

## UNA OPINIÓN DISCORDANTE EN LA DOCTRINA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

ISIDORO MARTÍN,  
catedrático de la Universidad de Madrid,  
España.

### I. Necesidad de una clara terminología en materia de fuentes del derecho

Desde hace años, tanto en la cátedra como en los escritos venimos propugnando la conveniencia de una clarificación en orden a la terminología de las denominadas fuentes del derecho.<sup>1</sup>

Como ya señalaba el profesor Castán “los problemas de las fuentes y el método constituyen, por su interés teórico-práctico y por su ardua dificultad, la preocupación constante de los juristas contemporáneos”.<sup>2</sup>

Las dificultades inherentes a estos problemas se agravan por los de terminología. La expresión *fuentes del derecho* resulta ambigua y poco exacta por un doble motivo. Por una parte, la palabra fuente se utiliza con relación al Derecho en un sentido metafórico o figurado. Por otro lado, la palabra fuente tiene pluralidad de acepciones y ello hace que “al unirse a la palabra *derecho* —como advierte De Castro— produzca una variedad de conceptos que con mayor gravedad, se reflejará en confusiones para la doctrina jurídica”.<sup>3</sup>

Todo ello comprueba que cuanto contribuya a la precisión terminológica constituirá un excelente servicio a la doctrina sobre un tema que, como hemos indicado, ha sido calificado de interesante y de ardua dificultad.

Importa, por consiguiente, fijar con la mayor claridad y exactitud posibles qué debe entenderse por fuentes del derecho y comprobar si alguna de las acepciones en que se emplea esta expresión conviene que sea sustituida por otra que traduzca con mayor fidelidad y exactitud el concepto que trata de manifestarse.

<sup>1</sup> Cf. I. Martín, *Notas didácticas sobre las fuentes del derecho con especial referencia al estudio del Derecho romano*, Murcia, 1944; id., *Tres estudios de Derecho canónico*, Madrid 2ª ed., 1961.

<sup>2</sup> J. Castán, “Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo”, en el *Libro-homenaje al profesor don Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940, p. 115.

<sup>3</sup> F. de Castro, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, 1955, p. 363.

## II. *Diversas acepciones de la expresión “fuente del derecho”*

Es cierto que la palabra fuente, en su sentido material, tiene una pluralidad de acepciones. Al emplearla “nos podemos referir a cosas tan distintas como: el agua misma, en el momento en que nace de la tierra; al lugar en que se verifica su salida, y al sitio oculto en que se acumula el agua antes de salir”.<sup>4</sup> Parece, pues, acertado remitirnos a la acepción figurada del *Diccionario de la Academia Española de la Lengua*, según el cual, fuente significa: “principio, fundamento u origen de una cosa”. De acuerdo con ello hemos de entender que la expresión *fuentes del derecho* quiere decir tanto como principio, fundamento u origen del derecho.

Así, pues, a nuestro juicio, fuente del derecho, equivale, en términos generales, a origen del derecho. Cuando el *Digesto* justineano, apenas fijados en su primer título<sup>5</sup> los conceptos fundamentales de la justicia y del derecho, se ocupa, acto seguido, *de origine iuris*,<sup>6</sup> en realidad lo que hace es darnos noticia de las fuentes del derecho, aunque Gayo y Pomponio, cuyos fragmentos integran dicho título, no empleen la palabra *fontes*, ni encontremos esta expresión en las obras de los jurisconsultos romanos, que, ciertamente no escribieron *de fontibus iuris*. Sólo un historiador, no un jurista, como Tito Livio<sup>7</sup> nos dice que en sus días las XII Tablas eran aún *fons omnis publici privatique iuris*.

Analizando el alcance de la expresión fuentes del derecho vemos que puede emplearse en estos cuatro sentidos diferentes:

1) Como origen de los derechos subjetivos, es decir, como principio o fundamento de las facultades atribuidas a los hombres en las relaciones jurídicas.

2) Como fundamento u origen del derecho objetivo o, como afirma De Castro, “la causa última del Derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico”.<sup>8</sup>

3) Como origen del derecho positivo, esto es “las fuerzas sociales que producen legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que constituyen su ordenamiento jurídico”.<sup>9</sup>

4) Como el fundamento o la causa del conocimiento del derecho positivo, es decir, los medios objetivos utilizables para alcanzar el conocimiento o noticia de un ordenamiento jurídico determinado.

<sup>4</sup> F. de Castro, *ibidem*, p. 267.

<sup>5</sup> D. 1, 1, *De iustitia et iure*.

<sup>6</sup> D. 1, 2, *De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium*.

<sup>7</sup> Tito Livio, *Ab Urbe condita*, III, 32.

<sup>8</sup> F. de Castro, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>9</sup> F. de Castro, *ibidem*.

### 1. *Primer significado: origen de los derechos subjetivos*

En el primer significado entendemos la palabra derecho referida a la *facultas agendi*. Entonces la expresión fuentes del derecho equivale a determinar cuál es el origen, la causa o el fundamento de los derechos subjetivos, y la cuestión consistirá en determinar *de dónde* nacen esas facultades o poderes jurídicos. La terminología resulta, pues, totalmente correcta.

Sin ahondar en el problema, puesto que no intentamos otra cosa que una precisión terminológica, diremos que el derecho subjetivo, la *facultas agendi* tiene su fuente, es decir, su principio, fundamento u origen en la *norma agendi*. Los derechos subjetivos nacen, evidentemente, en virtud de la norma que los establece y en este sentido podemos afirmar que la fuente de los derechos subjetivos está constituida por el derecho objetivo.

Con esto no pretendemos afirmar que no existen más derechos subjetivos que los establecidos por una norma positiva. Hay, en efecto, derechos subjetivos anteriores a toda ley o norma positiva, que ésta no crea, sino que se limita a proclamar y reconocer. Se trata de derechos naturales inherentes a la misma persona humana pero derechos que nacen también de una norma anterior a toda norma positiva: el derecho natural considerado objetivamente. Como diría el jurisconsulto romano: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit... quo iure omnes gentes utuntur*<sup>10</sup> o en la expresión de Santo Tomás “participación de la ley eterna en la criatura racional”.<sup>11</sup>

Mas lo cierto es que cuando hablamos de las fuentes del derecho de ordinario no nos referimos al origen de los derechos subjetivos, sino que la expresión va encaminada a determinar el fundamento de las normas jurídicas, esto es, nos referimos al derecho objetivo. De ahí que nos interese examinar la segunda de las acepciones de la expresión “fuentes del derecho” a que antes nos hemos referido.

### 2. *Segunda acepción: causa última del derecho objetivo*

Con la expresión “fuente del derecho objetivo” en el segundo significado antes expuesto, queremos referirnos a la causa primera y radical de la norma jurídica. Como Cornil afirma,<sup>12</sup> “el derecho está en el ambiente social como el oxígeno en el aire”. Más lo que interesa averiguar es dónde se produce tal oxígeno que todo lo llena, ese derecho que se halla en toda la vida social.

Aquí las escuelas darán cada una su respuesta, pero en todas coincidirán en apreciar la existencia de una causa, de una fuente primera del derecho, el punto donde el derecho nace y en donde tiene su origen.

<sup>10</sup> D, 1, 1, 1, 9.

<sup>11</sup> Santo Tomás, *Suma Teológica*, 1-2, q. 91.2 (ed. B. A. C. Madrid, 1956, t. vi, p. 55).

<sup>12</sup> Cornil, *El derecho privado*, tr. de García Ormaechea, Madrid, 1928, p. 75.

Para unos será el espíritu del pueblo; para otros el Estado; para muchos como Castan escribe,<sup>13</sup>

la fuente primaria o suprema del derecho está más allá del Estado y de la sociedad, en nosotros mismos, en nuestra conciencia racional, en la idea de la justicia como traducción de la naturaleza humana y del orden universal de las cosas. Ahondando más todavía, podemos decir que el origen primero del derecho está en Dios, supremo autor de la condición humana y del orden universal que ha impregnado la noción de lo justo en la conciencia de los seres racionales.

Porque en definitiva, como el Rey Sabio nos recuerda en el mismo inicio de sus Partidas, “Dios es comienzo, e medio, e acabamiento de todas las cosas e sin Él ninguna cosa puede ser: ca por el su poder son fechas, e por el su saber son gobernadas, e por la su bondad son mantenidas”.

Puede haber, pues, una discrepancia de opiniones en apreciar cual sea la fuente del derecho, pero todas coinciden en referirse al origen del derecho cuando investigan su fuente. La expresión, por tanto, resulta, asimismo, perfectamente adecuada.

### 3. Tercer significado: origen del derecho positivo

#### A) Imperfecta aplicación de la terminología en este punto

La imperfección terminológica se manifiesta, a nuestro juicio, en esta tercera de las acepciones señaladas: cuando hablamos de fuentes del derecho con relación al derecho positivo.

Si admitimos que fuente equivale a principio, fundamento u origen, cuando hablemos de fuentes del derecho positivo habrá que entender que nos referimos a la entidad donde el derecho principia, se funda o se origina, al punto de donde el derecho nace; en una palabra, al organismo que establece las normas positivas, pero nunca a las normas establecidas.

Las fuentes del derecho no serán, por consiguiente, la ley o la costumbre o cualesquiera otras normas, como los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones o las respuestas de los jurisconsultos, en Roma, según repite casi unánimemente la doctrina, sino que las verdaderas fuentes serán los organismos que crean las leyes, elaboran los plebiscitos o engendran la costumbre: la asamblea legislativa, el magistrado o el pueblo mismo de cuyo seno la costumbre surge.

Como afirma certeramente Díaz,<sup>14</sup> “las fuentes de derecho serán normalmente los órganos de donde emanen [las normas]: el poder legislativo, el pueblo legislando sin propósito preconcebido y los jurisperitos autorizados para producir derecho o cuya labor se acepta como tal”.

<sup>13</sup> J. Castán, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, Madrid, 1941, p. 47-48.

<sup>14</sup> E. Díaz, *Instituciones de Derecho romano*, 6ª ed. t. I, Barcelona, 1947, p. 26.

Con la misma justeza escribe Biondi<sup>15</sup> que “fuentes de producción son los órganos que, según el ordenamiento jurídico del tiempo, tienen la función de crear la norma jurídica”.

Expresiones coincidentes con la del profesor De Castro, antes citada, según la cual la frase *fuentes del derecho positivo* hace referencia a “las fuerzas sociales que producen legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que constituyen su ordenamiento jurídico” o, como dice también, “es fuente de derecho: cada fuerza social con facultad normativa creadora”,<sup>16</sup>

Por ello, fundadamente, ha podido afirmar De Buen,<sup>17</sup> al estudiar estos problemas, que no considera exacta la denominación de fuentes del derecho.

La expresión “fuentes del derecho”, referida a la ley o la costumbre o demás formas de expresión de la norma jurídica, nos parece totalmente inadecuada y, a pesar de su arraigo, merecedora de ser sustituida por otra más exacta, ya que entendemos que la claridad terminológica es camino abierto para la diafanidad conceptual.

### B) *Distintas posiciones en el empleo de la terminología corriente*

Examinando la terminología utilizada en este punto por la doctrina, advertimos tres posiciones distintas:

a) Unos autores, muy reducidos en número —como De Buen o Díaz—, señalan la inexactitud de la expresión, pero se deciden a seguir empleándola en atención a su arraigo.<sup>18</sup>

b) Otros, también escasos en número —como Biondi o De Castro—, señalan la distinción entre el organismo que produce las normas y las normas jurídicas producidas, pero encuentran justificada la expresión “fuente” referida tanto al organismo productor como a la norma que de él emana.<sup>19</sup>

c) Los más no tienen en cuenta el organismo o fuerza social que produce las normas, y hablan de fuentes del derecho refiriéndose exclusivamente a los modos de expresión de las normas jurídicas.

### C) *Necesidad de distinguir entre fuente y norma*

A nuestro modo de ver, frente a los autores que hemos encuadrado en este tercer grupo que omite toda referencia a los entes productores del derecho, conviene hacer la distinción rotunda entre fuente productora y norma producida.

<sup>15</sup> B. Biondi, *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. Milano, 1952, p. 11.

<sup>16</sup> F. de Castro, *ob. cit.*, p. 367.

<sup>17</sup> D. de Buen, *Introducción al estudio del derecho civil*, Madrid, 1932, p. 277.

<sup>18</sup> D. de Buen, *ibidem*; E. Díaz, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>19</sup> B. Biondi, *ob. cit.*, p. 11.

Tan real es la distinción, que las mismas expresiones de estos autores nos parece que encierran un tecnicismo contradictorio.

Bonfante,<sup>20</sup> por ejemplo, escribe: “Fuentes del derecho positivo son los órganos propios y directos de la evolución jurídica; en otros términos, los modos por los cuales la norma jurídica viene a ser establecida como tal, es decir, como norma positiva y coactiva... Se distinguen dos modos fundamentales de establecer el derecho: la costumbre y la ley”.

Para Ferrara<sup>21</sup> son fuentes del derecho “los modos en que el derecho surge y adquiere ser”.

En opinión de Stolfi,<sup>22</sup> “se llaman fuentes del derecho objetivo las formas en las que se actúa el derecho positivo; los modos en los que se exteriorizan las normas jurídicas”.

Según Scuto,<sup>23</sup> las fuentes “son los medios con los que se forman o se establecen las normas jurídicas”. La expresión parece un tanto dudosa, porque evidentemente los organismos productores de las normas pueden ser llamados medios en los que se forman éstas; sin embargo, la afirmación inmediata no deja lugar a dudas: “Las verdaderas fuentes del derecho no son más que dos: la ley o la legislación y la costumbre”.<sup>24</sup>

Análogamente, a juicio de De Ruggiero,<sup>25</sup> “por fuente, en sentido técnico, se entienden las formas en que el derecho positivo se realiza, los modos como las normas de conducta reciben determinación concreta y carácter coactivo”.

Entiende Melucci,<sup>26</sup> que “las fuentes del derecho, o sea, las formas y los modos donde surge y se manifiesta la norma jurídica, son la ley, propiamente dicha, y la costumbre”.

Finalmente, para no alargar indefinidamente las citas, según Espin:<sup>27</sup> “La frase fuentes del derecho puede tomarse en dos sentidos capitales: ... como la causa última u origen de todo Derecho, o bien como el origen del derecho positivo, o sea, las formas de manifestarse el derecho en una sociedad determinada.”

Pero bien se advierte que resulta inadecuado identificar el origen de una cosa con el modo o la forma de su realización o manifestación. ¿Cómo, pues, sin contradecirse, pueden llamar fuente del derecho a lo que consideran que es su forma o modo de expresión?

No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar fuente a lo que es precisamente resultado; no parece correcto llamar fuente del derecho o de las normas

<sup>20</sup> P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª ed., Milano, 1932, p. 20.

<sup>21</sup> Ferrara, *Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, p. 98.

<sup>22</sup> N. Stolfi, *Diritto civile*, Torino, 1919, p. 117.

<sup>23</sup> Scuto, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1931, p. 30.

<sup>24</sup> Scuto, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> R. de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, tr. española, t. I, Madrid, 1929, p. 76.

<sup>26</sup> Melucci, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1905, p. 46.

<sup>27</sup> D. Espín Cánovas, *Manual de derecho civil español*, vol. I, 4ª ed. Madrid, 1974, p. 102.

jurídicas al propio derecho o a las mismas normas y olvidar los organismos o fuerzas sociales engendradoras de ese derecho o de tales normas.

D) *Inadecuado empleo de un mismo término para designar a la fuente y a la norma*

Frente a los autores del segundo grupo que designan con la misma expresión al ente productor del derecho y a la norma producida, considerámos desafortunada esa identidad de denominación para dos entidades tan distintas como la causa y el efecto. Entendemos que la expresión “fuente del derecho” cuadra perfectamente al organismo productor de las normas jurídicas, pero que éstas, una vez alcanzada entidad independiente, no pueden seguir siendo denominadas “fuentes” si no es con notorio agravio de la claridad y exactitud de la terminología. Así, la afirmación de Biondi, antes recogida, la estimamos impropia: el senado será, en efecto, fuente del derecho; el senadoconsulto, si queremos ser exactos y justos en la expresión, habrá que considerarlo como una forma de manifestación, como un modo de expresión del derecho; no como una fuente del mismo.

Ni siquiera en la acepción puramente material de la palabra fuente se da esta confusión que hallamos en la terminología jurídica. Porque llamamos fuente al lugar de donde brota el agua o, a lo más, al agua misma en el momento de nacer y mientras permanece en el lugar del nacimiento; pero de ordinario no denominamos fuente al agua una vez que corre apartada ya de su lugar de origen.<sup>28</sup>

E) *Conveniencia de adoptar una nueva terminología*

Por tales consideraciones estimamos que lo acertado es, separándonos de la actitud adoptada por los autores del primer grupo, no sólo señalar la imprecisión con que se aplica el término “fuentes del derecho”, sino emplearlo debidamente y adoptar una terminología más exacta con la que ganemos claridad y precisión.

Importa, pues, aceptar una nueva terminología: denominar fuentes del derecho a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas; pero al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas —ley, decreto, orden, costumbre, plebiscito, senadoconsulto, ecétera—, llamarlos modos o formas de expresión del derecho, que en definitiva es la terminología empleada por los autores citados en el último grupo cuando tratan de definir lo que ellos llaman fuentes del derecho.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> F. de Castro, *ob. cit.*, p. 363, nota 2.

<sup>29</sup> F. de Castro, haciéndose eco de nuestra opinión, afirma: “Para evitar la confusión se ha propuesto que a la ley, costumbre, ecétera, se les llame ‘modos de expresión del derecho’” (Martín, *loc. cit.*, p. 17); sería ciertamente lo más claro, pero no puede desconocerse que en el lenguaje jurídico y legal se habla de ley y costumbre como

F) *La terminología romana: sus vacilaciones*

Si, según la indicación de Sloovere,<sup>30</sup> “siempre que se emprende un estudio serio de cualquier aspecto de interpretación legal o de un problema jurídico, es necesario retornar al derecho romano”, aún cuando en el caso actual no se aborde un serio y grave problema, sino una leve cuestión de terminología, no deja de ser interesante volver la vista a la terminología jurídica romana.

Cierto es que un historiador —no un jurisconsulto— emplea, como ya hemos visto, la palabra *fons* en un sentido que parece favorable a quienes llaman fuente del derecho a la ley o a la costumbre. Tito Livio, en efecto, califica a las XII Tablas de *fons omnis publici privatique iuris*.

Aun admitiendo que esta expresión hubiese sido familiar a los juristas romanos, no habría inconveniente alguno en proponer una terminología más perfecta que la usada por ellos.

Pero no deja de ser curioso que cuando Pomponio en su famoso y cumplido fragmento,<sup>31</sup> estima necesario hablarnos del origen, esto es, de las fuentes del derecho de Roma —*necessarium itaque nos videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*—, nos vaya recordando los organismos productores del derecho.

Sin embargo, en la terminología romana advertimos una cierta vacilación. En sus *Instituciones*, Gayo<sup>32</sup> nos dice: *Constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*.

Análogamente, en la *Instituta* justiniana<sup>33</sup> el emperador afirma: *Constant autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto . . . Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, prudentium responsa*.

El empleo del verbo *constare* resulta sugestivo. Una de sus fundamentales acepciones es la de pararse, detenerse, permanecer. Así dice Catón del *agua in fossis*.<sup>34</sup> Podríamos interpretar que tal como el agua nace de la fuente, pero luego se detiene o permanece en otros lugares, del mismo modo para los jurisconsultos romanos el derecho nacido de los comicios o del senado o del

normas creadas por poderes distintos y que cuando se les llama fuentes se alude al poder que las ha creado y que les da su carácter especial y eficaz; nomenclatura arraigada y justificada por permitir mayor concisión. Bastará distinguir, como se ha dicho, entre los dos significados”. *Ob. cit.*, p. 369, nota 3. Creemos, sin embargo, que con la terminología propuesta se ganaría mucho en claridad conceptual.

<sup>30</sup> Sloovere, “The significance of the roman Law today”, en *Bull. dell'Ist. di Diritto Romano*, 1938, p. 423.

<sup>31</sup> D. 1, 2, 2.

<sup>32</sup> Gayo, *Instituta*, I, 2.

<sup>33</sup> Justiniano, *Instituta*, 2, 3.

<sup>34</sup> Vide *constare* en R. de Miguel, *Diccionario latino-español etimológico*.



príncipe, *constat*, se halla, permanece, está contenido en las leyes, en los senadoconsultos, o en las constituciones, que no son su fuente sino sus formas de expresión.

Pero esta interpretación podría parecer forzada, puesto que los textos no dicen que el derecho *constat in*, sino que *constat ex*, o sea, que se compone o está formado por las leyes, los plebiscitos, etcétera, con lo cual, evidentemente, sólo se dice que el derecho se halla integrado por tales disposiciones normativas, que son el mismo derecho y no la fuente de donde éste nace.

Sin embargo, cuando Papiniano<sup>35</sup> afirma: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*, no cabe duda que considera a las diversas formas de las normas jurídicas como fuente del derecho, puesto que estima que el derecho civil, *venit*, esto es, procede de las leyes, de los plebiscitos, etcétera.

De igual manera, en la enumeración de las diversas modalidades de manifestación del derecho que hace Pomponio<sup>36</sup> afirma: *...aut est magistratum edictum unde ius honorarium nascitur*. Si el derecho honorario nace del edicto de los magistrados, es indudable que el edicto puede llamarse fuente del derecho.

Por el contrario, al definir Papiniano<sup>37</sup> en el fragmento antes citado el derecho honorario, no dice que *ex edictis venit*, sino que es *quod praetores introduxerunt*, haciendo referencia a la verdadera fuente productora.

Vemos pues, que los jurisconsultos romanos no emplean la expresión *fontes iuris*, pero en el fondo de su imprecisa terminología coinciden con los autores modernos que consideran fuentes del derecho tanto a los organismos que los producen como a los modos de manifestación de las normas. El reproche que hacemos a la terminología moderna alcanza al modo de expresión romano.

#### 4. Cuarto significado: medio para conocimiento del derecho

En el último sentido, la expresión “fuente del derecho” equivale a fundamento del conocimiento del derecho, es decir, los medios utilizados para llegar al conocimiento de un derecho objetivo determinado.

El conocimiento humano es el resultado de la aplicación de nuestras facultades cognoscitivas —sentidos y entendimiento— a la realidad objetiva. Hay, pues, una conjunción de factores subjetivos y objetivos de donde brota, como de una fuente, el conocimiento.

Pero es obvio que al referirnos a las fuentes de conocimiento del derecho, dejamos fuera de esta expresión a las facultades subjetivas que inciden sobre la realidad objetiva —única a que aludimos— en el logro del conocimiento de un derecho determinado.

<sup>35</sup> D. 1, 1, 7, pr.

<sup>36</sup> D. 1, 2, 2, 12.

<sup>37</sup> D. 1, 1, 7 1.

Esta terminología puede prestarse a una cierta confusión cuando se emplea, como se hace de ordinario, la misma expresión “fuentes del derecho” tanto para designar a lo que nosotros llamamos modo de expresión del derecho como a las que siempre debieran denominarse fuentes de conocimiento del derecho.

Es la confusión respecto a la cual quería precavernos Savigny al examinar en su “Sistema”<sup>38</sup> la doctrina de las fuentes del derecho: “Otro error —escribe— ocasionado por la identidad de los nombres es el confundir las fuentes del derecho con las fuentes históricas del derecho. Estas últimas comprenden todos los monumentos que nos proporcionan hechos relativos a las ciencias...”.

Sin embargo, entiende Savigny que “las fuentes del derecho, en la mayor parte de los casos de que vamos a ocuparnos, reúnen estos dos caracteres, por lo cual una misma acepción de la misma palabra ofrece pocos inconvenientes”. En su consecuencia, “no podríamos, pues, censurar a la mayor parte de los autores que hablan de las fuentes del derecho sin distinguir sus dos significados”.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, resulta inaceptable, por confuso, el empleo de un mismo término para designar dos realidades, funciones o aspectos distintos de una misma cosa.

Por consiguiente, consideramos más oportuno emplear estos dos términos bien distintos: “modos de expresión del derecho” y “fuentes de conocimiento del derecho”; con lo cual evitaremos no pocas vacilaciones en el estudio del derecho y de su recto entendimiento, sobre todo para los que en él se inician.

Es cierto que los modos de expresión del derecho, considerados en su objetiva realidad, son, a la vez, fuentes de conocimiento del derecho. Se trata de dos aspectos distintos de una realidad idéntica.

Por eso ha podido decir Biondi exactamente, aunque empleando la terminología que rechazamos:

los conceptos de fuente de producción y de fuente de conocimiento no son antitéticos; se trata, por el contrario, de dos aspectos diversos bajo los cuales se pueden considerar las fuentes. La misma fuente es, a un tiempo, tanto de producción como de conocimiento: en efecto, con relación a la época a que se refiere, en cuanto que de ella deriva el derecho vigente,<sup>39</sup> es fuente de producción; mas para nosotros, que realizamos reconstrucción histórica, es más bien fuente de conocimiento.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Savigny, *Sistema del derecho romano actual* tr. española 2ª ed. Madrid, 1878-79, t. I, p. 68-69.

<sup>39</sup> Nosotros no diríamos que “de ella deriva el derecho vigente”, sino que ella *constituye el derecho vigente*.

<sup>40</sup> B. Biondi, *Corso di istituzioni di Diritto romano*, vol. I, Catania, 1929, p. 11. En la 2ª edición de su obra, el ilustre romanista afirma que las fuentes jurídicas de conocimiento “son aquellas que en la época a que se refieren eran fuentes de producción; por lo tanto, se trata de diverso punto de vista desde el que se puede

De esta consideración se saca una consecuencia que sólo podemos admitir con oportunas aclaraciones. Se dice en efecto:

si se hubiese conservado en su integridad el caudal de las formas de manifestación del derecho —las que inexactamente, a nuestro juicio, se llaman fuentes de producción—, su estudio se identificaría con el estudio de las fuentes de conocimiento, lo cual podría considerarse como lo ideal para conocer el derecho de que se trate. Sólo en cuanto que no nos ha llegado en su integridad el caudal aludido es necesario acudir a otras fuentes de conocimiento para reconstruirlo.<sup>41</sup>

Conviene aclarar, para admitir esta afirmación, que se hace con dos reservas.

En primer lugar, que si bien el conocimiento de cualquier derecho podría obtenerse con el de sus manifestaciones normativas, de hecho no sólo se tienen en cuenta éstas como única fuente de conocimiento, sino que se acude a otras que faciliten la interpretación y relación de aquellas.

Así, al estudiar un derecho vigente, ni el investigador ni el profesional se limitan al examen escueto de los textos legales, de la norma jurídica, cualquiera que sea su modo de formulación. Se sirven de los estudios doctrinales y exegeticos, de toda una serie de fuentes de conocimiento que completan el material ofrecido por las normas en sí mismas consideradas.

En segundo término, sobre todo tratándose de un derecho histórico, el conocimiento del derecho tal como ha sido formulado no entraña el conocimiento del derecho tal como ha sido aplicado, y por consiguiente, aun conociendo en su integridad los modos de expresión del derecho, sería absolutamente necesario el estudio de la aplicación de ese derecho, conocimiento que resulta proporcionado por unas fuentes que nunca podrán considerarse en la terminología corriente como fuentes de producción del derecho, sino como fuentes de conocimiento del mismo.

### III. Terminología de los canonistas en materia de fuentes del derecho

Justo es reconocer que entre los canonistas el concepto y aún la terminología sobre las fuentes del derecho se aproxima bastante más a cuanto hemos propugnado en las páginas anteriores.

Sin embargo, no hay un criterio unánime entre los tratadistas y enten-

considerar la misma fuente: refiriéndose al derecho positivo vigente en aquél tiempo, se califica de fuente de producción, mientras que para nosotros, que pretendemos hacer obra de reconstrucción histórica, se considera como fuente de conocimiento" (*Istituzioni*, cit., p. 11).

<sup>41</sup> Cfr. B Biondi, *Corso*, cit., p. 11 e *Istituzioni*, cit., p. 11. Por su parte U. Álvarez Suárez, en su documentadísimo *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, 1944, p. 303, escribe: "El ideal para la investigación sería que esta dualidad (fuentes del derecho y fuentes de conocimiento del derecho) desapareciera, es decir, que pudiera contarse, para investigar, con todas las fuentes que integraron el sistema jurídico que interesa; pero desgraciadamente no es éste el caso".

demos, por ello, que resulta oportuno hacer algunas observaciones sobre esta materia en servicio de la claridad conceptual que propugnamos.

Sin embargo, los canonistas van configurando con claridad los conceptos de fuentes del derecho, si bien utilizan una terminología un tanto vacilante.

Así, el doctor Postius y Sala<sup>42</sup> afirma: “Fuentes del derecho son los principios o causas eficientes del derecho, los diversos géneros de leyes de que se compone el derecho y los medios para descubrir o conocer los derechos o leyes”.

Aunque las expresiones no sean enteramente claras y afortunadas, parece que quedan suficientemente distinguidos estos tres conceptos, siquiera Postius los comprenda a todos ellos bajo la denominación común de fuentes del derecho:

a) Las fuentes de producción del derecho, esto es, lo que Postius denomina principios o causas eficientes.

b) Las formas de manifestación del derecho o, como Postius dice, los diversos géneros de leyes de que se compone el derecho; leyes, evidentemente, en el más amplio sentido, equivalente a una norma jurídica, dentro de la cual se comprenden las leyes propiamente dichas, la costumbre, la jurisprudencia, etcétera.

c) Las fuentes de conocimiento del derecho o, como Postius dice, los medios para descubrir o conocer los derechos y leyes.

Mas lo cierto es que la terminología utilizada por los canonistas para expresar estos conceptos que parecen tan claros y elementales es por demás vacilante e imprecisa.

Si todos los autores coinciden en la denominación de fuentes de conocimiento (*fontes cognoscendi*) no sucede lo mismo cuando se trata de calificar a los entes productores del derecho, ya que unos autores los llaman *fontes existendi* y otros *fontes essendi*, sin que falten quienes consideran que las expresiones *fontes existendi* y *fontes essendi* corresponden a conceptos distintos.

Por otra parte, en ninguno de estos canonistas, como en la universalidad de ellos, encontramos un término especial para designar a las que nosotros hemos llamado formas de manifestación del derecho.

Por el contrario, algunos destacados canonistas estiman perfectamente lícito aplicar la denominación de fuentes del derecho, tanto a los órganos productores del mismo como a las formas de manifestación del derecho.

Tal es el caso de Del Giudice,<sup>43</sup> el cual afirma: “Se llama *fontes existendi* tanto a los órganos de la Iglesia que dan existencia a tales normas (es decir ‘fuentes de producción’ o ‘fuentes en el sentido material’), como a las

<sup>42</sup> J. Postius y Sala, *El Código canónico aplicado a España*, Madrid, 1926, p. 119.

<sup>43</sup> V. del Giudice, *Nozioni di Diritto Canonico*, 12ª ed. Milano, 1970, p. 36. El ilustre canonista, no obstante, se hace eco de nuestra opinión sin aceptarla ni contradecirla; simplemente la registra.

formas que tales normas adoptan, y que son fundamentalmente la ley y la costumbre ('formas de producción' o 'fuentes en sentido formal')."

Aparece, pues, aquí la confusión terminológica que hemos tratado de impugnar en la primera parte de este trabajo: llamar fuentes del derecho tanto a los organismos productores del derecho como a las formas de expresión o manifestación del mismo.

Confusión todavía más patente en Eichmann<sup>44</sup> cuando afirma:

Las fuentes del derecho positivo son la ley y la costumbre. *Omne ius legibus et moribus constat* (c. 2, D. 1). Éstas son las fuentes materiales, de las cuales sacamos nosotros el contenido de las normas jurídicas. Las fuentes formales o de "conocimiento", que nos proporcionan noticia del contenido de las mismas, son los monumentos de derecho (códigos, compilaciones). Se entiende por "fuente del derecho", en sentido técnico, el fundamento de la vigencia formal y de la fuerza de obligar de las normas jurídicas.

Esta acepción, admitida también por Giménez Fernández,<sup>45</sup> según la cual se considera como fuente al fundamento de la vigencia formal y de la fuerza de obligar de las normas, no aparece recibida por la generalidad de los autores, a no ser que con ella quiera aludirse a los entes o fuerzas sociales productoras del derecho. Es una expresión que nos parece inaceptable por confusa y excesivamente sutil, porque ella nos llevaría a concluir que las normas jurídicas son algo distinto de las leyes o costumbres; precisamente el fruto o resultado de éstas. Cuando lo cierto es que nadie duda en entender que la ley o la costumbre son normas de derecho y no cosa distinta.

Sólo en muy pocos canonistas se da el intento de aplicar denominaciones diversas a las tres realidades diferentes repetidamente indicadas: a) fuentes de producción; b) formas de manifestación, y c) fuentes de conocimiento del derecho.

Tal es el caso de Maroto, seguido por Postius<sup>46</sup> Según éste afirma: "Hay tres supremos géneros de fuentes; de la existencia (*existendi*), que son las causas eficientes de los derechos; de la esencia (*essendi*), que son los supremos generos de las leyes, y del conocimiento (*cognocendi*), que son los medios de conocer las leyes."

Pero como añade a continuación Postius, y ya hemos tenido ocasión de ver: "Algunos sólo distinguen las fuentes del ser, a que llaman también constitutivas, objetivas y materiales, y fuentes del conocer, depositarias, subjetivas y formales."

<sup>44</sup> E. Eichmann, *Manual de derecho eclesiástico*, tr. española, t. I, Barcelona, 1931, p. 3.

<sup>45</sup> M. Giménez Fernández, *Instituciones jurídicas en la Iglesia católica*, vol. I, Madrid, 1940, p. 236.

<sup>46</sup> J. Postius Sala, *El código canónico*, cit., p. 119.

Lo cierto es, sin embargo, que considerando cuanto escriben los canonistas con relación a la naturaleza, terminología y clasificación de las fuentes, aun aproximándose a los esquemas simplificadores que hemos expuesto, aparece casi tan confuso como hemos visto entre los civilistas.

Por eso, tratando de aclarar los conceptos con una diáfana terminología, propugnamos la siguiente distinción:

a) “Fuentes de producción” o *fontes existendi*: los organismos o personas encargados de dictar el derecho. Por ejemplo, en el derecho español tienen facultades legislativas o normativas: el jefe del Estado, las Cortes, el Consejo de Ministros, los ministros, que pueden establecer leyes, decreto-leyes, decretos, órdenes ministeriales respectivamente. En la Iglesia tienen potestad legislativa el romano pontífice, el Concilio Ecuménico, y las sagradas congregaciones, con ámbito universal; los obispos en sus respectivos territorios.

b) “Formas de manifestación del derecho” o *formae manifestandi*. Las diversas y variadísimas formas como se expresan las normas jurídicas, que integran un determinado ordenamiento.

c) “Fuentes de conocimiento” o *fontes cognoscendi*. Los diversos medios y documentos que permiten conocer el derecho. Entre ellos tienen especial valor y significado las propias formas de manifestación del derecho que son el medio más directo y preciso para el conocimiento de éste. Sin olvidar, no obstante, cuanto dijimos sobre la insuficiencia de la legislación para el debido conocimiento de cualquier ordenamiento jurídico, toda vez que los comentarios doctrinales, por una parte, y los documentos de aplicación del derecho, por otra, son elementos indispensables para el auténtico y exacto conocimiento del derecho verdaderamente vivido.