sistema no posee comienzo absoluto en una norma fundamental abstracta que se presupone, y de la que las demás normas se derivan por vía de concreción, en aplicación lógica del sistema (...) La propia norma fundamental sólo puede identificarse mediante una inducción. (...) El sistema es la fuente última del derecho”⁵⁵.

Igualmente Ross, destaca la validez del derecho consuetudinario en cuyo favor aduce que **“La voluntad jurídica no tiene porque ser expresa. Al contrario, lo primario son las acciones sociales (...) En última instancia, todo derecho es derecho consuetudinario”⁵⁶.**

Para Ross, existe por tanto, un sistema complejo conformado fuentes de derecho fundamentales, fuentes de derecho derivadas y fuentes derivadas inmediatas, en una secuencia articulada: Ley fundamental- Ley-Reglamento-Sentencia Judicial; que debe ser apreciado en su conjunto, ya que **“El sistema es la fuente última del derecho y no es posible identificar nada como derecho en oposición al sistema o fuera del mismo”**.

Así mismo, para él, existen fuentes dependientes de la ley, que surgen por vía legislativa y fuentes independientes de la ley, como son la costumbre, la analogía, y la naturaleza de las relaciones, y entiende que el concepto de laguna jurídica es superado en el sistema, a cuyo efecto dice que **“El**

54 ROSS, Alf; Sobre el derecho y la justicia; Ariel, Barceno, 2003, página 35.

55 Ibídem, página 47.

56 Ibídem, página 57.

concepto de laguna del derecho no es de naturaleza jurídica, sino política⁵⁷.

La segunda parte, se publicará en la próxima edición de la revista.

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, John, El objeto de la Jurisprudencia, (Lección I), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

BLACKSTONE, William; Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra, Londres, 1765.

BONNECASE, Julien; La Escuela de la exégesis en derecho civil; París, Boccard editeur, 1924.

CAPITANT, Henri; Libro de homenaje en memoria de Geny; Nancy, 1935

Code Civil , artículo 4o.

DILTHEY, Wilhelm; Introducción a las Ciencias del Espíritu, Losada, Madrid, 1982.

DURKHEIM, Emil; Reglas del método sociológico 1895, y La división del trabajo social, 1893.

FRYDMAN, Benoit; Le Proyect sicientifique de Francois Geny, Québec, Edition Yvon Balis, 2000.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULUS, Ioannis; Juzgar en estado Unidos y en Francia, Legis, Bogotá, 2008.

GELDART, W; Elements of English Law, Oford; Oford University Press, 8a edición , 1975; citado por Garpon y Papadopoulos.

GÉNY, Francois; Methode d'interpretatione sources en droit privé positif. Essai critique, 2 vols., 2ª ed, París, LGDJ, 1919.

_____, Méthode.; Método de interpretación e investigación del derecho privado positivo, 1899, Paris, epígrafe 68.

GREENHOUSE, Carlos J; Perpectivas antropológicas sobre la americanización del derecho; Archivos de Filosofía del derecho, Paris, Dalloz, 2001, página 50; citado por Garapón y Papadopoulos.

57 Ibidem, página 63.

HASSEMER, Winfried; Sistema Jurídico y codificación: La vinculación de juez a la ley; en Kauffman Arthur, y Hassemer, Winfried; El Pensamiento Jurídico contemporáneo, Madrid, editorial Debate, 1992.

HEGEL, Karl, Friedrich; Filosofía del Derecho, Losada, Madrid, 1988.

IHERING, Rudolf von; Espíritu del Derecho Romano en las diversas faes de su desarrollo; Traducción de Melenare; editorial Forni , Bolonia, 3ª reedición, 1969, página 46.

KELSEN, Hans,.Teoría Pura del Derecho; editora Nacional, México, 1965, pagina 29.

_____. Autobiografía, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, número 50, UEC, Bogotá, página 53.

_____. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado; Mexico, editorial Porrúa, trad Wenceslao Roces.

LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del derecho; Ariel, Barcelona, 1994.

MAY, Gastón; Introducción a la Ciencia del Derecho; París, 1932.

MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, baron de la Brede ; El Espíritu de las Leyes; editorial Losada, Buenos Aires, 1985.

MOURLON, Federico y de BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; Repetitionis écrites sur le code. Citados por Julián Bonnacasse, L'École de l'exégése en droit civil, Paris, Bocar editeur, 1924.

PORTALIS, Jean Etienne Marie. Discurso Preliminar al Código Civil, Madrid, 1985.

ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo) , Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques; El Contrato Social; editorial Losada, Buenos Aires, 1980.

SALELILLES, Raymond; Le code Civil et la méthode historique; Livre du centenaire, Paris, Rosseau, 1904.

SAVIGNY, Karl F, von; Sistema del Derecho Romano actual; Librería General, Madrid, 1908.

ZITELMANN. Hernst. Las lagunas en el Derecho- La ciencia del Derecho, Buenos Aires, Editorial Lozada, 1949.