

La Doctrina de las Fuentes del Derecho

Por LUIS DIEZ-PICAZO

Al leer el título de este trabajo no faltará alguno que se pregunte: ¿por qué de nuevo sobre las fuentes del derecho? Y, acompañándole, algún otro añadirá: siempre hemos sabido lo que son y cuáles son las fuentes del derecho; ¿qué va a venir éste a decirnos de nuevo ahora? Voy a intentar contestar a estas objeciones, que tal vez yo mismo me hago. En el replanteamiento del tema de las fuentes del derecho hay una razón de carácter coyuntural, que es una dosis de curiosidad por la historia de la terminología jurídica y de las palabras usadas en la teoría del derecho. Confieso que, aunque no podré hacerlo nunca, como Santi Romano escribió los «Frammenti di un Dizionario Giuridico», me gustaría escribir unos «Fragments de un Dictionnaire historique de las palabras jurídicas». Hace poco he intentado acometer esta tarea con la palabra «jurisprudencia» y fue ella la que me llevó de la mano a las «fuentes» como palabra. Hay una segunda razón que tiene asimismo carácter coyuntural. Al rehacer, como cada año, el «Manual del Derecho Civil», que escribo con el profesor Gullón Ballesteros, he encontrado insatisfactorio el proemio del capítulo dedicado al tema. Lo grave es que he encontrado insatisfactorios los proemios y las introducciones al tema en otros manuales muy autorizados y, revolviendo en mis recuerdos, he llegado a la conclusión de que es un tema que nunca he llegado a cuadrar.

Una tercera razón se encuentra en unas observaciones, certeras como suyas, que J. Vallet de Goytisolo hizo en el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de M. Alonso Olea. Este discurso versó sobre las «Fuentes de Derecho del Trabajo en la Constitución» y Vallet al contestar realizaba un esbozo de investigación sobre el origen del concepto de fuentes del derecho. A todo ello vino a sumarse una última y cuarta razón: el tomo de 1982 de los «Archives de Philosophie de Droit» se dedicaba precisamente a las fuentes del derecho. Algo tendrá el agua cuando la bendicen, reza un refrán castizo. Algo tendrá el tema cuando los filósofos del derecho franceses le han dedicado un tomo de quinientas páginas. Además de todo ello el tema presenta el atractivo de aproximarnos a la esencia del Derecho o, por lo menos, permitirnos comprender con nitidez mayor las diferentes formas del pensamiento jurídico o de pensar el derecho

I

LA DEPURACION DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO Y SU SENTIDO FUNCIONAL

1. *Los usos lingüísticos del término fuentes y la teoría del Derecho.*—Es manifiesto que la palabra «fuente» y su plural —fuentes— pertenecen al lenguaje espontáneo u ordinario y que sólo «a posteriori» han sido recibidas en la teoría del derecho. En el lenguaje ordinario, la palabra fuente designa el lugar de surgimiento de un curso de agua o el punto en que el agua mana de la tierra. En este sentido es sinónimo de manantial, aunque en nuestra lengua la palabra manantial por su carácter inusitado resulte hoy más expresiva. Se podría, pues, hablar de los manantiales del Derecho. O de las alfaguaras del Derecho, que viene a ser casi lo mismo. La fuente es un hecho enteramente natural: el agua surge de las entrañas de la tierra, porque antes penetró en ellas como consecuencia de las lluvias o del deshielo. Hay otras fuentes que son construcciones humanas destinadas a conducir el agua hasta los que tienen necesidad de ella. Fue frecuente, y lo es todavía, que aparezcan decoradas con esculturas, símbolos u otros elementos semejantes. Si nos detenemos ante ellas, no es extraño que podamos comprobar como se recuerda la personalidad del que las erigió: el señor de la tierra, el rey o, en los tiempos modernos, más abstractamente la entidad jurídica de un municipio. La fuente es entonces el lugar a donde se va a buscar el agua y, más concretamente, a beberla. Se dice: beber en buenas fuentes.

Las expresiones que han quedado aludidas acaso por su propia índole, fueron desde tempranos momentos fácil presa del lenguaje metafórico y de los lenguajes tecnificados. No es impertinente observar de pasada que el lenguaje tecnificado ha sido casi siempre inicialmente metafórico. En el sentido de lugar a donde se va a beber, nuestra palabra fue reiteradamente utilizada por la historia para designar los materiales en los cuales se encuentra la información que el historiador necesita. Para los historiadores, las fuentes son documentos, testimonios, monumentos. Dentro del amplio campo de la información, en nuestros días el término ha sido utilizado por los periodistas y los demás profesionales de la información en un claro paralelo con los historiadores. Las fuentes de un mensaje periodístico, o de una noticia, son los puntos de donde se ha recibido o donde se ha confirmado. Entendidas dentro de esa línea, son siempre lo que en derecho se ha llamado, como todo el mundo sabe, fuentes de conocimiento, fuentes de las cuales se extrae una noticia, fuentes de las cuales se extrae la información sobre el derecho.

Como la fuente se encuentra en el punto de surgimiento, la idea de fuente designa el punto inicial y, por ello, el origen o el principio de algo. En un sentido riguroso y estricto, es el punto donde algo nació y también, en un sentido traslático, donde tuvo cabal fundamento.

2. *La historia de una metáfora jurídica y la formación de los dogmas jurídicos.*—El origen de lo que algunos han llamado en forma gráfica la metáfora acuática o hidrológica, que está en el origen de la idea de fuentes del derecho, se encuentra en el «Tractatus de Legibus» de Cicerón. En el libro, como es sabido, discuten Marcus y Aticus Quintus y en un momento dado (1,5), Marcus dice: «Podéis estar seguros de que no hay ningún tipo de disertación en que se revelen mejor que en ésta los dones naturales del hombre, las virtudes que contiene la inteligencia, la misión del trabajo, la solidaridad entre los hombres y la sociedad natural que entre ellos existe» (ver: «Introducción y Notas» por Alvaro Dors, Madrid, 1963, pág. 65). Después de haber pronunciado este exordio, Marcus añade: «explicados previamente estos temas, puede encontrarse la fuente de las leyes y del derecho» (*his enim explicatis, fons legum et iuris invenire potest*). Aticus replica: «entonces tu idea es que no hay que extraer la disciplina del Derecho (A. Dors traduce: la fuente de la ciencia jurídica) del edicto del Pretor, como hace casi todo el mundo hoy, ni de las Doce Tablas, como los antepasados, sino de la filosofía esencial (*ex intima philosophia*).»

J. Miquel («Historia del Derecho Romano», Barcelona 1982) cita un texto de Tito Livio (3,34,6 y 7) en el que se califica a la Ley de las Doce tablas, como «*fons omnis publici privatique iuris y corpus omnis romani iuris*».

Cicerón era seguramente un literato de grandes recursos, pero la metáfora que allí utiliza había sido ya aplicada en otros campos por otros autores que habían hablado, v. gr., de la «*fons philosophiae*» o de la «*fons sapientiae*». Sin embargo, ello no aclara el sentido de la utilización del término «*fons*».

Enrico Paresce en un artículo dedicado al tema de las fuentes del derecho en la «Enciclopedia del Diritto» (vol. 7, pág. 892), ha puesto de manifiesto la ambigüedad que existe en el uso metafórico de la palabra «fuentes» y se ha llegado a preguntar si el problema de las fuentes no será sólo un problema semántico. Dice este autor que la teoría de las fuentes del derecho se ha resentido y no poco del uso metafórico de la palabra. Desde los tiempos más lejanos, al lado de su significado específico de «punto de emergencia de una vena de agua», la palabra se encuentra cargada con sentidos míticos y religiosos que afloran en las primeras especulaciones filosóficas en la literatura e incluso en las figuraciones iconográficas. De aquí que con la palabra se pueda haber tratado de indicar todo tipo de producción o de comienzo y que cuando la palabra se trata de aplicar en el Derecho indique al mismo tiempo el originario significado físico (origen) y los significados figurados (fundamento). Se ha señalado por ello que como en las mitologías se hace de las fuentes deidades, en el campo jurídico ocurre algo parecido.

En la «Enciclopedia de Ciencias Sociales» de Pauly y Wisova, en la voz «*fons*», se lee: «dícese del nombre de un dios etrusco». La metáfora no es ya hidrológica, sino mitológica. En una concepción

animista del mundo, *fons* es el dios que necesariamente tiene que existir o habitar en el lugar donde se produce el hecho misterioso del surgimiento de un curso de agua. La relación entre la llegada de la agua y la divinidad aflora todavía, en nuestros días, como al principio reseñábamos, en el hecho de que muchas de las fuentes construidas por el hombre representan, como símbolos, dioses de una antigua mitología (la Fuente de Diana, la de Apolo, etc.). Según esta misma concepción del mundo, «*fons iuris*» sería la deidad que tiene que habitar en el mundo en el que se produce el misterioso hecho del surgimiento del Derecho. Así, la palabra *fons* indica el hecho de la producción, natural o divina, de algo y por extensión su fundamento. Cuando se habla de la *fons iuris* se está haciendo referencia a todo este mundo de concepciones animistas y religiosas, al mismo tiempo que naturales.

Hemos encontrado de esta manera el origen de la expresión «*fons iuris*», utilizando la expresión «*fons*» en singular. Sin embargo con ello la cuestión no ha quedado resuelta porque hay que saber en qué momento se pasa a hablar de «*fontes iuris*». Lamfranco Mossini, que escribió en los Studi Senesi de 1962 un trabajo titulado «*Fonti del Diritto.—Contributo alla storia di una metafora giuridica*», ha sustentado la tesis de que, en otro de los libros de Cicerón, el «*De inventione*», existe un pasaje que, si no se tienen prejuicios, puede considerarse referido a las fuentes del Derecho y que el mismo Savigny así lo consideró (*De inv.* II, 65 y ss.). Escribe en este pasaje Cicerón, refiriéndose a una controversia entre dos o más personas, que los que litigan deben antes de nada examinar «*ius ex quibus rebus contest*». En este pasaje, algunos han traducido la expresión «*rebus*» por la expresión «*fuentes*», diciendo que las partes deben tomar en consideración las fuentes de las cuales «*deriva*» su derecho.

Cualquiera que sea la opinión que se sustente en torno a la tesis de Mossini sobre la equiparación entre «*res*» y «*fontes*» en el texto de Cicerón, recogido en *De Inventionis*, parece cierto que la idea moderna de fuentes del derecho (*sources du droit, rechtsquellen*) nace en los comentarios que se producen en torno al Título II del Libro 1.º del Digesto y que se generaliza en la literatura del siglo XVIII. No es impertinente, por ello, tratar de seguir el rastro de este título.

El Título II, del Libro 1.º del Digesto trata sobre el origen del Derecho y de todas las magistraturas y de la tradición de los prudentes. Es un título muy breve, que consta sólo de dos fragmentos, aunque el segundo de ellos sea muy extenso. El primero es de Gayo y justifica la necesidad de remontarse a los orígenes. Como dice agudamente Glück en su «*Comentario a las Pandectas*» (libro 1.º, pág. 42 de la traducción italiana), este texto fue tal vez una incitación a los juriconsultos para la exposición de la historia del derecho y de la constitución del Estado, así como para la búsqueda de noticias que pudiesen servir a una introducción del estudio de la literatura jurídica.

La mayor parte del título lo constituye el fragmento 2.º, que es de Pomponio y está tomado del *Liber singularis enchirii*.

La narración que se hace en este pasaje se sitúa en un momento en el que la ciudad está constituida sin una ley determinada (*sine lege certa*) y sin un derecho determinado (*sine iure certo*) y gobernado por el poder de los reyes. Cuando la ciudad creció, el pueblo fue dividido en tres partes a las que se llamó «curias» y algunas leyes (*leges curiatae*) fueron sometidas a la aprobación de las curias. Todas estas leyes iniciales fueron reunidas en un libro por Sexto Papirio, personaje del tiempo en que reinaba Tarquino el Soberbio. Al libro se le llamó Derecho Civil papiriano.

Al ser expulsados los reyes, vino de nuevo una época de incertidumbre jurídica. Para que no continuara por más tiempos, se acordó nombrar a diez personas (los «decenviros») que debían estudiar las leyes griegas y conseguir que también Roma se rigiera por leyes. Efectivamente, estas leyes se dictaron y se escribieron en unas tablas de bronce y se colocaron en la plaza pública para que pudieran ser conocidas por todos. Corregidas después, se añadieron dos tablas más y a esa legislación se la dio el nombre de Leyes de las Doce Tablas». Una vez promulgadas estas leyes, comenzó en el foro una discusión sobre ellas y su interpretación requirió la autoridad de los prudentes. El texto de Pomponio, bien conocido, comentado por Ehrlich, dice que precisamente esta «disputatio» y este derecho no escrito, que surgió de la interpretación de los prudentes sobre las leyes, es lo que constituye el *Ius civile* o Derecho Civil. Después se procedió a la formulación de las acciones de la ley, cuyo conocimiento se mantuvo dentro de un colegio de pontífices. Apio Claudio reunió y puso por escrito estas acciones de la ley o «legis acciones» y su escribano Gneo Flavio entregó al pueblo el libro que había sustraído a su patrono. Al pueblo le agradó el regalo y nombró a Flavio tribuno de la plebe y senador. Este libro se llamó Derecho civil flaviano.

Después de haber narrado, en la legendaria forma que queda expuesta, el origen del Derecho, Digesto 1.2.2 observa que el Derecho —que por supuesto es por antonomasia el Derecho romano— presenta varias partes, distintas según su procedencia. Hay un Derecho nacido de las leyes; otro, de los plebiscitos; otro, de los senado-consultos; otro, de los *rescriptos* imperiales; y otro, de la autoridad de los prudentes. La teoría de las fuentes del derecho nace en los comentarios de este texto, como lo pone de relieve el que todavía al final del siglo XIX, cuando Ehrlich escribe sus «Aportaciones a la teoría de las fuentes del Derecho», esté glosando cada una de esas parte del Derecho romano.

Al principio de estas páginas recordé la opinión de J. Vallet de Goytisolo en el sentido de que la expresión «fuentes» con su significado moderno se encuentra en el Prefacio de las *Pandectas* de Pothier, si bien la formulación conceptual moderna procede de Savigny. Con vendrá revisar estas afirmaciones.

Tiene razón Vallet de Goytisolo al decir que la expresión «fuentes» (*sources*) es utilizada por Pothier, aunque es dudoso que la emplee en sentido netamente moderno, pues se mantiene todavía dentro

de la tradición, antes señalada, de los comentaristas de Digesto, 1.2.2.

Pothier habla de fuentes (*sources*) del derecho en el prefacio o prolegómenos de las «Pandectas de Justiniano». La edición manejada por mí es la de París, 1818, en la que la obra de Pothier, originariamente escrita en lengua latina —y donde por consiguiente se habla de «fontes»—, es traducida por un abate llamado Breard-Neuville que utiliza la palabra francesa *sources*. En la primera parte de los prolegómenos habla Pothier de *variis juris civilis romanorum fontibus seu partibus* y en francés se traduce como *sources et parties du Droit Romain*. El traductor, además, dice que el Derecho civil de los romanos *emanaba* de cuatro puntos (*sources*). En el texto latino se dice simplemente que las fuentes fueron cuatro (*quatour fuere fontes*). ¿Cuáles fueron?: las leyes escritas tanto antiguas como modernas; las acciones que de ellas nacían y las interpretaciones que se habían dado de ellas, esto es, las *legis actiones* y la *interpretatio*; los edictos de los pretores y de los demás magistrados y, por último, la jurisprudencia formada por las discusiones públicas habidas en el foro y por las respuestas de los prudentes.

No es fácil considerar esta concepción como estrictamente moderna. Aunque se habla de «fuentes» (*sources*) y aunque en la traducción francesa se diga que el Derecho romano *emana* de ellas, hay razones para matizar el criterio de la modernidad de la concepción de las fuentes: ante todo, porque no se está haciendo otra cosa que dar respuesta al problema de las fuentes del Derecho romano, lo mismo que más de cien años después continuará haciendo Ehrlich; y en segundo lugar, porque no se ve con facilidad de qué manera la *interpretatio*, las *disputationes fori* y las respuestas de los prudentes pueden ser una fuente de derecho en el moderno sentido de poder de creación de normas. Puede haber en ello algún eco de la idea de Derecho como *ordo*, v. gr., cuando se dice que el Derecho romano se vio acrecido por las discusiones de los jurisconsultos y por las respuestas de los prudentes (*juri civile magnum accessit incrementum*), pero es muy difícil encontrar en ello un poder normativo creador.

Es cierta la observación de J. Vallet de que como tantos otros conceptos de nuestra cultura jurídica, el de fuentes del derecho (*rechtsquellen*) procede de Savigny, que le dedica la primera parte del Sistema de Derecho romano actual. Antes de Savigny, Hugo había hablado de «fuentes de las verdades jurídicas» (*quellen der iuristischen wahrheiten*), con un sentido obviamente distinto. Por escrito el primer autor que utiliza el concepto moderno es Puchta, en su obra sobre «El derecho consuetudinario» aparecida en 1829. En ella, Puchta utiliza el concepto y menciona las tres fuentes del derecho —el derecho consuetudinario, la legislación y el derecho científico—, que luego establecerá Savigny. Sin embargo, Puchta era discípulo de Savigny y aunque el libro de este último no aparece hasta 1840, no es impertinente suponer que Puchta recibió la doctrina y las enseñanzas de su maestro.

Después el tema se generaliza. Se encuentra en todos los pandec-

tistas (p. ej., Dernburg, Windscheid, etc.). Se extiende a la doctrina francesa y se recibe en la española. Para esta última parece ser decisivo el libro de Felipe Clemente de Diego («Fuentes del Derecho civil español», Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922).

3. *La doctrina tradicional en materia de fuentes del derecho.*—Desde el primer momento, la idea de las fuentes del derecho se encuentra muy ligada con la de origen del derecho. El concepto de *fontes iuris* aparece en los comentarios del pasaje del Digesto que trata «de origine iuris» y en Savigny se habla literalmente de producción (*Erzeugung*) del derecho. Esta misma idea se mantiene sin variación hasta los autores más recientes. Entre nosotros, es claro que la idea de fuentes del derecho, se refiere a producción del derecho. Castro hablaba de la potestad normativa creadora. Es cierto, sin embargo, que al lado de la idea de producción del derecho aparece la de los modos de manifestación o vías por las cuales el derecho se explicita o aparece exteriormente. La primera aparece claramente expuesta en muchos autores. La distinción entre modo de producción y modo de manifestación está clara también en algunos de ellos. Ferrara decía que las normas que valen en un Estado, pueden tener un origen diverso: o ser impuestas como mandato de un poder central; o ser elaboradas espontáneamente por la masa o por grupos determinados. El autor citado añade que los modos en que el derecho surge y es puesto en existencia se llaman fuentes. Entre nosotros, Mouton decía que la génesis u origen del derecho, su causa generatriz, el principio de que procede, la forma de manifestarse en la sociedad humana son las fuentes del derecho. Más recientemente, Bylinski distingue entre los supuestos de hecho de producción de normas de derecho (*Entstehungsbestand von Rechtsnormen*) y las formas de aparición del Derecho positivo (*Erscheinungsformen des positiven Rechts*). Espin mantiene una posición tradicional cuando define las fuentes del derecho como el origen del Derecho positivo al que equivalen las formas de manifestarse el derecho en una sociedad determinada.

Hay, pues, un significado técnico —fuentes de producción— en el que el concepto que analizamos designa el origen de las normas jurídicas, lo que equivale a tratar de determinar quiénes son la persona, personas o grupos sociales que en un determinado sector social o político ejercen el poder de creación de normas jurídicas, y designa también la forma de expresión o de exteriorización en que la norma parece o se manifiesta. Una y otra idea se encuentran interrelacionadas, pero no son necesariamente idénticas. Podría pensarse que a una potestad normativa creadora corresponde una determinada forma de exteriorización y a otra potestad otra forma, aun cuando ello no es siempre necesario y podría pensarse también que la forma de exteriorización contribuye a la configuración misma de la norma creadora. Sin embargo, convendrá dejar este punto entre paréntesis.

4. *Las aporías de la doctrina tradicional sobre las fuentes del derecho.*—Entendida al modo tradicional, la idea de fuentes del dere-

cho conduce a encrucijadas de las que la salida es muy difícil. Si entendemos por fuentes del derecho el origen del Derecho o la producción de las normas, la primera pregunta que surge casi de inmediato es la siguiente. ¿Cómo es posible que el Derecho establezca sus fuentes? ¿Cómo puede la causa quedar englobada en el efecto y el efecto seleccionar sus causas? ¿Es que acaso puede el Nilo decir dónde quiere tener sus fuente, si es en el Lago Victoria o algo más allá? Continuando el intento de estrechar el cerco, la pregunta rigurosa es esta. La regla en virtud de la cual se establecen las fuentes del derecho, ¿es una regla de Derecho? Si la respuesta es afirmativa habrá que confesar que la fuente del Derecho es la fuente de esa regla. Si la respuesta es negativa, todo el tema de las fuentes del derecho queda rigurosamente fuera del campo de la ciencia jurídica y la ciencia jurídica no tiene en esta materia nada que decir.

Efectivamente, dentro de una concepción normativista el círculo resulta muy difícil de romper. No vale la respuesta kelseniana, de acuerdo con la cual es la Constitución la regla de determinación de las fuentes del derecho, porque esto equivale a decir que la norma no es de eficacia inmediata. La única manera de salir de este cerco es considerar como fuente jurídica originaria el poder constituyente y como fuentes jurídicas o secundarias o de segundo grado a los poderes constituidos de acuerdo con la norma constituyente.

El segundo punto en que la doctrina tradicional de las fuentes del derecho conduce a un punto casi sin salida y sin solución, surge de la dualidad, que se convierte en equiparación, entre poder normativo creador y modo de expresión de las normas. Si nos fijamos por un momento en la primera de las dos alternativas de la ecuación y tratamos de esclarecer que puede considerarse como «poder normativo creador», no es difícil que la conclusión tenga que ser una de estas dos. Si mantenemos el tema dentro de un plano puramente formal, el poder creador de la norma es un poder de carácter formal y lo que llamamos un poder normativo creador no es más que un supuesto de una norma de rango superior que permite la creación de normas de rango inferior. Visto así el problema, las fuentes del derecho no son los poderes de creación de normas, sino aquellos supuestos acotados por las normas superiores para la creación de normas inferiores, lo que deja sin resolver el problema de la creación de esas normas superiores. Si se quiere abandonar el formalismo en favor de una concepción realista del mundo jurídico, material, sustancial, el problema de las fuentes del derecho se disuelve en una pura Sociología del Derecho. Se trata de descubrir los factores genéticos de la función normativa. Ripert los llamó muy gráficamente las fuerzas creadoras del Derecho. En este caso hay que abrir un abanico muy amplio para dar entrada a las corrientes de opinión, a los grupos de presión y a fenómenos semejantes.

Manteniéndonos dentro de la línea de equiparación de fuentes de derecho igual a poderes normativos creadores y haciendo una búsqueda concreta, el problema se replantea en los mismos términos. Si ha-

blamos de las normas legales encontraremos el poder normativo creador que ostenta el poder legislativo, pero la respuesta volverá al plano formal y abandonará el material, oscureciendo el papel de los partidos políticos, de los grupos de presión, de los intereses corporativos o sindicales. El problema es mucho más evanescente cuando se trata de poder encontrar el poder normativo en las normas consuetudinarias o en las costumbres. No es difícil descubrir los poderes fácticos que apoyan en las costumbres sus pretensiones o sus puntos de vista. Generalmente los grupos políticos que acampaban extramuros del Estado. En el Derecho histórico la nobleza feudal frente a los reyes. En el Derecho de épocas más reciente los grupos contrarrevolucionarios frente al Estado jacobino en que se afirmó la revolución triunfante o, en nuestros días, las organizaciones capitalistas supranacionales o transnacionales, los juristas al servicio de ellas y así sucesivamente. Es evidente que al razonar de este modo volvemos al campo de la Sociología del Derecho. En una teoría jurídica estricta tenemos que conformarnos con la idea de que el Derecho consuetudinario es un Derecho no estatal nacido en la sociedad o en los grupos sociales, lo que es bien poca cosa.

El problema se torna especialmente crítico cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados principios generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de Sociología hacemos Metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en puridad jurídico. Y si tratamos de ser más realistas y concretos acabaremos por confundir el poder concreto que se realiza a través de los principios generales del Derecho con el poder que ostentan los órganos a los cuales se concede el poder de la formulación de tales principios.

El problema no es menos fácil si de la idea de poder normativo creador nos trasladamos al modo de expresión de las normas jurídicas. Ante todo, tendríamos que poder de manifiesto la falta de exactitud de la ecuación, porque ciertamente una cosa es el origen o el modo de producción y otra distinta el modo de expresión. Podría afirmarse que cada modo de producción tiene su modo de expresión peculiar y propio, pero esta afirmación necesita ser demostrada.

La idea del modo de expresión de las normas guarda relación con una vieja distinción que se establece entre un derecho escrito y un derecho no escrito. En épocas en que la escritura no era frecuente y no se encontraba muy extendida, la escritura puede valer como un modo de expresión. Hay un Derecho que queda plasmado en los documentos escritos y otro que queda simplemente guardado en la memoria. La idea de un Derecho no escrito ha servido para justificar el Derecho consuetudinario y un Derecho *contra legem* o un derecho que deroga la ley. En la época moderna la escritura o falta de escritura no es un criterio suficiente. Por lo menos desde la Edad Media y en gran medida en la Edad Moderna hay una cantidad de normas consuetudinarias que en un momento dado resultan redactadas por es-

crito. A la inversa, no es absurdo pensar que puede emanar de un órgano del Estado un dictado o un mandato que no llegue a recibir expresión por escrito o publicación como es el caso de las llamadas leyes «in pectore» o de las leyes secretas.

La idea de que hay un Derecho que se expresa en un mandato del legislador y otro que es un Derecho consuetudinario de la sociedad que está en el fondo de la distinción que analizamos, no se puede aplicar muy bien a los principios generales del Derecho. ¿Cuál es el modo de expresión de los principios generales del Derecho? Esta pregunta no recibe nunca una clara respuesta. Más bien se piensa que no reciben expresión y que quedan inmediatamente en la conciencia colectiva.

La tercera de las aporías de la doctrina tradicional sobre las fuentes consiste en pensar que el escalonamiento que hace el artículo 1.1 del Código civil —ley, costumbre, principios generales del Derecho— es un escalonamiento en compartimentos estancos que entre sí son mutuamente excluyentes y se hallan mutuamente escindidos. Una norma jurídica no puede pertenecer más que a una de las fuentes. Esto es verdad, de nuevo, si nos mantenemos en un plano formal. No lo es en cambio, desde el momento en que abandonamos ese plano. Nada se opone a que una norma pueda ser a la vez legal y consuetudinaria: que sea legal porque recibió la sanción del órgano legislativo y que sea consuetudinario porque ha sido absorbida por los usos sociales. He dicho en otra ocasión que las leyes consuetudinarias constituyen el núcleo esencial del Derecho.

Tampoco es excluyente la enumeración por lo que se refiere a los principios generales del Derecho. He expresado también la idea —y la mantengo— de que, dejando de lado los principios generales del derecho todavía no pensados, o no imaginados siquiera, hay principios generales del Derecho que se encuentran formulados en normas legales y otros que se encuentran consuetudinariamente practicados.

5. *Las aporías de la doctrina de las fuentes en nuestro Código civil.*—El artículo 1.º, 1 del Código civil, tras la reforma introducida en el Título Preliminar de éste, en 1974, dice como es sabido, lo siguiente: las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Ha venido este texto a sustituir el antiguo artículo 6.º, en el cual se prohibía al juez rehusar fallar a pretexto de inexactitud, de oscuridad o de defecto de la ley y se le hacía incurrir en responsabilidad, ordenándosele que a falta de ley exactamente aplicable al punto controvertido, aplicara la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho.

Varias son las posibles líneas de comentario que suscita el artículo 1.1 C. c. Ante todo, hay que destacar que la idea de «fuentes del Derecho», que hasta 1974 era una idea extralegal, que vivía en el mundo de las fuentes jurídicas de carácter doctrinal, ahora se legaliza. Era la doctrina, y no la ley, la que había hablado de fuentes del Derecho y

la doctrina de nuestro país obtenía la base legal de una teoría de las fuentes en una norma legal cuyo mandato no iba dirigido precisamente a establecerlas. Es claro, tras su lectura, que el antiguo 6.º contenía una interdicción de la denegación de justicia y hacía una indicación al juez sobre la manera de suplir la falta de ley o la inexactitud u oscuridad de la ley. Lo que antes de 1974 era una norma sobre integración, pasa a ser una norma de enumeración de las fuentes del Derecho.

Ciñéndonos al texto estricto del artículo 1.º, 1, el comentario y el análisis pueden ordenarse en diferentes planos. Resulta sorprendente, y no debe pasar sin comentario, la expresión «fuentes del ordenamiento jurídico», que parece hacerse equivalente de la de «fuentes del Derecho», utilizada doctrinalmente antes y después del artículo 1,1. Confieso que no sé muy bien qué quiere decir «fuentes del ordenamiento jurídico». Si el ordenamiento jurídico se contempla con mentalidad normativista (ordenamiento igual a conjunto de normas) las expresiones «fuentes del ordenamiento» y «fuentes del derecho» son indudablemente idénticas. La cosa ya no es igual si a la idea de ordenamiento jurídico, entre nosotros tan de moda últimamente, se le da un sentido genuinamente ordinamentalista, según la concepción de Santi Romano y se piensa en un ordenamiento jurídico como una realidad institucional de la que no sólo forman parte las normas, sino los órganos de producción y de aplicación del Derecho y los principios y valores que en él rigen. De ser así es difícil concebir que el ordenamiento jurídico tenga «fuentes».

El artículo 1.º, 1 C. c. aplica a la tríada ley, costumbres y principios generales el calificativo de fuentes del ordenamiento jurídico español, cuando puede detectarse enseguida que ese calificativo, si bien referido al sector del ordenamiento jurídico español denominado ordenamiento jurídico-civil puede ser cierto, no lo es referido a otros muchos sectores del mismo ordenamiento, pues hay algunos que están dominados por un estricto sentido de la legalidad. P. ej., el ordenamiento jurídico-penal, donde no caben la costumbre, ni los principios generales del Derecho en su función de norma subsidiaria, y el ordenamiento jurídico tributario. Además, como es sabido, es discutible la fuerza de las normas consuetudinarias en el Derecho público.

La crítica de mayor profundidad que puede hacerse a la enumeración, ley, costumbre y principios generales del Derecho como fuentes del ordenamiento, es que no cumple el postulado de la aritmética elemental, según el cual sólo pueden sumarse o yuxtaponerse cantidades homogéneas, pues no es, cuando menos a primera vista, clara la homogeneidad del elenco. Tomemos los dos primeros miembros de la enumeración (ley y costumbre). No son términos que se contrapongan de manera absoluta. Hay leyes que lo único que hacen es recoger normas que previamente eran consuetudinarias: se legalizan las costumbres. La idea del carácter consuetudinario o no consuetudinario es aplicable a las leyes. Hay leyes que se consuetudinarian y otras que no.

Traslademos el foco a los principios generales del Derecho. En el artículo 1.º, 1 se les presenta como un personaje distinto de la ley y

de la costumbre. La ley —se piensa— encarna en los textos redactados y promulgados por el poder legislativo y la costumbre en los usos. ¿Dónde están —en este escenario— los principios generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta? ¿Quién los aprehende? La verdad es que sobre esto sabemos muy poco. Sin embargo, cualquiera que sea la idea que se tenga acerca de estos misteriosos principios generales del Derecho nada se opone a que algunos de ellos se encuentren recogidos en la ley (v. gr., el principio de libertad contractual del artículo 1.255 C. c.), por donde resulta que ley y principios generales del Derecho no son necesariamente fuentes distintas. Tampoco es disparatado pensar que algunos principios jurídicos generales han encontrado su entrada en el ordenamiento por vía consuetudinaria.

Es inevitable la referencia que hoy hay que hacer al estudiar la denominación «ordenamiento jurídico español» en el artículo 1.1 C. c., al artículo 149.1-8 de la Constitución, que atribuye la competencia para la «determinación de las fuentes del Derecho» al Estado, si bien con la significativa característica de incluir esa denominación en el apartado que trata de la legislación civil. Además de ello, la competencia sobre las fuentes del derecho, se produce «con respeto a las normas del Derecho foral o especial». Lo que parece querer decir que en los ordenamientos jurídicos de las Comunidades autónomas con Derecho foral, las fuentes del Derecho foral no son determinadas por el Estado. Las Comunidades autónomas con potestad legislativa en materia de Derecho foral tienen competencia para determinar las fuentes de este Derecho foral, aunque no potestad para introducir otras fuentes en el resto del ordenamiento de la Comunidad autónoma. Todavía en materia de Derecho foral, el artículo 149.1-8 exige únicamente el respeto, lo que parece dar por supuesto que el Estado no puede alterar el régimen de las fuentes.

6. *La idea de fuentes del Derecho en la Constitución.*—Kelsen decía que una Constitución, en cuanto norma fundamental, no es otra cosa que la organización de un sistema de fuentes del Derecho. Si aceptamos, sin profundizar demasiado en el tema, que con la expresión «fuentes del derecho» aludimos a los focos de producción normativa, la idea kelseniana resulta manifiesta. No hay más genuina fuente primaria del Derecho que la Constitución en aquella parte en que ésta es norma fundamental y regula el modo de funcionamiento de los órganos de producción de otras normas. La concepción kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y no fuente del Derecho. Por eso, se hace preciso distinguir dentro de la Constitución lo que tiene de norma fundamental y lo que tiene de norma definidora de formulaciones de deber ser. Si se adopta este punto de partida, que no veo difícil de aceptar en

una concepción genuinamente normativista, no deja de resultar sorprendente la actitud de nuestra Constitución. La búsqueda de la idea de fuentes del Derecho puede empezar, aunque parezca extraño, por la disposición derogatoria tercera. Quedan —dice— derogadas cuantas disposiciones se opongan a esta Constitución. La Constitución no es el momento fundacional de un nuevo ordenamiento jurídico. Lo es de un nuevo Estado: el Estado que se constituye (art. 1.º) como Estado social y democrático de derecho, que adopta la forma política de monarquía parlamentaria. Sin embargo, este Estado hereda el ordenamiento jurídico anterior, salvo en aquella parte en que existe contraposición entre sus normas y las normas constitucionales. Es cierto que la Constitución proyecta una nueva luz y un nuevo sentido sobre este ordenamiento y que obliga a reinterpretarlo, pero no lo crea *ex novo*.

Sin embargo, no es ese el camino mejor para cumplir nuestro objetivo. Las fuentes del derecho son según Kelsen el punto clave de una Constitución. En la nuestra, sin embargo, la expresión «fuentes del Derecho» aparece desterrada. Como algunos actores secundarios no aparece en la escena hasta el final de la obra: en el art. 149.1-8.º, que, como todos saben, se encuentra dentro del grupo de criterios de delimitación de las competencias de las Comunidades autónomas y del Estado, se atribuye como competencia exclusiva al Estado la «legislación civil», sin perjuicio —se dice— de la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles forales o especiales allí donde existen». El apartado segundo de este mismo inciso contiene la competencia indeclinable del Estado en esta materia: las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes ... y la determinación de las fuentes del Derecho. Con mayúscula Derecho. ¿Qué conclusiones podemos extraer de este dato indudablemente sorprendente? En el momento actual dos: que los redactores de la Constitución o, por lo menos, los redactores del Título VIII no habían leído a Kelsen o que lo habían olvidado; y que los redactores de la Constitución o, por lo menos los redactores del Título VIII, tenían una idea escolar o cuasi-escolar del tema de las fuentes del Derecho. Era una lección en los programas de Derecho civil y, hoy en día, el argumento del artículo 1.º del Código civil. Sin embargo, es bien sabido, que han existido doctas opiniones según las cuales la enunciación de las fuentes del Derecho se encuentra en el capítulo 1.º del Código civil por azar y el tema de las fuentes del Derecho civil en los libros del Derecho civil también por azar. Es prueba palmaria de ello, desde el punto de vista escolar o cuasi-escolar, que casi todos los profesores de casi todas las asignaturas se consideran obligados a repetir el tema de las fuentes. Estos comentarios no modifican, sin embargo, nuestra norma constitucional, que quiere que la determinación de cuáles son las fuentes del Derecho sea una competencia exclusiva del Estado, que la lleva a cabo a través de la emancipación de la legislación civil.

El apartado 8.º del artículo 149.1 concluye con una regla que or-

dena el respeto, en esta materia de las fuentes del Derecho, de las normas de los Derechos forales o especiales. Quiere ello decir que hay fuentes especiales de subsistemas jurídicos de vigencia territorialmente limitada y que la producción jurídica no es idéntica en todos ellos.

Por eso, hay que insistir en la idea de que no parece haber existido una voluntad del constituyente de modificación sustancial del ordenamiento anterior, pues se produce la paradoja de que el constituyente remite a los poderes constituidos la determinación de cuáles hayan de ser en España las fuentes del Derecho de los diferentes ordenamientos y subordenamientos. Esto significa que a través de un acto legislativo el poder constituido puede modificar las fuentes anteriormente existentes. Esta afirmación es verdad sólo en teoría. Como ha sido también señalado, no parece posible la creación de un Derecho judicial, porque el artículo 117 Const. somete al poder judicial al imperio de la ley. Podrá existir alguna bolsa de Derecho judicial, pero con la Constitución en la mano un Derecho judicial no es posible.

El artículo 9.3 Const. consagra el principio de legalidad. Como he dicho en otro lugar, no parece que esta idea de un principio de legalidad pueda entenderse como una exclusión absoluta de fuentes del Derecho diferentes de la ley o como la consideración de la ley como única fuente del Derecho. Esto es posible respecto de otros sectores del ordenamiento, pero lo es por el imperio de otra clase de preceptos. El principio de legalidad del Derecho penal se encuentra consagrado por el artículo 25, del que se puede deducir que la ley es la única fuente del Derecho penal. Lo mismo se puede decir del Derecho tributario a partir del artículo 31.3 de la Constitución. Sin embargo, a una conclusión parecida no se puede llegar respecto de las restantes partes del ordenamiento jurídico.

La idea del principio de legalidad puede entenderse como sinónima de sometimiento o de subordinación a la ley de todas las demás fuentes del Derecho. Mas no es posible sostener la legalidad estricta de todo el ordenamiento jurídico y no creo que la Constitución lo haya pretendido.

II

LOS PRESUPUESTOS DOGMATICOS DE UNA TEORIA DE LAS FUENTES

1. *Los diferentes modos del pensamiento jurídico.*—Carl Schmitt ha distinguido tres modos o tipos del pensamiento jurídico, que son, al mismo tiempo, tres modos de pensar el mundo del derecho: el normativista, el decisionista y el que el autor citado llama del «orden concreto». Los pensadores normativistas consideran el mundo jurídico como un conjunto de normas, entendidas como imperativos, reglas o preceptos, a los cuales debe después ajustarse la realidad. Las normas se aplican; lo que significa que tienen que ser cumplidas y que tiene que instaurarse en la realidad social la previsión en ellos contenida.

Los pensadores decisionistas operan con unas coordenadas diferentes. El mundo jurídico está constituido, ante todo, por decisiones que solucionan o ponen fin a concretos conflictos de intereses. Primero son los conflictos de intereses que reclaman solución y luego las decisiones, que pueden ser de dos tipos: operar de una manera artesanal, caso por caso, arbitrariamente (Max Weber lo llamaba la «justicia del cadí») o tratar de unificar las soluciones de conflictos iguales o similares y encontrar para las decisiones razones independientes del puro y simple capricho del cadí. De esta suerte, el pensamiento decisionista no descarta la existencia de las normas, pero las coloca en un segundo plano. Las normas son el resultado de una decantación de decisiones anteriores, que sirven de guía o de orientación para las decisiones posteriores.

Finalmente, existe lo que Schmitt llamaba el orden concreto. Todas las piezas del rompecabezas jurídico buscan de una u otra manera el mantenimiento del concreto orden que una sociedad posee en un determinado momento. Sería erróneo confundir esta idea con la defensa a ultranza de un «statu quo». Algunos pensadores posteriores, p. ej., Santi Romano, tradujeron la idea por la de ordenamiento. El ordenamiento es una determinada manera de ser y de desenvolverse de un complejo mundo, en el que, al mismo tiempo, están en funcionamiento las normas, los operadores jurídicos, sus criterios, sus decisiones y su modo de organizarse y, al fondo, la sociedad XXX. Si pudiéramos utilizar símiles gráficos, el pensamiento normativista quedaría reflejado por un legislador, el pensamiento decisionista por un juez, los jueces o el conjunto de los jueces y lo que llamamos pensamiento ordinal por un panorama muy complejo donde simultáneamente está actuando todo el mundo jurídico.

De qué manera incide todo ello en el tema que nos ocupa. trataremos de esclarecerlo más adelante.

2. *La función de la teoría de las fuentes.*—A lo largo de las páginas anteriores hemos tratado de indagar el origen y la formación histórica del dogma o teoría de las fuentes del Derecho. Para completar el cuadro, es preciso dilucidar la función que la figura cumple dentro de la teoría general del Derecho.

Alf Ross, en un libro clásico sobre esta materia, ha señalado que si prescindimos de la idea de fuentes del conocimiento, por demás trivial y escasamente problemática, se puede decir que, bajo la etiqueta de «fuentes del derecho» se han unido problemas muy diferentes, respecto de los que no existe claridad en orden a sus recíprocas relaciones. Según Ross esos problemas serían los siguientes:

1.º) Un problema de sociología del Derecho consistente en determinar la causa por la cual un determinado sistema jurídico ha llegado a existir. Más precisamente, es la causa por la cual se realizan aquellos actos que, dentro de un determinado sistema jurídico, son jurídicamente creadores de Derecho.

2.º) Un problema de carácter ético jurídico que consiste en la

determinación de la razón de ser (es decir: el principio) de la fuerza moralmente vinculante cada supuesto corresponde al ordenamiento jurídico.

3.º) El problema estricto de teoría del Derecho que consiste en reconocer algo como Derecho o en determinar el origen de las normas de Derecho.

No vamos a negar la exactitud del diagnóstico del ilustre autor. Vamos, simplemente, a limitarnos al tercero de los apartados para tratar de comprender la función del concepto de fuentes del derecho en la teoría del Derecho, abstracción hecha por tanto de los aspectos de sociología y filosofía del Derecho. Tras lo dicho hasta aquí se comprende, sin excesiva dificultad, que la idea de producción jurídica, que le resultaba cara a Savigny, no pasa de ser una ficción. Por razones diversas: porque la producción jurídica es un tema de Sociología del Derecho y no de Teoría del Derecho; porque la Teoría de Derecho sólo puede explicar porque un Derecho positivo trata de enumerar o de reducir las fuentes; y porque, por ello mismo, los focos de producción jurídica son innumerables y muy difícilmente teorizables. Aún añadiría otra razón: que lo que tradicionalmente venimos denominando fuentes del derecho, más que focos de producción jurídica son, como algunos autores han señalado, puras formas de exteriorización o de legitimación de un Derecho creado en otro lugar. Y finalmente: porque si se abandona el normativismo estricto los centros de producción y las formas de expresión, además de multiplicarse, se uniformizan hasta casi no poder distinguirse.

Para tratar de establecer las funciones de la teoría de las fuentes del derecho, podemos partir de la premisa, difícilmente discutible, de que la teoría, en cuanto tal no se formaliza hasta finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX aunque el origen de los conceptos y su evolución sean anterior y aunque siempre haya sido problemático el tema de *origine iuris*. Existe, por consiguiente, algún nexo de unión entre la teoría de las fuentes del derecho y los postulados del Estado que se crea en la época histórica antes indicada. En esta época, además de otras grandes conquistas de la cultura jurídico-política moderna, se consagran, muy interrelacionados, los siguientes dogmas:

a) El de la certidumbre del Derecho y la seguridad jurídica, que reclama un Derecho claro, sencillo, fácilmente asequible y cognoscible y, además, como he señalado en otras ocasiones, la posibilidad de predecir con un razonable margen de acierto el resultado de los litigios que pueden surgir. Es el ideal de las leyes lacónicas y lapidarias, que constituía el mayor deseo de Cambacères y de los codificadores de 1800 que expresan con nitidez esta idea.

b) El imperio de la ley y la conversión de la ley en la expresión de la voluntad general.

c) La obra de la codificación, que abarca, por lo menos el Derecho penal, el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal.

Cada uno de estos dogmas exige de un modo u otro la teoría de las fuentes, de modo que puede decirse que la teoría es corolario de ellos.

a) *La limitación de los posibles fundamentos de la decisión jurídica y el grado de cognoscibilidad y asequibilidad del Derecho.*—He dicho que el ideal decimonónico es el de un Derecho claro, sencillo, breve y asequible, redactado por escrito y con un amplio margen de cognoscibilidad para poder predecir el resultado de los litigios o, a la inversa, para no embarcarse en una arriesgada aventura que pudiera desembocar en litigios. Este ideal se presenta como una revisión frente al Derecho común del antiguo régimen protéico, multiforme, mal conocido, dependiente de las decisiones de los tribunales, de los puntos de vista de estos o de sus criterios, del Digesto justiniano con sus glosas y subglosas, del uso «hodiernus pandectarum», etc. Nada tiene por consiguiente de extraño que se trate de limitar, en aras de la seguridad jurídica, los posibles fundamentos de las decisiones jurídicas. Esta sería la idea central en una concepción decisionista de las fuentes.

Lacruz Berdejo (*Elementos de Derecho Civil, Parte General del Derecho Civil*, vol. 1.º, Barcelona 1982, pág. 133), abre la referencia a las fuentes del Derecho mencionando el deber de fallar del juez, que relaciona con el deber de motivar las sentencias. Desde esta premisa señala que el artículo 1.7 del Código civil se dirige al poder judicial, aunque su significado trasciende de ello, pues al señalar la obligación de los tribunales de juzgar con las fuentes disponibles, declara implícitamente la suficiencia de éstas, no porque en ellas haya previamente depositado una solución consciente para cualquier caso imaginable, sino porque sobre la base de sus apreciaciones puede el juez basar una solución para cualquier supuesto. Puede «inventarla» en el sentido más propio de la palabra, sin que sea un producto de su arbitrio.

Resumiendo esta idea, puede señalarse que existe una notable correlación entre que la decisión del juez no pueda fundarse en su arbitrio, la de que haya de atenerse a un «sistema de fuentes» y, además, la de motivar en ese sistema la sentencia.

La decisión debe siempre motivarse. El Derecho está constituido por la decisión unida a su motivación. Son, pues, fuentes del derecho los fundamentos posibles de la decisión jurídica. Situados en este punto, la concepción es todavía amplia y plural. Fundamentos posibles de una decisión jurídica son los saberes (o suposiciones) espontáneos del juez, las tradiciones del grupo social en el que vive, los precedentes del juez o de otros jueces, las opiniones de jurisconsultos de prestigio reconocidos y muchos otros factores semejantes. Cuando se forma la teoría de las fuentes del Derecho, no se trata sólo de indicar cuáles son los fundamentos posibles de una decisión judicial. Se trata de limitarlos en aras de la seguridad jurídica y de facilitar su cognoscibilidad y su asequibilidad por los justiciables. Los justiciables no sólo tienen derecho a que sus pretensiones sean decididas jurídicamente, sino a conocer de antemano cuáles son los fundamentos posibles de las decisiones. La seguridad jurídica exige certidumbre sobre el material normativo y la posibilidad de efectuar un razonable pronóstico sobre el resultado del litigio.

b) *La integración de los sistemas codificados y de los subsistemas paracodificados.*—La codificación fue un intento de racionalización del mundo jurídico —o de los diferentes mundos jurídicos—, que se acomete a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX. Se trataba de transformar la selva inexpugnable del Derecho común en una obra sistemática fundada en principios claros que sirvieran de vehículo a los ideales de vida del Estado liberal. La codificación culmina con la realización de los Códigos penal, civil, de comercio y de procedimiento. Ello planteó el problema de la llamada integración de sistema de Derecho codificado. Hay que resolver la cuestión relativa al modo de proceder en los casos en que el Derecho codificado no dé respuestas. Bajo este prisma, puede considerarse como fuente del Derecho todos aquellos lugares (*loci, topoi*) a los que puede acudir en busca de respuesta cuando ésta no se produce dentro del sistema codificado. Dicho todavía mejor, son fuentes del derecho los códigos y aquellos otros lugares a los que en defecto de los códigos hay que acudir.

La misma cuestión que se plantea en relación con los cuerpos de leyes que merecen estrictamente la denominación de códigos, puede plantearse con aquellos otros que hemos llamado «paracodificados», por la similitud o paralelismo que guardan con los codificados.

c) *La consagración del dogma del imperio de la ley en el Estado moderno.*—Sin embargo, de todo ello la moderna teoría de las fuentes sólo se comprende a partir de la consagración del dogma del imperio de la ley. Rigurosamente, lo dicho es otra perspectiva del mismo fenómeno que había sido señalado ya en los apartados anteriores: limitación de los poderes judiciales y certidumbre y seguridad del Derecho: codificación e integración de los sistemas codificados. Hay, sin embargo, que añadir algo más: el nuevo sentido que cobra la idea de ley y lo que se ha llamado el dogma del imperio de la ley. La idea de «ley» hasta el siglo XVIII alude a reglas de derecho cualquiera que sea su origen, a fragmentos literarios como los del Digesto justiniano y a realidades muy distintas. A finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX con el triunfo de la Revolución Francesa y del Estado jacobino, la ley pasa a ser, según la expresión rosseauiana, la expresión de la voluntad general y, por ende, de la soberanía. Además, cobra el papel de garantía de los derechos de los ciudadanos que modernamente se asigna a la Constitución. El Derecho común es una realidad multiforme y proteica, que estaba hecha de usos, de tradiciones, de opiniones de juristas, de la plasmación de ideas jurídicas en los textos romanos y los comentarios y glosas que ello había suscitado. Ese cúmulo, difícilmente transitable, era el Derecho a secas. He recordado en diferentes ocasiones la Ley 203 del Estilo, donde se decía que «según el Derecho» los bienes que tienen el marido y la mujer son del marido, pero que en nosotros es «costumbre guardada, que los havan por mitad». En este texto se contraponen el Derecho que suministraba una solución —los bienes son del marido— y la costumbre guardada que suministraba ctra —los tienen por mitad—. El Derecho es inicialmente el Derecho romano con todas las capas que sucesi-

vamente fueron creando la glosa, los juristas, humanistas, el mos galicus, etc. La ley aparece después y aparece en el Estado jacobino como la expresión de la voluntad de la nación en la asamblea de sus representantes. Por eso, la ley debía ser celosamente guardada y para guardarla y controlarla se erige un tribunal, el Tribunal de Casación, al que sería más correcto llamar el Tribunal de la Ley o el Tribunal de la Legalidad. He recordado la frase pronunciada por Robespierre, cuando en la Convención se discute si el Tribunal de Casación tendrá o no jurisprudencia. ¿Jurisprudencia?, se pregunta el tribuno. Qué detestable palabra, responde. Ya no hay más jurisprudencia que la ley. La ley es vuestra jurisprudencia. Es también la más firme y sólida garantía de vuestros derechos y de vuestras libertades.

Probablemente, para un jurista de Derecho común pensar que la ley hubiera podido crear derecho hubiera constituido una herejía o, mejor, un absurdo. Se podía admitir que las leyes de la civitas primitiva crearon el Derecho de esa misma civitas, pero no que las leyes modernas crearan modernamente derecho. Creo que aquí está el punto de inflexión que da nacimiento a la moderna teoría de las fuentes. La consagración del dogma del imperio de la ley obliga a considerar a la ley como una fuente del Derecho, a producir el milagro de que la ley sea originaria creación jurídica. Para eso hay que buscarle un partner a la ley, que se encuentra en el Derecho consuetudinario, donde se reagrupa el conjunto jurídico no legislado o no legislativo. Esto explica que en su primigenia expresión la teoría de las fuentes del derecho haya sido dualista: ley y costumbre; que el monismo no haya podido ser nunca aceptado, porque no es concebible un Derecho exclusivamente legislativo, porque no ha podido nunca pensarse que el Derecho acabe donde acaba la ley, porque siempre se ha sabido que los litigios y las cuestiones son justiciables aún cuando falte una ley aplicable al supuesto controvertido. El binomio ley y costumbre, Derecho legal y Derecho consuetudinario, domina la tradición decimonónica de la teoría de las fuentes. El pluralismo sólo comienza cuando el conjunto genérico y ambiguo de la costumbre comienza a ser perfilado. A partir de este momento, se hace necesario encontrar ideas específicas para que cubran todas aquellas hipótesis que no puedan entrar ya en la costumbre delimitada técnicamente como fuentes del derecho.

Frente a lo anterior se podría argumentar que la contraposición *leges-mores* y *leges-consuetudines* es muy antigua. Cicerón, en *De República* (1,2,9) hablaba de «*omnes populi qui legibus et moribus reguntur*» y Radin (*La censure des coutumes, Etudes Geny I*, 89) recuerda que en el siglo XII Glanville y en el siglo XIII Bracton hablaban de «*leges et consuetudines*» como si estas dos palabras formaran una sola idea.

Mas si ello fuera cierto, lejos de contradecir nuestra tesis, la fuerza. Históricamente, la expresión «*leges et consuetudines*» habría designado una realidad unitaria. Sólo en un momento histórico más tardío la unidad se escinde. Se escinde cuando la ley pasa a cumplir una función específica. Windscheid (*Pandectas*, traducción italiana, Tu-

rín, 1902, vol. 1.º, pág. 47), recuerda una afirmación de Schlossmann (*Der Vertrag*, pág. 396), quien negaba a la ley la condición de fuente del derecho y no sólo con referencia a un determinado Derecho positivo vigente, sino del Derecho propiamente dicho.

Si todo lo que llevamos dicho hasta aquí fuera correcto, la conclusión a la que tendríamos que llegar es que funcionalmente la doctrina de las fuentes del derecho es un criterio —una premisa— para establecer la distinción entre normas legales y normas consuetudinarias. Castro (*Compendio de Derecho Civil*, ed. 1980, págs. 84) señalaba que el concepto de las fuentes del derecho contesta a la pregunta: ¿qué clases de reglas se distinguen por su origen y eficacia en un ordenamiento? Mas, sobre todo, sirve para asentar definitivamente el dogma del imperio de la ley y la afirmación de que la ley crea el Derecho.

: : : : :

El texto anterior, elaborado en el año 1983, sirvió de base para alguna conferencia pronunciada sobre el mismo tema. Un original idéntico se publicará en fecha próxima en los Estudios de Homenaje del Profesor J. Wasp, actualmente en preparación.

A las razones expuestas en el texto sobre el carácter moderno del concepto «fuentes del derecho» quiero decir, todavía, algunas otras. En el *Alphabetum juridicum* de Gil Castejón, que es una obra del siglo XVII, en el epígrafe «Fontes» sólo se contiene una referencia a la pregunta «cuyus sint», esto es, «de quién son», de manera que la mención contempla las fuentes en un sentido propio y material. Lo mismo ocurre en el Índice de materias del texto de las Partidas con la glosa de Gregorio López. Tampoco se encuentra referencia al concepto «sources» en la obra *Encyclopedie methodique ou par ordre de matieres, par une societes de gens de lettres*, París, 1787..

Además de la bibliografía señalada o aludida en el texto, me parece de interés la siguiente:

CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 1961; DEL VECCHIO, Giorgio, *Il problema delle fonti del Diritto positivo*, Riv. Int. de Fil. del D., 1934; GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, *El problema de las Fuentes del Derecho*, Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1955; DEL VECCHIO, Giorgio, *Il problema delle fonti del Diritto*, Roma, 1936; GLÜCK, Federico, *Comentario alle Pandette*, trad. ital. de Serafini y Cogliolo, libro 1.º, trad. y anot. por C. FERRINI, Milán, 1888; GSCHNITZER, *Gibt es noch Gerwohnheits recht?* Verh. des 3. Österr. Juristentages, 1967; MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, 1932; MOUTON y OCAMPO, *Fuentes del Derecho*, Encl. J. Esp., XVI, pág. 628; ROSS, *Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts any Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig, 1929; PUIG PEÑA, *Fuentes del Derecho*, N.E.J., pág. 204; SÁNCHEZ DE LAS MATAS, *Novisimo diccionario de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1883; STIER-SOMIO, Fritz, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle*, Berlín, 1900; VALLET, *Las fuentes del Derecho según el Apparatum*, Separata del Libro Homenaje a Roca, 1981; WALTER, *Die Gewohnheit als rechts-erzeugender Tatbestand*, Österr. Juristen Zeitung, 1963, 225.