

Las fuentes del Derecho en Nicaragua

por

DOCTOR IVÁN ESCOBAR FORNOS
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

I. DE LAS FUENTES EN GENERAL:

1. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO Y SU CLASIFICACIÓN.
2. FUENTES MATERIALES Y FORMALES.
3. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS FUENTES.
4. NUESTRAS FUENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

II. LA COSTUMBRE:

1. CONCEPTO DE COSTUMBRE.
2. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE.
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE.
4. CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE. SUS DIFERENCIAS CON LA LEY.
5. VALOR DE LA COSTUMBRE EN ALGUNAS RAMAS DEL DERECHO.
6. CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE.
7. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COSTUMBRE.
8. LA COSTUMBRE EN NUESTRO DERECHO.
9. PRUEBA DE LA COSTUMBRE.

III. LA DOCTRINA:

1. CONCEPTO DE LA DOCTRINA.
2. DESARROLLO E IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA.
3. LA DOCTRINA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW.
4. LA DOCTRINA JURÍDICA EN EL SISTEMA SOCIALISTA.
5. LA DOCTRINA EN NUESTRO SISTEMA.

IV. LA JURISPRUDENCIA:

1. CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA.
2. LA JURISPRUDENCIA: ¿CREA O DECLARA EL DERECHO?
3. DESARROLLO E IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA.
4. UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. SU VALOR.
5. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW.
6. REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA.
7. LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS.

V. LA LEY:

1. CONCEPTO DE LA LEY.
2. ELEMENTOS DE LA LEY.
3. CLASIFICACIÓN DE LA LEY.
4. DEBILITAMIENTO DE LA LEY.
5. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN.
6. SISTEMAS DE CODIFICACIÓN.

I. DE LAS FUENTES EN GENERAL

1. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO. SU CLASIFICACIÓN

El estudio de las fuentes del Derecho es muy amplio y se refiere a la formación, poderes que intervienen, surgimiento, expresión, validez, jerarquía y aplicación del Derecho. Además existen muchas clasificaciones y acepciones.

En un principio el tema de las fuentes era exclusivo del Derecho Civil, pero con el avance del constitucionalismo, principalmente cuando la Constitución se convirtió en norma jurídica directamente aplicable, pasa al Derecho Constitucional, que lo regula en la Constitución y lo comparte con el Derecho Civil. Su estudio es de trascendental importancia y consecuencias para el Derecho y el sistema jurídico de cada país. En los últimos tiempos ha sufrido cambios importantes reflejados principalmente en la Constitución y en las leyes, los cuales se manifiestan en los procedimientos de creación normativa, la ampliación de las autoridades con competencia para ello, los tipos de normas (generales, duras, especiales, temporales, constitucionales, *ad hoc*, etc.), la jerarquía de las normas y tratados internacionales, los criterios para determinar la jerarquía de las normas y su aplicación (jerarquía, competencia, reglas sobre vigencia), el concepto de ley, su contenido y validez, las fuentes materiales y formales, su enumeración y preferencias, el carácter superior y condicionante de la Constitución, sobre todo el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, Jerónimo BETEGÓN y otros explican las principales clasificaciones:

a) *Fuentes-actos y fuentes de hecho*

Son fuentes-actos aquellas que son creadas para ser observadas especialmente por sus destinatarios; por el contrario, la fuente de hecho produce la norma con base a tipos de comportamiento preexistentes. Son fuentes-actos la Constitución, la ley, el reglamento y las disposiciones que remiten a la aplicación de normas existentes en otros ordenamientos jurídicos (las normas

de conflicto del Derecho Internacional Privado). Entre las fuentes de hechos encontramos la costumbre y el precedente judicial, el estado de necesidad en Derecho Penal. En los Estados modernos, en los cuales existe el monopolio estatal de la producción jurídica, casi todas las fuentes son fuentes-actos.

b) *Fuentes escritas y no escritas*

Se fundamentan en el hecho de estar o no escritas las normas. Son fuentes escritas la Constitución, la ley y el reglamento. Es fuente no escrita la costumbre. Explican que se quiere incluir a los principios jurídicos implícitos, pero observa que en realidad son normas y no fuentes de producción del Derecho.

c) *Fuentes legales y fuentes extraordinem*

Fuentes legales son aquellas que están reguladas por el ordenamiento jurídico y de ellas se derivan las normas jurídicas y su validez.

Las fuentes extraordinem son fuentes materiales fuera del ordenamiento jurídico, fuentes de hecho. Por ejemplo, la costumbre, la Constitución originaria o fundacional.

d) *Las fuentes según su fuerza jurídica*

Las consideran como las más importantes por su mayor o menor capacidad para incidir en el sistema jurídico, al ordenar el Derecho en forma jerárquica. De acuerdo a esta clasificación, las fuentes tienen al menos cuatro grados jerárquicos: fuentes constitucionales, fuentes primarias, fuentes secundarias y fuentes terciarias:

- i) Las fuentes constitucionales son las superiores y no pueden ser contradichas por ninguna otra fuente; no obstante la Constitución puede ser reformada, pero existen cláusulas de intangibilidad que se colocan en un grado jerárquico superior al de las fuentes constitucionales. Estas cláusulas pueden ser explícitas o implícitas. Consideran que la modificación de las implícitas significaría un trastrocamiento de la Constitución material, pero reconocen que estas cláusulas de intangibilidad tienen un valor político más que jurídico, ya que ningún régimen constitucional puede considerarse absolutamente inmodificable.

- ii) Fuentes primarias son las inmediatamente inferiores a la Constitución. Ejemplo, la ley y todas las fuentes que la Constitución atribuye fuerza o rango de ley. Estas fuentes solamente someten su validez a lo establecido en las fuentes constitucionales.
- iii) Fuentes secundarias. Estas fuentes jerárquicamente están sometidas a la Constitución y a las fuentes primarias. Por ejemplo, los reglamentos del Ejecutivo.
- iv) Las fuentes terciarias están subordinadas a las fuentes constitucionales, a las primarias y a las secundarias. Ejemplo, la costumbre *prae-tem legem* (1).

El estudio, pues, es complejo y se presta a confusiones por las diferentes acepciones y clasificaciones (2). Veamos algunas acepciones y otras clasificaciones:

- a) La fuente como estudio histórico.
La fuente del Derecho como estudio histórico de documentos que reflejan lo que fue el Derecho en determinadas épocas históricas, materia de la Historia del Derecho. Por ejemplo: el estudio de Código de Hammurabi, de la Ley de las XII Tablas, de las Siete Partidas, de la Novísima Recopilación, del Fuero Real, de las Leyes de Estilo y del Fuero Juzgo, de las Instituciones de Gayo, del Digesto. Todas ellas son fuentes del Derecho de Babilonia, España y Roma.
- b) La fuente determinada por la autoridad o poder creador del Derecho. Por ejemplo, el Poder Constituyente originario es la fuente de la Constitución; el Poder Constituyente derivado es el que hace la reforma a la Constitución; el Poder Legislativo es la que hace la ley; el Poder Ejecutivo es quien hace el reglamento, etc.
- c) La fuente como objeto de inspiración. Son aquellos Códigos o leyes que han servido de inspiración a la legislación. Por ejemplo, el Código Civil francés y el Código Civil chileno, entre otros, han servido de inspiración al Código Civil de Nicaragua. El Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil alemán de 1900 han servido de modelo de otros Códigos. El Código de Procedimiento italiano de 1942 inspiró a otros.
El primer código que se aprueba en el país es el Código Penal de Nicaragua, de 2 de julio de 1839. Pero la verdadera codificación

(1) *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 214 y sigs.

(2) Julio CUETA RÚA opina que la equivocidad del concepto de fuente del Derecho y la división en fuentes formales y materiales convierte a este tema en uno de los más complejos de la Teoría General del Derecho (*Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1994, pág. 13 y sigs.).

principia a finales de la década de los sesenta del siglo XIX, bajo el gobierno oligárquico y conservador de los Treinta Años.

El 25 de enero de 1867 se dicta el primer Código Civil y el 16 de junio de 1877 el Reglamento del Registro Conservatorio. Posteriormente se dicta el Código de Comercio, de 22 de marzo de 1869, teniendo como modelo el Código de Comercio español de 1829. Después se dictan los Códigos Penales de 29 de marzo de 1879 y de 8 de diciembre de 1891, y el Código de Instrucción Criminal, de 29 de marzo de 1879. También se dictaron el Código de Procedimientos Civiles, de 22 de mayo de 1871, y el Código de Fórmulas Civiles, de 18 de marzo de 1875. Por Decreto del Poder Ejecutivo, de 25 de octubre de 1880, se aprueba el Reglamento de Policía.

La Constitución Norteamérica de 1789 sirvió de modelo a muchas constituciones de América y a algunas de Europa. La Constitución Federal de Centroamérica de 1824 fue inspirada en la Constitución norteamericana.

Esta acepción nos lleva a la investigación dentro del Derecho Comparado, tan útil para el avance del Derecho.

d) Fuentes escritas y consuetudinarias.

El estudio de las fuentes del Derecho nos permite determinar si estamos ante un sistema de leyes escritas o ante un sistema fundado en la costumbre y la jurisprudencia, como en el Derecho inglés, o un sistema mixto de leyes escritas y costumbres.

e) Fuentes originarias y derivadas. Esta distinción se fundamenta en el hecho de si la norma se apoya o no en una anterior.

Son fuentes originarias las costumbres que surgen espontáneamente, la justicia, la equidad y la revolución.

Son fuentes derivadas la ley y la jurisprudencia.

f) Fuentes de producción y fuentes de validez. La fuente de producción o fuente material de una regla es aquella que origina o crea el contenido de la regla del Derecho.

Las fuentes de producción y las fuentes de validez, generalmente, operan juntas.

Por ejemplo, la obligación fiscal, cuyo contenido nace de la ley, y a su vez esta misma le concede validez para poder ser obligatoria. Se pueden detectar algunos casos, muy excepcionales, en que ambas fuentes de validez y de producción se presentan deslindadas. Por ejemplo, el artículo 2.961 del Código Civil (3) establece que no será necesario el desahucio si en el contrato se ha

(3) También los artículos 2.903 y 2.905 y otros le conceden validez normativa a la costumbre.

fijado tiempo para la duración del arriendo o si la duración es determinada por el servicio especial a que se destinó la cosa arrendada o por la costumbre. En este caso la costumbre es la fuente de producción del contenido del Derecho, es la que señala el plazo del contrato. El artículo citado del Código Civil es la ley que le concede validez a la costumbre, pues sin la existencia de ese reconocimiento legal no podría aplicarse la costumbre para este supuesto (4).

Son fundamentales las reglas o disposiciones del orden jurídico que establecen y definen las fuentes de validez del sistema de cada país.

HART (5) las denomina reglas de reconocimiento, porque contienen directrices para buscar las normas jurídicas válidas a fin de resolver el conflicto. No contienen obligaciones, derechos o deberes materiales.

En cada sistema jurídico existen reglas de reconocimiento fundamentales establecidas en la Constitución para determinar la autoridad, órgano o poder competente para dictar reglas de conducta: la ley (el legislativo), la costumbre (la comunidad) y la jurisprudencia (los jueces y tribunales).

2. FUENTES MATERIALES Y FORMALES

Esta es la clasificación que más nos interesa por tener aceptación mayoritaria, aunque ha recibido críticas como ya lo expresamos.

Son fuentes materiales aquellos factores y elementos que determinan el contenido de las normas, tales como las necesidades culturales, económicas, sociales, gremiales, políticas, que el legislador recoge para convertirlas en Derecho, quien también, a través de sus sentimientos y percepciones, aporta su parte en esta creatividad.

Para nadie es un secreto que son muchos los sujetos que intervienen en la creación del Derecho: los partidos políticos, la iglesia, el ejército, los medios de comunicación, los juristas, los colegios profesionales, el capital nacional y extranjero, los organismos internacionales políticos y financieros, las transnacionales de la globalización que muchas de ellas imponen leyes, principalmente en los países del tercer mundo, muchas de ellas ajenas a nuestras costumbres, cultura y situación económica.

Son fuentes formales aquellas a través de las cuales los poderes, órganos o autoridades investidas para ello, y por los procedimientos correspondientes, producen las normas jurídicas para formar el ordenamiento positivo con el cual se solucionan las situaciones o conflictos jurídicos.

(4) Para algunos autores todo del Derecho positivo contractual, consuetudinario, legislativo, jurisprudencia, etc., tiene su origen en la voluntad del Estado, quien es el que reconoce su vigencia al aplicarlo por sus órganos.

(5) H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, pág. 125 y sigs.

Estas fuentes, como ya expresamos, obedecen a un procedimiento de creación y validez. Siguiendo la estructura de Kelsen, el fundamento de una norma jurídica está en otra norma jerárquica superior. Una norma es válida cuando ha sido establecida por los órganos competentes y por el procedimiento prescrito por otra norma superior, lo cual le da la validez formal. Pero también la norma debe tener validez material, y para ello deben ajustar su contenido a la norma superior que condiciona su contenido.

Las fuentes formales del Derecho generalmente reconocidas son la ley (6), la costumbre y la jurisprudencia (7). En cuanto a la doctrina existe controversia, pues no la clasifican entre las fuentes formales por no ser una manifestación del Derecho positivo. Pero se reconoce como una fuente material porque inspira a los jueces, legisladores, etc.

3. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS FUENTES

Es uno de los temas más importantes de la Teoría General del Derecho y su estudio no puede quedar al margen en la Ciencia Jurídica. Son muchos los mensajes políticos, sociales y económicos que se reflejan en el estudio de esta materia.

Expondremos brevemente algunos de ellos:

- a) Se puede determinar el poder donde reside la competencia de crear el orden jurídico del país. Por ejemplo, en los Estados-ciudades griegas el pueblo directamente establecía sus leyes y disposiciones, ejerciendo la democracia directa. Por el contrario, en el régimen representativo, el Derecho fundamentalmente es escrito y el poder de crearlo lo tiene el Estado, salvo la costumbre, los cabildos municipales abiertos y los plebiscitos o referéndum para la aprobación o derogación de leyes u ordenanzas.
- b) El estudio de las fuentes nos puede ayudar a determinar el sistema de gobierno establecido: si es una dictadura, una democracia, un ré-

(6) Los exegetas sostienen que la única fuente del Derecho es la ley, doctrina hoy superada porque existen, entre otras fuentes, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho.

(7) Para CUETO RÚA las fuentes formales son también materiales y señala como fuentes formales-materiales a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, las cuatro tradicionales fuentes de la Teoría Jurídica. La jurisprudencia no necesita ser obligatoria para ser fuente formal, pues mientras el órgano judicial superior mantenga una tesis, los jueces y tribunales inferiores se ajustan a ella. Termina proponiendo su concepto: «En síntesis: las fuentes del Derecho son criterios a los que se ocurre en el proceso de creación normativa en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto de vista que no sólo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social» (*ob. cit.*, pág. 25 y sigs.).

gimen comunista. En la democracia puede proporcionarnos algunos datos sobre la división de poderes y su equilibrio en sus atribuciones normativas. Así podemos ver ejecutivos con amplias facultades normativas propias o delegadas por el poder legislativo, o asambleas legislativas que controla todo el poder normativo y el Estado, como son los gobiernos asamblearios (8).

El sistema de fuentes tiene un fundamento político que permite la apertura al pluralismo de fuentes, acompañada de un pluralismo político, social y económico. No es un sistema cerrado, como se deduce de las enseñanzas de Kelsen y su teoría pura del Derecho. La creación y validez de la norma la sujeta a una norma anterior que es la norma productora hasta llegar a la parte superior (la Constitución) y a la parte inferior a los actos, contratos, resoluciones judiciales, etc.

- c) El estudio de las fuentes nos proporciona elementos para encontrar los sistemas de producción de las normas jurídicas y control constitucional de esta normatividad, lo mismo que las clases sociales, grupos de intereses económicos, sociales y políticos que determinan o influyen con efectividad en el proceso y contenido del Derecho y ejercen control social sobre la población.

Los poderes del Estado se controlan entre sí. El Poder Judicial es el que controla a los otros poderes del Estado en sus actos, hechos y normas. Surge así, dentro del Estado constitucional, la justicia constitucional, que comprende el control de la constitucionalidad de las leyes, el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data* y otros procesos constitucionales en manos de salas o tribunales constitucionales, pasando a ser la Constitución una norma jurídica aplicable, superando la etapa en que era considerada un programa político prácticamente sin aplicación. Con esto termina el reinado de la ley ordinaria, que era la norma por excelencia y expresión de la voluntad popular, al aparecer la Constitución como norma superior aplicable.

Surge el Derecho Procesal Constitucional sobre la base del concepto de jurisdicción y la defensa de la Constitución como norma a través de los procesos constitucionales.

(8) Expresa Javier PÉREZ ROYO: «Y en este sentido hay que decir que suele ser frecuente en la doctrina afirmar que el estudio del sistema de las fuentes del Derecho es una de las mejores formas de entender el régimen político que se ha impuesto en un país, ya que dicho sistema viene a reflejar, por un lado, las relaciones entre las distintas fuerzas sociales políticamente organizadas que en un momento histórico determinado dan vida a un sistema constitucional, y por otro, el equilibrio entre los distintos órganos dotados de capacidad normativa constitucionalmente reconocidos» (*Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecno, Madrid, 1998, pág. 16).

- d) El estudio de las fuentes sirve para determinar la norma jurídica aplicable a los hechos, actos, contratos, testamentos, convenios, situaciones jurídicas, conflictos administrativos y judiciales.

4. NUESTRAS FUENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La Constitución es fuente de Derecho y establece los órganos que crean las normas jurídicas, los tipos de norma y su jerarquía, aunque no agota todas las fuentes del Derecho y tipos de normas.

A continuación enumero las fuentes de origen constitucional y el orden de prioridad:

- A) La Constitución (9) y los tratados, convenios y declaraciones sobre Derechos humanos establecidos en el artículo 46 de la Constitución. La reforma a la Constitución (10) forma parte de la Constitución.
- B) Las leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral, Ley de Emergencia (11).
- C) Leyes duras: Ley de Municipios (12) y Ley de Autonomía de la Costa Atlántica (13).
- D) Las costumbres de las comunidades de la Costa Atlántica (14).
- E) Las leyes ordinarias (15) y tratados internacionales (16).
- F) Los reglamentos internos de los poderes (17).
- G) El Reglamento de las leyes (18).
- H) El Decreto (19).
- I) Los acuerdos, las resoluciones y las declaraciones (20).

Como puede observarse, los cuatro poderes del Estado: el Ejecutivo, Judicial, Legislativo y el Electoral, son fuentes de producción del Derecho, cada cual dentro de su competencia y procedimientos, especialmente el Legislativo.

-
- (9) Artículo 182 de la Constitución.
 - (10) Artículo 191 y sigs. de la Constitución.
 - (11) Artículo 184 de la Constitución.
 - (12) Artículo 177 de la Constitución.
 - (13) Artículo 181 de la Constitución.
 - (14) Artículo 180, párrafo 3.º de la Constitución.
 - (15) Artículo 138, inciso 1 y otros de la Constitución.
 - (16) Artículos 138, inciso 12, y 158, inciso 8, de la Constitución. Con la advertencia que el tratado puede derogar la ley, pero ésta no puede derogar al tratado como explicamos anteriormente.
 - (17) Artículo 138, inciso 25, 164, inciso 14, y 173, inciso 9, de la Constitución.
 - (18) Artículo 150, inciso 10, de la Constitución.
 - (19) Artículos 138, inciso 19, y 28, 141, 142, 143, 150, 164, inciso 4 y otros de la Constitución.
 - (20) Artículos 138, inciso 19, 151, 159, 164 y otros de la Constitución.

La Constitución establece fuentes generales y especiales. Son generales la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Son especiales los reglamentos, los decretos, los acuerdos, las resoluciones administrativas y las judiciales para casos concretos. Aunque la costumbre solamente se refiere a las comunidades indígenas de la Costa Atlántica y la jurisprudencia se establece en forma implícita al consagrar el principio de igualdad procesal (21) y los recursos extraordinarios, entre los cuales se entra la casación, el prototipo de ellos (22), que uniforma las resoluciones judiciales (23).

Existe en la democracia y el constitucionalismo moderno pluralidad de fuentes, de forma y procesos de creación normativa, dejando atrás al parlamento como el centro o núcleo fundamental de producción normativa. Así lo exigen los cambios sociales, políticos y económicos.

Pero existen otras fuentes que podríamos denominar legales porque están autorizadas por la misma ley, como la costumbre en el Derecho Mercantil y en algunos casos en el Derecho Civil; y cuando no exista disposición que contemple el caso se aplican los principios generales del Derecho (24), la jurisprudencia (25), la costumbre (26) y la doctrina de los expositores e intérpretes del Derecho, y las leyes extranjeras en casos análogos (27).

En una interpretación de conjunto de los artículos 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 443 del Código de Procedimiento Civil, partiendo de su compatibilidad y orden cronológico (28) en caso de lagunas de la ley, el juez o tribunal fallará de acuerdo al siguiente orden de aplicación de la fuente: a) La jurisprudencia. Prevalece la jurisprudencia por razones de igualdad y seguridad, principios garantizados en la Constitución. El párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le indica a los Jueces y Magistrados que deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y que solamente los pueden modificar explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de la interpretación. Si no existe jurisprudencia se seguirá con el orden que sigue. b) Los principios generales del Derecho, principal-

(21) Artículo 165 de la Constitución.

(22) Artículo 164, inciso 2, de la Constitución.

(23) Abelardo TORRE clasifica las fuentes en generales y particulares. Son generales las leyes generales, la jurisprudencia uniforme y la costumbre jurídica. Son particulares las leyes particulares. Por ejemplo, la que concede una pensión, la voluntad contractual, testamentaria, social, etc., y la sentencia aislada (*Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, págs. 278 y 279).

(24) Artículo 443, inciso 3, del Código de Procedimiento Civil, y 13 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(25) Artículo 443, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil, y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(26) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(27) Artículo 443, inciso 4, del Código de Procedimiento Civil.

(28) La Ley Orgánica del Poder Judicial entra en vigencia en 1998 y el Código de Procedimiento Civil en 1906, pero los dos artículos citados en el texto son compatibles.

mente los que inspiran el Derecho nicaragüense. *c)* La analogía. *d)* La costumbre. *e)* La doctrina de los expositores, inclinándose por las opiniones más autorizadas. *f)* La legislación extranjera para casos análogos.

Ampliaremos más adelante el juego de estas fuentes en nuestro Derecho.

II. LA COSTUMBRE

1. CONCEPTO DE COSTUMBRE

La costumbre se forma con los actos y usos de la comunidad que adquieren fuerza obligatoria a través del cumplimiento espontáneo de la población o forzado por el juez. Constituye, pues, un conjunto de normas jurídicas obligatorias. Las costumbres pueden ser escritas para conservar su memoria, pero esto no las convierte en Derecho escrito y su evolución material sigue funcionando.

Cronológicamente aparece la costumbre como primera y única fuente del Derecho, aunque con el transcurso del tiempo pierde esa principalidad al aparecer el Derecho escrito, pasando a tener un lugar secundario.

2. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

La costumbre está integrada por dos elementos: uno material u objetivo y el otro subjetivo.

El elemento material consiste en la repetición constante de los usos y actos de manera uniforme.

Pero esta repetición constante no es suficiente. Es necesario el elemento subjetivo, o sea, la conciencia de la comunidad de que esos usos y actos son obligatorios, de tal manera que puedan ser objeto de cumplimiento espontáneo o forzoso.

Los usos sociales son comportamientos, acciones y conductas que acepta la sociedad, las que son seguidas por las personas que la forman, pero no son obligatorias jurídicamente, no tienen valor jurídico. Para algunos autores son la verdadera fuente del Derecho positivo porque recogen el sentimiento jurídico del pueblo, y no las abstracciones y creaciones de legisladores y juristas.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE

Como ya expresé, primero aparece la costumbre y después el Derecho escrito.

El Derecho romano, reconoce la costumbre (por ejemplo la Ley de las XII Tablas), avanza en la Edad Media y también existe actualmente como fuente, pues al inicio del siglo xx se formó una corriente doctrinal a su favor, aunque sigue siendo secundaria ante la superioridad del Derecho escrito.

Las leyes antiguas: la de Moisés, de Manu en la India, las de Solón y Dracón en Atenas y el Código de Hammurabi de Babilonia, en su mayor parte eran costumbres convertidas en leyes.

En el Derecho romano también se reconoció la costumbre.

En el tiempo de los comicios por centurias, gracias a la interpretación de los jurisconsultos y los edictos de los magistrados, aparece el Derecho no escrito. La costumbre toma autoridad por el consentimiento tácito del pueblo. En este período aparece y se fortalece la autoridad y crédito de los jurisconsultos.

Durante el Imperio la costumbre sigue siendo fuente del Derecho no escrito y los jurisconsultos dan testimonio y fe de su autoridad.

Aún en el período de la decadencia del Derecho romano se conserva la costumbre como fuente del Derecho no escrito, y el *Corpus Iuris Civiles* la reconoció como fuente de obligaciones.

Aún en la Edad Media la debilidad del poder central y el fraccionamiento territorial dio lugar al florecimiento de las costumbres locales.

Fueron los juristas medievales los que elaboraron una teoría profunda sobre la costumbre. Se distinguieron los glosadores, especialmente Placentino, Azo, Odofredo y Bártolo.

En los siglos xvii, xviii y xix se desarrollan movimientos de recopilación y codificación, aunque las recopilaciones existen desde la época del Derecho romano, entre ellas las Instituciones, el Digesto y el Código de Justiniano, las que forman en su conjunto el *Corpus Iuris*.

El movimiento codificador nace en el siglo xviii bajo el impulso e inspiración de la filosofía racionalista. Así aparecen en Francia, en la segunda mitad del siglo xviii, las ordenanzas sobre Procedimiento Civil y Criminal, el de comercio, aguas y bosques, entre otras.

Al principio del siglo xix se dictan los Códigos Civil de 1804 y entre 1807 y 1810 los de Procedimiento Civil y Criminal, Comercio y Penal.

Este movimiento codificador se extiende a muchos países de Europa y América.

En Alemania fue Antonio THIBAUT, profesor de la Universidad de Berlín, quien en su obra «De la necesidad de un Derecho Civil para Alemania» (1814), destacó la conveniencia de unificar las leyes y costumbres de los Estados germánicos en un solo Código.

La Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Federico Carlos de Savigny (1779-1861), profesor de la Universidad de Berlín, se opuso a la codificación y reivindicó la costumbre en su famoso libro «De la Vocación

de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho» (1814). En síntesis sostenía que el Derecho se crea primero por la costumbre y luego por la jurisprudencia. Agregaba que el Derecho no deriva de principios abstractos y absolutos y es por su naturaleza variable y modificable de conformidad a la evolución social de cada pueblo. La incorporación del Derecho en un Código detiene su evolución, desarrollo y progreso.

La oposición de la Escuela Histórica a la codificación en Alemania detuvo la elaboración y vigencia del Código Civil hasta el año de 1900.

La costumbre es defendida en la actualidad por algunos autores que sostienen que el verdadero Derecho es el Derecho Vivo, el que realmente se cumple obligatoriamente en los grupos sociales y se contrapone con el Derecho creado por el Estado y tiene su aplicación aun dentro del Derecho codificado.

Pero el Derecho contemporáneo exige la principalidad del Derecho escrito, porque los Estados no escapan a las diversidades culturales, distintas nacionalidades, conflictos sociales, económicos y políticos que vuelven complejas, amplias y difíciles las relaciones jurídicas, las que se forman velozmente, sin esperar el lento reconocimiento de la costumbre, y someterse a su imprecisión. Por otra parte, el Estado moderno es centralista y reclama la creación del Derecho. Todo esto impide el surgimiento de costumbres, aunque debemos reconocer que ella es el Derecho del pueblo.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA COSTUMBRE. SUS DIFERENCIAS CON LA LEY

La costumbre se produce en una forma lenta y espontánea a medida que las prácticas, usos y acciones se repiten; la ley generalmente es más retardada.

El autor de la costumbre es la sociedad misma, por lo que no es conocido, como en el Derecho escrito o legislado, que puede provenir del legislativo o del ejecutivo y hasta muchas leyes llevan el nombre de su promotor.

Las costumbres, por regla general, son particulares para determinadas situaciones o casos, y las generales son muy raras. También dentro de esta particularidad pueden darse costumbres para determinado territorio del Estado.

Son muchas las diferencias que se han encontrado entre la ley y la costumbre por lo que citaremos algunas:

- a) Ya vimos que la costumbre no tiene autor conocido o determinado como el Derecho legislado (legislativo, ejecutivo).
- b) El procedimiento legislativo para hacer la ley es rápido; en cambio el proceso de formación de la costumbre es lento.

- c) La ley es más precisa que la costumbre, pues ésta, por su imprecisión, da lugar a muchos problemas para su determinación y aceptación.
- d) La ley es un proceso de diálogo, reflexión, técnico; en cambio la costumbre es un proceso espontáneo y repetitivo en la vida social.

5. VALOR DE LA COSTUMBRE EN ALGUNAS RAMAS DEL DERECHO

La costumbre tiene aplicación en varias ramas del Derecho, en algunas más amplia que en otras.

En el Derecho Civil cuando la ley remite a la costumbre, como puede verse en los artículos 1.496, 2.480, 2.502, 2.860, 2.899, 2.903, 2.920, 2.958, 3.139 y 3.446 del Código Civil, y para llenar lagunas, según se deduce del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el Derecho Mercantil es más amplia, tanto en nuestro Código como en los extranjeros, por la gran importancia que tienen los usos y costumbres de los comerciantes, las cuales son difíciles de incorporar a la ley. Nuestro Código de Comercio la permite no sólo para interpretar los actos y contratos sino también para integrar el Derecho (29).

En el Derecho Internacional Público la costumbre es una de las principales fuentes, a pesar de la gran cantidad de tratados internacionales. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que «la Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ...b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho».

En el Derecho Procesal no es bien recibida porque las normas de procedimiento son de orden público. La costumbre tendrá valor cuando la ley expresamente remita a ella.

En el Derecho Constitucional la costumbre es aceptada como fuente para integrar el Derecho, adaptar la Constitución a realidades nuevas y orientar la eficacia de una norma en un sentido u otro. También en el Derecho Parlamentario tiene aplicación. Pero esta costumbre no debe ser nunca contraria a la Constitución.

En el Derecho Penal la costumbre no es fuente por el principio de la reserva de ley como única fuente. La Constitución en el artículo 34, inciso 11, establece como garantía no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

(29) Artículos 2, 3, 4 y 5 del Código de Comercio.

6. CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE

Atendiendo a su relación con la ley, la costumbre se divide en: *a)* Costumbre contra la ley (*contra legem*). *b)* Costumbre según la ley (*secundum legem*). *c)* Costumbre fuera de la ley (*praeter legem*).

La costumbre *contra legem* no es permitida en nuestro Derecho, pues la costumbre no puede derogar a la ley por oponerse a ello el artículo 138, inciso 1 de la Constitución, que establece que es atribución de la Asamblea Nacional elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformar y derogar las existentes.

Pero es posible que determinadas instituciones o disposiciones entren en desuso, o sea, que no son invocadas o usadas por el pueblo. Por ejemplo, el jurado en lo civil y el recurso de casación en interés de la ley han caído en desuso porque la comunidad nicaragüense no los usa.

La costumbre *secundum legem*, entendida como aquella a que se remite la ley, es aplicada en Nicaragua. Como ejemplo citamos los artículos del Código Civil que remiten a la costumbre y usos.

También reconoce la costumbre *praeter legem*, entendida como aquella que se aplica cuando la ley no regula el caso, como se deduce del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los jueces y tribunales deben fallar sin poderse excusar, alegando vacíos o deficiencias de normas. Para llenar estos vacíos aplicará la ley, los principios y fuentes generales del Derecho. Estas fuentes generales son: la ley (que, lógicamente, no se puede aplicar porque no existe), los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

7. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COSTUMBRE

Entre las ventajas de la costumbre se encuentran: su origen y aprobación popular; al ser aprobada por el pueblo su aplicación y cumplimiento es más fácil; se adapta con facilidad a la evolución de la comunidad.

Entre las desventajas se citan la falta de precisión, lo que dificulta su conformación y aplicación; su lenta evolución; su difícil sistematización y estudio; las complejas e infinitas relaciones jurídicas del mundo actual que dificultan su creación y aplicación por su incertidumbre y lentitud.

8. LA COSTUMBRE EN NUESTRO DERECHO

Este párrafo equivale a un apretado resumen o conclusión de lo expuesto sobre la costumbre en nuestro país.

Ya hemos expresado que se acepta la costumbre *secundum legem*: Veamos algunos ejemplos del Código Civil:

El artículo 1.496 dispone que si el monte es talar o de maderas de construcción podrá el usufructuario hacer las talas o cortes ordinarios que hacía el dueño, acomodándose en el modo, porción y época a las ordenanzas especiales o a las costumbres del país.

El artículo 2.480 expresa que los contratos obligan tanto a lo expresado en ellos como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

El artículo 2.502 dispone que los usos y costumbres se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos y suplir la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

El artículo 2.903 dispone que en los arrendamientos de muebles dedicados a amueblar una casa entera, tienda o cualquier otro edificio, su tiempo de duración es el que según la costumbre del lugar suele ordinariamente durar los arrendamientos de las casas, habitaciones, tiendas y edificios.

De acuerdo con el artículo 2.920, el arrendatario que cesa debe dejar al que le sucede en el cultivo las construcciones oportunas y demás útiles... y recíprocamente el nuevo arrendatario debe dejar al que cesa las construcciones oportunas y demás útiles necesarios para el consumo de forraje y para las recolecciones que restan. En uno y otro caso se observarán los usos de lugar.

El artículo 2.958 establece que si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destine la cosa arrendada o por la costumbre, cabe el desahucio.

El artículo 3.130, que se refiere a la aparcería, dispone que en lo no regulado por las disposiciones que la reglamentan o por el contrato, se observarán las costumbres locales. En defecto de estas costumbres o contratos expresos remite al articulado que le sigue.

En el artículo 3.446 se dispone que si en el comodato precario no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución de la cosa cuando quisiere.

El código también acepta la costumbre *praeter legem*, la que se aplica cuando la ley no contempla el caso, en el orden atrás señalado.

Se rechaza la costumbre *contra legem* porque de acuerdo con el artículo 138, inciso 1 de la Constitución, la ley se reforma o deroga con otra ley y, como consecuencia, no puede aceptarse una costumbre que contradiga a la ley.

La costumbre, pues, sirve para interpretar la ley y el contrato, llena lagunas, oscuridades, imprecisiones y deficiencias de la ley. Contribuye a precisar conceptos legales generales: el buen padre de familia, las justas exigencias del bien común, la honra y la reputación.

9. PRUEBA DE LA COSTUMBRE

Creo que se puede aplicar el artículo 4 del Código de Comercio, que establece que no constándole al juez o tribunal la costumbre en una forma auténtica (costumbres recogidas en repertorios oficiales, acuerdo entre las partes, etc.), sólo pueden probarse por los siguientes medios: por dos sentencias que aseveren la existencia de la costumbre y que hayan sido pronunciadas conforme a ella; o por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe aplicarse la costumbre, y otorgada entre partes extrañas a la que la invoque.

Esta es una disposición que nos demuestra el carácter supletorio de la costumbre y su incertidumbre. A medida que la ley se impone sobre la costumbre y, como consecuencia, los jueces van perdiendo su conocimiento, se exige la prueba de la costumbre cada vez con mayor rigor.

En la Costa Atlántica, donde se encuentran varias etnias, debe aplicarse directamente por el juez si la conoce o es notoria. Es conveniente recopilar las costumbres de las etnias para su mayor certeza.

La prueba de la costumbre ha pasado por muchas fases históricas y diferentes enfoques: para uno es un Derecho y como tal la debe conocer y aplicar el juez; para otros es un hecho y debe ser probado. Por otra parte, los medios de conocimiento de la costumbre han sido los siguientes: información directa del juez; notoriedad de la costumbre; la jurisprudencia; y los medios de prueba, correspondiéndole la carga de la prueba al que la invoca; el acuerdo entre las partes en cuanto a la existencia de la costumbre.

III. LA DOCTRINA

1. CONCEPTO DE DOCTRINA

La Ciencia del Derecho se nutre de las investigaciones, estudios, obras y exposiciones de los jurisconsultos.

Sin pretender agotar sus finalidades, los juristas se dedican a proponer reformas legislativas; al estudio de las normas jurídicas, con el objeto de sistematizar el Derecho y cada una de sus ramas; descubrir los principios generales del Derecho y de cada una de sus ramas; estudiar e interpretar la ley para facilitar su aplicación y señala las reglas de interpretación; criticar la jurisprudencia de los jueces y tribunales. Estos suelen fundar sus sentencias en la opinión de los jurisconsultos.

2. DESARROLLO E IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA

Es en Roma, cuna de nuestro Derecho, donde la opinión de los juristas adquiere fuerza obligatoria.

Desde Augusto, Tiberio, Adriano y Severo surge y se mantiene el *ius publice respondendi*, en virtud del cual se autoriza a los más eminentes juristas a emitir su opinión con carácter obligatorio para los magistrados.

En la práctica el dictamen de los juristas vinculaba al juez si no era contradicho por otro jurista eminente.

En el año 76 d.C., en virtud de la constitución de los emperadores Valentiniano y Teodosio, por la denominada la Ley de Citas, se instruyó a los jueces sobre la obligación de atender las opiniones de Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino. Cuando existían criterios diferentes, el juez debía atenerse a la tesis de la mayoría. Cuando no todos ellos se pronunciaron sobre la cuestión a resolver y había empate, la opinión que prevalecía era la de Papiniano. Si éste no se encontraba entre los que había opinado, el juez tenía libertad de escoger la opinión que consideraba más justa.

No existía duda del carácter formal de esta fuente del Derecho romano en esa época.

En el Derecho romano, los juristas no sólo eran los que cultivaban la Ciencia del Derecho, sino también tenían un gran poder político. Se distinguieron juristas, entre otros, como Appio Claudio, Tiberio Coruncanio, Marco Junio Bruto, Plubio Mucio Escevola, Quinto Mucio Escevola, Marco Antistio Labeón, Masurio Sabino, Ireneo Celso, Salvio Juliano, Sexto Pomponio, Gayo, Emilio Papiniano, Calístrato, Julio Paulo, Domicio Ulpiano, Herenio Modestino, Juvencio Celso.

En el Derecho moderno siguen teniendo gran importancia porque al concretar conceptos, interpretan e integran la ley, la doctrina representa la Ciencia del Derecho estudiada y sistematizada por los juristas.

Inspiran al legislador y algunas sentencias son fundamentadas en juristas de reconocido prestigio, lo que les imprime mayor fortaleza y refuerza la confianza del pueblo en la justicia.

En nuestro país y en algunos otros es muy común citar en las sentencias la opinión de los juristas.

No debemos olvidar que los juristas son los científicos del Derecho y parte del avance y adecuación del mismo a la sociedad se debe a sus investigaciones, estudios e interpretaciones.

Pero debemos reconocer que ya no es una fuente igual o superior a la ley, sino auxiliar de la ley. En el sistema actual, el Derecho depende más de los jueces que de la opinión de los jurisconsultos, prevaleciendo sobre esta fuente la ley. No se concibe una Ley de Citas o algo similar en esta época. Las legislaciones no la reconocen como fuente formal, sino como real.

El Código Civil de España en su artículo primero establece como fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. No contempla la jurisprudencia y la doctrina de los autores. La costumbre sólo rige en defecto de la ley aplicable; los principios generales del Derecho se aplican en defecto de la ley o de la costumbre, la jurisprudencia completa el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Por tanto para resolver un conflicto el juez debe tener en cuenta primero la ley; a falta de ley debe recurrir a la costumbre, y si la ley o la costumbre no son suficientes para juzgar aplicará los principios generales del Derecho.

La doctrina, la costumbre, los principios generales y las decisiones judiciales son fuentes clásicas del Derecho Internacional. Esta lista se encuentra en el artículo 38, número 1, del Estatuto de la Corte Internacional, que dice: «La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: *a)* las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; *b)* la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; *c)* los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; *d)* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59».

3. LA DOCTRINA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW

En Inglaterra la doctrina no ha sido bien recibida, pero existen ciertas obras con tanta autoridad como la de la ley: las obras de Glanville Bracton, Littleton y Coke.

4. LA DOCTRINA JURÍDICA EN EL SISTEMA SOCIALISTA

En los países de la extinta Unión Soviética y sus satélites, los juristas estaban fuertemente influenciados por las teorías marxistas y la opinión de los dirigentes soviéticos, por lo que sus ideas a favor del comunismo eran las que influenciaban en los legisladores y jueces.

5. LA DOCTRINA EN NUESTRO SISTEMA

En nuestro Derecho la doctrina tiene las funciones generales que desarrollamos al explicar su concepto, destacando la influencia que tiene en los tribunales de justicia, en el poder legislativo y los otros poderes del Estado, y además se aplica, a falta de ley, en el orden jerárquico anteriormente establecido.

IV. LA JURISPRUDENCIA

1. CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

Principiamos señalando que de acuerdo con el artículo 159, párrafo segundo de la Constitución, las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Es el Poder Judicial el que interpreta, aplica las leyes y ejecuta lo fallado.

Es conveniente advertir que el vocablo «jurisprudencia» tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas, etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley.

2. LA JURISPRUDENCIA, ¿CREA O DECLARA EL DERECHO?

El Estado de Derecho, parte del sistema democrático representativo, funciona en base a los principios siguientes: *a)* La división de poderes, atribuyéndole a cada uno sus respectivas competencias: al Poder Ejecutivo le corresponde administrar y dictar ciertas normas y resoluciones; al Poder Legislativo aprobar, reformar y derogar las leyes; al Poder Judicial se le encarga la función de aplicar la ley a los casos que se le someten, en su carácter de administrador de justicia; y al Poder Electoral se le atribuye la materia electoral (elecciones de Presidentes y Vicepresidentes de la República, Alcaldes, Diputados, plebiscitos, etc.). *b)* La aplicación del principio de legalidad que obliga a ajustarse a la ley a las autoridades del Estado, incluyendo a los jueces y magistrados. *c)* La principalidad de la ley en el Estado moderno centralizado. *d)* La independencia judicial, externa e interna. La primera evita influencias ajenas al Poder Judicial. La segunda fundamentalmente

impide imponer por los superiores criterios jurídicos a los jueces y tribunales inferiores.

Frente a estos principios es muy difícil contestar si la jurisprudencia crea o no Derecho. Si decimos que sí, se nos contestaría que estamos violando todos estos principios porque el Poder Judicial solamente puede dictar sentencias de acuerdo con la ley (principio de legalidad) y no crear normas o leyes, lo cual le corresponde al Poder Legislativo, quien tiene la representación del pueblo y la legitimidad para hacerlo, pues la ley es expresión de la libertad y voluntad popular, por el contrario el Poder Judicial no tiene ninguna representación o legitimidad popular, aunque la Constitución exprese que la justicia emana del pueblo en el artículo 158. En realidad este es un llamado del Poder Constituyente para recordarnos que la soberanía la tiene el pueblo, al cual debe concedérsele acceso a una justicia pronta y gratuita por el Estado. Pero en realidad los magistrados y jueces son nombrados por los Poderes Constituidos, la Asamblea Nacional a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y ésta al resto de jueces, Magistrados y funcionarios (30).

Por el contrario, decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradictoria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador (31); la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras son contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.

(30) Para Roberto DE RUGGIERO el juez no tiene más facultades que la de aplicar las leyes existentes y no de modificarlas, aunque parezcan artículos inadecuados para la regulación del caso, y menos crearlos. Si la norma particular no se encuentra en la legislación debe deducirla recurriendo a la analogía o a los principios de las otras ramas detectadas por el legislador o del sistema positivo, en el cual se considera implícitamente contenido. Si el juez aplica una norma no contemplada en la legislación, este acto no puede crear Derecho, porque éste es general y abstracto, la sentencia del juez sólo tiene eficacia para el caso particular. No obliga a los demás jueces ni al mismo que la dictó (*Instituciones de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid (España), Tomo I, pág. 79).

(31) Por ejemplo, la posibilidad de aplicar la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en Nicaragua, que no fue regulada ni pensada por nuestros legisladores, cuya aplicación en ciertos he sostenido.

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones y autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es, según lo anteriormente expuesto.

3. DESARROLLO E IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

En los primeros tiempos del Derecho, éste era consuetudinario y su aplicación le correspondía a los jueces, por lo cual la jurisprudencia era una fuente principal del Derecho. Costumbre y jurisprudencia se conjugaban para completar el ciclo de formación y aplicación del Derecho.

En el Derecho romano también se le reconoció gran importancia a través de los edictos de los magistrados que tenían funciones judiciales. A estos magistrados se les atribuyó competencias en diversos sectores de la vida jurídica y eran los pretores (urbano y peregrino), los ediles curules, y en las provincias los gobernadores y los cuestores.

Por medio de los edictos, el pretor anunciaba las actuaciones que pensaba desarrollar y los medios judiciales de que podían valerse los ciudadanos para la defensa de sus derechos. En esta forma el pretor creaba Derecho. Un Derecho creado por el juez.

En la Alta Edad Media aparece la figura del juez como creador de normas jurídicas.

Luego surge la Revolución francesa, que luchó contra los jueces del sistema judicial antiguo por la gran desconfianza que tenía en ellos.

Bajo la influencia del racionalismo, la ley es la principal fuente del Derecho y el juez pasó a ser el aplicador de la norma, la boca por donde habla la ley; los jueces están limitados a fallar de acuerdo al silogismo jurídico donde la ley es la premisa mayor, los hechos la premisa menor, los fallos la conclusión. El legislador es un ser inanimado (32).

(32) Piero CALAMANDREI, al tratar sobre la insuficiencia de la concepción meramente lógica de la sentencia, incluso en el sistema de la legalidad, expresa que el juez no es una máquina calculadora, es un hombre vivo, cuya función es individualizar la ley y aplicarla al caso concreto. Es una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la intuición y el sentimiento ardiente intervienen. Sostiene que toda interpretación constituye nueva creación y toda interpretación tiene influencia individual. La ley establecida es uno de los elementos que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor que explica ciertos fenómenos de disparidad de jurisprudencia. Pone el siguiente ejemplo: dos jueces en salas diferentes de la misma Corte, tal vez el mismo día, deciden la misma cuestión aplicando la misma ley en forma diametralmente opuesta. ¿Cuál de ellos se habrá equivocado? Ninguno de los dos, porque si la ley era la misma para ambos, si los hechos eran idénticos, sin embargo era

Contra esta tesis surge la Escuela de Viena, encabezada por Kelsen. Sostiene que el juez, como el legislador, crea normas, pero normas individualizadas, ya que la indeterminación de las leyes deja la posibilidad creadora de escoger, entre varias, la solución que crea más justa.

El juez contemporáneo no está concebido como un simple creador de silogismos jurídicos. Es un juez que tiene mayor amplitud e importancia en la creación del Derecho, lo que ha venido a ser reforzado con la creación de los tribunales o salas constitucionales.

4. UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. SU VALOR

El Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.

Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en casos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas. En materia laboral en nuestro país los Tribunales de Apelaciones conocen del recurso de apelación y no existe un Tribunal Superior del Trabajo que revise las sentencias, o un recurso de casación laboral ante la Corte Suprema. Al no existir un órgano de uniformidad de la jurisprudencia laboral, el caos no tiene solución.

Para remediar estos males se ha creado el recurso de casación o la jurisprudencia obligatoria.

El recurso de casación tiene por finalidad defender la aplicación de la ley y uniformar la jurisprudencia; también reparar el agravio del recurrente. Este es un recurso que vela por la integridad de la ley y uniforma la jurisprudencia. Para cumplir su finalidad se exige un órgano único superior (la unicidad) que conozca de la casación (33).

diverso sentimiento individual del juzgador, a través del cual la ley y los hechos se han encontrado. Agrega que el litigante que perdió se equivocó de sala porque habría ganado si hubiera entrado en la otra. No es el juez el equivocado, sino el litigante (*Proceso y Democracia*, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1960, págs. 77-80).

(33) En el artículo 65 de la Constitución de 1858, la Corte Suprema se encontraba dividida en dos Secciones (una en León y la otra en Granada). Cada Sección conocía en segunda instancia en los casos civiles y criminales en la forma que la ley determina y en última instancia (suplica) de la sentencia que dictaba la otra Sección en apelación. Así la Sección de León controlaba a la de Granada en tercera instancia y la de Granada controlaba a su vez a la de León en tercera instancia. La Sección de León ejercía sus jurisdicciones en

La uniformidad de la jurisprudencia puede ser con relación al espacio o al tiempo. La uniformidad puede ser quebrantada en el espacio ante la multiplicidad de jueces y tribunales como en Nicaragua. Se soluciona estableciendo un tribunal superior que realice la uniformidad, lo que puede peligrar si este tribunal con frecuencia cambia la jurisprudencia.

La uniformidad en el tiempo se logra dando la estabilidad al conjunto de sentencias que establecen una doctrina y aquí entramos al problema de si la jurisprudencia debe ser obligatoria o no (34).

Existen varios sistemas de casación, el sistema francés, el sistema italiano y el sistema español.

La Asamblea Constituyente de la Revolución francesa consideró la necesidad de crear un órgano para velar que los tribunales no violaran la ley. Para tal efecto en el año de 1790, inspirada en la teoría de la separación de poderes, se creó el tribunal de casación como un apéndice del Poder Legislativo. Se concibió como un órgano político y no jurisdiccional, con la finalidad de garantizar la separación del Poder Legislativo y el judicial, pues cuando el juez violaba o interpretaba una ley penetraba en el campo del Poder Legislativo. En casación no se podía conocer el fondo del asunto y cuando se casaba la sentencia se reenviaba el juicio a los tribunales de instancia para su decisión.

Por Ley de 1 de abril de 1837 se estructuró la casación como verdadero recurso judicial que tiende a la unificación de la jurisprudencia.

En el sistema francés, el tribunal de casación no conoce del fondo del asunto y cuando la sentencia es casada, el juicio es remitido al tribunal «de reenvío» para conocer del fondo el asunto, el cual no está obligado a someterse a la doctrina del tribunal de casación. Pero si la Corte de Casación in-

los Departamentos de Occidente y Setentrión y la de Granada en los Departamentos de Occidente y Medio Día. Existían jueces de primera instancia y los alcaldes también tenían jurisdicción para ciertos asuntos. Para ampliar el estudio, véanse la Ley de Organización de los Tribunales y Juzgados de la República y sus atribuciones y el Código de Procedimientos Civiles vigente al tiempo de dicha Constitución. Este sistema podría producir doctrinas contradictorias entre la Sección de León y Granada de la Corte Suprema de Justicia. La casación sólo admite un órgano que conozca y decida. Rige en la casación el principio de la unidad. La historia de Italia registra la existencia en el vértice de varios órganos superiores en materia judicial. La cita de la Corte Suprema de Nicaragua, dividida en dos Secciones, es para destacar la posibilidad de sentencias o jurisprudencia contradictorias, pues la casación en nuestro país se inicia con el Código de Procedimiento Civil vigente de 1904. La Constitución citada es producto del pacto entre los políticos y ricos leones y la oligarquía granadina, lo que le dio fin a la guerra civil de 1856.

(34) Piero CALAMANDREI se pronuncia a favor de la uniformidad de la jurisprudencia en el espacio, pero no a la inmutabilidad de la unificación en el tiempo de la interpretación judicial porque se produciría la paralización del Derecho y se excluiría la evolución jurisprudencial y una nueva interpretación adecuada al espíritu de la época que permiten desechar la jurisprudencia anterior. Se pronuncia en contra del precedente obligatorio, o sea, de verdaderas y propias leyes interpretativas, lo que equivale a una transferencia de poder de interpretación auténtica de los órganos legislativos a la Corte Suprema de Justicia (*Casación Civil*, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1955, págs. 215 y 216).

siste en su interpretación, los nuevos jueces de reenvío están obligados a seguir el sentir de la Corte de Casación.

Nuestro recurso de casación es de origen español y fue establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1906, en virtud del cual el tribunal de casación, al casar en el fondo la sentencia recurrida, se pronuncia sobre el fondo del asunto, sin reenvío como en el sistema francés. Así lo establece el artículo 2.069 del Código de Procedimiento Civil. En una misma sentencia se invalida la sentencia recurrida y se dicta la sentencia de fondo que corresponde. Es mucho más práctico que el francés.

Además, el tribunal de casación conoce de ciertos hechos en virtud del error de hecho y de Derecho (causal 7.^a de casación en el fondo) en la apreciación de la prueba y en la interpretación de los contratos (causal 10.^a de casación en el fondo).

La finalidad de la casación es defender la ley contra las sentencias que la infringen y uniformar la jurisprudencia, secundariamente y reparar el agravio del recurrente. En la causal segunda se establece indirectamente como motivo de impugnación la infracción de la doctrina legal o jurisprudencia aceptada por la Corte Suprema de Justicia (35).

Actualmente, con la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de marzo de 1998, la jurisprudencia es obligatoria, a menos que se cambie dando razones para ello. Si el juicio llega a la Corte Suprema de Justicia y ésta detecta que en realidad se infringió la jurisprudencia, casa la sentencia (36).

Ni el legislador ni la propia Corte Suprema han establecido el número de sentencias que constituyen la doctrina legal. En una ocasión dijo que una sentencia no constituye doctrina legal (37). En otra dispuso que es preciso que la doctrina legal se halle preestablecida por una serie razonable de fallos publicados por el Tribunal Supremo antes de haberse dictado la sentencia de

(35) S. 8:30 a.m. de 27 de febrero de 1975, B. J., pág. 48. Se ha pensado que la causal adecuada es la décima de la casación en el fondo para casar una sentencia que viole la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En una futura reforma sería conveniente dejar claro este problema.

(36) Es conveniente advertir que podría ser tachada de inconstitucional la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial porque, de acuerdo con el artículo 165 de la Constitución, los jueces y magistrados son independientes y sólo obedecen a la Constitución y a la ley. Pero este criterio también podría ser de dudosa aceptación, ya que la jurisprudencia establecida en dicha ley puede ser cambiada, no es cerrada, lo que le restaría la obligatoriedad que tiene la ley. Por otra parte, la seguridad jurídica y el principio de legalidad tendrían mayor peso para sostener la obligatoriedad que la tesis de la inconstitucionalidad. La verdad es que ni se cumple con la obligatoriedad de la jurisprudencia ni se ha planteado el problema de la inconstitucionalidad. Parece que no han averiguado el cambio de sistema. Los jueces, Tribunales de Apelaciones y la misma Corte Suprema de Justicia no respetan los precedentes y cambian rápidamente de opinión.

(37) S. 11:30 a.m. de 19 de noviembre de 1941, B. J. pág. 11429.

que se recurre (38). En sentencia de las 9:00 a.m. de 8 de noviembre de 1962, B. J., pág. 487, dijo que una consulta no constituye doctrina legal. Generalmente se ha considerado que tres o más sentencias consecutivas y conformes forman doctrina legal.

De acuerdo con el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998, los jueces y magistrados deben de resolver de acuerdo con los fallos precedentes y sólo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motivan el cambio de interpretación. Esta disposición se refiere a todos los jueces y Tribunales de Apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia.

Es un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el Poder Judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad e igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso.

Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que, como volvemos a repetir, es obligatoria en los términos indicados.

El párrafo citado del artículo 13 habla de fallos judiciales precedentes, pero no señala cuántos son. Entiendo que deben ser cuando menos dos como para crear un clima de previsibilidad, estabilidad y confianza de los justiciables.

En México está constitucionalizada la jurisprudencia obligatoria en el artículo 94 de la Constitución, así como los requisitos de interrupción y modificación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, funcionando en Pleno o en sala es obligatoria, para éstas la que decreta el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de Circuito, los Juzgados de Distritos, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las sentencias constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ella se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que haya sido aprobada por lo menos por ocho Ministros (Magistrados) si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencias de las salas.

También establecen jurisprudencias obligatorias cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, sustentada por el Pleno, se interrumpe siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho Ministros, por cuatro si es de una sala y por unanimidad de votos cuando se trate de un

(38) S. 11:00 a.m. de 23 de julio de 1921, B. J. pág. 3369.

Tribunal Colegiado de Circuito. Deben establecerse razones en que se apoye la interrupción, haciendo referencia a las que sentaron en la anterior tesis.

La jurisprudencia, una vez establecida, puede ser modificada observando las reglas establecidas para su formación, es decir, cuando se vuelva a dictar la cantidad de fallos con el número de votos exigidos.

El artículo 45 de la Constitución Nacional argentina de 1949 establecía la vinculación de los fallos de la Corte Suprema de Justicia para los demás tribunales nacionales. Se consideraba que equivalía la jurisprudencia a una ley formal aprobada por la Corte Suprema de Justicia en virtud de delegación hecha por el Poder Legislativo, violando de esta manera la división de poderes.

Francisco CARNELUTTI se pronuncia en contra de la obligatoriedad de la jurisprudencia. Estima que las normas jurídicas son proposiciones hipotéticas que requieren de una serie de especificaciones al ser aplicadas, las que tienen carácter intermedias entre la norma y el caso, que tienen el aspecto de otros tantos artículos del Código y se les suele dar el nombre de máximas de la jurisprudencia. La distancia entre la hipótesis de la norma y el caso es un campo de incertidumbre en el que por necesidad juega el arbitrio. Por tal razón es comprensible que la exigencia de la certeza tienda a dar valor a dichas máximas, intentando cambiar el vacío. Cada norma se rodea de un halo de máximas, que en la práctica son una especie de cuasi-normas o de subnormas del Código. Ante esta situación aparecen claramente las razones de las aspiraciones de la llamada uniformidad o constancia de la jurisprudencia.

Hace un balance de las ventajas y desventajas de la uniformidad de la jurisprudencia. Lo trata como un balance fácil porque sus términos son los mismos de la conocida pugna entre la justicia y la certeza. La uniformidad sirve a la certeza; pero sufre la justicia, pues peligra que se adormezca o extinga la indagación de los jueces que día a día afine la norma vigente, haciéndola más idónea. Esa labor diaria de los jueces hizo el milagro de mantener vigente el Código napoleónico desde hace más de un siglo. Las incertidumbres y el contraste que esgrimen los que defienden la uniformidad, los estima como los poros por los que el Derecho respira la justicia. Si los jueces, por el fetichismo de la uniformidad se atienen a soluciones adquiridas y el conjunto de máximas adquieren en la práctica el valor de un Código desmesurado, se cierra la vía normal a la renovación del Derecho.

También estima que en la jurisprudencia el error de Derecho necesita ser corregido con mayor cuidado que el error de hecho. Ambos tienen el mismo valor para el caso, pero el de Derecho, a diferencia del error de hecho, es apto para propagarse de una decisión a otra, por lo que lo define como un error contagioso (39).

(39) *Sistema de Derecho Procesal*, Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1993, Tomo III, págs. 747-749. Por el contrario, para Otto TSCHADEK, el error de hecho es un

No creo que sea conveniente la jurisprudencia obligatoria sin poderla interrumpir o modificar, por las razones siguientes: el Derecho tiene que adecuarse a las nuevas condiciones sociales, políticas y económicas; puede ser que la jurisprudencia aceptada haya partido de un error o de un criterio injusto o no bien profundizado; la renovación constante de jueces no puede quedar supeditada a los criterios y conciencia de los viejos; se paraliza el avance del Derecho.

5. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW

En Inglaterra existe el Derecho denominado Common Law, constituido por las decisiones de los tribunales del país. Pero también existen leyes creadas por el Parlamento.

Es en este Derecho que el juez aparece como un verdadero creador del Derecho, de un Derecho judicial.

Originalmente, antes de establecerse el Parlamento, los jueces del Rey dictaban sentencias fundadas en las costumbres locales y las nociones generales de la justicia, sin tener un texto legal a su alcance, y así se fue formulando el sistema del Common Law, que es un conjunto de pronunciamientos emitidos y criterios sostenidos por los jueces en sus sentencias al decidir los casos concretos. Diferente es nuestro Derecho constituido por normas jurídicas escritas de carácter general y abstracta. En el Derecho inglés se procede en forma diferente al nuestro.

Nuestros jueces y juristas encuentran la norma aplicable en un texto legal escrito, en Inglaterra la norma se encuentra en los casos resueltos por los jueces y tribunales. Entonces hay que localizar entre los casos resueltos, aquel o aquellos con los que se resolvió el caso que se presenta actualmente. Localizado el caso, la razón o el argumento, se ha encontrado la norma jurídica aplicable al caso presente. Por tal razón no es de extrañar que los litigantes invoquen argumentos de sentencias dictadas siglos atrás.

Los casos que constituyen precedentes vinculantes son los que emanan de los tribunales superiores: la Corte Suprema de Justicia y la Cámara de los

peligro para la jurisprudencia. Expresa en el Prólogo: «El escollo para la jurisprudencia no está en el error de Derecho, sino en el error de hecho. Pero los errores de hecho tienen origen en un procedimiento probatorio mal o deficientemente practicado, en una incorrecta apreciación de la prueba, o en la falta de experiencia psicológica. De ahí que me parezca oportuno colocar la prueba en el centro de las reflexiones críticas y señalar tanto las ventajas y desventajas de los distintos medios de prueba como las fuentes de errores inherentes a ellos» (*La Prueba*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982). Creo que en lo penal el error de hecho es más dramático, pues una errada apreciación del cuadro fáctico nos puede conducir a la condena de un inocente o la absolución del culpable, que no admite el proceso de revisión. También es lógico pensar que el error de Derecho se puede prolongar a otros casos por poco o bastante tiempo y causar perjuicio.

Lores. La de los restantes tribunales inferiores no son obligatorios pero tienen valor persuasivo.

Las diferencias entre nuestro sistema y el del Common Law son marcadas: en el nuestro prevalece la ley, mientras que en el Common Law la importancia mayor la tienen las sentencias, aunque Werner GOLDSCHMIDT expresa que las diferencias no son tan grandes ya que, por un lado, en los países continentales no pueden emitir reglas generales los legisladores, sino que las abstraen previamente de las reglas específicas elaboradas a causa de casos concretos; y porque, por otro lado, los jueces anglosajones no pueden asemejar un caso a otro, sino idean reglas generales que comprenden ambos casos (40).

Algo semejante ocurre en los Estados Unidos de América, donde se destaca el *leading case* (caso líder), porque es considerado muy importante al fijar doctrina o puntos de Derecho que continúan invocándose y aplicando hasta tornarse vinculante para todo el ordenamiento jurídico por el *stare decisis*. GARCÍA BELAUNDE cita dos casos líderes: el de Marbury vs. Madison de 1803, que crea la inaplicabilidad de la ley inconstitucional (sistema difuso); el Brown vs. Board of Topek de 1954, que declara que la segregación racial en las escuelas públicas viola la decimocuarta enmienda de la Constitución.

6. REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha llegado a ser tan abundante que se han elaborado repertorios de jurisprudencia para guía de los jueces y abogados, unos impresos y otros en CD. Además los poderes judiciales tienen sus medios para publicar todas sus sentencias, en nuestro país se le llama Boletín Judicial.

En Nicaragua se han publicado algunos repertorios, siendo el más importante el del doctor Alejandro MONTIEL ARGÜELLO.

Como la jurisprudencia no es más que la interpretación de la ley y su valor deriva de ésta, la teoría tradicional no se ha preocupado de su interpretación, teniendo como base los hechos fundamentales sobre lo que recae la sentencia, sus motivaciones y reglas que pueden deducirse, y cuando se presenta un caso similar al decidido por la jurisprudencia invocarla para su aplicación.

Las partes y sus abogados deben estar claros del papel activo y fundamental que desempeñan los jueces en la actualidad y si quieren triunfar deben estar enterados de la conducta judicial que tomarán los jueces al fallar, teniendo en cuenta sus criterios.

(40) *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 239.

7. LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS

En los países socialistas la jurisprudencia tiene una misión estrictamente interpretativa de la ley, lo que excluye la creación de normas jurídicas. El Derecho no se desarrolla a través de la jurisprudencia ni adapta la ley a las nuevas circunstancias.

El juez no puede tomar en consideración al fallar cuestiones de equidad o cualquier otro motivo.

V. LA LEY

1. CONCEPTO DE LEY

Se han dado muchas definiciones de la ley por los filósofos, juristas y códigos.

Francisco SUÁREZ expresa que la ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado.

Para Clemente D'DIEGO, ley es la norma del Derecho establecida por el poder legislativo del Estado (41).

Jesús HERNÁNDEZ SOMOZA estimaba a la ley como una soberana declaración de voluntad que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (42).

Para el artículo 1 del Código Civil chileno la ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite.

El Código Civil chileno de Bello, que rigió en Nicaragua, dio la misma definición de ley, pero suprimió la condición de solemne.

Nuestro Código Civil vigente, ni la Constitución define lo que es la ley, acercándose al criterio formal de la ley.

2. ELEMENTOS DE LA LEY

La ley tiene dos elementos: el contenido (elemento material) y la forma (elemento formal).

La forma es el procedimiento establecido para su elaboración, el cual principia con la iniciativa, sigue con la discusión, aprobación, promulgación y publicación de la ley en la forma establecida por la Constitución y regla-

(41) *Instituciones del Derecho Civil Español*, Madrid, 1959, Tomo I, págs. 101 y 102.

(42) *Curso de Derecho Constitucional Nicaragüense*, Tipografía Nacional, Managua (Nicaragua), 1896, pág. 12.

mentos del Poder Legislativo. Si los procedimientos fundamentales de formación de la ley han sido violados (falta de iniciativa, falta de *quórum* o número de votos para su aprobación, etc.) puede ser atacada por inconstitucional por defectos de forma.

La ley también tiene un contenido, que es el elemento material de la norma, por medio del cual manda, prohíbe o permite. Sin ese contenido, o cuando es contrario a la Constitución, puede ser declarada inconstitucional por cuestiones de fondo.

El concepto de ley puede ser amplio o restringido.

Para el concepto amplio se entiende por ley el conjunto de normas jurídicas de obligatoriedad general aprobado por la autoridad estatal de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por tal razón se llaman leyes: la Constitución Política; las leyes propiamente dichas aprobados por el Poder Legislativo (concepto estricto); los reglamentos; los decretos; los decretos-leyes; los decretos con fuerza de ley, etc.

La ley en sentido estricto es aquella que es aprobada por el poder legislativo de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución y reglamentos de dicho poder.

Con relación a su contenido, la ley puede ser entendida de dos maneras: a) Ley en sentido material es aquella cuyo contenido normativo es permanente, general y abstracto independientemente del órgano que la dicta. b) Ley en sentido formal es aquella norma que es aprobada por el Poder Legislativo independientemente de su contenido: códigos, leyes orgánicas, leyes comerciales, civiles, penales, ley del presupuesto, leyes que decretan amnistías e indultos, pensiones de gracia, etc. Son leyes todos los actos que emanan del legislativo. No existe ley si no emana del Poder Legislativo.

Estos dos criterios no coinciden en muchos casos. Por ejemplo: una pensión de gracia aprobada por el poder legislativo es ley para el criterio formal porque la aprobó el poder legislativo, pero no es ley para el criterio material por no tener el carácter abstracto y general, sino particular. Para el criterio material, el reglamento es ley por su carácter general aunque emane del poder ejecutivo, pero no para el criterio formal, por no emanar del poder legislativo.

Ya hemos visto en páginas anteriores la variedad de nuestro sistema normativo derivado tanto de nuestra Constitución como de la ley ordinaria, lo mismo que su jerarquía, por lo que nos remitimos a esa parte para evitar repeticiones.

3. CLASIFICACIÓN DE LA LEY

Se han formulado varias clasificaciones de las leyes, atendiendo a su naturaleza y alcances: leyes orgánicas que se han usado para la reglamenta-

ción de órganos o instituciones del Estado o para reglamentar los Derechos fundamentales (España); leyes temporales; leyes con efectos retroactivos; leyes *ad hoc*; leyes especiales, como la del presupuesto y de amnistía e indulto.

4. DEBILITAMIENTO DE LA LEY

Hemos insistido que la modernidad elevó a nivel central a la ley como fuente del Derecho. Era la expresión soberana de la libertad y la soberanía popular. No tenía límites, era justa y mediante el principio de legalidad se aseguraba que todos los poderes y ciudadanos se sometieron a ella.

Por tal razón ROUSSEAU expresaba que no podrían existir leyes injustas, porque nadie puede ser injusto consigo mismo, al ser la ley la expresión de la voluntad general.

El Estado es el que monopolizaba la creación jurídica y le concede a la ley el carácter de generalidad y abstracción, a tono con el Estado de Derecho.

Los autores contemporáneos detectan crisis o decadencia de la ley, atribuida a los cambios que han sufrido el sistema de fuentes del Derecho del Estado liberal, y las características de generalidad, abstracción, racionalidad y justicia de la ley.

Dentro del sistema de fuentes, la ley ha perdido su principalidad al adquirir la Constitución valor normativo superior a la ley; la existencia de leyes constitucionales; de leyes duras; de tratados y resoluciones de organismos internacionales o supranacionales que deben ser respetadas por la ley nacional.

La generalidad y abstracción de la ley va perdiendo fuerzas debido a las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que presionan sobre el Estado. El pluralismo político viene a reforzar esta presión. La sociedad no es homogénea, es plural, el reinado de la ley general se dio cuando la burguesía representaba la homogeneidad de los valores culturales.

La nueva composición de la sociedad da lugar a leyes que regulen determinados sectores económicos y sociales del pueblo; a que la ley reduzca el número de sujetos a los que se dirige; a leyes *ad hoc*, perdiendo espacio la generalidad; a leyes temporales para solucionar problemas concretos, etc.

A lo anterior cabe añadir la falta de certeza e inseguridad jurídica que provoca la inflación legislativa. Se publican miles de leyes, muchas de ellas en duda sobre su vigencia, a lo que se añade la mala técnica legislativa. Los abogados no saben a qué atenerse y la ciudadanía casi ignora el ordenamiento jurídico. Ya se han dado casos, hasta en la Corte Suprema de Justicia, de dictar fallos con base en leyes derogadas.

A pesar de ello, las encuestas y la opinión pública miden la efectividad de la asamblea legislativa de acuerdo al número de leyes que dicta. Si son

pocas no cumple con sus fines y si son muchas merecen el aplauso, sin darse cuenta de la inflación legislativa que se está provocando y de los espacios de libertad que se están afectando, por que toda ley en algo los afecta.

5. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

La codificación, la cual fue un avance de la Ciencia jurídica y de la certeza del Derecho, ha entrado en crisis ante la gran cantidad de leyes que van excluyendo del ámbito de los códigos muchas de sus disposiciones, instituciones, figuras y órganos, que quedan como leyes sueltas o forman nuevos códigos. Se produce una inflación de leyes (demeritadas como la moneda afectada por la inflación) y al mismo tiempo la oposición a la fragmentación de la codificación.

Las causas de la fragmentación e inflación legal son muchas. Citaremos algunas:

- a) La complejidad de las nuevas relaciones económicas y políticas conducen a la regulación legislativa para llenar vacíos, dejando a un lado el principio de la libertad contractual.
- b) El avance del sistema democrático, en el cual los grupos de poder, mayoritarios o minoritarios, presionan a los poderes para la aprobación de leyes que protejan sus intereses.
- c) El gobierno percibe que la aprobación de leyes es una forma de cumplir con su plan de gobierno.
- d) La creencia generalizada del pueblo de que con la ley se soluciona cualquier problema (43).
- e) Muchos diputados y ministros fundan su prestigio en las leyes que patrocinan.
- f) Las asambleas legislativas son consideradas eficientes cuando aprueban gran cantidad de leyes.

(43) La Corte de Casación francesa, por sentencia del 17 de noviembre de 2002, indemnizó a un niño por el perjuicio que le causó el hecho de nacer discapacitado, condenando al médico que por su negligencia y error en el diagnóstico impidió a la madre ejercer la opción de interrumpir el embarazo. El caso se presentó como perjuicio o precio de la vida y las asociaciones de víctimas, paradójicamente, se mostraron ofendidas a pesar de que eran protegidos, ya que la Corte únicamente protegió la vida de los discapacitados. El caso lo agitaron los medios informativos y se pedía la intervención legislativa para terminar con los supuestos defectos de la sentencia. Como consecuencia, por Ley 2.002-303, de 4 de marzo de 2002, se dispuso que: «Nadie puede prevalerse de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento». La ley fue criticada por la doctrina por ser demagógica y mal redactada, pues lo que originó la indemnización en el caso de la sentencia no fue el hecho del nacimiento, sino el hecho de nacer con discapacidad, pero calmó los reclamos de la ciudadanía.

- g) Las delegaciones legislativas en el ejecutivo es fuente de una gran cantidad de leyes.
- h) El Estado Social de Derecho, en su afán interventor, produce cantidad de nuevas leyes.
- i) Los órganos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc., obligan a los gobiernos a dictar ciertas leyes.
- j) El Derecho comunitario es otra fuente del Derecho que debe aplicarse con preferencia a la ley local.
- k) Las instituciones de la democracia semirepresentativa, principalmente la iniciativa popular de leyes.
- l) La invasión del Derecho Público sobre el Privado expropia varias instituciones y figuras del Derecho Civil.

Si a lo anterior agregamos los reglamentos, los decretos, las resoluciones administrativas, la jurisprudencia, los acuerdos, decretos y circulares de los poderes del Estado, las normativas de entes descentralizados, los tratados internacionales, el Derecho no sólo pierde seguridad y legalidad, sino también la sobriedad, sencillez, método y coherencia de la codificación napoleónica. El Derecho, tal como hoy se presenta, es difícil de comprender y aparece inaccesible al común de la gente, la cual afecta la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Se han multiplicado los técnicos, abogados y no abogados, al servicio de gobiernos extranjeros que prestan dinero o ayudan económicamente a un país, dedicados a redactar leyes con un vocabulario rigurosamente científico sobre materias técnicas o comunes que ni los mismos juristas nacionales logran desentrañar.

Muchas de dichas leyes están llenas de errores, son inconstitucionales y poco adaptables al país; otras son leyes modelos que con algunas modificaciones las ponen en vigencia en varios países.

Estos mismos técnicos promueven considerable cantidad de leyes para su aprobación. Sus sueldos son extravagantes, marginan a los mejores juristas nacionales, promoviendo la creación normativa al margen de nuestras costumbres, tradiciones y experiencias.

Es necesario reaccionar rápidamente y dedicarse a la modernización de nuestros Códigos, principalmente el Civil, y reducir la inflación legalista, pues las tradiciones del Derecho Civil romano-germánico, a las que pertenecen nuestros códigos (francés, chileno, nicaragüense, etc.), se encuentran amenazadas por el Common Law. El informe Doing Business de 2004 del Banco Mundial, concluye que los países de tradición jurídica francesa sufren una reglamentación asfixiante, que sería una fuente de ineficacia y corrupción. Se trata de imponer el Common Law; pero en momentos en que ambos sistemas convergen en soluciones análogas. Ya nos impusieron un Código Procesal Penal oral y acusatorio de estirpe anglosajona.

Por otra parte, no son pocos los autores como J. EDER y J. H. HERRYMAN, que reconocen la superioridad del Derecho latinoamericano sobre el Common Law y los defectos de éste. El segundo de los anteriores expresa admiración sobre la formulación del Derecho latinoamericano, el mayor desarrollo que tiene en doctrinas como el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el fraude de la ley, la teoría de la imprevisión; recomienda a los legisladores estudiar el Código de Napoleón, pues las leyes tienen defectos serios de redacción confusa, ambiguas y verbosas, lo que no debe ser así porque a mayor complicación de la vida moderna en un país industrializado se exige sencillez y claridad (44).

Por otra parte, casi al mismo tiempo se prepararon dos Proyectos de Ley de los Registros Públicos. El primero patrocinado por el Banco Mundial, en virtud de un préstamo. El segundo por la Unión Europea, en virtud de una donación, dentro del proyecto de fortalecimiento de la administración de justicia, que también patrocinó la construcción de los complejos y juzgados del Poder Judicial, que no existían o estaban en completo abandono, otorgando excelente comodidad para administrar justicia.

El proyecto del Banco Mundial es ajeno a nuestras tradiciones jurídicas, heredadas de España y ajustadas a nuestras realidades. En este Proyecto el Registro es constitutivo del dominio y los Derechos reales, otorgándole a la certificación registral el valor de plena prueba independiente de los títulos de adquisición, sin que estemos preparados para tal sistema; la figura del tercero registral está mal formulada; aplica los principios registrales a todos los registros sin distinciones: Registro Mercantil, Registros de Vehículos, Registros de Prenda; Registro de Personas, crea el Registro de la Propiedad Inmueble y el Registro de Hipotecas como si fueran Registros separados (técnica del folio personal), a pesar de llevar el Registro por la técnica del folio real; establece un sistema de creación convencional de los Derechos reales (*numerus apertus*), olvidando que al Registro sólo se inscriben Derechos reales señalados por la ley, salvo algunas excepciones; se aparta de la teoría tradicional del título y el modo y del sistema francés de transmisión por el consentimiento, lo que da lugar a pensar en una trasmisión del dominio y la constitución de los Derechos reales sobre inmuebles en forma abstracta, sólo por el Registro; se descodifica el Código Civil, pues se deroga la extensa regulación del Registro de la Propiedad Inmueble, sin dejarse en él los principios registrales y las disposiciones básicas del Registro, apartándose de la nueva corriente de la recodificación tan útil y seguida por varios países.

Cuando escribía este artículo fui invitado por el Banco Mundial y la Asamblea Nacional para que, en dos sesiones y aprobado la mitad de su

(44) Aparecen las citas textuales en Ernesto REUGIFO GARCÍA, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2004, págs. 29 y 30.

articulado por este poder, ayudara a corregir algunos aspectos de dicho proyecto. En mi opinión debe redactarse de nuevo y volver al Proyecto de la Unión Europea que a continuación explicaré brevemente. Esta tesis es compartida por la mayoría de los juristas nicaragüenses.

El Proyecto de la Unión Europea se elaboró bajo la dirección del destacado hipotecarista español Fernando MONEDERO SAN MARTÍN, con el que colaboraron juristas nicaragüenses como el Licenciado Iván ESCOBAR AGUILAR, la Licenciada Cecilia CONTRERAS BENAVIDES y otros. También participaron cuatro distinguidos hipotecaristas españoles (45).

El proyecto regula todos los principios registrales, organiza un registro científico, seguro y técnico propio para nuestro país. Respeta la orientación general de nuestro ordenamiento jurídico, tradiciones y costumbres. Su redacción es clara y no se presta a dudas. Puede servir de modelo para la modernización de otros Registros latinoamericanos, con las correspondientes adaptaciones.

También en los Estados Unidos de Norteamérica existe preocupación por las inconsistencias, oscuridades e irracionalidades de Common Law. De aquí el surgimiento de lo que la doctrina denomina «los movimientos codificadores», dentro de una gran cantidad de definiciones sobre lo que es la codificación. Se reconoce que existe la codificación legislativa y la codificación regulatoria. La primera no se desarrolla en gran escala, pero la segunda es una práctica común.

Esta codificación regulatoria se considera como la sistematización del Common Law y su expresión aparece en un cuerpo escrito.

Se encuentra en manos de numerosos entes reguladores federales en la burocracia federal (Immigration and Naturalization Services, Superintendencias de Seguros y Valores de los Estados Unidos, etc.).

Los entes reguladores recogen las sentencias, las interpretan, desarrollan los principios y reglas de la sentencia, si así se lo encomienda el tribunal, incorporan la decisión convirtiéndola en regulación interna del ente, interpretan la sentencia incorporada cuando se presenta un caso similar, interpretan la ley cuando ésta tiene oscuridades y lagunas, aplicando la jurisprudencia. Un tribunal puede revisar la regulación codificada.

Es necesario reaccionar y principiar a trabajar. Hasta la Iglesia sustituyó su Código Canónico de 1917 por uno nuevo en 1983. Podría pensarse en una Comisión Codificadora y de orden normativo integrado por un miembro de la Corte Suprema, un miembro del Poder Ejecutivo y tres del Poder Legislativo. Entre sus funciones estarían fomentar, orientar, racionalizar y fiscalizar la codificación y el ordenamiento normativo.

(45) Eduardo MARTÍNEZ, Jesús DUCAY, Cristina CARBONELL y José Antonio JORDANA DE POZAS.

Hemos regresado a la recopilación y surge una fragmentación de la codificación en pequeñas o grandes unidades (leyes sueltas, el Código del Trabajo, el Código Procesal Constitucional, etc.). Son muchas las recopilaciones de leyes por orden de fecha o por materias. Todo esto vuelve difícil el conocimiento del ordenamiento jurídico, los códigos se están reduciendo y no se les permite establecer las normas fundamentales y principios generales de las leyes especiales que los cercenaron cuando no adquieren autonomía.

La variedad de códigos es amplia: Código del Trabajo, Código de la Niñez, Código de la Familia, Código Tributario, Código de Aranceles Judiciales, Código de Minería, Código de la Construcción, Código Procesal Constitucional, etc. Unos tienen autonomía, junto con la materia que regulan, y otros no.

El Derecho Civil es un Derecho general, se aplica a todos sin distinción, es igualitario y supletorio de otros códigos o leyes cuando no contemplan el caso.

Pero el Derecho Civil y su código, desde la promulgación del Código Civil francés, se ha venido fragmentado en leyes especiales y pequeñas o grandes unidades codificadas. Además las bases fundamentales del Derecho Civil se incorporan a las constituciones y surgen del Derecho Internacional normas civiles que prevalecen sobre los nacionales. En Francia existen cerca de 8.000 leyes y 360.000 reglamentos.

El Código Civil francés también es atacado por la fragmentación provocada por las leyes sociales y Códigos que regulan ramas del Derecho con autonomía y reglas propias, diferentes a las que originalmente las regían. Se calcula que se han elaborado cuarenta códigos. Por ejemplo: el Código del Trabajo, el Código de Ruta, el Código de Urbanismo, el Código del Medio Ambiente, el Código de la Construcción, el Código de la Propiedad Intelectual, el Código del Consumo, el Código de Jurisdicciones Financieras, el Código General de Colectividades Territoriales, el Código de la Salud Pública, el Código de la Educación, el Código de la Justicia Administrativa, el Código Monetario y Financiero, el Código de la Acción Social y de las Familias, el Código del Patrimonio y el Código de la Investigación.

Su articulado ha sido nuevamente redactado y de 2.281 artículos que lo integran, 1.115 se conservan en la actualidad.

A lo anterior debemos agregar que la jurisprudencia es abundante, sin la cual es difícil comprender el Código.

El fenómeno de la descodificación lo lleva a extremos José María NATALINO IRTI, Catedrático de la Universidad de Roma, quien anuncia la caída o fin del Código Civil, el cual ya no puede ser estimado como Derecho común y supletorio, pues sería un código más de los microsistemas de las legislaciones especiales. La vinculación de Derecho Civil con las leyes especiales se ha perdido, cada ley es un sistema especial con principios y reglas propias.

No obstante, puede ofrecerle a estas leyes conceptos muy generales (en los contratos, el Derecho subjetivo, etc.) y hasta podría, en forma residual y no supletoria, solucionar casos que no aparecen en la ley especial.

El citado autor NATALINO IRTI expresa: «Las leyes externas, multiplicándose y consolidándose, volverán más rápido y profundo el proceso de expropiación del Código, reducido, por un lado, a disciplina de casos residuales, y, por el otro, a reglas de institutos amplísimos, considerados como presupuestos justamente por aquellas leyes. Las disciplinas generales permanecerán en el Código como ramas secas, sectores normativos superados por nuevos principios generales y ricos en simple prestigio o sugestión histórica: más temprano o más tarde, caerán del viejo tronco, y serán absorbidas por las leyes consolidadoras de materias o clases de relaciones singulares. No cabe colocar al Código Civil en el centro del sistema, pues se impone asumir que los diversos núcleos de leyes especiales son portadores de principios autónomos» (46).

Se pregunta, ¿cómo salvar el Código Civil? En primer lugar establece que el Código Civil ha perdido todo valor constitucional (47), ya que las constituciones consagran y protegen las libertades políticas y civiles, el Derecho a la propiedad y la iniciativa privada económica, amparadas por el poder público a través de la justicia constitucional, despojando así al Código Civil de su función de garantía que había cumplido en el siglo XIX, expropiada día a día por las leyes especiales. En segundo lugar argumenta que estas leyes especiales modifican o sustituyen la disciplina del Código Civil reducida a una doctrina de modelos cansados y sin utilizar.

El Código Civil sólo disciplina materias generalísimas que conservan una concreta eficacia (obligaciones y contratos), que aunque parten de ellas en forma general, las leyes especiales las modifican (48).

En Nicaragua el Código Civil es objeto de fuerte fragmentación por leyes sueltas, supresión de capítulos, y los proyectos continúan mutilando y desorganizando la legislación civil. Los decretos y leyes confiscatorias y expropiatorias de la Revolución Sandinista cambiaron el sistema de tenencia de la tierra, en forma desordenada y arbitraria, aunque gradualmente vuelve a concentrarse en pocas manos. Citaremos algunas leyes en el Anexo.

(46) *La edad de la descodificación*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1992, págs. 38 y 39.

(47) El constitucionalismo reclama el centro del Derecho para el Derecho Constitucional porque es el faro que ilumina todo el ordenamiento jurídico al incorporar a la Constitución los derechos fundamentales y su defensa, establece las Fuentes del Derecho, la interpretación del Derecho debe hacerse de acuerdo a su letra y espíritu, establece las bases y principios fundamentales de muchas ramas del Derecho: Penal, Civil, Administrativo, Procesal, Portugal, Internacional y otras. Por tal razón se habla del Derecho Penal Constitucional, Derecho Civil Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, etc.

(48) Natalino IRTI, *ob. cit.*, págs. 35 y 36.

A lo anterior hay que agregar el Proyecto del Código de la Familia, el Proyecto de Ley sobre Paternidad y Maternidad Responsable, el Proyecto de Ley General de Aguas Nacionales, el Proyecto de Ley de Costas, el Proyecto de Ley Especial para la Regulación y Control del Funcionamiento de Salas de Juego, Casinos y Máquinas Tragamonedas, el Proyecto de Ley General de Registros Públicos, el Proyecto de Reformas y Adiciones a la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, el Proyecto de Ley que crea el Corredor de Desarrollo Sostenible para los Municipios en la Cuenca Hidrogénica de los lagos Xolotlán, Cocibolca y del Río San Juan, el Proyecto de Ley que declara área protegida el «Cañón de Somoto», el Proyecto de Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, el Proyecto de Ley de Regularización de la Tenencia de la Tierra y otros que aumentan la inflación legislativa, cercenan el Código Civil y expulsan de él al Derecho de Familia.

El compendio jurídico de normas publicado por la Asamblea Nacional de Nicaragua en 1987 registra un total de 3.864 Leyes, Constituciones, Decretos Legislativos, Decretos Gubernativos, Decretos Ejecutivos, Decretos-Leyes, Código y reformas, Reglamentos y otras normas, Tratados y Convenios Internacionales.

Esta teoría de la descodificación es objeto de crítica, incluyendo en Italia. Se sigue viendo en el Código Civil al Derecho Común y el núcleo del macrosistema del Derecho Privado.

Pero el nuevo Código de la recodificación ya no sería el mismo del racionalismo, sino un código influenciado por las nuevas realidades políticas, sociales y económicas de la época, muchas de las cuales han sido llevadas a la Constitución y a las leyes especiales por la rapidez de la vida moderna. Un código con nuevos valores que hacen juego con los del liberalismo. El Código Civil siempre conservaría el papel central, pero estará rodeado de leyes especiales, nutriéndose mutuamente ambos cuerpos jurídicos.

Lo que en realidad existe es una fragmentación del Código Civil en códigos o leyes especiales, salvo aquellos códigos que tienen sus propios principios y reglas que le otorgan autonomía (Código de Comercio, Código de la Familia, Código del Niño, Código Laboral, etc.).

El mismo Código Civil francés ha sido modificado, corregido y complementado, pero no sustituido. Tampoco su abundante jurisprudencia es un elemento de descodificación, porque en realidad más bien enriquece al código y lo actualiza a través de la obra creadora de los jueces y tribunales.

Algunos juristas piensan que lo mejor es modificar y modernizar el código, pero no suprimirlo, incorporando los nuevos conceptos, figuras e instituciones que los avances del Derecho así lo exigen, tal como se hizo en Argentina, por la Ley número 17.711 de 22 de abril de 1968.

Se ha entrado en una etapa de recodificación, la cual podría cambiar o modificar la filosofía del Código Civil; ejemplo de esta recodificación

de la totalidad del Derecho Civil son los Códigos de Portugal, Perú (1984), Brasil, Québec (1994) y Holanda, y los proyectos de Argentina y Bolivia (1977) (49).

El Código Civil de Argentina es de 1871 y fue reformado en 1968 por Ley número 17.711. Existe un proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987. Hace importantes reformas y realiza la unificación del Civil y Comercial.

También se elaboraron: El Proyecto de Reforma y Unificación con el Código de Comercio de 26 de abril de 1993, y el Proyecto de Reforma y Unificación con el Código de Comercio por el Decreto número 468/92.

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, a diferencia de los anteriores, plantea la derogación del Código Civil y el Código de Comercio y sus reemplazos por uno nuevo con un total de 2.532 artículos. Está acompañado de leyes particulares en los regímenes societarios y de falencia.

El Código de Comercio ya se encuentra casi totalmente vaciado de contenidos por leyes especiales.

El Código de Comercio del Brasil es de 1850 y sufrió varias desmembraciones, principalmente después de la promulgación del primer Código Civil a través de leyes especiales.

El Código Civil es de 1 de enero de 1917. Fue inspirado por las leyes civiles de Augusto Teixeira de Freitas (1858). La doctrina desde el siglo XIX proponía la unificación de los Derechos Civil y Comercial en un solo instrumento, unificación que no fue lograda en el Código de 1917. Éste sufre modificaciones en sus 85 años de vigencia con la promulgación de códigos y leyes.

El nuevo Código Civil es de 11 de enero de 2003, con 2.046 artículos.

Se pensó en un Código de Obligaciones Civiles y Comerciales (Proyecto de 1941) (50), en un Código de Familia. También lo antecedió un proyecto de Código Civil de 1963 de Orlando GÓMES.

Se impuso la tesis de la unificación de la totalidad del Derecho Privado hasta donde lo permitiera un sistema orgánico y coherente.

Las razones para incorporar normas de Derecho Comercial al Código Civil fueron muchas, entre otras, las siguientes: *a)* La tesis que data del siglo XIX de unificar el Derecho Civil y Comercial. *b)* No existen tribunales mercantiles. *c)* La necesidad de un nuevo instrumento de Derecho Comercial.

(49) Existen en Bolivia un nuevo Código de Comercio de 1994.

(50) La tesis de la unificación tiene antecedentes en el Código suizo de las obligaciones (1881) que se incorporó al Código Civil (1912) y los Códigos Civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1995/1996), los Códigos únicos en lo Civil y Comercial de China-Taiwán y del Reino de Tailandia y los principios generales del Derecho Civil de la República Popular de China.

La coordinación del Proyecto le correspondió al profesor de Filosofía del Derecho, Miguel REALE, quien le infundió valor social y ético. Se inspiró en el Civil italiano de 1942, pero no incluyó el Derecho del Trabajo, y regula parte de las sociedades. También recibió influencia europea y particularmente francesa.

Sin agotar sus innovaciones señaló las siguientes:

- a) Contiene valores y normas para aplicar la ley de manera más justa al caso concreto.
- b) Reconoce la responsabilidad por el daño moral.
- c) Regula el negocio jurídico, reemplazando la expresión de actos jurídicos.
- d) La mayor modificación la sufrió el Derecho de las obligaciones y el de la familia.
- e) Se establece el Derecho de empresa que reemplaza al criterio tradicional del Derecho Comercial, pues se funda en la actividad del empresario y no en los actos de comercio del comerciante. Llama fundo de comercio al establecimiento de comercio. El empresario es el titular de la empresa.
- f) El contrato tiene una función social, lo que permite su anulación por lesión y la revisión por la aceptación del riesgo imprevisible.
- g) Se establece la buena fe en la celebración y ejecución del contrato.
- h) La función social de la empresa.
- i) La cesión de deuda.
- j) La unificación de los contratos civiles y comerciales.
- k) La función social de la propiedad, lo que trae como consecuencia plazos breves de la prescripción adquisitiva a favor de los poseedores de ciertos inmuebles no productivos o utilizados para fines agrícolas o habitacionales. En situaciones análogas se admite la expropiación indirecta al concederle al ocupante que trabaja la tierra o vive en ella pagarle al propietario un precio fijado con posterioridad por la autoridad judicial. Es el reconocimiento de la ocupación-trabajo fundada en el interés social que funciona al lado de la posesión-ocupación tradicional.

Es un buen ejemplo de recodificación. Tiene muchas bondades, es claro, sobrio y coherente, aunque ha recibido sus críticas.

Tienen que ser incorporadas a un nuevo Código Civil todas aquellas materias de carácter general, de aplicación común a todos los ciudadanos, no discriminatorias; aquellas materias que no han sido incorporadas, pero sí creadas por la doctrina y la jurisprudencia: el abuso del Derecho, los contratos de adhesión, la protección al consumidor; el riesgo imprevisible, etc.; los Derechos fundamentales consagrados en la Constitución y tratados interna-

cionales; los contratos y relaciones que reguladas por el Derecho Mercantil ya son de uso general por todos los ciudadanos; la contratación electrónica; los trasplantes de órganos; la procreación asistida, etc.

El nuevo Código Civil italiano de 1942 podría servir también de modelo frente a la descodificación y avance sobre el Derecho Mercantil. Conserva las fuentes del Derecho, el Derecho de Familia, la sucesiones, la propiedad, las obligaciones, los contratos, regula los actos de comercio, los libros de comercios, las intendencias, las obligaciones comerciales, la venta, el reporto, la prenda, el depósito de mercaderías y frutos en almacenes, los contratos bancarios, la cuenta corriente, el seguro, los títulos de crédito, las relaciones laborales, la empresa, las sociedades simples y comerciales, la letra de cambio, el cheque bancario, el mandato comercial, el contrato de transporte. Regula, pues, con amplitud el Derecho Civil y gran parte del Mercantil que antes regulaba el Código de Comercio de 1882 sobre el ejercicio del comercio. No regula la navegación y la quiebra.

Lo que destacan más los autores es el traslado de gran parte de la materia mercantil al Código Civil, principalmente en las obligaciones y contratos, obedeciendo la tendencia de las dos últimas décadas del siglo XIX de trasfundir, para reforzar el Derecho Civil, las innovaciones técnicas del Derecho Comercial, movimiento encabezado por VIVANTE.

Francisco MESSINEO sostiene que esta técnica obedece a los fines políticos del fascismo de homogenizar al individuo frente al Estado y abolir el Derecho de categoría, o sea, profesional de los comerciantes. Observa además, que en la actividad civil y comercial tiene lugar una notable diferencia; y que al no estar sujeto gran parte del Derecho Civil al criterio económico, impide situarlo en el mismo plano que la materia de la económica (51).

El Código Civil de Bello (1855), que tuvo vigencia en Nicaragua desde 1871 hasta 1904, no se ha escapado de los deseos de su modificación. En Chile también se presenta el problema de la fragmentación del Código en leyes, pues recientemente se llegó a la Ley número 20.000 y la base de datos del Congreso ofrece información de más de 150.000 leyes.

La antigüedad del Código Civil y la inflación legislativa han puesto a los juristas a pensar sobre lo que debe hacerse: algunos proponen un nuevo Código Civil; otros opinan que debe modernizarse y adaptarse, pues no amerita una recodificación, ya que el fraccionamiento legislativo no se ha hecho en base a la autonomía de principios y reglas de las leyes sueltas, en cuyo caso se presenta la descodificación; algunos piden su actualización y el ordenamiento temático de leyes o código por materias vinculadas a los postulados y principios fundamentales del Código Civil.

(51) *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Editorial Ejea, Buenos Aires (Argentina), 1954, T. I, pág. 60 y sigs.

Existe una Comisión de reforma de los Código Civil y de Comercio organizado por la Universidad Diego Portales y otras instituciones.

6. SISTEMAS DE CODIFICACIÓN

Los sistemas de codificación son varios, pero los más generalizados y aceptados son dos:

- a) El sistema de codificación seguido por el Código Civil francés que atiende a un método, a reglas generales, a categorías jurídicas, claridad y coherencia, capaz de aceptar modificaciones y contribuir a combatir la inflación mediante la aplicación de estas categorías y normas generales a las leyes sueltas para que respondan a un sistema lógico y coherente y permita la facilidad para aplicarlas e interpretarlas.
- b) El segundo método, que paradójicamente se aplica principalmente en Francia, se denomina sistema de Derecho Constante. Está bajo una organización administrativa y tiene por objeto ordenar temáticamente en códigos las leyes dispersas de la inflación.

Después de las dos guerras mundiales surge la inflación legislativa y la necesidad de la Codificación Administrativa. En el año de 1948 se organiza la primera Comisión de Codificación y en el año 1980 ya había elaborado cerca de 40 códigos. Bastó una década de disminución de la labor codificadora para que surgiera nuevamente y con dureza la inflación. Entonces en 1989 aparece la segunda Comisión Superior de Codificación, con la idea de codificar antes de 2010, todas las grandes partes del Derecho. Este sistema ha logrado la codificación de más de la mitad del Derecho francés y cerca de dos terceras partes de las leyes vigentes.

El sistema es rápido y consiste únicamente en reunir en forma temática las leyes, pero sin reformarlas o modificarlas, lo que marca una de las diferencias fundamentales con el primer sistema.

En el funcionamiento del sistema participan varios órganos: la Comisión Superior de Codificación, los Ministerios, el Consejo de Estado y el Parlamento, en menor medida. Pero el trabajo de codificación es administrativo más que legislativo, bajo la dirección de especialistas en Derecho Público.

La Comisión prepara el plan de elaboración de cada Código, señala su contenido y ayuda en su redacción. Los códigos son extensos. Aunque las leyes sueltas codificadas no pueden ser derogadas o modificadas, en la realidad se hacen adaptaciones: se suprimen términos obsoletos, se deja constancia de derogaciones expresas o tácitas, se armonizan los textos contradictorios y se excluyen normas consideradas contrarias a la Constitución; todo lo cual recibe críticas fuertes.

Desde 1989 la intervención del Parlamento era imprescindible para asegurar la validez de los códigos, derogar el Derecho que se incorporó a ellos y aprobar las modificaciones.

Esta aprobación del Parlamento retrasaba la codificación. Por tal razón, desde 1999 los textos se aprueban por ordenanzas (decretos con fuerza de ley), el Parlamento se limita a habilitar y ratificar, y el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional ejercen su control sobre la ley de habilitación.

Este sistema, aunque promueve el orden y el conocimiento de la ley, es fuertemente criticado: el conocimiento de la ley que pretende proponer es sólo para los operadores del Derecho (abogados, notarios, jueces, magistrados, etc.); se procede a elaborar las leyes con poca reflexión; es parcial la recopilación; obedece a técnicas defectuosas; su fruto es inestable y se excede en su función de organizar las leyes al hacer modificaciones y supresiones, tal como lo expresamos en pocas líneas arriba.

Existen otras técnicas parecidas como los «testi uncí» en Italia y los «textos refundidos» en Chile, España y otros países.

Las inflaciones y desórdenes legislativos promueven los juicios y conflictos ante la inseguridad, imprevisibilidad y debilitamiento del principio de legalidad. Existen muchas leyes oscuras, mal intencionadas, retroactivas, muy particulares, temporales, incoherentes, contradictorias, de dudosa vigencia, una jurisprudencia vacilante y cambiante en cualquier momento.

Nicaragua es un ejemplo de ellos, pues todavía no se ha logrado ordenar y resolver problema de la propiedad y el saneamiento del Registro de la Propiedad que está lleno de títulos falsos, dobles folios registrales en manos de diferentes propietarios, desorden administrativo y para complicar más el asunto se pretende modernizar esta institución con todas sus irregularidades y desconfianzas, sin sanearlo previamente.

Los litigios son interminables y los inversionistas no quieren desarrollar sus proyectos por temor a perder su inversión.

En Brasil la inflación aumentaba los conflictos, presentándose cada año alrededor de seis millones de acciones a la justicia, lo que la hacía más lenta y cara.

Con urgencia debemos pasar a la recodificación. Como dato histórico es bueno recordar que al poco tiempo de vigencia de nuestro Código Civil de 1904, el doctor Alfonso AYÓN presentó un proyecto de un nuevo Código Civil que no fue aprobado. La Corte Suprema de Justicia emitió un dictamen desfavorable argumentando que su mayor parte era copia del Código vigente, aunque introducía modificaciones en el Derecho de Familia y en el ordenamiento de los bienes por causa de muerte. Tenía quinientos artículos menos, pero siempre era extenso y casuístico (52).

(52) Dictamen de 30 de enero de 1922, B. J. pág. 3547 y sigs. Es importante destacar que ya en el año de 1890 se elaboró un proyecto de Código Rural.

ANEXO

Leyes: Ley de Alimentos de 24 de marzo de 1992. Ley de Defensa de los Consumidores de 14 de noviembre de 1994. Código de la Niñez y la Adolescencia de 27 de mayo de 1998. Código del Trabajo de 30 de octubre de 1996. Ley de Inquilinato de 16 de enero de 1991. Las Leyes Orgánicas del «Patrimonio Familiar» y del Instituto Nicaragüense de la Vivienda de 21 de abril de 1959. Ley que Reglamenta el Régimen de la Propiedad Horizontal de septiembre de 1971. Ley de Reposición de Partidas de Nacimiento de 21 de diciembre de 1981. Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro de 29 de mayo de 1992. Ley de Adopción de 14 de noviembre de 1981. Ley de Reforma Agraria de 21 de agosto de 1981. Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos de 3 de julio de 1982. Ley especial de delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 21 de noviembre de 2005. Ley General de Catastro Nacional de 17 de enero de 2005. Ley de Identificación Ciudadana de 5 de marzo de 1993. Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reforma Urbana y Rural de 24 de febrero del año 2005. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley número 354, Ley de patentes de Invención, Modelo de Utilidad y Diseños Industriales de 24 de marzo de 2006. Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de 16 de abril de 2001. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley número 380. Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de 24 de marzo de 2006. Ley de Depósito Legal de la República de Nicaragua de 18 de julio de 2001. Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, de 23 de enero de 2003. Reformase y Adicionase Ley de 23 de julio de 1935, estableciendo oficina que se llamará «Registro de la Propiedad Industrial de Nicaragua» de 5 de abril de 1968. Se establece la oficina de patentes de Nicaragua de 21 de agosto de 1935. Ley de Seguridad Social de 1 de marzo de 1982. Ley General de Instituciones de Seguro de 26 de noviembre de 1970. «Ley de Transmisión de la Propiedad de Viviendas y otros Inmuebles Pertenecientes al Estado y otras Instituciones de 30 de marzo de 1990. Ley Especial de Legalización de Viviendas y Terrenos de 3 de abril de 1990. Ley de Protección a la Propiedad Agraria de 5 de abril de 1990. Ley de Revisión de Confiscaciones de 23 de mayo de 1990. Ley de Establecimiento y Restabilidad del Orden Jurídico de la Propiedad Privada, Estatal y Municipal de 27 de marzo de 1992. Creación y Funcionamiento de la Oficina de Titulación Urbana (OTU) de 22 de septiembre de 1994. Ley de Estabilidad de la Propiedad de 1 de diciembre de 1995. Ley sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria de 16 de diciembre de 1997. Decreto número 3, Confiscación de Bienes de 22 de agosto de 1979. Decreto número 38, Aclaración y Adición al Decreto número 3 de 3 de septiembre de 1979. Decreto núme-

ro 97, Ley de Repartos Ilegales de 26 de septiembre de 1979. Decreto número 282, Situación Jurídica de las Personas con Bienes Intervenidos o en investigación de 8 de febrero de 1979. Decreto número 760, Apropriación por el Estado de Bienes Abandonados de 22 de julio de 1981. Reforma a la Ley de Reforma Agraria de 13 de enero de 1986. Decreto número 895, Ley de Expropiación de Tierras Urbanas Baldías de 14 de diciembre de 1981. Decreto 1170, Aclaración a los Decretos números 338 y 282 de 18 de enero de 1983. Decreto 35-90, Creación y Funcionamiento de la Oficina de Ordenamiento Territorial de 23 de agosto de 1991. Decreto número 36-91, Impuestos sobre Bienes Inmuebles de 26 de agosto de 1991. Decreto número 48-92, Ampliación de la Oficina de Ordenamiento Territorial de 10 de septiembre de 1992. Decreto número 51-92, Creación de la Oficina de Cuantificación de Indemnizaciones (OCI) de 30 de septiembre de 1992. Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos de 3 de junio de 1994. Reforma a la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos de 12 de abril de 1996. Acuerdo Judicial número 76, Reglamento de Arbitraje de 15 de mayo de 2000. Acuerdo Presidencial número 75, Reglamento de Mediación de 12 de mayo de 2000. Ley de Mediación y Arbitraje de 24 de junio de 2005.

RESUMEN

FUENTES DEL DERECHO

En este trabajo el autor analiza las diversas fuentes del Derecho en Nicaragua, su valor y eficacia. Las fuentes pueden ser constitucionales (la constitución), primarias (la ley), secundarias (reglamentos del ejecutivo) y terciarias o subordinadas, como la costumbre. La costumbre debe ser probada, lo cual en Nicaragua tiene lugar por dos sentencias o tres escrituras públicas que la acrediten. Se analiza también el valor que la doctrina científica tiene como fuente del Derecho.

ABSTRACT

SOURCES OF LAW

In this paper the author analyses the various sources of law in Nicaragua and the value and efficacy thereof. Sources may be constitutional (the Constitution), primary (laws), secondary (regulations issued by the executive branch) or tertiary or subordinate, such as custom. Custom must be proved. Proof of custom in Nicaragua may be given through two court rulings or three notarial deeds accrediting the custom. The value of scientific doctrine as a source of law is also analysed.

(Trabajo recibido el 7-8-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)