

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

AGUSTIN DE ASIS GARROTE

CATEDRATICO DE DERECHO NATURAL Y FILOSOFIA DEL DERECHO

PARA UNA FORMULACION
DE LA TEORIA DE LAS
FUENTES DEL DERECHO

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 1978 - 79

VALLADOLID

1978

PARA UNA FORMULACION DE LA TEORIA DE LAS
FUENTES DEL DERECHO

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 1978-79

Disc.Apert.UVA 78/79 BiCe

5>0 0 0 0 4 0 7 1 0 4



COPIA 407104

2.95.838

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

AGUSTIN DE ASIS GARROTE

CATEDRATICO DE DERECHO NATURAL Y FILOSOFIA DEL DERECHO

PARA UNA FORMULACION
DE LA TEORIA DE LAS
FUENTES DEL DERECHO

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 1978 - 79



VALLADOLID
1978

Depósito legal: VA. 504 - 1978

Talleres tipográficos de la Editorial SEVER-CUESTA. Prado, 10 y 12 - Valladolid, 1978

Índice

	<u>Págs.</u>
I. Introducción	7
II. Imprecisión terminológica	9
III. La actitud de los juristas	17
IV. Desde la doctrina	25
A) La teoría normativa	26
B) Los planteamientos sociológicos	29
C) Intento de síntesis	34
D) Desde el realismo jurídico	37
V. Necesidad de un nuevo tratamiento	49

Excelentísimo y Magnífico señor Rector,

Señores claustales,

Excelentísimas Autoridades,

Alumnos, señoras y señores:

I. Introducción

Pocas ciencias de las que cultiva el espíritu humano están tan amenazadas de ambigüedad e inconcreción en la utilización de los conceptos fundamentales, como la ciencia del Derecho. Y ello por la propia naturaleza de la materia que subyace al objeto formal de la ciencia jurídica: expresión formalizada de la vida humana que expresa un punto de vista sobre la justicia. Todos los hombres tocan el derecho y sienten la injusticia, pero pocos, por no decir ninguno, llegan a expresar felizmente qué sean uno y otro. El propio «jurista» siente un alivio cuando se reduce a manejar la técnica jurídica derivada de las normas positivas. Ni siquiera la inmensa obra lógica, depuradora y reductora de la ciencia del derecho a una ciencia de las normas jurídicas cerrada y autosuficiente, llevada a cabo por la obra kelseniana y sus derivaciones, ha logrado purificar y definir sin contaminaciones los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, aún a riesgo de apartarse del contenido vital y de la idea de justicia a los que hace referencia el derecho.

La necesidad constante de una reflexión filosófica, especulativa, sobre el derecho y sus conceptos fundamentales se hace, pues, evidente en utilidad de la propia ciencia jurídica, si se la reduce a ésta, como es lo corriente entre los juristas, a la dogmática jurí-

dica. Ved así nuestro propósito en las reflexiones que expondremos a continuación. Y éstas serán también nuestras limitaciones, a parte de las personales que son muchas. Sólo con la conciencia de «inacabamiento» de las propias reflexiones y de las verdades que, mejor o peor, acierte a expresar, serán útiles a la ciencia y a la filosofía jurídica.

Y resulta particularmente significativo en un tema como el que nos proponemos abordar en este discurso. El problema de una teoría de las fuentes del derecho es un tema fundamental y de encrucijada en la filosofía jurídica y en la teoría general del derecho. A él, o con él, como veremos, están relacionados los problemas más importantes de la reflexión filosófico-jurídica, pero se constituye con una equivocidad radical que únicamente es salvada en sentido instrumental por los juristas. La falta de precisión del significado y el contenido de la expresión «fuentes del derecho» ha conducido, de un lado, a la remisión de su planteamiento especulativo a cuestiones diversas al mismo como la del fundamento, la de la validez, o la de la vigencia del derecho; y, por otro, ha llevado reducirlo a un problema técnico de conocimiento de la norma aplicable y su ubicación en el sistema jurídico, importante a la hora de aplicar las normas jurídicas, pero que parte y conduce a puntos donde resultan incontestables formulaciones sobre el sentido del derecho.

Un examen detallado, que a un mismo tiempo comprenda el análisis de los puntos de vista especulativos y la crítica de los técnicos, parece necesario. Esta es la labor que nos hemos propuesto y que será prontamente dada a la imprenta en una monografía. Hoy nos limitaremos a expresar su necesidad interior exigida por la propia dinámica de la teoría de las fuentes del derecho.

II. Imprecisión terminológica

Como acabamos de señalar, la expresión «fuentes del derecho» es una expresión equívoca. El propio artículo 1.º del Código Civil Español habla indistintamente de «fuentes del ordenamiento jurídico español» (1,1) y de «sistema de fuentes establecido» (1,7). Se observa, por una parte, una clara trasposición de una expresión abstracta, «el derecho», a otra más concreta, aunque como se verá también problemática, de «ordenamiento jurídico español»; y por otra, la funcionalidad jerárquica de la doctrina de las fuentes y primacía de la ley.

Un análisis del significado gramatical de sus términos poco nos ilumina. En efecto, si nos atenemos al sentido metafórico que puede encontrarse tras el significado de fuentes como «manantial de agua que brota o surge de la tierra» serán fuentes del derecho las primeras y más elementales manifestaciones del derecho que son inicio de más abundantes caudales jurídicos. Si del concepto de fuentes aceptamos el de «cuerpo de arquitectura hecho de fábrica, piedra, hierro, etc., que sirve para que salga el agua por uno o muchos caños distintos en él», fuentes del derecho sería, también en sentido traslaticio, el aparato o vehículo mediante los cuales se crea el derecho, los procedimientos de creación jurídica y no el origen, ni la causa, el parlamento para la ley, los usos reiterados para la costumbre, etc. Si de los significados de fuentes recogemos el de «piedra de cerámica de orfebrería, destinada a servir de depósito donde vierte el agua por medio de un piloncito», fuente del derecho serían las colecciones legislativas, recopilaciones de costumbres o de jurisprudencia, etc. Por último, si nos quedamos con el sentido figurado de fuente como «principio, fundamento u origen del que procede una cosa», fuente del derecho puede significar, tanto el fundamento, la causa del derecho (Dios,

ley ética natural, la sociabilidad humana), como el origen genético del derecho (la voluntad del Estado, el pueblo, el Parlamento, la sociedad con práctica repetida, determinados hechos sociales, etc.).

Como se observa, no hay un significado unívoco para la expresión fuente al que puedan referirse las del derecho. Ni siquiera se puede con rigor intentar una síntesis de las diversas significaciones que fuese iluminadora del problema, ya que cada una de ellas se refiere a cuestiones de difícil resolución de una en otras. Sin embargo, este escaqueo sobre la significación de la palabra fuente es sintomático en cuanto a revelador de los múltiples enfoques que pueden darse y que de hecho se han dado al tema que nos ocupa.

Tampoco un análisis histórico de la expresión ayuda a resolver la confusión de su contenido. En latín «fons» tiene, también, los significados: de punto en el que surge o mana el agua (origen físico), el de vehículo a través del cual surge, y el de fundamento. Como ha señalado Savigny, no se ha hallado ningún concepto determinado de fuentes del derecho que sirva de fundamento y síntesis a la enumeración que de éstas se encuentran en numerosos textos de los jurisconsultos romanos, que se atenían más a las formas de la exteriorización, del derecho que a su esencia y a los orígenes de su contenido.

Son frecuentes las ocasiones en las que Cicerón se refiere a las fuentes del derecho, pero si se intentase ofrecer una sistemática de éstas para elaborar un único concepto-base nos encontraríamos con que, a lo sumo, no podríamos llegar a una simplificación mayor de la que supone reducirlo a los dos significados siguientes: origen físico del derecho y fundamento del derecho. Así ocurre en el pasaje del *De Legibus*, I, 6, 20, como ha revelado Massini, en el que *fons*, en singular, acompañado del verbo *haurire* o del participio *ortum*, se emplea para designar el origen, como fundamento del derecho, en la naturaleza, mientras que con la expresión *fontes*, acompañada de la enumeración de las partes del derecho, resultan técnicamente indicadas las manifestaciones del derecho¹.

Estos significados y algunos más, perduran hasta nuestros días,

¹ MASSINI, *Fonti del diritto. Contributo alla storia di una metafora giuridica*, 1962, cit. en PARESCE, E., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975, p. 92, mota.

a veces con entusiasmo. Pasquier escribe que «este término de fuentes crea una metáfora bastante exacta, porque subir a la fuente de un río, es buscar el lugar en el que sus aguas salen de la tierra; lo mismo preguntarse por la fuente de una norma jurídica es buscar el punto por el que surge de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho. Así se dirá que la obligación del servicio militar tiene su fuente en la «Constitución federal»². Observemos, sin embargo, que aquí se identifica, a efectos de fuentes, derecho con norma jurídica y que la pregunta no se hace sobre la fuente del «derecho», sino sobre la fuente de «una obligación». La atribución del significado de fuente al lugar donde el agua pasa de lo invisible a lo visible, donde del subsuelo desemboca a la superficie, la expresión fuentes del derecho positivo es la más frecuente y se encuentra, aunque con implicaciones muy diversas también en Hovarth³.

Frente a este significado de los términos fuentes del derecho se da, asimismo, el de fundamento⁴, por ejemplo, cuando Sánchez Román trata de ofrecer un concepto amplio lo define a la vez como «la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho»⁵; y el de razón de validez del derecho que es al que se reduce el problema en Kelsen, etc.

Una historia de la teoría de las fuentes del derecho, o mejor, de la operatividad individualizada de las formas de extereorización del derecho y de la situación de cada una de ellas en los diversos ordenamientos jurídicos, tal vez nos facilitase el contenido intencional del significado de esta expresión. Con ello la ciencia y la filosofía del derecho tendrían mucho adelantado para fijar inequívocamente el contenido de este concepto o buscar otro que expresase con mayor exactitud la realidad que sobre él subyace. Pero esta historia, sobre ser importante para la comprensión de otros problemas jurídicos y políticos, no está hecha. Advirtamos que la importancia del problema de la teoría de las fuentes del

² PASQUIER, C. Du., *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4.ª ed., Neuchatel-Paris, 1967, p. 47.

³ HOVARTH, B., *Les sources du droit positif*, en el vol. «Le Problème des sources du droit positif», *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, 1134.

⁴ Cfra. JUNG, E., *Subjektives und objektives Recht. Die neue Rechtsquellenlehre*, Marburg, 1939.

⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, vol. I, p. 17, cit. en CASTÁN, J., *Derecho civil español*, t. I, 9.ª ed., Madrid, 1955, p. 271.

derecho, se manifestó en la historia con la reacción antipositivista que trajo consigo la Codificación, obra de la Revolución francesa, que puso como fundamento y origen único de toda la vida jurídica a la ley formulada por los supremos órganos estatales, de manera que cualquier otra forma de derecho tendría que ser necesariamente referida a ésta de la que recibe o no su cualificación de juridicidad.

Y es precisamente en la dialéctica que produjo el positivismo legalista donde la equivocación del término fuentes del derecho se revela. En efecto, la dinámica político-sociológica, no admitiría sujetarse a las consecuencias que en la vida de los pueblos imponía el principio de identificación de fuentes del derecho y ley estatal, por lo que desde el campo sociológico se exigían nuevas respuestas para fenómenos como el de la pluralidad de ordenamientos que requieren nuevos planteamientos para el problema de las fuentes del derecho. También, desde la aplicación del derecho en una sociedad en dinamismo se ha tratado de poner de manifiesto cómo puede haber otros factores de creación del derecho distintos a la ley, que operan en la declaración de derecho más inmediata que constituye la sentencia judicial. Es en esta lucha frente a la simple respuesta legalista de la doctrina de las fuentes del derecho donde, a un mismo tiempo, la teoría de las fuentes ha adquirido importancia y se ha revelado la equivocidad del término.

En un intento de enumeración exhaustiva de los diversos significados del término fuentes del derecho Legaz escribe: «Fuente del derecho puede significar: a) Fuente de conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etcétera); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre); g) fundamento de un derecho subjetivo»⁶. Desechando de estos siete significados el primero y el último, reducirá propiamente para la ciencia del derecho los otros cinco a tres:

⁶ LEGAZ, L., *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Barcelona, 1975, pp. 525-526.

«de un lado, tendríamos el concepto de Fuentes del Derecho en sentido de fundamento (Dios, Razón, Voluntad, Naturaleza humana, conciencia o sentimiento jurídico, etc.); de otro lado, el concepto de fuente del Derecho aludiría a los grupos sociales en los que se originaría el Derecho, como forma vital de los mismos (Estado, Iglesia, comunidad internacional, comunidades sindicales, económicas o profesionales, la sociedad, etc.); por último —*last but not least*— el concepto técnico-jurídico de fuente del Derecho alude al origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el Derecho positivo, que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta, por ejemplo, la forma de ley, de costumbre, sentencia, negocio jurídico, etc.». Atribuye el nombre de fuente material al segundo de los significados, el de fuente formal al tercero y al primero lo declara excluido del problema de las fuentes por referirse a un problema fundamental, el «de la esencia misma del Derecho, cuya dilucidación resulta del concepto de éste (el Derecho) y no de la concreta teoría de las fuentes del mismo»⁷.

En este sentido los civilistas españoles, por ejemplo, han señalado los diversos significados de la expresión fuente del derecho⁸, precisando cuál de ellos es del que hace uso la ciencia del derecho civil. Así Puig Peña⁹ afirma que hay tres acepciones de la expresión fuentes del derecho correctas y una incorrecta. Las tres correctas serían las que responden a las preguntas por las fuentes del derecho subjetivo, que está en la ley, por la fuente como fundamento o causa del derecho y por las fuentes de conocimiento del derecho; la impropia sería la referida «al origen del Derecho positivo de un determinado país, que es precisamente el que toma corrientemente la doctrina civilista»; y es impropia, «pues si admitimos que, fuente, equivale, como ya hemos apuntado, al fundamento u origen de las cosas, habrá que referir propiamente la expresión a la entidad donde el Derecho se produce; es decir, al *organismo* que establece las normas positivas; nunca, claro está, a las normas ya establecidas. Serán, pues, en tal sentido fuentes del Derecho el parlamento, el pueblo, el magistrado en su caso,

⁷ Ibidem, pp. 526 y ss.

⁸ CASTÁN, J., *Derecho civil español*, t. I, cit. pp. 281 y ss.

⁹ PUIG PEÑA, F., *Fuentes del derecho*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1971, pp. 205 y ss.

etcétera; pero no podrá decirse que es fuente del derecho objetivo la ley o la costumbre o la sentencia judicial».

La crítica al sentido en el que se emplea por la técnica jurídica la expresión fuentes del Derecho ya la había hecho con fuerza Petrasizky al decir de ella «indefensible as against scientific criticism, and is even curiously abnormal from the viewpoint of elementary logic»¹⁰. Es como si los zoólogos preguntándose por las fuentes de los animales contestasen que son los perros, los gatos, etcétera; éstos no son formas creadoras de los animales, sino que son animales. Igualmente lo que la técnica jurídica señala como «fuentes del derecho» no son fuentes, sino que ellas mismas son simplemente derecho. La impropiedad semántica de este sentido traslaticio que la ciencia del derecho atribuye a la expresión «fuente», si no confunde fuente con lo producido —ley, costumbre, jurisprudencia— hace que se tome el medio de conocimiento por el de fuente de producción, como si se respondiese que el aparato de televisión es la fuente de las imágenes y de los sonidos que por él son transmitidos¹¹.

Ahora bien, si la dificultad para una comprensión del problema de las fuentes radica sólo en la imprecisión terminológica, con buscar, como ha propuesto Kelsen, una expresión apta para descubrir clara y distintamente el fenómeno de que se habla quedaría en definitiva resuelta. No obstante la solución kelseniana de reducir, por directa inspiración de Merkl¹², el problema de las fuentes al de la validez de las normas, ha dejado, como veremos, numerosos interrogantes y sin explicar el proceso productivo del derecho en su momento dinámico. El propio Puig Peña, siguiendo a buena parte de la doctrina civilista, propone emplear la expresión «fuentes del derecho propiamente dichas» referidas a estos organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas y «modos de expresión del derecho a los frutos de esa actividad»¹³.

De otra parte, por ejemplo, Gény habla de «fuentes reales», que radican en el «donné», como conjunto de exigencias objetivas

¹⁰ PETRAZYCKI, L., *Law and Morality*, ed. inglesa, Harvard, 1955, p. 248.

¹¹ BETTI, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

¹² Cfra. MERKL, A., *Prolegomena zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, en «Gesellschaft, Staat und Recht», vol. col. en honor de Kelsen, Wien, 1931.

¹³ Cfra. también CASTRO, F. de, *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, vol. I, pp. 331 y ss.

y subjetivas de las que trae origen el derecho, y, «fuentes formales» ubicadas en lo «construido» o «elaborado» por la técnica sobre ese «dado», y que consiste en las reglas formuladas y estructuradas para las finalidades propias del derecho¹⁴. Y Ehrlich, dentro del *Freirechtsbewegung*, llama fuentes «reales o creadoras» a las formas sociales «espontáneas» que se dan como derecho (*gesellschaftliches Recht*). Y que constituyen el sustrato del derecho estatal y determinan al legislador y a la libre investigación científica, mientras reserva la expresión de «fuentes de reconocimiento» para las que usualmente se llaman «formales», ley, costumbre, jurisprudencia, etc.

No ha faltado quien proponga la sustitución del problema, por considerarlo ilógico, dada su formulación. Así Petrasizky propone se hable de la «doctrina del Derecho positivo y de sus especies y variedades», pues no otra cosa hacen los juristas en la doctrina de las fuentes: estudiar las especies del derecho positivo, ley, costumbre, etc. y su relación entre ellas especialmente con la ley. O, para buena parte del behaviourismo jurídico americano, tanto en el sentido material como en el formal, pues fundándose ésta estadísticamente sobre la «constancia de las decisiones judiciales» impide tanto una definición, aunque sea descriptiva, del derecho, como una determinación de su «criterio de cualificación», ya que, en cualquier caso, lo que es calificado «ex post», no es cualificado: está sólo denominado autoritariamente¹⁵.

¹⁴ GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954. Semejante distinción hace, también, GURVITCH, G., sustituyendo la expresión «fuentes reales» por «fuentes creadoras», *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1932.

¹⁵ ARONSON, *Tendencias in American Jurisprudence*, en «Toronto Law Review», IV, 1941.

III. La actitud de los juristas

Como se observará fácilmente, ni siquiera el intento de precisión terminológica disipa las nebulosas en las que un análisis del problema de las teorías de las fuentes se encuentra inmerso, pues la problemática se traslada a cada uno de los términos precisados.

Si adoptamos el punto de partida dogmático con que es frecuente su planteamiento en la ciencia jurídica y tomamos como definición de fuente del derecho o la de Bobbio, «aquellos hechos o aquellos actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas»¹⁶, o la de García Maynez¹⁷, «los procesos formalmente regulados, que condicionan la producción de normas del derecho», nos daremos cuenta de su dificultad e implicaciones.

En efecto, ¿qué se entiende por hecho o procesos que crean o producen normas jurídicas? En la definición del profesor mejicano encontramos apuntada la respuesta común de los juristas: se trata de procesos o de hechos «formalmente regulados». El acto creador del derecho sería obra de un órgano o fuerza social reconocido por el derecho y se hallaría regulado por el propio ordenamiento¹⁸. El problema de las fuentes del derecho se reduciría al de la «normación de la normación», a descubrir el procedimiento, regulado por el derecho, de crear normas. El derecho se crea desde un órgano, entidad o fuerza social reconocido por el derecho y de conformidad a un procedimiento establecido por el derecho. Si se trata de la creación de una ley, el órgano de creación es el parla-

¹⁶ BOBBIO, N., *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 34-35. PASQUIER, C. Du, en op. cit., p. 48 las define: «des faits qui donnent à une règle le caractère de droit positif».

¹⁷ GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del derecho*, México, 1974, p. 187-188.

¹⁸ MARTÍN, I., *Notas didácticas sobre las fuentes del Derecho, con especial referencia al estudio del Derecho romano*, Murcia, 1944, p. 17.

mento en los países democráticos y el procedimiento está establecido por el derecho: en la constitución o en las normas de derecho parlamentario.

La pregunta por las fuentes del derecho vendrá satisfecha con la respuesta que explique la «normación de la normación», que en los sistemas jurídicos-positivos acostumbra ser única, omnicompreensiva, y establecida por normas estatales. Por eso se suele decir que el derecho regula su propia creación y su propia reforma, o expresado de otra manera, que la validez de las normas emanadas de las fuentes que el legislador originario instituye sólo puede tener fundamento en otras normas de grado superior y preexistentes a fortiori¹⁹.

Cuando el juez busca la «fuente» del derecho a declarar en la sentencia, tiene que apoyarse, la encuentra, en una norma que trata de «ejecutar» en su sentencia. La razón, de ser derecho, o la «fuente» de la norma aplicable está en otra norma de rango superior de la que ésta constituye un acto de ejecución y que a su vez tiene su origen en un órgano competente y en un acto regulado por otra norma. Y así hasta una norma *originaria*, que se suele llamar «fundamental», pues constituye el fundamento de la validez de todo el sistema jurídico. Preguntarse por la fuente de esta norma fundamental desde el punto de vista jurídico, es situarse fuera del sistema jurídico, según la escuela vienesa²⁰, e inalcanzable para el jurista. La investigación sobre las fuentes de un sistema jurídico acaba allí donde termina el sistema jurídico.

Esta explicación basada en la causalidad-genética de las fuentes del derecho ha conseguido proporcionar al jurista un universo cerrado del derecho en el que técnicamente puede moverse con holgura, pero obsérvese que su respuesta puede reducirse a la siguiente teutología: la fuente del derecho es el derecho que crea al derecho. Los juristas prácticos se atienen normalmente a esta posición sin declararla expresamente, limitándose a anunciar las

¹⁹ Ross, A., *On Law and Justice*, London, 1958, p. 32, y GARCÍA MAYNEZ, E., op. cit., p. 188.

²⁰ Esta tesis ha sido mantenida por KELSEN, H., en sus obras fundamentales sin rectificación, aunque la problemática de las fuentes haya sido objeto de matizaciones para algunos importantes, para nosotros materia sólo de valiosas precisiones congruentes con la totalidad del sistema, cfr.: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig y Wien, 1936; *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960; *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945.

fuentes del derecho que más propiamente deben llamarse «formas del derecho», legislado, consuetudinario, etc., y a establecer una jerarquía de estas formas de expresión de lo jurídico. Incluso en aquellos sistemas jurídicos en los que hay un texto legal de carácter fundamental —Constitución o título preliminar de un cuerpo normativo de general importancia, como el Código civil en España—, en el que se establezca expresamente el «sistema de las fuentes», no se hace otra cosa con evidente confusión. Así cuando nuestro Código Civil afirma que «las fuentes del ordenamiento jurídico son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», lo que está diciendo es que las formas de expresión del derecho en el sistema jurídico español son el legislado y el consuetudinario, e introduce un posible origen de confusiones con la mención de los principios generales del derecho con el mismo carácter normativo de la ley y la costumbre, que sólo la jurisprudencia ha podido ordenar²¹. Y ello, porque es preciso salvar la distinción entre ordenamiento jurídico y sistema normativo del ordenamiento, si no se quiera dejar fuera de ésta a la fuente normativa de las obligaciones que nazcan de la voluntad de las partes (art. 1.091 entre otros del Código civil) o regímenes jurídicos cuyo origen está en esta voluntad (arts. 1.315 y ss. del Código civil), etc.; porque inmediatamente establece el principio de jerarquía normativa (1.2); porque después establece la forma en que normas no producidas en el interior del ordenamiento entrarán a formar parte del sistema jurídico mediante su aplicación en España (1.5); porque a continuación (1.6) habla de que «la jurisprudencia *complementará* 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», sin enumerarla entre las fuentes; y, por último, porque el propio texto legal manifiesta el carácter de «sistema» de fuentes (1.7) que tiene la declaración del artículo 1.1 y la ordenación jerárquica y subsidiaria (1.3 y 1.4) de las «formas» de expresión del derecho.

21 Cfra. DIEGO, F. C. de, *Los principios generales del derecho*, en «Revista de derecho privado», 1916; CASTRO, F., op. cit., pp. 419 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, G., *La naturaleza de los principios generales del derecho*, en el vol. «Ponencias españolas» al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, 1962; GARCÍA ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 40, 1963; y Mozos, J. L. de los, *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 87 y ss.

La actitud de los juristas que acabamos de describir tiene para éstos indudables ventajas. En principio, un tal procedimiento reglado y jerarquizado para buscar el derecho ofrece la imagen de una perfecta coherencia lógica del sistema jurídico. La sentencia judicial no es otra cosa que la subsunción de unos hechos por una norma, cuya razón de validez se apoya en otra de la que constituye su ejecución y ésta en otra hasta la norma fundamental que es la fuente de cualificación de todo el sistema. Este es cerrado y lo que bajo él no cabe es derecho, pues el sistema ordena la formación normativa para el supuesto en el que no haya norma escrita aplicable al caso. El jurista siente la coherencia del sistema, a ella se atiene y entiende que éste es «completo» en los límites marcados por él (plenitud del ordenamiento jurídico).

El jurista se siente cómodo con una tal enunciación de las fuentes. Conoce cómo encontrar en cada caso la norma aplicable, su posición en el ordenamiento jurídico y, aunque a veces su interpretación le resulta penosa, encuentra su actividad sujeta a leyes lógicas que tienen sentido dentro del sistema. La seguridad jurídica a la que sirve una tal formulación de las llamadas fuentes del derecho, se convierte así (con la normación de la normación) para el jurista en seguridad formal de su labor aplicativa e interpretativa.

Se encuentra, también, el jurista sistematizado el universo normativo, que constituye el objeto de su trabajo científico. Es sintomático la peculiar y general forma de tratamiento de este problema por los juristas que puede verse en cualquier obra de derecho civil²², en las que, tras la adopción de la definición dogmática de «fuentes del derecho» en sentido formal, se pasa a estudiar cada una de ellas (ley y sus clases, costumbre, jurisprudencia, principios generales del derecho) y sus relaciones en cuanto constituyen arsenal normativo válido según el derecho positivo. Ciertamente que son muchos los problemas que semejante estudio presenta en la dogmática jurídica y que constituye la más valiosa aportación a la teoría de las fuentes en cuanto que, hecha desde el campo normativo, nos señala sus límites, pero los propios axiomas a que se sujeta, principio de jerarquía normativa, principio de supremacía (en nuestro sistema) de la ley, principio de sujeción a las

²² Cfra. por todos, CASTÁN, J., op. cit., pp. 276-348.

normas reconocidas, principio de libertad interpretativa (siempre que se entienda que la interpretación veraz es la del juez), introducen en toda la elaboración un ejemplar sistema desde el punto de vista lógico.

Ahora bien, este ejemplar sistema lógico contempla al derecho «fotografiado», estáticamente objetivado; sitúa al universo jurídico fijándolo en un «momento determinado». Ello constituye el objeto del conocimiento del jurista. Lo que no deja de ser una ventaja importante, una comodidad científica que permite al jurista moverse ampliamente en el mundo de su técnica. Pero para la ciencia del derecho deja anhelos incontestados. Sin embargo, esta contemplación es necesaria, mejor diría yo, constituye aspiración inconfesada de todos aquellos sistemas más o menos de derecho libre, que a través de la eficacia del precedente o de la consideración estadística de las decisiones judiciales buscan un sistema informalmente jerarquizado de localización de las fuentes del derecho. Pero los riesgos para una contemplación omnicomprendiva del derecho son muchos.

Tal vez el primero sea hacer del derecho un «tópico», algo estático que mal se ajusta con la realidad que refleja y a la que sirve: una forma de la conducta humana. Una tal consideración estática del sistema normativo y, en consecuencia, de las fuentes del derecho no puede dar satisfactoria explicación a la manera en la que operan en el ordenamiento jurídico, para incrustarse en el sistema, todos aquellos elementos reales que tratan de colarse a través de la decisión judicial o de usos o actos generadores de consecuencias jurídicas. ¿Cómo podría explicarse la consciente ausencia de aplicación normativa, muchas veces de *ius cogens*, que se ha producido en la España de los años 77 y 78 y que ha creado situaciones jurídicas al margen o contra *legem* con los imperativos de una semejante doctrina de las fuentes? ¿Cómo puede explicarse que el ilegal reconocimiento, según exigencia de una tal teoría de las fuentes jurídicas, del Partido Comunista de España en la primavera de 1977, sea aceptado en el universo jurídico y produzca consecuencias jurídicas? ¿Cómo puede explicarse, desde esta concepción de la teoría de las fuentes, la validez de los actos constituyentes de nuestro Parlamento? ²³. Para estos fenómenos la con-

²³ Mi compañero y predecesor en la cátedra de la Universidad de Valladolid ha

testación se hace imposible desde semejante explicación de las fuentes del derecho, que supone estático, formalizado y cerrado el orden jurídico y, sin embargo, se acepta su virtualidad jurídica.

Por otra parte, la legitimidad del derecho, su razón de justicia o su fundamento ideal, si es afirmado por los juristas, queda descolgado de su planteamiento científico. La estricta formalidad causal del orden normativo de las fuentes hace de cualquier derecho «válido» un derecho legitimado. La validez del derecho no consiste en otra cosa que en la relación de causalidad genética de las normas: es derecho válido todo aquel que pueda genéticamente explicarse, sin contradicción, según el orden de fuentes y su jerarquía. El problema fundamental se traslada, *velis nolis*, o a la norma fundamental o al principio formulador de las fuentes del derecho.

En el mismo sentido, el problema de la eficacia del derecho resulta también formalizado. No hay más derecho eficaz que el derecho «válido», según la operatividad que resulta de la aplicación del sistema de las fuentes del derecho, es decir, que el derecho declarado directa o indirectamente vigente. El contenido «real» o «material» que tiene la expresión eficacia viene sustituido por la formalidad de la declaración de «vigencia». Toda fuerza o aspiración social no declarada vigente desde los órganos creadores del derecho, aunque sea eficaz en el orden de los hechos o conductas sociales, no lo es desde el sistema jurídico, careciendo de la coacción organizada. De aquí el papel secundario del derecho consuetudinario y la imposibilidad desde él de la derogación del legislado. Pero también de aquí la aspiración simplista y bobalicona de quienes pretenden «hacer legal lo que es normal» en la vida social, como si la facultad de *ius edicendi*, sobre exigir determinados procedimientos formales, pudiera ser indiscriminada para los contenidos de conducta, que a su través pasan a formalizarse en un sistema jurídico.

En consecuencia el sistema jurídico desde esta consideración de las fuentes del derecho puede llegar a representarse, por expresarlo con un vocablo acuñado por el marxismo, como una superestructura, todo lo lógica y coherente que se quiera, pero superes-

demonstrado, a mi manera de ver con acierto en lo fundamental y según la dogmática jurídica en boga, la inconstitucionalidad de la naciente constitución española. lo que ocurre es que hay factores que operan en el derecho para los que una teoría de las fuentes elaborada a la manera de la usual dogmática jurídica no tiene contestación.

estructura de la vida social. Puede el sistema jurídico expresar un cuadro del ordenamiento de la vida social, pero no es esto lo que interesa desde el punto de vista de la dogmática de los juristas. Lo que importa es la exigencia normativa de su trabazón lógica, de forma que desde ella puede explicarse la coherencia y exigencia internormativa desde la ley base hasta las particulares sentencias, o viceversa, pasando por los diferentes rangos de la jerarquía de las normas que justifican a éstas y las hacen necesarias.

Hemos hecho estas someras reflexiones, no con el fin de desmerecer el planteamiento común entre los juristas que es el contemplado desde la dogmática del derecho, pues es necesario y en buena parte viene exigido por el propio trabajo, sino con el de poner de relieve los importantes problemas con los que necesariamente se encuentra conectado el de la teoría de las fuentes. Por ello no es extraño que desde la ciencia del derecho o desde la filosofía, o desde la sociología jurídicas se hayan querido buscar planteamientos que sincronizaran los problemas apuntados, de manera que la teoría de las fuentes pudiera ofrecer al mismo tiempo que la posibilidad de conocer o determinar qué es derecho, la explicación de su origen, sin desconocer las aportaciones de la vida al derecho y sin necesidad de poner, al menos entre paréntesis, su fundamento.

IV. Desde la doctrina

No es nuestro propósito hacer una exposición de las diferentes teorías sobre las fuentes del derecho. Véase, por el momento, la clásica obra de Alf Ross *Theorie der Rechtsquellen*²⁴ donde son expuestas muchas de ellas. Señalamos que, en principio, pueden reducirse a dos formas de tratamiento del problema: a) las que se atienden a la exposición y explicación de los procedimientos de formación del derecho en los diversos ordenamientos jurídicos; y b) aquellas otras que por estar ligadas a particulares concepciones a cerca de la esencia y funciones del derecho, trascienden una teoría de las fuentes del derecho para buscar su «fundamento», a la manera iusnaturalista. E. Parese ofrece otra clasificación de las diversas teorías científicamente más válida, basada sobre las tres actitudes que de hecho es posible adoptar frente a la naturaleza de las fuentes²⁵. El gran grupo de las explicaciones, que podríamos llamar tradicionales entre los juristas, afirman genéricamente la naturaleza ideal del derecho, y, por tanto, de sus fuentes, pasando después, a la enunciación de sus formas concretas en los diversos ordenamientos positivos y dando por lo general una primacía a la ley. Esta es normalmente la exposición que recoge la dogmática jurídica en nuestro país y en general en el continente europeo, en la que la afirmación de la idealidad del derecho y de sus fuentes acaba siendo una mera cláusula de estilo, de la que juiciosamente se prescinde para concentrar la atención en la construcción dogmática de los hechos y de los actos, a través de los cuales el ordenamiento jurídico reconoce la validez de las normas.

²⁴ ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmatisch-historischen Untersuchungen*, Leipzig-Wien, 1929; también CASTÁN, J., *Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo*, Madrid, 1936.

²⁵ PARESE, E., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975, pp. 107 y ss.

Un segundo grupo de doctrinas, a juicio de Paresce, serían aquéllas que afirman tanto la idealidad del derecho como la de sus formas, reduciéndose la teoría de las fuentes a la de la validez del derecho. En este grupo de doctrinas se incluyen tanto aquellas que como la «Teoría pura del derecho» identifican el derecho con el «debe ser», como las que en lugar de las «fuentes» buscan el «fundamento» del derecho, que es un problema diverso, si bien ligado a éste, con implicaciones metafísicas o gnoseológicas. Aunque las primeras de estas doctrinas pueden significar una reducción a puros términos lógicos del problema de la validez normativa, pugnan con las tradicionales de los juristas por ocupar su puesto en la dogmática jurídica que se reduce a una «ciencia de las normas», bajo el genérico nombre de teoría normativa.

Y, por último, el tercer grupo estaría constituido por todas aquellas doctrinas, pluralistas y de base sociológica o psicológica, caracterizadas por una actitud supuestamente empírica frente al derecho, a sus formas y, por tanto, al tema de las fuentes. A este grupo pertenecen una gran variedad de teorías, que en ocasiones están en abierta polémica entre ellas y que van desde la «escuela científica» de Géný y Saleilles o del movimiento del derecho libre, a la teoría de base sociológica de un Gurvitch o al realismo americano o escandinavo. En este grupo se dan también algunas que intentan coordinar el realismo o el pluralismo jurídico con el normativismo kelseniano o el tradicional: ejemplo entre nosotros, Legaz Lacambra, quien, a propósito de la doctrina de las fuentes, intenta expresar en una síntesis doctrinas de base kelseniana con el pluralismo jurídico del tipo de un Gurvitch.

A) LA TEORIA NORMATIVA

Como a la exposición tradicional de la dogmática jurídica del problema de las fuentes ya hemos dedicado algunas líneas, veamos someramente la respuesta desde la teoría pura del derecho. Para Kelsen²⁶, cuando se habla de las fuentes del derecho se puede tomar esta expresión en dos sentidos: Uno, impropriamente jurí-

²⁶ Las referencias a la doctrina de Kelsen las hacemos a través de la 2.ª ed. de su *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.

dico, y entonces se entiende por fuentes del derecho a todas aquellas ideas que efectivamente influyen en los órganos que crean el derecho, por ejemplo, normas morales, principios políticos, hechos sociales, doctrinas jurídicas, opiniones de los juristas, etc. Otro, propiamente jurídico, cuando se dice que las fuentes del derecho están en la legislación en sentido amplio y la costumbre. Pero todavía estas respuestas se mueven en ambigüedades e imprecisiones. De aquí la necesidad de introducir en la ciencia jurídica una nueva expresión apta para describir el fenómeno de que se trata.

Babbio en este orden de cosas señala cómo el problema de las fuentes del derecho se incluye en la ciencia jurídica, en aquella de sus partes que se ocupa de la estructura del ordenamiento precisamente para dar a entender que corresponde al meollo de la trabazón y explicación lógica, que en Kelsen tiene su expresión mediante el *Stufenbau* o estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Por ello afirmará que el «conocimiento de un ordenamiento jurídico comienza por el de sus fuentes», con lo que se comprende fácilmente la importancia que para Kelsen y sus epígonos tiene el fenómeno que se trata de describir con la teoría de las fuentes.

Se dice que una norma «vale», cuando es obligatoria o, en otros términos, cuando sus destinatarios deben hacer u omitir lo que ella mande que se haga o se omita. Pero el simple hecho de que alguien mande algo, no quiere decir que su mandato sea obligatorio, sino que para ello este acto de mandar debe de estar autorizado por otra norma: «normas válidas sólo pueden ser dictadas por una autoridad competente, y la competencia sólo puede fundarse en la norma que autoriza a un sujeto a formular otras normas»²⁷. Todo acto, pues, creador de derecho está referido a un órgano reconocido por el derecho y regulado por éste, de modo que cada norma es el producto de un acto de creación, que, a su vez, constituye un acto de ejecución de otra norma superior. Por lo que la fuente del derecho no es, como parece sugerir la expresión, una entidad distinta del derecho; es una norma jurídica «superior» en relación a una norma jurídica «inferior», par la que se expresa el método de creación de esta norma inferior.

²⁷ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 196-197.

Pero la investigación en cadena de la causa de validez de las normas y, por lo tanto, de creación de éstas, no puede prolongarse indefinidamente sino que tiene que concluir en una norma única a la que por ello se llama fundamental, *Grundnorm*. Por su propio carácter esta norma fundamental «no es derivable de ninguna de mayor rango y el fundamento de su fuerza obligatoria no puede ya ser puesto en tela de juicio»²⁸. Como dice Bobbio, «cumple en un sistema normativo la misma función a que son destinados los postulados en un sistema científico»²⁹, por lo que es presupuesto de cualquier ordenamiento jurídico desde el cual éste recibe su explicación y fundamento, permite reducir a unidad las normas de distinta procedencia y establecer si una norma pertenece o no a un ordenamiento.

Si la *Grundnorm* establece el denominador común de validez de cada una de las normas o grupos de normas que constituyen el sistema, su propia razón de validez, si no se quiere acudir a autoridades metajurídicas, tiene que «presuponerse, si ha de ser posible interpretar los actos que se realicen de acuerdo con la misma como creación y aplicación de normas generales válidas y las ejecutadas al aplicarlas como creación y aplicación de normas individuales igualmente válidas»³⁰. Y es que la norma fundamental ofrece sólo la razón de validez, no el contenido de los preceptos de un ordenamiento. «Tal contenido únicamente puede ser determinado por actos a través de los cuales la autoridad facultada por aquella norma (la fundamental), o las facultadas por esta autoridad formulan los principios del sistema»³¹. La norma fundamental es, así, la *fons fontium* del sistema jurídico, es causa formal de la constitución en sentido material —por referirnos sólo al orden estatal— constituída por la norma o normas positivas por medio de las cuales se instituyen los órganos que han de crear otras normas generales regulando esta actividad creadora. La actividad creadora de normas de estos órganos constituye, a su vez, un acto de ejecución o de aplicación de las normas constitucionales, pero, al mismo tiempo, en la ejecución de las normas generales creadas por dichos órganos se realiza otro acto de creación respecto de órganos y normas infe-

28 Ibidem, p. 127.

29 BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 58.

30 KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 202.

31 Ibidem, p. 201.

riores, hasta la individual constituída por la sentencia judicial, que, al poner en contacto una norma, en cuanto tal formal y general, con un hecho social tiene que agotar sus contornos en la aplicación. Por lo que, como recientemente ha dicho un autor, la teoría pura del derecho, desde el punto de vista lógico, no es otra cosa que una gigantesca teoría de las fuentes.

Sin embargo, la gigantesca teoría de las fuentes que supone la Teoría Pura del derecho ha pretendido enclaustrar el derecho en un universo cerrado en el que el derecho encontrase en él mismo su propia explicación. Dejando a parte la imputación que se le ha hecho de como esta teoría puramente normativa no podría impedir que a nivel de la determinación de la *Grundnorm* o el de la sentencia se introdujeran elementos fácticos o ideológicos³², hay que constatar que la doctrina kelseniana y sus semejantes han recibido una fuerte contestación ante la imposibilidad de explicar desde ella determinados procesos productores del derecho, o contenidos de la experiencia jurídica que escapan a la férrea disciplina lógico-formal de la teoría normativa.

B) LOS PLANTEAMIENTOS SOCIOLOGICOS

En principio y aceptando lo fundamental de una teoría de las fuentes tal y como viene dada desde la dogmática jurídica o desde la teoría pura del derecho, el movimiento conocido como *Jurisprudencia de intereses*³³, trata de dulcificar su rigidez formal a través de la «interpretación». No se niega el valor de la Ley, sino que reconociéndose la necesidad de su primacía en la jerarquía de las fuentes, se afirma que, por ser la expresión formalizada del Derecho, constituye sólo «el límite para las hipótesis interpretativas». La Ley está causada por diversos factores entre los que el «interés» juega un papel importante. El legislador lo tiene en cuenta al formular la Ley, que es un cuadro-marco de coordinación

³² Cfr. por todos RECASENS, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 2 vols., México, 1963, vol. 1, pp. 194 v ss.; y PARESCÉ, E., *La dinamica del diritto*, cit., pp. 112 y ss.

³³ HECK, Ph., *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, Tübingen, 1936; los tres escritos, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, y *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1939, que han sido reeditados en un único volumen por la editorial Gehlen, Berlin-Zurich, 1968.

de intereses, por lo que el jurista y el Juez en la interpretación de la ley deben, al crear o proclamar derechos, como el legislador, tener en cuenta los «intereses» en juego desde el punto de vista más favorable al pueblo o al Estado. De aquí la necesidad de sustituir el primado de la lógica, por el de la investigación y valoración de la vida.

La vida y los datos sociales pasan de la consideración como elementos para la interpretación a la de fuentes reales del derecho en la escuela científica francesa. En efecto, su fundador, F. Géný, propondrá un radical cambio de método en la ciencia jurídica: de formal y pasivo que es o tiende a ser el método de la dogmática jurídica, pretende hacerse crítico y activo. Por lo que a la teoría de las fuentes se refiere, se trata ahora de pasar de lo que se dice consiste en la dogmática jurídica formalista, una mera interpretación de ellas en el derecho positivo, a una investigación de las mismas en los datos fundamentales del derecho. Géný, en principio, no niega el valor de la teoría tradicional de las fuentes, lo que ocurre es que refiere su valor no al dominio de la «ciencia», sino al de la «técnica jurídica»³⁴.

En efecto, para el jurista francés el derecho positivo no está todo en la ley y en el derecho estatal; la complejidad y la movilidad del derecho hacen imposible que un legislador o una asamblea legislativa puedan dar satisfacción a todas las exigencias de la vida jurídica con los preceptos que de un golpe establecen. Por otra parte, ni siquiera este amplio entendimiento de lo que es derecho positivo, que va más allá del legislado y, en general, del que reconoce el Estado, tampoco responde a todas las exigencias de la vida jurídica, pues su esquematismo y rigidez le impiden adaptarse a la variabilidad y movilidad de la sociedad. De aquí la necesidad de que una «libre investigación científica», que haga valer los datos de un «irreductible derecho natural», ayude al Juez y al juristas a colmar las lagunas que todo derecho positivo deja necesariamente vacías.

Los factores de elaboración del derecho positivo vienen agrupados en dos grandes categorías: lo dado, *le donné*, es decir, los elementos de la realidad ante los que se encuentra situado el legis-

³⁴ GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols., Paris, 1914-1924.

lador y que condicionan, limitan o inspiran las normas del derecho positivo; y lo construido, *le construire* esto es, el armazón jurídico mediante el que el derecho positivo ordena los elementos fácticos y los convierte en forma de normas. Entre «lo dado» se encuentran elementos *reales* (psíquicos y sociológicos), *históricos* (tradiciones), *racionales* (los principios que resultan para la dirección de la humanidad de la consideración reflexiva de los elementos de las relaciones jurídicas³⁵), e *ideales* (las ideas y valores corrientes), y constituyen el objeto de la *ciencia* jurídica. Lo construido, el elemento, por decirlo así, «artificial» del derecho, es el objeto de la *técnica* jurídica, pero no de la ciencia.

A ambos elementos de elaboración del derecho están referidas las fuentes. El elemento verdaderamente creador del derecho lo constituye la propia realidad social, por lo que se identifican las «fuentes materiales» con *le donné*, mientras que en lo artificial, *le construit*, se sitúan las «fuentes formales» del derecho, que, lejos de expresar la «vida» del derecho, la dinámica de lo jurídico, es el artificio, la forma que lo ata a un momento y en un espacio determinados. Con ello se pretende dar entrada en el universo jurídico a la vida que de alguna manera debe reflejar el derecho, o dicho de otra forma, expresar el universo jurídico en un orden «abierto» que permita el cambio y el dinamismo en el derecho.

Pero la fina sensibilidad de jurista exquisito le impidió a Gény llevar a todas sus consecuencias su doctrina. Ello ha sido obra de algunos de sus discípulos, por ejemplo, Bonnacase³⁶ con el aprovechamiento de la distinción entre «fuentes reales» y «fuentes formales» que se expondrá en otro lugar. Especialmente Lambert³⁷, Decano de la Facultad de Derecho de Lyon, desarrollaría estos presupuestos en dos direcciones. Una, en el sentido de acentuar la importancia de la jurisprudencia, o derecho judicial, como fuente del derecho en detrimento del valor de la ley y de la costumbre a la que refiere a la obra de los jueces. Otra, en el sentido de reconocimiento de un «derecho autónomo» propio de las asociaciones corporativas, que se expresa en los usos, contratos-tipos y estatutos

³⁵ IDEM, *Science et technique en droit privé positif*, cit., vol. II, p. 381.

³⁶ BONNACASE, J., *Introduction à l'étude du droit*, 2.ª ed., Paris, 1931; *L'école de l'Exèges en Droit civil*, 2.ª ed., Paris, 1924; *Science du Droit et romantisme*, Paris, 1929.

³⁷ LAMBERT, E., *La fonction du droit comparé*, Paris, 1903; *Le gouvernement des juges*, Paris, 1921.

de las mismas, así como en los arbitrajes que se producen en su seno. Con ello se pretende dar entrada en las fuentes del derecho a dos factores que, de alguna manera, disturbian el armazón lógico de las mismas en la teoría tradicional de los juristas y en la normativa: la jurisprudencia como creadora y determinadora del derecho y lo que, desde otros ángulos, se ha llamado derecho social.

Fue, como hemos señalado más arriba, el llamado por Ehrlich *Freirechtsbewegung*³⁸, movimiento del derecho libre, que al mismo tiempo de la escuela científica francesa surge en Alemania, quien haría especial hincapié en que el único derecho válido es el derecho realmente vivido, el derecho espontáneo en la realidad social al que los hombres, sujetos del derecho, prestan espontánea obediencia y se da también en una espontánea actuación, del que el derecho legislado, el ordenado desde los esquemas de poder, es sólo su formulación, su reflejo intelectual, al tiempo que determina la libre investigación del juez. De aquí que las llamadas fuentes formales, ley, costumbre, jurisprudencia, sean fuentes secundarias, «de reconocimiento» de las verdaderamente fuentes «reales o creadoras» del derecho, constituídas por el *gesellschaftliches Recht* o derecho social, verdadero derecho pacífico que vive con independencia de su reconocimiento y existe con anterioridad lógica y vital a toda organización estatal de la que constituye su fundamento. La usual ciencia del derecho, la dogmática jurídica, no es otra cosa que una técnica inventada por los juristas que han sentido la necesidad, a efectos de su trabajo, de reducir todo el derecho a la ley del Estado, que constituye una superestructura formal en un momento dado del verdadero derecho de la sociedad y de la justicia, prestándose, por tanto, a ofrecer una imagen de los juristas como hombres que en su trabajo dan esencialidad a lo accidental y acidentalidad a lo esencial.

El derecho, como espontánea creación de la vida social, que subraya el movimiento del derecho libre a través de lo que Ehrlich designaría con la expresión de *Einrichtung*, tiene un indudable parentesco doctrinal con la concepción del derecho y de su creación en dos importantes escuelas jurídicas europeas. Una de ellas

³⁸ EHRlich, E.. *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin, 1902; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903; *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918.

es la de la doctrina de la «Institución» de Hauriou³⁹, Renard⁴⁰, Delos, etc., para quienes existen órdenes jurídicos «institucionales», con vida propia, independientes de las relaciones de derecho contractual e incluso de las del derecho estatal, estructurados jerárquica y autoritariamente, esto es, con organización propia, que imponen la necesidad de un nuevo método jurídico caracterizado por los repudios del prejuicio legalista-positivista y de la reducción de cualquier derecho al derecho del Estado.

La doctrina es la de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos de Santi Romano⁴¹, que influenciado por la teoría francesa de la institución, le dará una gran precisión jurídica, huyendo de cualquier concesión a la sociología. Un ordenamiento jurídico viene a ser la forma, el sistema normativo propio de entidades sociales semejantes a las que los franceses llaman institución, pero el ordenamiento tiene sus propias exigencias, su realidad. El orden jurídico estatal está pues integrado por una pluralidad de ordenamientos. Cada uno de los ordenamientos jurídicos tiene sus propias fuentes, su propia coherencia interna, su propio sistema normativo. El problema de las fuentes del derecho se viene a transformar en el problema de las relaciones entre los diversos «ordenamientos jurídicos», de la jerarquía entre ellos y de su expresión a nivel estatal.

En esta línea de bases sociológica y pluralidad de las fuentes del derecho, se sitúa también a Gurvitch⁴². Intenta este autor una conciliación entre la experiencia jurídica completa y un sistema de valores de manera que la función del «hecho normativo», como causa generadora del derecho, consiste en «la unión entre la acción empírica y una comunidad real y la acción eterna de valores morales». El derecho tiene su origen en el «hecho normativo», que son «algunos hechos de la vida social que, por su estructura peculiar pueden servir de fundamento, es decir de autoridad impersonal, para la fuerza obligatoria del derecho». El origen del derecho

39 HAURIUO, M., *La Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris, 1925; *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. esp., Madrid, 1927.

40 RENARD, G., *Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, 1930; *L'institution, fondement d'une renouation de l'ordre social*, Paris, 1933; *Philosophie de l'Institution*, Paris, 1939.

41 SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, hay trad. esp.

42 GURVITCH, G., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1932; *L'expérience juridique et la philosophie pluralistique du droit*, Paris, 1935.

se sitúa, pues, en la misma vida social, de la que es forma por lo que para Gurvitch tampoco se reduce todo el derecho al derecho estatal, existiendo de hecho otras formas de derecho social. La Teoría de los «hechos normativos», aprovechada por la dogmática jurídica, sirve para superar la teoría de las «fuentes formales» (ley, costumbre, jurisprudencia, etc.) que no tiene otra función que la de ser instrumento «de reconocimiento» de las verdaderas «fuentes creadoras», que encuentran su centro en el hecho normativo ⁴³.

C) INTENTO DE SINTESIS

Pero un intento de conciliación de la teoría de las fuentes de base formalista y de las de base sociológica y pluralista con especial dependencia de Gurvitch, lo constituye entre nosotros, la doctrina de Legaz ⁴⁴, que refiere el problema de las fuentes del derecho al de los grupos sociales en los que se originaría el derecho como forma vital de los mismos y al técnico-jurídico, es decir, al origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el derecho positivo que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta. Conviene, pues, distinguir lo que es «modo de expresión» del derecho (ley, costumbre, etc.) de lo que es «fuentes del derecho», esto es, el *acto* legislativo, el uso social que crea la costumbre jurídica, etc., por cuanto el acto creador de la norma es obra de un órgano o fuerza social reconocido por el derecho positivo y regulado por el propio ordenamiento. En este sentido Legaz recoge la doctrina de Merkl y Kelsen, por la que cada norma es el producto de un acto de creación, que representa a su vez un acto de ejecución respecto de la norma superior, constituyendo formalmente el orden jurídico un sistema de delegación de procedimiento mediante el cual la creación de cada norma jurídica es un hecho que está predeterminado en la norma superior, que es el fundamento de validez de la norma inferior, y así hasta la norma fundamental.

Pero «cada sistema jurídico no consta sólo de su norma

⁴³ Cfra. PARESCHE, E., *La dinamica del diritto*, cit., p. 137.

⁴⁴ LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, cit., pp. 501 y ss., especialmente, pp. 525-543; *La théorie pure du droit et l'idée du droit social*, en «Revue Internationale de la Théorie du Droit», 1935.

suprema fundamental, sino que dentro de sus límites hay distintas normas relativamente fundamentales, que consituye la norma relativamente última de una materia jurídica determinada (derecho privado versus derecho público, derecho del trabajo, derecho económico), aun cuando todas las materias se hallen formalmente unificadas bajo el signo de la constitución»⁴⁵. Por ello que pueda plantearse el problema de las «fuentes» respecto al todo formal del sistema, pero también respecto a cada sistema jurídico parcial concreto tratando de esclarecer aquí el problema de la estructura de la realidad social, del grupo o unidad social (de la «institución»), creadora de la norma, pues sería un puro artificio el considerar que el acto de creación de esa norma relativamente fundamental sea un acto regulado por la norma superior. Nos encontramos ante las fuentes materiales referidas a las realidades sociales existenciales con dimensión de valiosidad, lo que Gurvitch llamó «hechos normativos». Serán, pues, fuentes materiales del derecho« todas aquellas realidades sociales cuya estructura es la subordinación, la integración o la coordinación, y cuya existencia es una condición de realización de la justicia en un determinado círculo social, a través de las normas o sistemas de normas creadas por ellas»⁴⁶. Se presenta así un pluralismo de «fuentes materiales» que va desde fuerzas políticas y económicas, grupos sociales inferiores al Estado, pasando por la «nación» y el propio Estado hasta grupos supranacionales y supraestatales, la Iglesia y la comunidad internacional. Cabe, no obstante, preguntarse aquí por la jerarquía de estas «fuentes» cuya respuesta depende de «opiniones políticas» sobre la importancia del grupo social respectivo en un momento histórico, pero si se quisiera buscar una respuesta generalizadora habría que afirmar que «la más alta fuente jurídica material es aquella que en cada momento asegura más eficazmente con su existencia y su acción creadora de normas jurídicas el imperio del más progresivo punto de vista sobre la justicia, en el más amplio círculo social posible»⁴⁷. Normalmente esto acontece en el Estado, que no excluye la existencia de fuentes jurídicas relativas autónomas en su seno⁴⁸, pero al mismo tiempo puede un Estado existente estar en

45 LÉGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, cit., p. 530, cifra., pp. 525-543.

46 *Ibidem*, p. 531.

47 *Ibidem*, p. 533.

48 *Ibidem*, pp. 503-505.

lucha con un Estado en germen en su interior, caso de las revoluciones o cambios políticos, decidiendo entonces sólo el éxito sobre cuál de los dos Estados prevalece.

Respecto de las «fuentes materiales» las «fuentes formales» del derecho representan un «procedimiento técnico de constatación de las mismas» (Gurvitch) y contribuye a integrar y desarrollar el orden jurídico según direcciones que pueden ser diversas (conforme rija el predominio de una u otra, la ley o el derecho judicial, por ejemplo) aún cuando se esté en presencia de una misma fuente material. No se agotan en una fácil enumeración las «fuentes formales» del derecho que son consideradas en relación con las fuentes materiales, pero las principales serían: el *Estado*, mediante la legislación, la práctica constante (usus fori, prácticas parlamentarias y administrativas) y el precedente; los *grupos sociales*, entre los que se encuentran los partidos políticos mediante las declaraciones y programas, las corporaciones económicas y profesionales, sindicatos, etc., y especialmente la sociedad en general mediante la costumbre general o local; la Iglesia y la comunidad internacional, etc., se mantiene, pues, a nivel formal también un «pluralismo de las fuentes del derecho» al estilo de Gurvitch⁴⁹, que significa que hay más fuentes del derecho que las que reconoce un ordenamiento jurídico determinado, exponente del punto de vista del legislador, guiado de ordinario por un criterio legalista y estatista. La afirmación del Estado no significa otra cosa que la potestad legislativa está solamente en el Estado y en los organismos sociales en los que él delegue, pero el derecho no se reduce sólo a la realidad normativa de la ley, sino que el derecho «vive como realidad de la vida humana en su dimensión social, que en cuanto *social* es normativa, pero como vida transcurre en el ámbito existencial», con lo que se da una multiplicidad de fuentes formales que van «desde las formas libres de la relación interindividual, hasta las más complicadas y sujetas a prerequisites de los distintos ámbitos de la organización estatal»⁵⁰.

Ahora bien, ocurre que el derecho creado por las diversas fuentes materiales, aún teniendo validez ética (es decir, expresan

⁴⁹ Ibidem, p. 537, especialmente la nota en relación con lo que se mantiene en las pp. 501-502, si bien Gurvitch a este fin hace una enumeración más prolija y, por lo tanto, más discutible.

⁵⁰ Ibidem, pp. 538 y ss.

un punto de vista sobre la justicia) y sociológica (sea «vivido» realmente por la sociedad), no tenga vigencia o validez jurídica, es decir, pueda o deba no ser aplicado por el juez. La determinación del derecho aplicable, la transformación en *vigencias jurídicas* de los sistemas normativos dotados de simple validez ética o de validez sociológica es función de las «fuentes formales del derecho» respecto de las materiales, seleccionando «en el ámbito de lo que ontológicamente es *ya* derecho —una forma de vida social que encarna un sentido de justicia —para insertarlo en el sistema de legalidad—, de un ordenamiento jurídico y patentizar así, *erga omnes*, la validez jurídica que ya poseía *in nuce*, como una *vigencia indiscutible*»⁵¹. Así el problema de las fuentes del derecho es un aspecto del de la validez del derecho, volviéndose ahora a la teoría de Kelsen, pues la selección puede efectuarse desde el Estado o desde el de otra comunidad jurídica completa, como la internacional o la Iglesia no existiendo en principio ningún orden de preferencia de uno u otro punto de vista y necesitándose de un artificio lógico que permita reducir a unidad, a sistema, todo el complejo normativo fáctico del orden de la comunidad jurídica. Dicho artificio lógico es una exigencia derivada del hecho de que hay una pluralidad de normas que pretenden ser exigibles y obligatorias y de que pueden plantearse, dentro de ese complejo, problemas de contradicción entre ellas. A ese artificio lógico o hipótesis de trabajo se llama *Grundnorm* o norma fundamental, no opera en el aire, no puede situarse fuera de la realidad y sólo puede seleccionar dentro de ésta.

Los posibles criterios de selección se los suministra la Filosofía del Derecho, por lo que «una doctrina de las fuentes, orientada hacia la realidad y no atendida únicamente a la dirección jurídico-formal, puede ayudar decisivamente al hallazgo de varios criterios».

D) DESDE EL REALISMO JURIDICO

En los sistemas jurídicos continentales y europeos, por lo general, la teoría de las fuentes se había hecho precisa, dada la

⁵¹ Ibidem, pp. 542 y ss.

pretensión, a partir de la revolución francesa, de dominio absoluto de la ley, remitiéndose a ésta todo tipo de derecho. Pero en otros sistemas, como los anglosajones, en el que la identificación del derecho se refiere a otros elementos, como el derecho vivido, *common law* o a la decisión judicial, el problema de las fuentes del derecho ha constituido un tema apenas sin importancia repitiendo la construcción del «soberano» de John Austin, que significaba la hipótesis de un «órgano» o de un requisito de voluntad imperativa como creador de las normas jurídicas. Ha sido necesaria la creación de una nueva metodología de la ciencia del derecho, llevada a cabo en esa cultura jurídica por obra de los llamados realistas americanos, que reaccionaron frente a las carencias estructurales y formales del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos. La pretensión de este grupo de «desilusionados rigoristas», como han sido llamados, de hacer una *ciencia* de la jurisprudencia, les ha llevado a estudiar la siguiente problemática: la validez del sistema normativo; el aspecto real de los procedimientos interpretativos; la naturaleza de las decisiones en las sentencias; la investigación, profundamente problemática, de dónde debe ubicarse el «verdadero» derecho, si en las normas o en los precedentes o, más bien, en la particular decisión de la sentencia, etc.⁵².

Sin embargo, todavía el problema de las fuentes del derecho no tiene la importancia en el mundo anglosajón que posee en los países continentales europeos. Uno de los juristas que comenzaron a ocuparse directamente del tema es John Gray⁵³, iniciador entre otros del movimiento realista americano pero todavía muy vinculado a Austin, una de cuyas obras principales lleva por título precisamente *La naturaleza y las fuentes del derecho*. Para Gray el «derecho es la norma que los Tribunales crean para la determinación de derechos y deberes jurídicos», a esto es a lo que llama *law*; pero, por otra parte, afirma que la jurisprudencia es la «ciencia que se ocupa de los principios sobre los que los Tribunales deben decidir los casos». Sobre esta diferenciación se montará la distinción entre *law* (derecho) y *sources of law* (fuentes del derecho). El derecho consiste en las normas dictadas y aplicadas por los Tri-

⁵² Cfra. PARESCHE, E., *La dinamica del diritto*, cit., p. 139.

⁵³ GRAY, J. C., *The Nature and sources of the law*, New York, 1921, la 1.ª ed. es de 1909.

bunales, en las sentencias; las fuentes del derecho están constituidas por todos aquellos materiales de los que el juez se sirve para crear el derecho que es la sentencia. Entre las fuentes del derecho sitúa Gray tanto el precedente, como a las opiniones doctrinales, como a la ley escrita, *statute law*. La ley no es todavía derecho, *law*, hasta tanto no sea interpretada y aplicada por el juez, ya que en la actividad judicial puede modificarse el contenido de los conceptos dogmáticos escritos por el legislador.

Si todavía Gray es deudor de Austin, cuya ortodoxia rompe con la identificación de derecho y sentencia, Max Radin⁵⁴ partirá de la crítica al concepto de «soberano» del maestro de la Analytical School for Jurisprudence. En efecto, la razón del concepto del «soberano» en Austin no es otra que la necesidad de disponer de un elemento necesario y fundante, indispensable para mantener la coherencia del sistema jurídico, de tener una definida y clara fuente del derecho en el más estricto sentido de esta expresión: derecho es lo que el soberano manda o tolera o de cualquier modo no prohíbe. Pero Radin reduce el «soberano» a una hipótesis de la jerarquización de los imperativos y demuestra cómo de hecho esta jerarquización no existe y cómo los imperativos particulares «valen» independientemente de la jerarquización y niega la calidad de fuente al «soberano».

Para Radin el problema de las fuentes del derecho se refiere al de los criterios de juridicidad, a un aspecto de la validez del derecho. De aquí que la fuente del derecho habrá que buscarla en los hechos en los que los mandatos se realizan. El criterio de juridicidad surge del conflicto entre los imperativos y es este conflicto el que establece su existencia real y su jerarquía, siendo esta constatación realista la que crea al soberano. «La juridicidad de los mandatos depende del reconocimiento general, aunque es generalmente difícil probar que el reconocimiento es realmente general. Por lo que las comunidades han debido diseñar a este fin un procedimiento relativamente fácil y simple, que es actuado sometiendo los mandatos a cualquier escrutinio oficial por parte de los tribunales, comisiones, legislaturas...»⁵⁵.

⁵⁴ RADIN, M., *The intermittent Sovereign*, en «Yale Law Journal», 1930; *Defense of an Unsystematic Science of Law*, en ídem, 1942.

⁵⁵ RADIN, M., *The intermittent Sovereign*, cit., p. 529.

La calificación de «jurídico», el criterio de «validez» jurídica de cualquier imperativo depende de la declaración judicial. Aún los comportamientos privados que se tienen como jurídicos lo son sólo y en la medida en que así sean reconocidos por los tribunales. Por ello que cualquier localización del «soberano», de donde dimana la razón de derecho en la *Analytical School for Jurisprudence*, aunque sea meramente formal, es una anticipación ficticia que nada tiene que ver con la realidad. Tampoco, por lo tanto, la estructura jerárquica de las fuentes tiene un fundamento real y lógico y mucho menos cuando el derecho puede surgir, y la investigación dogmática ha debido admitirlo, de fuentes «atípicas», es decir, no apriorísticamente jerarquizadas.

Con la actitud de Gray y Max Radin hemos querido ejemplificar la postura del realismo americano ante el problema que nos ocupa. Son sintomáticas ambas actitudes, pero hemos de señalar, como lo ha hecho un autor⁵⁶, que en el fondo los realistas, o cuando menos algunos de ellos, no niegan la existencia de un sistema de normas o de un orden de fuentes, pero mantienen que la «ciencia del derecho» no puede fundarse sobre él, sino que debe mirar a los efectos concreto de la operatividad de este sistema y, por lo tanto, basarse en un juicio de validez *a posteriori*.

Desde el punto de vista psicológico, el realismo escandinavo ha trasladado el problema de las fuentes al de la validez del derecho, admitiendo el principio de jerarquía de las fuentes propio del pensamiento europeo. Para Olivecrona⁵⁷, por ejemplo, la confirmación por parte de los Tribunales del derecho en sus sentencias es solamente «un hecho derivado y secundario, una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular», pues el fundamento de la «validez» de una norma depende de que sea aceptada por la conciencia popular, siendo, por tanto, determinante aún para las reacciones de los jueces. Ciertamente que Olivecrona refiere el derecho a la norma en cuanto «imperativo independiente», es decir, imperativo impersonal que ejercita una acción directiva y que no depende directamente de una voluntad cualquiera responsable de ese imperativo pero ¿cómo esos imperativos independientes adque-

⁵⁶ PARESCHE, E., *La dinamica del diritto*, cit., p. 146.

⁵⁷ OLIVECRONA, K., *The law as fact*, Kopenhagen-London, 1939; *Imperativ des Gesetzes*, Kopenhagen, 1942; *Election end creation*, en «Studi in onore di E. Betti», Milano, 1962.

ren una significación real y entran a formar parte de la sociedad? En la contestación a esta pregunta se hace necesaria una teoría de las fuentes.

Olivcrona ofrece una enumeración de las fuentes: la legislación, el precedente (en el que sitúa la costumbre) y la ciencia jurídica. La legislación es la «fuente preeminente» del derecho. Pero abandona el sistema tradicional de describirlas y estudiar la posición y las relaciones entre cada una de ellas en los diferentes ordenamientos jurídicos particulares, para plantearse, a propósito de la ley, el problema fundamental desde el punto de vista realista de por qué la ley adquiere validez o, dicho de otra forma, por qué en el paso del proyecto de ley a ley ésta adquiere fuerza vinculante, mientras que aquél no lo tenía. Se trata, para Olivcrona de una relación causal que tiene lugar en el mundo empírico a nivel psicológico: el hecho de la conformidad de la ley con determinados procedimientos «previstos» en la constitución da eficacia vinculante a la ley. El proyecto de ley se hace ley, no porque el proyecto sea «elevado a una esfera diversa de la realidad», es decir, porque entre en juego el recurso a la mística voluntad del Estado o al «mandato» de un legislador, sino simplemente porque ha sido «hecho objeto de ciertos procedimientos formales dotados de un particular efecto de naturaleza psicológica». Estas mismas razones valen para las *fuentes informales* (la costumbre y el precedente), pues en éstas, lo mismo que en la ley, su transposición al campo del derecho, es decir, la razón por la que adquieren «validez» fuerza vinculante, es consecuencia de «una cadena de causas y efectos naturales a nivel psicológico».

Si de alguna forma el derecho es producto de la conciencia popular y el procedimiento por el que proyectos o usos o precedentes se convierten en derecho es debido al cumplimiento de determinados requisitos formales dotados de particulares efectos de naturaleza psicológica, se comprenderá que el examen de la constitución adquiere un especial relieve. Y ello en dos sentidos: en qué consista la fuente principal que dota de fuerza a la constitución y cómo se explica el sentimiento de respeto a la misma constitución. Los dos problema están concatenados y constituyen, en definitiva, la explicación de la última fuente del derecho, pues son los procedimientos formales y reconocidos en la constitución los que producen los efec-

tos psicológicos que dotan de validez a las normas. Se contesta que la constitución no consiste en otra cosa que en los hábitos y en las instituciones sociales del pueblo, no es más que la expresión de la «conciencia popular» por lo que esta conciencia popular es la última fuente del derecho.

La influencia del realismo americano y escandinavo determinan a Alf Ross, del grupo de Copenhague, autor de la más importante obra sobre las fuentes del derecho, elaborada desde una posición kelseniana para revisar sus planteamientos. En efecto, en la *Theorie der Rechtsquellen*, Ross había referido el problema estrictamente jurídico⁵⁸ de las fuentes del derecho a los criterios para la identificación del derecho, presentándolo como un problema de «conocimiento», que venía resuelto desde la fuente última del derecho, la norma fundamental donde la realidad empírica del derecho (*sein*) y su esencia de valer (*sollen*) podrían encontrar su continuación. Sin embargo, a partir de 1933 con la publicación de su *Critica del llamado conocimiento práctico*⁵⁹, sostendría que el único conocimiento válido es el empírico, revisando desde este punto de vista sus presupuestos filosófico-jurídicos en *On law and justice*, sobre todo, en lo que se refiere a la teoría de la validez y como consecuencia a la de las fuentes y a la de la interpretación, trasladando de la norma fundamental al juez el centro cualificador de la validez del derecho.

Todavía para Ross en este segundo momento realista, las «normas» constituye el esquema o cuadro interpretativo de un sistema jurídico determinado, como las normas del mus constituyen el cuadro de este concreto juego de cartas. El derecho «válido» no es otra cosa que un «sistema de normas... que pueden servir de esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales». Pero las normas no son «válidas» si no es en la experiencia del juego, es decir, si los jugadores no las aplican. En el derecho el que aplica las normas es el juez, por lo que se refiere a éste la validez de las normas jurídicas, como su «confirmador», el que certifica su validez. Aunque todo un pueblo estuviese convencido de la

⁵⁸ Ross distingue en esta obra otras dos cuestiones, no propias de la ciencia jurídica estricta, en la consideración de las fuentes del derecho: el problema sociológico, vinculado a la realidad social del derecho, y el problema ético relativo a la investigación de un único fundamento para el derecho.

⁵⁹ Ross, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntniss*, Kopenhagen-Leipzig, 1933.

«juridicidad vinculante» de un comportamiento, quedaría éste fuera del derecho válido hasta el momento en el que surgiese una controversia y un juez reconociese la «validez» de este comportamiento. Sólo el juez es quien verifica la validez o vigencia del derecho, aún estando él mismo, como autoridad institucionalizada, dentro de la norma. Así, las normas no son modelos de comportamiento de los particulares sino que son, más bien, modelos de comportamiento de los jueces en la declaración de lo que es derecho y en lo que concierne al uso de la fuerza. «El derecho válido es el que emana de un juez que, en su vida espiritual, está dominado y animado por una ideología normativa de contenido conocido. La validez del derecho, síntesis de comportamientos externos y de internos procesos de motivación que proporcionan su previsibilidad, coincide con la teoría de las fuentes».

Ahora bien, el conjunto de factores influyen en la formulación de la «norma» que constituye el fundamento de la decisión del juez, es a lo que Ross llama «fuentes del derecho». Pero la influencia de estos factores puede variar: si la fuente es proporcionada de modo inmediato en una norma, el juez sólo puede actuar limitándose a reconocer su validez, mientras que si se le ofrecen sólo ideas e inspiraciones, el juez extraerá de ellas la norma que él necesite.

La teoría de las fuentes no es sino una «ideología», un complejo de orientaciones que indican cómo podría proceder el juez para descubrir las directrices pertinentes a la resolución de una controversia jurídica, pero nada dicen sobre el modo de resolverla. Esta «ideología» es abierta, es decir, no consiste en un cuerpo normativo estático, dependiente de cambios legislativos por lo que «sólo del comportamiento efectivo del Juez» puede ser deducida: la ideología de las fuentes del derecho es la ideología que de hecho guía a los tribunales, y la doctrina sobre las fuentes del derecho, es la doctrina relativa al modo en que de hecho los jueces se comportan⁶⁰. La ideología de las fuentes del derecho varía de un sistema jurídico a otro y su descripción compete a la doctrina de las fuentes. La jurisprudencia como ciencia del derecho, a través de una teoría general de las fuentes, se limitará a establecer los

⁶⁰ PARECE, E., *La dinamica del diritto*, cit., pp. 158 y ss.

«tipos» generales de fuentes que, según la experiencia, están presentes en los sistemas jurídicos más elevados, pues, como todo trabajo científico sobre el derecho, debe de ser meramente descriptivo. No obstante se propone una clasificación basada sobre el grado de objetivación, según ofrezcan al juez una norma ya formulada o la posibilidad de formularlas con mayor o menor valoración por su parte. Así habría: *fuentes completamente objetivas* (leyes); *fuentes parcialmente objetivadas* (precedentes, costumbres); y *fuentes no objetivadas* (ideología y tradiciones culturales).

En definitiva, tanto para Olivecrona como para Ross, el problema de las fuentes, como en Kelsen, es un aspecto del de la validez del derecho. En uno y otro, como en el puro normativismo, se trata de buscar el criterio de cualificación del derecho, sólo que en ambos casos a diferencia de la teoría pura, esta búsqueda se hace en el mundo del *ser* (sein). Y también, aunque a veces se niegue, ambos autores como la teoría pura del derecho admiten un «orden jerárquico», sólo que en el caso de Ross se invierte la cúspide que se pone en el Juez y la primacía de la ley escrita, aunque Ross se resista a confesarlo, se le cuela a través de la actuación el juez de las fuentes completamente objetivadas. Lo que estos autores han puesto de relieve, frente a la teoría pura, es la necesidad de la contemplación en la ciencia jurídica de elementos fácticos, también en lo que al problema de las fuentes se refiere, a los que no es ajeno el derecho.

Un intento de síntesis entre el realismo y normativismo europeo continental lo constituye, a nuestra manera de ver, Hart⁶¹. En efecto, para el profesor de Oxford el problema de las fuentes del derecho está conectado con el de la validez del que no constituye más que una particular acepción y solución al problema de la validez del derecho viene determinada por la exposición de un elemento factual, aunque tácito en todo ordenamiento jurídico que es lo que llama «norma de reconocimiento». La «norma de reconocimiento» proporciona el criterio o criterios para discernir lo que es derecho y lo que no es derecho. No viene normalmente formulada en los sistemas jurídicos, pero se encuentra tácticamente en todos los ordenamientos. Su contenido es complejo: se compone de los

⁶¹ HART, L. H. A., *The concept of law*, London, 1961, hay trad. esp., Caracas, 1969; *Definition and Theory in Jurisprudence*, London, 1953; *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964; *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968.

critérios de individualización del derecho (que sí están con frecuencia formulados expresamente en los ordenamientos), de los que sirven para la resolución de los conflictos entre las diversas «formas» del derecho positivo (igualmente de ordinario expresamente formulados y que dan coherencia interna al sistema), y de los de efectividad, como efectualidad de hecho, efectiva eficacia, aplicación y obediencia del ordenamiento entero. Los primeros criterios ofrecen la «validez» del derecho con independencia de su eficacia y cumplimiento; los segundos la «eficacia» real con independencia de la validez lógica. La síntesis de estos dos tipos de criterios, unos internos al ordenamiento, propios de lo que llamaríamos nosotros sistema, otros que contemplan la factualidad del ordenamiento total, es lo que constituye la «norma de reconocimiento».

En cuanto que «la norma de reconocimiento» proporciona los criterios de determinación de lo que es o no es derecho, cumple un papel semejante a la *Grundnorm*, pero sólo semejante pues las diferencias son profundas. En principio, la *Grundnorm* es un «presupuesto» lógico, necesario para la coherencia lógica del sistema jurídico, la norma de reconocimiento es un «hecho», pertenece al mundo de lo fáctico y es localizable, aunque no esté formulada. Mientras que la *Grundnorm* requiere la *Stufenbau*, la ordenación jerárquica del sistema y, como presupuesto, es exigida para dar sentido, validez jurídica todo él, la «norma de reconocimiento», por cuanto pertenece al mundo de lo fáctico, no se constituye en la cumbre lógica de la que deriva toda la «validez» del ordenamiento. Por ello que admita la preminencia de unas fuentes del derecho sobre otras, pero no es explicada como una consecuencia propia, genética, de una fuente (como lo exige la *Grundnorm*); es decir, hay «subordinación», pero no «derivación» de una fuente a otra. «Es importante distinguir esta relativa subordinación de un criterio (fuente) a otro (fuente) de la derivación, dado que con la confusión de estos dos conceptos se ha proporcionado un apoyo espúreo a la confección del derecho como esencial, realmente (aunque tácitamente), producido por la legislación. En el ordenamiento inglés la costumbre y los precedentes están subordinados a la legislación, dado que las normas consuetudinarias y de la *Common Law* pueden ser privadas de su naturaleza jurídica por obra de la ley. Y aún aquellas deben su naturaleza jurídica, en cuanto precaria,

no a un „ejercicio tácito,, del poder legislativo, sino a la aceptación de una norma de reconocimiento que les atribuye esta posición independiente aunque subordinada. También aquí, en el caso más elemental, la existencia de una semejante norma de reconocimiento, con su orden jerárquico de criterios distintos, se manifiesta en la práctica general de individualizar las normas en base a estos criterios»⁶².

Hart admite, desde el punto de vista «técnico» la jerarquía interna del ordenamiento pues se deriva de él una gran utilidad para la práctica del derecho, pero la «norma de reconocimiento» no la exige, con lo que se abre a un pluralismo jurídico propio de nuestras adelantadas sociedades. El ordenamiento jurídico refleja una estructura «abierta», aunque de palabra la limite a la sola creatividad del juez y de los funcionarios: «Hay en realidad esferas de conductas en las que se debe dejar mucho espacio a la actividad de tribunales entre los intereses en conflicto cuya importancia varía de caso a caso».

En fin, según Paresce, que ha estudiado a muchos de estos movimientos⁶³ tratando de descubrir en ellos un punto común o mero tratamiento dogmático del problema de las fuentes, deben distinguirse dos aspectos. Uno, *real*, que atiende a la dinámica del derecho y coincide con su vida concreta. Bajo este aspecto las fuentes del derecho se incrustan en la «experiencia típica», que está en el centro del fenómeno jurídico y que no se agota en la instauración del ordenamiento, ni en la producción de las fuentes «formalizadas» en los sistemas jurídicos, sino que opera diariamente en la vida concreta de los particulares, de los Tribunales, de la comunidad, transfiriendo al plano «intelectual» del derecho los valores jurídicos que, a través de procesos psicológicos determinados por equilibrios espirituales, sociales y económicos, se van confirmando. Otro, *formal*, referido a la «formalización normativa», según el cual, fuentes del derecho son exclusivamente aquéllas que, nacidas en el trabajo de la experiencia jurídica, se han consolidado y estabilizado a través de su «formalización normativa» y se han colocado en el ordenamiento jurídico a diversos niveles según criterios históricos que atienden a su intensidad valorativa o criterios siste-

⁶² HART, L. H. A., *The concept of law*, cit., p. 119.

⁶³ PARESCÉ, E., *La dinamica del diritto*, cit., pp. 187 y ss.

máticos, determinados por exigencia de coherencia del propio ordenamiento.

La ciencia del derecho, como ciencia de normas, ha reducido la teoría de las fuentes a la «normación de la normación», sin ninguna referencia a los procesos creadores a los que las fuentes necesariamente se conectan o, si alguna referencia se hace, es a través de la «norma fuente» o norma fundamental que conecta la formalidad intrínseca del sistema con los procesos productivos del derecho. De aquí que la teoría de las fuentes se constituya como punto de soldadura entre la «normación de la normación» y los «procesos de juridificación», es decir, las vías a cuyo través surgen y se afirman los particulares modos de ver que constituyen la realidad objetiva del derecho.

Pero el problema «real» que subyace al de las fuentes, se refiere fundamentalmente al surgir o hacerse jurídico un comportamiento. No se trata de un problema de causalidad genética, sino de naturaleza o estructura de la experiencia jurídica. Tampoco se trata de una cuestión metafísica en el sentido de buscar el «fundamento» o los fundamentos, sino de identificar en la realidad la modalidad o modalidades fácticas del paso de un hecho al dominio de lo jurídico. Es algo parecido al modo en que los realistas escandinavos, sobre todo Olivecrona, explica en el paso de un proyecto de ley a ley.

V. Necesidad de un nuevo tratamiento

Pocos han sido los autores que, como Paresce, han tratado de hacer una distinción entre la confección dogmática y la especulativa en el tratamiento de las fuentes del derecho. En ocasiones el tratamiento especulativo se ha referido a lo que llaman «fuentes materiales» para resolver su juridicidad en el dogmático de las «fuentes formales» como ocurre en el caso de Géný, Gurvitch y Legaz entre otros, aunque afirmen que éstas vienen determinadas por aquéllas. Cuando desde la dogmática jurídica se pasa a la consideración especulativa, lo que ocurre por necesidad de explicar de alguna forma la razón de la condición de validez jurídica de todo el sistema, el problema de las «fuentes del derecho» se transforma en el del fundamento: la respuesta cuasifísica del mandato del «soberano» (Austin); las respuestas lógicas de una «norma fundamental» como hipótesis lógica para la validez del ordenamiento jurídico (Kelsen) o la propia exigencia interna del ordenamiento (Capograssi y en cierta forma Bobbio, García Maynez, etc.), o la constitución de base realista de la confirmación o declaración de los Tribunales. Pero, en cualquier caso, esta respuesta está dada desde fuera de la ciencia jurídica que mantiene como objeto el estricto estudio de las normas.

Para la dogmática jurídica el problema de las fuentes del derecho viene resuelto en un tratamiento normativo. Como su objeto son las normas dadas, se trata de las fuentes de estas normas y tiene que venir resuelto en un procedimiento lógico de «confirmación», que explique su congruencia y su posición en el sistema. Incluso, cuando la dogmática jurídica ha recogido la teoría del «acto normativo», lo ha realizado con la finalidad de dar un soporte unitario a la pluralidad de las fuentes normativas. Resulta que la propia concepción del «acto normativo» está interna y específicamente

referida a la teoría de las normas, y constituye un intento lógico para incardinar en el tratamiento normativo una pluralidad de actos y hechos sociales que concurren a la formación del ordenamiento jurídico. La pluralidad de las fuentes, pues, a través de la construcción del «acto normativo», no significa la introducción de procesos dinámicos en el ordenamiento jurídico, sino la explicación de las diversas formas del derecho, debidas a las exigencias del ordenamiento jurídico, «normativizadas», estatificadas, formalizadas.

Es sintomático que en nuestro país, como en muchos otros, la teoría de las fuentes esté comúnmente atribuída, a los civilistas. El derecho civil, que es la rama básica del derecho, lo es también, de la «ciencia jurídica» de la «dogmática». Claro que puede justificarse afirmando que las fuentes del ordenamiento jurídico español es la primera cuestión del Código civil —art. 1.º—, pero si la consideración de las fuentes del derecho para los civilistas, o cualesquiera otra tratadista, tiene como punto de arranque el propio artículo 1.º del Código civil, se está reafirmando su exclusivo tratamiento dogmático, estático, lógico, de la «normación de la normación». Lo mismo ocurre en los casos en que, como en Italia, este problema está fundamentalmente referido a los constitucionalistas: la constitución es la fuente de calificación de todo el sistema, el problema de las fuentes del derecho se resuelve en la «normación de la normación». En ambos casos el tratamiento es «único» para toda la ciencia jurídica. Por ello que en otras ramas de la ciencia jurídica no quepa la posibilidad de una nueva e independiente consideración de las fuentes del derecho, sino, en todo caso, cuál de las fuentes formalizadas en el sistema tiene más o menos influjo en ese ámbito del derecho: por ejemplo, en el Derecho administrativo la Ley en sentido amplio, o la relevancia que en el Derecho mercantil tienen los usos del comercio. No se trata aquí de que del problema tuviera un tratamiento distinto según la rama de la ciencia jurídica que se lo plantease; es igual, siempre que esté tratado de conformidad con la metodología y el objeto de la dogmática jurídica.

Como más arriba dejamos señalado, el tratamiento dogmático tiene sus ventajas para la mera técnica jurídica, pero no sirve para explicar determinados fenómenos, como el hecho de que concre-

tos actos y decisiones no congruentes con el sistema normativo produzcan efectos jurídicos aceptados sin más en la vida del derecho (el ejemplo de inconstitucionalidad de las actuales tareas constituyentes de nuestro parlamento, la vida de los llamados entes autonómicos que, incluso, son generadores de derecho, etc.). Se responde, a veces, que en definitiva el pueblo ratifica, o, lo que es peor científicamente, ratificará esos actos y decisiones. Pero esta respuesta no es o no debe ser válida para la dogmática jurídica, pues en el sentido en que por esa ciencia se emplean los términos, el pueblo o la voluntad popular pueden ser «fundamento» del derecho, pero no son «fuentes» las fuentes y su sistema es el formalizado en el ordenamiento: ley, costumbre y principios generales del derecho. Lo que sí puede ocurrir es que la explicación dogmática de las fuentes del derecho, por moverse en un sistema cerrado, acabado, no sea capaz de dar respuesta a determinados procesos productores del derecho.

Otro de los problemas que la dogmática jurídica al uso hace imposible desde la teoría de las fuentes del derecho es el de la relación entre validez y eficacia. Ciertamente que puede decirse que es derecho válido aquél que esté justificado en el orden normativo; y que es derecho eficaz, el válido que se actúa o que se practica o que es de hecho exigido por los Tribunales. Pero ello equivale en algunos casos a hacer derecho de «normas meramente intelectuales», a tener que hablar realmente de un «derecho muerto» y, en otros, a negar la condición de jurídico a un derecho con eficacia ética y sociológica. Porque, en definitiva, la única fuente jurídica es la norma que posibilita la creación o calificación como derecho con independencia de que lo calificado sea o no eficaz, se realice.

Pero el tratamiento dogmático de las fuentes del derecho resulta también insuficiente para la explicación de determinados fenómenos que se dan en el interior del ordenamiento. Uno de ellos se refiere a la costumbre. Es sabido que, como fuente del derecho, suele ocupar un papel importante, aunque subordinado a la Ley. Pero no nos referimos ahora al papel de la costumbre en aquellas materias en las que hay una normativa, más o menos completa, puesta por la ley, sino a aquellas otras cuya normativa es enteramente consuetudinaria, a las llamadas «instituciones consuetudina-

rias». Estas instituciones consuetudinarias constituyen muchas veces un ordenamiento jurídico dentro del ordenamiento general, con su propio orden de fuentes que atiende a los procesos productivos del derecho y los enmarca en un sistema de calificación peculiar. La razón de su existencia se ha justificado desde la teoría del «hecho normativo» autónomo, es decir, hechos que tienen su norma en sí mismos, que producen efectos jurídicos por su propia virtud y no sobre la base de una norma preestablecida. Pero, ¿en qué queda entonces la coherencia lógica del sistema de fuentes dogmático?

Otro de los problemas que está inmerso en el de las fuentes del derecho, pero que la construcción dogmática de las mismas no explica, es el de la instauración de un nuevo ordenamiento. Se trata de una cuestión que, dados los presupuestos de la teoría dogmática, no puede justificar, pues esta ciencia parte de la coherencia del sistema normativo y lo que se trata ahora es de explicar la instauración de un nuevo sistema, en cuanto proceso productivo del derecho. La respuesta a este problema ha sido metajurídica, fundamentalmente sociológica, pero lo que aquí nos interesa no es tanto el hecho de la instauración de un nuevo orden, sino el proceso de juridificación de este nuevo ordenamiento «jurídico», sobre todo si, como está ocurriendo en las evolucionadas sociedades modernas, la instauración se produce no de golpe, sino paulatinamente y en concurrencia con los anteriores ordenamientos. También este proceso ha tratado de ser explicado o desde la costumbre o desde la identificación de la norma básica con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la identificación de norma básica con ordenamiento jurídico total, sirve únicamente para llenar de contenido normativo la hipótesis lógica que aquella significa, pero no cambia el carácter lógico de la explicación del propio ordenamiento. Por ello, es más apropiado hablar en este caso de *sistema* que de ordenamiento. El ordenamiento es el resultado del proceso total de juridificación y, en consecuencia, el proceso de instauración de un nuevo ordenamiento es lógico y realmente anterior al propio ordenamiento que es su resultado.

Explicar desde la costumbre la instauración de un nuevo ordenamiento, tampoco nos parece aceptable. Uno y otro no tienen de común más que son de aquella clase de «hechos normativos» que

producen efectos jurídicos por su propia virtud y no sobre la base de una norma preestablecida. Por lo demás la idea de costumbre supone la de ordenamiento, pues implica repetición, y comunión en la conciencia de obligatoriedad, de actos o comportamientos mientras que la instauración de un nuevo ordenamiento es inicio o causa de lo que será costumbre o de la repetición de actos o comportamientos normalizados. Alguien ha hablado en este caso de «forma de actuación espontánea del derecho», pero queda sin explicar su proceso de juridificación.

Otro fenómeno directamente emparentado con los que estamos apuntando y que serán objeto de un más detenido estudio, es el de los actos de los altos poderes del Estado creadores de derecho. Se trata de actos únicos no reducibles en principio al sistema, pero que originan situaciones jurídicas y crean derechos como de los que hemos hablado se han producido en nuestra patria. Un jurista realista no puede negar su condición de originadores de derecho, pero tampoco referir la causa de su juridicidad a la norma fundamental ni al sistema. Invocar la costumbre en este caso tendría los mismos inconvenientes que para la instauración de un nuevo orden. Ello, sin embargo, no quiere decir que no sean «derecho», sino que la explicación meramente dogmática no sirva para aclarar el total proceso productivo del derecho.

Por último, hay en los ordenamientos jurídicos lo que se han llamado «fuentes informales». Son aquellas fuentes que actúan en los márgenes del ordenamiento, en los límites, como envolviéndolo: van desde ideologías, sentimientos, tradiciones culturales a formas más precisas como lo que llamamos principios generales del derecho. Su actuación, por sutil no quiere decir que sea menos eficaz y se produce, a veces, a través de las fuentes formales. El ejemplo más característico en nuestro ordenamiento, sería el de los principios generales del derecho, que aún habiendo sido formalizados por el sistema (su inclusión en el artículo 1.º del Código civil), se resisten a esta formalización, como se comprueba por el diferente uso que de ellos hace la Jurisprudencia y por la consideración que de los mismos tiene la doctrina. Pero su virtualidad es operativa en cuanto que dan sentido al ordenamiento, facilitan su crecimiento y continuidad, en definitiva, lo inspiran e impulsan. El desvelamiento de la virtualidad de estas fuentes informales sólo

es posible mediante la experiencia jurídica, un trato directo con la práctica del ordenamiento.

La especial importancia de estas fuentes informales la ha puesto de manifiesto García de Enterría, siguiendo a don Federico de Castro, por lo que se refiere a los principios generales del derecho. Digamos nosotros ahora solamente que en los momentos de crisis de un ordenamiento son ellas de donde se deriva la necesaria fuerza para el mantenimiento de la juridicidad necesaria a la vida de las sociedades y las que inspiran nuevas soluciones, así como, en cualquier caso, por su virtud se justifican las «fuentes atípicas», que de otra forma no serían adaptables al sistema jurídico.

* * *

Una teoría de las fuentes del derecho debe dar cumplida explicación a todos los fenómenos que hemos tenido el honor de exponer, sin abandonar la aportación que la dogmática jurídica ha conseguido en el sentido de la coherencia interna de la ciencia del derecho. Este es nuestro propósito, que realizaremos desde el estudio pormenorizado de cada una de las llamadas fuentes formales en relación con la dinámica de los ordenamientos jurídicos. Pues entendemos que sólo un trabajo especulativo en contacto directo con la vida del derecho puede dar explicación a los procesos de juridificación en que en definitiva consisten las fuentes del derecho.

HE DICHO.

ACABOSE DE IMPRIMIR ESTE DISCURSO DE APERTURA
DEL CURSO ACADEMICO 1978-79, DE LA UNI-
VERSIDAD DE VALLADOLID, EL DIA 5 DE
OCTUBRE DE 1978, EN LOS TA-
LLERES DE LA EDITORIAL
«SEVER-CUESTA», DE
VALLADOLID