

NOTA PRELIMINAR

Hace ahora treinta años desde la publicación completa de la primera edición de esta obra. El primer volumen se publicó en 1991 y el segundo en 1992. Ambos tomos obtuvieron, en 1993, el Premio «Adolfo Posada» del Centro de Estudios Constitucionales correspondiente al período 1991-1992. De acuerdo con las Bases publicadas en el Boletín Oficial del Estado, el Premio se concedía «a la mejor obra científica de autor o autores españoles o extranjeros sobre «Teoría de la Constitución y Derecho Público», en cualquiera de sus aspectos teóricos, históricos o metodológicos, publicada durante el bienio 1991-1992 y escrita en castellano o cualquiera de las demás lenguas españolas». El Tribunal que lo concedió estuvo integrado por Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente, Gumersindo Trujillo Fernández, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Francisco J. Laporta San Miguel. Si el Premio «Adolfo Posada» fue importante para mí en el ámbito personal y académico, todavía más lo fue por la calidad humana e intelectual de quienes lo otorgaron.

El libro se agotó enseguida, pero no se reeditó en España por diversos motivos que tienen que ver, sobre todo, con la vorágine de trabajo en la que me vi inmerso a partir de 1993 y en la que todavía sigo. Una parte de esta obra se incorporó al *Manual de derecho Constitucional* (17ª edición, Tecnos, 2022) y a la *Introducción al derecho Constitucional* (11ª edición, Tecnos, 2022) que coordino. También al manual que he publicado en Francia, *Droit constitutionnel de l'Espagne* (Bruylant, 2022). Otras fueron publicadas en Italia, México y Brasil como libros y en diversos países como capítulos de libros o artículos (Alemania, Francia, Italia, Portugal, México, Reino Unido y Brasil, entre otros). Por lo que se refiere a las conferencias, cursos y ponencias sobre esta temática, se cuentan ya por cientos las que he impartido en muchos países.

Cuando comencé a elaborarlo no había cumplido todavía los treinta años. Se puede entender así la inquietud de la que da cuenta mi maestro, Juan José

Ruiz-Rico, en el Prólogo a la primera edición de la obra, cuando le comenté este proyecto y le pregunté si le parecía viable. Por fortuna siempre fue una persona con una mente muy abierta y una intuición extraordinaria, que se unía a una confianza casi ilimitada en la capacidad intelectual de sus discípulos, lo que no era de extrañar si tenemos en cuenta que hablamos de personas como Gregorio Cámara, Juan Fernando López Aguilar o María Luisa Balaguer. En mi caso, no cabe duda de que el libro tuvo su influjo en mi carrera académica ya que, sucesivamente a la publicación del primer volumen, obtuve la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada en 1991, a la edad de treinta y un años.

Desde entonces han pasado otros treinta y un años en los que apenas he tenido respiro para una lectura tranquila y una actualización de la obra. Si lo hago ahora es porque soy consciente de que una gran parte del libro está desde hace muchos años fuera del alcance del público académico, a pesar de que circulan algunas fotocopias digitalizadas del primer volumen que han permitido que su difusión no se pierda por completo. Las últimas personas a las que les estoy dirigiendo tesis doctorales sobre temáticas relacionadas con las fuentes del derecho han tenido que recurrir a esas copias para poder acceder al libro. Esta conciencia de la dificultad para poder leer un texto que no se encuentra ya más que parcialmente en diversos libros y artículos me ha convencido de la necesidad de preparar esta segunda edición.

Una edición que tiene pocas novedades, salvo las actualizaciones mínimas. No he visto nada que tenga que ser cambiado en lo que se refiere a mis elaboraciones teóricas contenidas en el libro, especialmente en el Volumen I. En el Volumen II he procedido a incorporar los cambios legislativos y jurisprudenciales más relevantes. Finalmente, he incluido, al final de esta edición conjunta de la obra completa, una bibliografía básica que recoge sustancialmente las aportaciones más significativas que se han producido en nuestro país desde entonces. No es que no haya habido en otros países, especialmente en Italia. Más bien ocurre lo contrario, sería imposible dar cuenta de ellas. Una mera relación de las obras de mi querido amigo Antonio Ruggeri, por ejemplo, ocuparía más páginas que la bibliografía que he preparado.

Soy consciente, por lo demás, de que habrá omisiones involuntarias. En un período de treinta años, el crecimiento de la doctrina española en esta materia ha sido extraordinario. En alguna medida, nuestro grupo académico ha contribuido desde Granada, también con los profesores y profesoras que se han formado con nosotros, procedentes de Italia, Portugal o Brasil, por ejemplo. Me permito mencionar aquí algunos nombres como los de José Antonio Montilla,

José María Porras, Miguel Azpitarte, Enrique Guillén, Juan Francisco Sánchez Barrilao, Adoración Galera, Tomás Requena, Augusto Aguilar, Angelo Schillacci, Mariana Rodrigues Canotilho, Fausto Vecchio o Hugo César Gusmão. Una relación que se puede completar con los nombres de los de los doctorandos de las Tesis que estoy dirigiendo ahora sobre fuentes del derecho: Luciano Bicalho y Diego Guimarães.

Al final de la obra hay también una bibliografía que recoge algunos de mis trabajos relacionados con esta temática, agrupada por países, algunos de ellos incorporados igualmente a las referencias de las notas a pie de página. Esta segunda edición del libro de fuentes del derecho contiene una teoría general, esencialmente en su primer volumen, y un desarrollo dogmático basado en el modelo del Estado constitucional de derecho. Para completar esa visión hay que acudir a otros trabajos míos que se han publicado en los últimos treinta años sobre las transformaciones de los ordenamientos jurídicos en el contexto de la integración supranacional europea y de la globalización, incluida la revolución digital, que analizo en mi último libro, *La constitución del algoritmo* (Fundación Manuel Giménez Abad, 2022). El fundamento de todos ellos se encuentra en esta obra. Conceptos como los de jerarquía, competencia, validez o eficacia son esenciales para entender nuestros sistemas de fuentes. Este libro pretende ayudar a su comprensión y contribuir así a construir el armazón intelectual con el que analizar los ordenamientos jurídicos de nuestra época y las relaciones entre ellos.

La Nota Preliminar a la primera edición era un apartado de agradecimientos que reitero ahora. Ante todo, a mi maestro, Juan José Ruiz-Rico, que nos dejó poco tiempo después de publicarse este libro y que me enseñó a observar el mundo con una mirada crítica y a la vez esperanzada. También a amigos y amigas a quienes les vuelvo a expresar mi gratitud. Muy especialmente a Rafael Barranco, cuando se van a cumplir diez años desde que nos dejara. Como indicaba en esa Nota Preliminar, algunos de esos nombres son las claves que permiten explicar una vida. De ahí que, de nuevo, deba mencionar finalmente a mi familia, que ha sido siempre la última razón de todo mi esfuerzo, especialmente a mis hermanas Amalia y María Luisa y a mis hijos, Amalia, Paquito y Juanjo. También a Marisol, a la que está dedicada esta obra y que es la última razón de mi existencia.

Granada, 27 de diciembre de 2022



PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN (1991/1992)

Confieso abiertamente que, cuando el profesor Balaguer Callejón me transmitió su propósito de escribir un libro —que, en realidad, son dos y hasta tres— sobre las fuentes del derecho desde la perspectiva de un constitucionalista, me sentí algo aterrorizado. Vinculado al autor por larga y común experiencia cotidiana, relación intelectual sinalagmática, no menos larga y cotidiana (aunque nunca onerosa para mí) y profundo afecto personal (amén de otras «afinidades electivas» que no hacen al caso), a la hora de evacuar el trámite de consultas (un trámite en el que, so pretexto de transmitir conocimientos, lo que se transmite es experiencia o, pura y simplemente, edad de más) me surgieron casi todos los prejuicios —presuntamente materiales y, en el fondo, sólo rituales— con que la «Academia» había evacuado conmigo el mismo trámite en un momento, ay! a estas alturas demasiado lejano. En resumen, mi impulso inicial —hecho de la memoria ritual y de las admoniciones, considerablemente pragmáticas ahora, que cabían dentro de ella— fue decir: «Cuidado, doctor Balaguer. Eso no se toca, mucho ojo».

Las fuentes del derecho, desde la memoria que menciono, se convertían así en objeto intangible, y no parecía estar de más preguntarse por qué. Desde el primer momento la predicada (y cautelar) intangibilidad parecía tener, antes que nada, causas sociales o, casi mejor, causas microsociales, propias de esa sociedad en miniatura un poco singular que es la comunidad científica y sus extraños habitantes. Pues bien, para una y otros, las fuentes del derecho parecían a la sazón algo: 1) sólo para la madurez (con un sentido puramente acumulativo y unidireccional del transcurso del tiempo); 2) sólo para iniciados (más o menos lo mismo, sólo que ahora contemplado desde el ranking de blasones académicos ya consolidados); 3) preferentemente para formalistas (asunto que se daba por supuesto sin la menor razón y en el derecho constitucional español reciente, hasta donde yo alcanzo, sin el menor ejemplo); 4) sólo para individuos

sumamente pacientes y hasta parsimoniosos, salvo que se conformaran con un entendimiento de la ciencia jurídica como calco (mal) resumido de los «nombres sagrados»; 5) sólo para estudiosos que, reuniendo las anteriores características, tuvieran la doble cualidad (entendida otra vez, desde el ritual académico, como susceptible de satisfacción únicamente por acumulación de tiempo) de poseer un buen conocimiento del derecho comparado y poseer simultáneamente un buen conocimiento de uno de los elementos de la comparación, nuestro propio derecho, especialmente —por razones hasta bibliográficas amparadas por la tradición— del que cabe (cabía) en las disciplinas «Derecho civil» y «Filosofía del derecho».

El «doctor Balaguer, esto no se toca» me parece que estaba así convencionalmente avalado. Tanto más cuanto en el mismo orden convencional de argumentación se entendía, casi sin excepción, que un joven profesor, metido en la harina de este costal, estaba destinado —posiblemente *iuris et de iure*— a no decir nada o, lo que es peor, a gritar entusiasmado «¡mar a la vista!» en la primera contemplación del Mediterráneo.

Y, sin embargo... Sin embargo, ante tantas razones para intentar la deserción del «osado», existía al mismo tiempo una urgencia y una convicción que le servía de fundamento. Entendía yo que la actual definición del derecho constitucional como disciplina resultaba inseparable de la asunción como objeto específico y en plenitud de la cuestión (nuclear) de las fuentes del derecho. Que el derecho constitucional haga suya esta cuestión, que acabo de llamar nuclear, no es algo que apunta solamente al hierro que identifica a la camada, o a la distribución y redistribución académica de una *res nullius*, ni siquiera a la división actual de un tradicional «pro-indiviso» (disfrutado de hecho —y por renuncia de los demás; esto no cabe silenciarlo— preferentemente por el primogénito). Es algo exigido por la lógica interna de todo nuestro sistema jurídico. Algo —tampoco voy a hurtarlo— también lleno de significado ideológico.

Pues bien, el profesor Balaguer, plenamente consciente del defectuoso entendimiento que tuvo nuestro constituyente sobre la doctrina de las fuentes, quizás resultado de su tradicional inserción en el derecho privado; plenamente consciente, en consecuencia de que «la construcción dogmática del sistema de fuentes ha excedido ya obviamente este sentido histórico iusprivatista para incorporarse en su régimen general al ámbito del derecho constitucional»; plenamente consciente incluso de que la constitución (normativa), al definir básicamente las reglas sobre la producción, se configura no sólo como fuente del derecho, sino como norma que disciplina el resto de las fuentes, actúa pura y simplemente en coherencia con ello. Defiende, en suma, la concepción (ob-

via, aunque no siempre en la práctica) del ordenamiento constitucional como único ordenamiento originario, concepción extraordinariamente expresada al hilo de las relaciones entre validez y ordenamiento, subrayando que la correspondencia entre una y otro sólo puede imputarse a los ordenamientos originarios, de tal modo que es el ordenamiento constitucional el que conforma el fundamento de validez de todo el sistema jurídico. Todo ello para concluir de este modo: «la validez del ordenamiento constitucional no depende de ningún parámetro, no es una cuestión de legitimidad jurídica, sino de legitimidad política. No es una cuestión de derecho, sino de hecho». Es difícil expresar en menos palabras cuál es el papel que corresponde al derecho constitucional y hasta cuáles son, en función de ello, sus exigencias (plurales) de carácter metodológico.

Basta abrir el libro para darse cuenta de que la obra del profesor Balaguer llega a esto (tan central...) pero es mucho más que esto. Lo que sucede es que no me voy a convertir, aprovechando el prólogo, en un deficiente sustituto de su autor. Todo lo que tiene que decir —que es mucho— lo dice él mismo. A mí me corresponde únicamente, por exceso de edad, presumir los ecos que en la suerte de una disciplina puede tener la obra que se está prologando. Y, desde esta perspectiva, presumo que sus ecos han de ser numerosos. Entiendo, sin hipérbole y hasta con un poco de pudor, que va a ser una obra fundamental (una de esas obras que, con arreglo a la afilada sagacidad del profesor Garrarena sí se deben haber escrito). Para poner al derecho constitucional en su sitio que no es un sitio simbólico, claro está, sino lógico y hasta ideológico. La «osadía», que en principio yo temía, se verá así inmediatamente desmentida por sus frutos.

De sobra soy consciente de que este libro será también científicamente polémico y hasta provocativo. Contradice en más de una ocasión a los mejores. Pero (lo que no siempre ocurre en estos pagos) los contradice después de conocerlos a fondo y respetarlos (esto es particularmente cierto por lo que afecta a la doctrina española). Para decir lo que tiene que decir —*amicus Plato sed magis amica veritas*— parte de un conocimiento cabal de los que le precedieron (es ejemplar a mi juicio, por ejemplo, la forma en que trata la teoría tradicional de las fuentes extrayéndole incluso sus frutos secretos). Además, conoce a los precedentes «en directo». No, como es demasiado habitual, en esas versiones dife-ridas y empobrecidas que son el rumor, el eco o el mero «chismorreco académico» ¿Y cómo a un profesor joven le ha dado tiempo a todo esto? Quizás la única respuesta posible se produzca cuando nos demos cuenta del contenido social y hasta personal, más que físico, del transcurso (y el empleo) del tiempo.

Como imagino, ya lo he dicho, que las posiciones del profesor Balaguer están destinadas a suscitar más de un debate, estaba tentado de empezarlo yo

mismo poniendo de relieve mis dudas y mis puntos de desacuerdo. Más que nada para alborozo del autor que, poco dado a momentáneas vanidades, en cada contestación ve un impulso y en cada coincidencia una amenaza de tedio. No privaré al lector, con todo, del placer de alborozar al autor por sí mismo. La sustancia del científico y el intelectual que lo sea (y que no sea un mero coleccionista de condecoraciones a veces vanas y otras veces espurias) se hace precisamente de estos alborozos.

Hay un último factor que desearía destacar. Me refiero a la efervescencia del silencio. Me da rabia pensar que ese magnífico trabajo estuviera creciendo a mi lado sin que yo me diera cuenta plenamente de ello. Eso dice mucho sobre la persona que está detrás de él. De las que creen más en la realidad que en la apariencia; de las que, entre el oropel y el ladrillo, prefieren el ladrillo; de las que a la postura le superponen el hecho y, en lugar de medir la jornada por *boutades* y citas lisonjeras —aspirantes a sabios que imitan a los sabios y finalmente quedan en caricatura sarcástica de sabios—, miden la jornada por horas de trabajo; de los que no creen que el conocimiento científico se parezca a los juegos florales, sino al esfuerzo crítico, aunque dé menos réditos. Quizás, lamentablemente, el profesor Balaguer pertenezca a una especie en trance de extinción. De lo que estoy seguro es de que incorpora los valores de la única Universidad en la que creo.

JUAN JOSÉ RUIZ-RICO
Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado TSJ de Andalucía

VOLUMEN I
PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL



INTRODUCCIÓN

1. Evolución del derecho constitucional y del sistema de fuentes

A) LA RECONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO

Frente a la transformación radical que supuso la Revolución Francesa, en todos los ámbitos de la vida social y política, y por supuesto, en el sistema de fuentes, no podríamos decir que una alteración tan sustancial se haya producido con las nuevas constituciones normativas. No hasta el punto de poder hablar de una nueva era¹, ya que muchos de los presupuestos ideológicos que alumbraron la modernidad siguen todavía vigentes². Sin embargo, en muchos

¹ Tal y como se expresaba Ross respecto de la Revolución Francesa: cuando la soberanía se traslada del monarca al pueblo, comienza una nueva era. Esa nueva era se caracteriza, en lo que a la doctrina de las fuentes se refiere, por la consideración de la ley, expresión de la voluntad todopoderosa del pueblo soberano, como la fuente de todo el derecho, sin que haya lugar alguno para la jurisprudencia o la costumbre. Cfr. ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig y Viena, 1929. pp. 34 y ss. El autor se basa en la idea expresada por DUGUIT de que la Revolución recibe el concepto de soberanía del absolutismo, situando tan sólo el pueblo en el lugar de los Príncipes. Para Ross «Man kann kurz die Rechtsquellenlehre der Revolution in dem Glauben an das Gesetz als einzige Rechtsquelle zusammenfassen; im Glauben an das Gesetz — den allmächtigen Willen des souveränen Volks als den einzigen rechtschaffenden Faktor, der alles Recht umfaßt».

² El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, que lo ha sido también del Estado legal al Estado constitucional de derecho, no ha supuesto tanto la orientación hacia nuevos valores, cuanto la conformación de los anteriores con un nuevo significado. Como indicara el Profesor GARCÍA PELAYO, «Los valores básicos a los que debía servir el Estado de derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de

ámbitos, podrían contraponerse radicalmente los principios en torno a los cuales se refundaron los sistemas jurídicos continentales posteriores a la Revolución con los que actualmente se han impuesto.

La ruptura no sólo se manifiesta en el derecho sino también en su tratamiento epistemológico. El optimismo revolucionario de finales del XVIII y principios del XIX condensa en el concepto de ley su fe en la razón y en la ciencia. El nuevo orden burgués es el de un pueblo consciente de sus propias fuerzas, de su propia fuerza, *la razón*³, a través de la cual puede proceder a la transformación social hacia una nueva organización acorde con sus exigencias vitales. Instrumento privilegiado de la razón será la ley que, como *expresión de la voluntad general*, armoniza razón y voluntad: sólo en la ley coinciden ambas, porque sólo a través de la ley se identifica la voluntad de un pueblo con su razón⁴.

los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el derecho. El Estado social no niega estos valores, pero les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos» (MANUEL GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1975, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 55). Sobre la incidencia de los últimos desarrollos del Estado social en el sistema de fuentes, cfr. PORRAS NADALES, A.J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Ed. PPU, Barcelona, 1988, pp. 203 y ss.

³ «Las diversas direcciones que el espíritu tiene que emprender, si pretende descifrar la totalidad de la realidad y formarse la imagen correspondiente, sólo en apariencia divergen. Estas direcciones, consideradas objetivamente, parecen divergentes, pero las diferentes energías del espíritu se adensan en un centro de fuerza común. La multiplicidad y variedad de los ámbitos en que se mueve significan tan sólo el despliegue y el desarrollo completos de una fuerza por esencia homogénea y unitariamente informadora. Cuando el siglo XVIII quiere designar esta fuerza, cuando pretende condensar su esencia en una sola palabra, apela al sustantivo *razón*. La razón se le convierte en punto unitario y central, en expresión de todo lo que quiere y produce.», ERNST CASSIRER, *Die Philosophie der Aufklärung*, 1932, cito por la versión española, Fondo de Cultura Económica, México, 1968, pp. 19-20.

⁴ Esta coincidencia es manifiesta en ROUSSEAU, del que procede básicamente el concepto de ley asumido por los revolucionarios. Como hace notar STARCK, para ROUSSEAU, la voluntad general contiene en sí misma la racionalidad y la justicia, pues sería contrario a la naturaleza que la voluntad común quisiera hacerse daño a sí misma (CH. STARCK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, cito por la versión española *El concepto de ley en la Constitución Alemana*, CEC, Madrid, 1979, pp. 189, 191). Así, dirá ROUSSEAU, partiendo de la obligada generalidad de la ley: «es evidente que no hay ya que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos

La razón es, sobre todo, una fuerza de reorganización del mundo, en el plano social y también en el plano científico: la ley que rige a la sociedad es la que ella misma se da⁵. Es la propia sociedad la que descubre sus reglas de convivencia a través de la razón y las asume democráticamente. El círculo se cierra así siempre a favor del nuevo orden, en el que radica no sólo la legitimidad democrática, sino también la científica⁶; sin duda, los dos instrumentos de le-

de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto consigo mismo; ni cómo se puede ser libre y estar sometido a las leyes, puesto que no son éstas sino registros de nuestra voluntad», J.J. ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho Político*, 1762, versión española de S. MASO, Ediciones Alfaguara, Madrid, 1979, p. 452.

⁵ «El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado. Lo mismo que la ley científica comienza por disolver el mundo abigarrado de las representaciones falsas, así también la ley jurídica es en sus comienzos disolvente; disolvente del mundo abigarrado de los antiguos vínculos estamentales, comarcales, de la autoridad por la gracia de Dios y de los privilegios que otorgaba la tradición; lo mismo que la ley científica es precedida de una actitud analítica, así también la ley jurídica, por estar, además, inserta en una concepción individualista de la sociedad, desintegra las antiguas instituciones hasta sus últimos elementos, hasta los individuos componentes o hasta una suma de competencias o un haz de derechos subjetivos; pero, del mismo modo que tras el trabajo de análisis viene el de síntesis, así también, correlativo al trabajo de disolución, va el de reducción a unas cuantas normas simples, hasta hacer surgir una nueva estructura social y política» M. GARCÍA PELAYO, *derecho constitucional comparado*, reedición de la 7ª edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 70. En palabras de PRIETO SANCHIS, «Probablemente, haya sido el iluminismo que desemboca en la codificación y en el constitucionalismo el periodo que ha conocido una más estrecha relación entre normatividad y racionalidad: la ley jurídica como trasunto de la ley científica nos descubre verdades tan evidentes como las que gobiernan el mundo físico», PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 45. Es preciso advertir que el mimetismo entre la ley natural y la ley jurídica fue practicado en sentido inverso anteriormente. De tal modo que la palabra ley se extrajo del mundo jurídico para aplicarla a la naturaleza por la filosofía panteísta, entendiendo la ley natural como un mandato de la divinidad sobre las fuerzas de la naturaleza. Cfr. FODERARO citando a RAVA, en FODERARO, S. *Il concetto di legge*, tercera edición, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1971, p. 23, nota 1.

⁶ La conexión entre la normatividad social y la científica, la concepción de la norma por relación a la regularidad de los comportamientos es puesta de manifiesto por LÓPEZ DE OÑATE, en la fervorosa defensa del principio de legalidad que realiza contra la arbitrariedad del régimen fascista. Del mismo modo que la ciencia introduce la seguridad y la certeza en el conocimiento, el derecho la introduce en la vida social, «Come, secondo la concezione positivista ed in particolare comitana della scienza, quest'ultima non è che la previsione introdotta nella conoscenza del mondo, giusta la vecchia e grande formula *savoir c'est prévoir*, in cui è racchiusa la valutazione del soggetto che, contro l'apparenza, è anche nel positivismo, come in ogni grande filosofia,

gitimación más poderosos de la nueva era. La imposición de la ley es así tan brutal, que no deja lugar alguno para la construcción teórica en el primer positivismo⁷, y menos aún para la interpretación y la creación del derecho fuera de los límites de la aplicación mecánica de la ley⁸.

analogamente dunque a questa connessione della scienza, secondo la quale essa introduce la certezza nella conoscenza, può ben darsi che il diritto con la sua norma introduce la certezza nella vita sociale, garantendo la qualifica dei comportamenti possibili. L'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma, contro le quali da tanti archi vengono lanciati miriadi di strali, mirano soltanto semplicemente a questo, a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà», LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, 1942, reedición de Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 49.

⁷ Me refero a la escuela de la exégesis, que dominó en Francia no sólo en el ámbito del derecho civil, sino en todos los sectores del derecho codificados, desde 1804 en que comienza su periodo de formación como escuela hasta 1880 en que se inicia su decadencia. Cfr. J. BONNECASE, *L'école de L'exégèse en droit civil*, Paris, 1924, versión española, a cargo de J.M. CAJICA JR. editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México 1944, pp. 30, 36 y ss.). Cabe recordar aquí la famosa *boutade* que se atribuye a NAPOLEÓN cuando apareció el primer comentario del Código Civil: «Mi Código está perdido». Cfr. GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tomo I, 1899, segunda edición de 1919, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1954, p. 23. Baste aquí contrastar esta concepción de la ciencia jurídica, que terminará cediendo a medida que avanza el siglo XIX, con la que ya en el siglo XX expone CAPOGRASSI, para quien «il diritto non appare e non si realizza che per la intermediazione della scienza». CAPOGRASSI contrapone la ciencia como *fuerza del derecho* (cuya condición ella misma se niega, sin embargo) con el resto de las formas de producción jurídica. Frente al sometimiento de éstas últimas a múltiples intereses, la ciencia se manifiesta para este autor como una forma de producción libre de intereses particulares (cuestión esta ciertamente cuestionable): «Tutte le forme di produzione del diritto sono particolare ed estemporanee, avvengono per singole posizioni: solo la scienza è la forma universale di produzione, la forma che abbraccia e comprende in se tutte le forme» Cfr. CAPOGRASSI, G., *Il problema della scienza del diritto*, 1937, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pp. 211 y ss.

⁸ Del poder invisible y nulo, cuya función es pronunciar las palabras de la ley, y cuyas sentencias deben corresponderse siempre al texto expreso de la ley (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, 1735. Versión española a cargo de MERCEDES BLÁZQUEZ y PEDRO DE VEGA, Tecnos, 1987, pp.107 y ss.) hasta la consideración del juez como *esclavo de la ley* en el dictamen del Tribunal de Lyon al Proyecto del Código de Napoleón (cfr. en ROSS *op. cit.*, p. 35.). Recordemos aquí la famosa tesis del *silogismo* de CESARE BECCARIA, «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre», BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, versión española de J.A. DE LAS CASAS, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 31. Esta tesis se contiene en el capítulo dedicado a la interpretación de las leyes, en el que

En estas condiciones, la doctrina de las fuentes, que como tal se define expresamente en ese clima intelectual, consagra el imperio de la ley y su posición de fuente con pretensiones de exclusividad. En los países donde se impuso esta doctrina, hubo de ser por fuerza aporreada, ya que el único ámbito en el que la discusión era posible —campo al que se reduce prácticamente la doctrina tradicional de las fuentes— era el de la relación entre la ley y la costumbre, entre el nuevo orden que se impone y el antiguo que se pretende destruir.

Ahora bien, esta situación sólo podía mantenerse en tanto que persistiera la homogeneidad sustancial de los grupos sociales que se beneficiaban de ella. Mientras se cerraban los cauces constitucionales de acceso al juego político a la inmensa mayoría de la población⁹, la racionalidad podía expresarse (quiera

también se indica (p. 32) que «un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita».

Es preciso advertir, en todo caso, que la pugna entre los tribunales y el poder político se remontaba en Francia al periodo absolutista. En esa época se implantó ya el *référé*, institución por la cual los jueces estaban obligados a consultar al monarca en aquellos supuestos en que tuvieran dudas sobre la aplicación del derecho Real. Este mecanismo se establece en 1667, en una ordenanza regia por la que «Si dans le jugemens des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Édits, Déclarations et Lettres patentes, Nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention», citada en HUFTEAU, Y.L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, p. 10. Como indica este autor, durante el periodo absolutista el monarca dispuso de dos mecanismos para proteger su actividad legislativa frente a los tribunales, uno de ellos preventivo, el *référé*, el otro represivo, la casación de las sentencias de los *Parlements*. La pugna entre el poder político y los tribunales se mantuvo tras la Revolución, dadas las continuas interferencias de éstos últimos en las cuestiones políticas y la obstaculización constante de las reformas legislativas. La extracción social de los jueces (nobleza de toga) les acercaba más a los intereses de la nobleza que a los de la burguesía de la que procedían. El *référé législatif* no fue la única protección de los revolucionarios contra las intromisiones de los tribunales en la labor legislativa: se suprimieron el derecho de *remontrance* y de negación de registro, que tan efectivos habían sido en la lucha de los jueces contra el poder regio. La finalidad última no era otra que la de convertir a la ley en fuente única del derecho. En lo que respecta al *référé législatif*, la ley 16-24 de agosto de 1790 establecía en su título II, art. 12, que los tribunales «ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle» Cfr. *op. cit.* pp. 1-5, 9 y ss.

⁹ Un ejemplo significativo de hasta qué punto se estrecharon esos cauces nos lo da la restricción del sufragio, por más que su universalización no suponga necesariamente una apertura hacia el modelo democrático (para lo que se requieren condiciones adicionales: reconocimiento

como ficción teórica) a través de una ley unitaria, acatada por todos y fielmente aplicada, manifestación única de la soberanía del pueblo¹⁰.

de derechos y libertades, legalización de los partidos, entre otras). Baste indicar aquí las fechas de implantación del sufragio *universal* masculino (al que sería más correcto definirlo como sufragio *censitario* masculino, por cierto) y del sufragio universal (entre paréntesis este último dato): Alemania: 1869-71 (1919), Austria, 1907 (1918), España 1869-1907 (1931), Bélgica 1893-1919 (1948), Dinamarca 1920 (1920), Francia 1848 (1946), Grecia 1877 (1952), Noruega 1897 (1919), Inglaterra 1918 (1928), Italia 1912 (1946), Polonia 1918 (1918), Suecia 1921 (1921), Suiza 1919 (1971). Cfr. D. NOHLEN, *Wahlssysteme der Welt*, 1978, versión española de R. GARCÍA COTARELO, CEC, Madrid 1981, p. 59. En el cuadro que incluye estos datos (con alguna errata), se refieren 33 países, de los cuales 26 reconocen el sufragio *universal* masculino a principios del siglo XX, mientras que sólo 7 lo establecen durante el siglo XIX. En el caso de Francia, donde antes se implanta (de hecho se proclamó ya en 1793, pero no se aplicó), hay que recordar la pronta derivación hacia el bonapartismo. Cfr. igualmente en esta obra los cuadros de participación de la p. 60. En ninguno de los países europeos se supera el 23% de participación electoral (sobre el conjunto de la población) antes de 1918. Destacables igualmente son los porcentajes referidos al cuerpo electoral (sobre el total de la población) en periodos de institucionalización y desarrollo parlamentario: Francia 0,3 (1814-30), Italia 1,9 (1861), Inglaterra 7,1 (1832-5), Bélgica 1,1 (1831) (cfr. p. 58). Cfr. igualmente CARRERAS, F./VALLES, J.M., *Las elecciones. Introducción a los sistemas electorales*, Editorial Blume, Barcelona, 1977, pp. 50-1.

En nuestro país, de acuerdo con los datos aportados por los profesores SOLE TURA y ELISEO AJA, el cuerpo electoral para elegir el Estamento de Procuradores en el Estatuto Real se redujo al 0,15% de la población, subió al 0,6 con la ley electoral de 26 de mayo de 1836, alcanzó el 2,2% bajo la Constitución de 1837, el 3,9 en 1840 y el 4,3 en 1843. En 1845, con la nueva Constitución, desciende de nuevo al 0,8%, y sube al 2,6 en 1865. El salto importante sólo se da en 1868 cuando se proclama el sufragio *universal* masculino de los mayores de 25 años, con lo que el cuerpo electoral asciende al 24% de la población, pero vuelve a situarse con la Restauración en torno al 5% hasta que de nuevo en 1890 se establece el sufragio *universal* masculino, que estuvo vigente —desvirtuado por el caciquismo— hasta la Dictadura de Primo de Rivera. Sólo bajo la Segunda República se implanta el sufragio universal en toda su extensión. Cfr. *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)* Siglo XXI de España, Madrid, 1985, pp. 122 y ss. Cfr. igualmente CARRERAS/VALLES, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

¹⁰ En la magistral exposición de ZAGREBELSKY, «è rilevante la distanza che separa il costituzionalismo del nostro secolo da quello del liberalismo oligarchico del secolo scorso. Allora, il monopolio politico di una classe sociale ristretta e relativamente omogenea determinava di per sé le condizioni dell'unità formale e sostanziale dell'ordinamento giuridico. La coerenza di questo era assicurata nell'essenziale dalla coerenza della forza politica che lo esprimeva, senza bisogno di strumenti costituzionali specifici; era un presupposto politico che la scienza giuridica poteva considerare un carattere logico dell'ordinamento. I principi dell'ordinamento, cioè, la sua unità, nascevano dunque da una omogeneità presupposta, contestata dall'esterno dagli strati sociali esclusi, ma unita al suo interno dai valori dello stato liberal-nazionale espressi nella legge». Frente a esta situación, en la actualidad procede afirmar que «Tale unità non è una condizione natu-

Cuando por el contrario esos cauces se abren debido a la presión popular, la homogeneidad de razón y voluntad se rompen¹¹ y la ley se manifiesta como un instrumento claramente insuficiente para determinar las reglas de convivencia entre los diversos grupos sociales¹². La crisis de la ley es la crisis del parlamento¹³, donde la contraposición entre mayorías y minorías que oponen proyectos alternativos de organización social se manifiesta con toda virulencia. La ruptura entre los presupuestos ideológicos del liberalismo y la realidad que de ellos se deriva es evidente¹⁴. La artificiosidad de esos presupuestos será resaltada

rale, conseguente all'omogeneità della base sociale e politica dell'ordinamento che in esso si esprime, ma è un obiettivo da perseguire con strumenti costituzionali *ad hoc*, che supplicano all'eterogeneità di tale base», G. ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, pp. IX-X.

¹¹ «El siglo XVIII está saturado de la creencia en la unidad e invariabilidad de la razón. Es la misma para todos los sujetos pensantes, para todas las naciones, para todas las épocas, para todas las culturas (...) Para nosotros —aunque coincidamos sistemática y objetivamente con determinadas grandes metas de la filosofía *ilustrada* —la palabra razón ha perdido su simplicidad y su significación unívoca. Apenas si podemos emplearla sin que visualicemos vivamente su *historia*, y con frecuencia nos estamos dando cuenta de cuán fuerte ha sido el *cambio de significado* sufrido en el curso de esa historia.» CASSIRER, *op. cit.* p. 20.

¹² Sintetizando las críticas a la ley, tan frecuentes entonces, dirá LÓPEZ DE OÑATE: «Si verifica dunque un mutamento di pensiero e di atteggiamento circa i concetti giuridici fondamentali e soprattutto circa quello fundamentalissimo, che è il pernio intorno al quale si svolge l'esperienza giuridica, il concetto di legge. Contro la legge si rivolgono tutte le critiche, vibrante e vivaci e inesauribili, che il pensiero moderno ha diretto contro l'astratto e il generale, in favore dell'individuale storico, cioè del concreto (...). Sono stati obiettati i *fatti* contro il *Codice*, gli *interessi*, contro i *concetti*: espressioni varie di uno stesso pensiero che è quello anzidetto del *diritto* contro la *legge*», *op. cit.*, pp. 38-9. Cfr. igualmente las pp. 67 y ss. donde se relacionan las deficiencias atribuidas comúnmente a la ley: hipertrofia, inestabilidad, etc.

¹³ En su crítica al parlamentarismo dirá DUGUIT: «s'il est un gouvernement contre l'arbitraire duquel il importe de prendre de sérieuses garanties, c'est le gouvernement populaire, parce que c'est celui qui a le plus de tendance à se croire omnipotent. On a dressé les parlements élus contre le despotisme des rois ; il faut affirmer le droit intangible de l'individu contre le despotisme des parlements.» L. DUGUIT *Traité de Droit Constitutionnel, T. 1, Théorie générale de L'État*, Fontemoing & Cie Éditeurs, Paris, 1911, p. 29.

¹⁴ «El método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En este caso, la votación adversa a la minoría no significa una derrota para ésta, sino que el escrutinio permite simplemente poner al descubierto una concordancia y una armonía anteriores y que existían en forma latente. Puesto que, como ya se ha dicho, toda democracia se basa en el presupuesto de un pueblo unitario, integral, homogéneo e indivisible, no hay, en realidad, para ella en lo esencial ninguna minoría, y menos aún una mayoría compuesta por minorías fijas y

por la literatura de principios del siglo xx, cuando la explosión del pluralismo y el desarrollo de los partidos amenace seriamente al Estado liberal¹⁵.

Sin embargo, no en todo el continente se había impuesto esta doctrina. En Alemania también se produjo una identificación entre la ley y el derecho, que no se basaba en la soberanía del parlamento. La identidad entre el derecho y la ley tuvo que fundarse por ello en un concepto material, en virtud del cual la ley (fuera o no norma parlamentaria) contenía derecho sólo cuando afectaba a la relación general entre el Estado y la sociedad, y especialmente a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos. Mientras en Francia la doctrina de las fuentes se fraguó en un momento de predominio absoluto de la burguesía, en Alemania el equilibrio de fuerzas entre diversos sectores sociales dio origen a una teoría parcialmente diferente. Se puede decir en ese sentido que la homogenei-

constantes (...). Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada. Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente sólo puede sumarse lo homogéneo.», CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, publicado inicialmente en 1932, y de nuevo en 1968 revisado por su autor. Cito por la versión española, ed. Aguilar, Madrid, 1971, pp. 42-3. Cfr. igualmente de este autor *La defensa de la Constitución* (1929, 1931), en la versión española, prologada por PEDRO DE VEGA, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 128 y ss.

¹⁵ Para DUGUIT, que considera al principio de soberanía nacional como indemostrado e indemostrable y por tanto como un postulado inútil, «En vérité, quoi qu'on fasse, cette prétendue volonté générale ne s'exprime jamais qu'au moyen d'une majorité et la puissance publique, le pouvoir de commander appartient à une majorité qui impose sa volonté à une minorité», *op. cit.*, p. 34. CARRÉ DE MALBERG por su parte indicará como «l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même». R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931, cito por la reimpression de Economica, Paris, 1984, p. 215. Para BARTHÉLEMY/DUEZ, quienes consideran que la teoría de la soberanía nacional conduce a la omnipotencia y al absolutismo del Parlamento, y es peligrosa para la libertad «Elle tend à faire de la volonté commune, de la volonté de la Nation, une volonté légitime en elle-même, qui serait l'expression même du droit et de la justice. Il y a en germe dans le principe de la souveraineté nationale, une prétention à légitimer le pouvoir par son origine. Dès lors, tout acte émanant de la souveraineté nationale serait, par le seul fait de son origine, régulier, conforme à droit; la loi, par cela seul qu'elle serait la volonté de la Nation, serait quant à sa régularité et sa conformité au droit, mise au-dessus de toute discussion.», BARTHÉLEMY/P. DUEZ *Traité de Droit constitutionnel*, 1933, cito por la reimpression de Economica, Paris, 1985, p. 76.

dad social de la que —al menos teóricamente— se partía en Francia, no estaba presente en Alemania, donde el pluralismo social e ideológico era mucho más explícito¹⁶.

No es de extrañar por tanto que frente a la apromaticidad general de la doctrina francesa, la alemana experimentara un fuerte desarrollo científico que está en la base de la construcción del derecho público. Ese desarrollo se extendió incluso a los presupuestos metodológicos que han dominado el quehacer jurídico de los últimos cien años. La finalidad básica de ambas teorías era coincidente: asegurar la separación entre la sociedad y el Estado, garantizar un ámbito de libertad, indisponible para el Estado, en el que las exigencias de seguridad jurídica pudieran verse plenamente satisfechas. En un caso se consiguió mediante la apelación a la ley, en el otro mediante la apelación a la ley (ley en sentido material) y a la ciencia del derecho. En ambos las consecuencias fueron similares: la expansión del Estado en el sistema de fuentes, la reducción progresiva de la costumbre y la limitación de la jurisprudencia¹⁷.

¹⁶ Esto no quiere decir, en absoluto, que la historia constitucional francesa se corresponda con los dogmas acuñados bajo la Revolución. Antes bien, el punto de origen del *principio monárquico* que se sitúa en la base del dualismo alemán, está en la Carta Constitucional de 1814, Cfr. en ese sentido JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, 1900, 2ª edición de 1905, versión española de FERNANDO DE LOS RÍOS, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 397 y ss. Cfr. igualmente, SCHMITT, CARL, *Verfassungslehre*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928, p. 53, y JESCH, D., *Gesetz und Verwaltung*, 1960, versión española editada por el Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 97. No hay que olvidar tampoco aquí el Bonapartismo, una forma específica de reforzamiento del poder ejecutivo (calificada por JELLINEK como *cesarismo*), que tuvo su correlato posterior en Alemania con la Administración Bismarckiana.

¹⁷ Como indica STARCK, el método jurídico de LABAND, partiendo de la fuerza de la deducción lógica, degradaba la función del juez a una mera declaración de la ley similar al modelo iluminista, afirmando que era posible establecer mediante este método una única solución correcta para cada problema jurídico. Pero las restricciones del método jurídico y su fe cientificista respondían a la necesidad de asegurar la efectividad de la reserva de ley, para garantizar la separación entre la sociedad y el Estado con el fin de proteger la libertad y la propiedad: «En el ámbito del derecho administrativo se trataba de imponer y de fundamentar dogmáticamente de modo inequívoco el principio de legalidad; la vinculación de la administración estatal a la ley, cuando se trataba de intervenciones en la propiedad y la libertad, parecía excluir toda problemática concerniente a la interpretación, para que dicha vinculación no fuera ilusoria. Esto explica por qué en el dominio del derecho público han dominado tanto tiempo las ideas positivistas sobre el método. Por otra parte, el concepto de ley era concebido precisamente a partir del concepto de reserva. Este limitaba la extensión de aquél, lo convertía en un concepto puramente formalista e hizo de él el único aseguramiento —plenamente formal y vacío— de la libertad ciudadana. La reserva servía para asegurar que el ciudadano sólo sería gravado con aquellas cargas que estuviesen

Ambas doctrinas sobrevivieron, sometidas a fuertes críticas, en el período de entreguerras, cuando los supuestos sociales y políticos en que se basaban habían sido superados. Todavía hoy se siguen manteniendo gran parte de los principios en que se inspiraron, aunque muchos de ellos debían de someterse a una revisión crítica que permitiera adaptarlos a las nuevas condiciones históricas. Es claro por lo demás, que los sistemas de fuentes continentales, y específicamente el nuestro, tienen que recurrir en gran medida a esa herencia común, de la que proceden gran parte de los conceptos de uso corriente en la disciplina de las fuentes del derecho.

Esa doble influencia pudiera parecer paradójica en relación con ordenamientos no inspirados en principios democráticos como la monarquía alemana. Es verdad que el Estado constitucional de derecho está muy alejado de los presupuestos sobre los que se asentó el principio monárquico. Pero más allá de las condiciones históricas que la originaron, la monarquía constitucional alemana respondía a un criterio de reparto de competencias obligado por el pluralismo sociopolítico que estaba en su base. Una situación de equilibrio de poderes que contrasta fuertemente con la dogmática liberal francesa en la que el parlamento se impone como poder absoluto, expresando su voluntad democrática a través de la ley¹⁸. En el Estado constitucional de derecho, la democra-

legalmente previstas, y en lo demás se garantizaba su libre desenvolvimiento en una esfera *libre de derecho*. Partiendo de esta concepción, la misión del juez o la del funcionario administrativo decisorio se vio en una mera repetición, lógicamente calculable de antemano, de las palabras de la ley, sin dimensión creadora, porque de otro modo parecía peligrar la reserva de ley.» Cfr. *op. cit.*, pp. 358 y ss.

Esta tesis no debe llevarnos sin embargo a considerar a LABAND como un autor liberal. Antes bien, la función del método jurídico no era ampliar el campo de la reserva, ni limitar más allá del compromiso existente la actividad de la Administración. En todo caso, se trataba de defender la objetividad en el desarrollo científico del derecho, en cuanto el derecho era expresión de un equilibrio de fuerzas. Por eso LABAND se convirtió en el jurista oficial del régimen Bismarckiano, favoreciendo así la implantación de la política de Bismarck. En ese sentido, se puede decir con WILHELM, que la función jurídico-política del método *jurídico* a partir de 1870, consistió básicamente en legitimar las relaciones de derecho público del Imperio Alemán, asegurando su existencia mediante la exclusión de críticas políticas. Cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, versión italiana, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 177.

¹⁸ Ciertamente puede aceptarse en gran medida la afirmación de HUFTEAU, por relación a los revolucionarios franceses: «le principe de la séparation des pouvoirs était, pour les Constituants, bien plus une machine de guerre destinée à tenir en échec soit le roi, soit les tribunaux, que la traduction juridique de la volonté d'établir trois pouvoirs distincts et indépendants», *op. cit.*, p. 102.

cia y el equilibrio de poderes confluyen, sin embargo, en una mezcla aparentemente extraña, que da lugar a un sistema en el que jerarquía, competencia y control se armonizan en la articulación del pluralismo. Aparentemente extraña porque en realidad, todos aquellos conceptos que en un momento de la historia parecen incompatibles, el tiempo puede terminar convirtiéndolos en inseparables.

Si el Estado legal de derecho llegó a pretender la identidad total entre derecho y ley, con la reducción del derecho a esa sola fuente¹⁹, en el Estado constitucional de derecho, la diferenciación entre constitución y ley hace posible la ampliación del ámbito del derecho y el sometimiento de la ley a los preceptos constitucionales²⁰. Ello se refleja en la minoración de las diferencias entre el parlamento y los otros poderes del Estado, ya que la primacía del legislador no es ahora absoluta e ilimitada, pues está vinculado a la constitución, como el resto de los órganos estatales²¹. En lo que respecta a las fuentes del derecho, este

¹⁹ «En el Estado legislativo con sistema cerrado de legalidad no puede haber, como en el derecho romano, diversidad de *fuentes del derecho*, *leyes*, *plebiscitos*, *senadoconsultos*, *constitutiones principum*, *edictos de los magistrados*, *consulta prudentium*, etc. El legislador de un Estado legislativo consecuente tiene que mantener en sus manos el *monopolio* de la legalidad» C. SCHMITT, *Legalität... cit.*, pp. 29-30.

²⁰ Como indicara Kelsen, la distinción entre forma legal y forma constitucional es necesaria ya que «Si el derecho positivo no diferencia entre estas dos formas, el establecimiento de principios, directivas y límites al contenido de las leyes no tiene sentido jurídico y es sólo una apariencia motivada por razones políticas» H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle*, publicado inicialmente en la *Revue du Droit Public*, 1928, cito por la versión de J. RUIZ MANERO, recogida en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid 1988, p. 116. En todo caso, no parece que esta diferenciación se pueda postular con carácter universal. Tan sólo viene exigida cuando la falta de homogeneidad social requiere un acuerdo sobre las reglas básicas de convivencia entre los diversos grupos sociales. Es lo que ha ocurrido en la Europa continental, dando lugar al tránsito del Estado legal al constitucional.

²¹ Para CARRÉ DE MALBERG, la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias y la separación entre los poderes constituyente y legislativo, tiene en lo que respecta al parlamento la consecuencia de «exclure, entre sa puissance et celle des autres autorités établies par la Constitution, la différence radicale qui est née chez nous de l'idée qu'en lui seul réside le droit d'émettre la volonté générale. Parlement, Exécutif et autorité juridictionnelle, sont de même essence, en ce sens tout au moins que ces trois autorités sont égales devant la Constitution qui est la source commune de leurs pouvoirs», *op. cit.*, p. 220. Como indica RAINER ARNOLD, «è certamente una data importante per la storia della cultura, quando nella coscienza giuridica di un ordinamento viene riconosciuto il carattere di una Costituzione come consenso fondamentale e come risultato si deriva un effetto vincolante per tutti gli organi statali. Ciò non si verificò nello sviluppo

cambio de posición de los tres poderes estatales conlleva también la ruptura de la imposición absoluta e incondicionada del legislativo sobre el poder ejecutivo y el judicial, y con ello del monopolio del legislador sobre el derecho.

Ciertamente puede afirmarse —en relación con el sistema de fuentes— que, frente a la tripartición propia de la teoría clásica de la separación de poderes, se abre paso un nuevo modelo basado en dos funciones: la creación y la aplicación del derecho²². Esas dos funciones no serán entendidas ya bajo el prisma de una separación rígida, como en la teoría clásica, sino integrando un proceso en el que los actos de aplicación pueden ser a la vez de producción, y en el que no se puede identificar ya al legislativo como el único creador del derecho²³. Bajo la constitución normativa todos los órganos expresan la volun-

costituzionale in Germania nell'Ottocento e ai tempi di Weimar, poiché la Costituzione era essenzialmente a disposizione del legislatore. Il nuovo sviluppo costituzionale in Europa invece mostra una tendenza a potenziare la preminenza della Costituzione e con ciò ad attualizzare la relativa sottomissione degli organi statali». La evolución de los sistemas constitucionales europeos hacia el control de constitucionalidad de la actividad de los órganos estatales no tiene solamente una incidencia formal, por el contrario «Queste tendenze mostrano chiaramente che lo Stato di diritto non viene più considerato come formale, ma materiale. Ciò significa anche che non si tratta solo della sottomissione del potere esecutivo alla legge formale (lo Stato di diritto formale), ma di quella di tutti i poteri dello Stato ai valori fondamentali» ARNOLD, R., *Profili di Giurisdizione Costituzionale comparata*, Edizioni Lint, Trieste, 1990, p. 6.

²² Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977, pp. 16 y ss., será Kelsen quien dé impulso decisivo a esta nueva orientación, como bien indica este autor.

²³ Para MERKL, la doctrina tradicional se basaba en una oposición esencial entre producción y aplicación del derecho, limitando la producción del derecho a la legislación formal. El resultado práctico de ello consistía en la reducción de la democratización estatal al poder legislativo. Frente a esta doctrina, la teoría de la construcción en grados (*Stufenbau*), al inscribir también a la Jurisdicción y a la Administración dentro del proceso normativo, y por tanto como modos de formación de la voluntad del Estado, propiciaba la democratización total del Estado. Cfr. ADOLF MERKL, «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», publicado inicialmente en 1931, versión italiana incluida en la recopilación A. MERKL *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 54 y ss.

Fue una constante en la obra de Kelsen el interés por promover la democratización del Estado a través del derecho, lo que le llevó a denunciar la autocracia de la Administración y la Jurisdicción como un residuo de la Monarquía constitucional, basado en el principio de separación de poderes. Para Kelsen era una situación extraña que las exigencias de democracia se consideraran satisfechas con la mera democratización del legislativo: «Es ist eine auffallende Tatsache, daß man bis vor kurzem die Forderung nach Demokratie als erfüllt betrachtete, wenn nur die Gesetzgebung dem Volke oder der Volksvertretung überantwortet war, dass das Problem einer

tad general dentro del orden constitucional de competencias. Nada impide pues que ese orden constitucional determine una redistribución de los poderes normativos dentro de esos órganos, así como una reestructuración de los principios de articulación del ordenamiento. Frente a la soberanía del parlamento, un nuevo equilibrio, basado en la atribución constitucional de competencias se impone ahora, reflejando así el pluralismo sociopolítico que está en la base del nuevo derecho constitucional²⁴.

El tránsito del Estado legal al Estado constitucional de derecho supone mucho más que un simple sometimiento de la ley a la constitución. Responde a exigencias sociales ineludibles y expresa una nueva filosofía política. Frente a la democracia radical, que reflejaba la supremacía de un grupo social homogéneo, la democracia constitucional se fundamenta en el pluralismo y en el consenso. Frente al orden jerárquico que se derivaba del dominio de la ley, como expresión de una voluntad única, el orden competencial que se deriva de la normatividad de la constitución, como punto de confluencia de una diversidad de intereses y de valores.

Los problemas que tiene que afrontar ahora el sistema de fuentes sólo se pueden abordar con un cambio de mentalidad: los conceptos tradicionales sobre los que el sistema de fuentes se asentaba sólo se podrán mantener en tanto que se reformulen de conformidad con los nuevos valores. Es preciso, por ello, adquirir conciencia de la extremada complejidad del ordenamiento, Complejidad que tiene a la vez un carácter diacrónico y sincrónico. En el primer orden de cosas, por la superposición histórica de estructuras jurídicas que responden a principios diversos e incluso antagónicos. En el segundo, por la obligada articulación del pluralismo y la multiplicación de centros de decisión y control a que ello da lugar. Y es que el tránsito del sistema legal al

Demokratisierung der Vollziehung, der Verwaltung wie der Gerichtsbarkeit, nicht eigentlich in den Vordergrund des politischen und staatsrechtlichen Interesses zu dringen Vermochte. Das Faktum, daß in ein und derselben Verfassung extreme Demokratie der Gesetzgebung in Verbindung mit weitgehender Autokratie auf die Gebiete der Verwaltung auftrat, wurde eigentlich als etwas Selbstverständliches hingenommen.», H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925, p. 361.

²⁴ «La pluralità delle fonti e il policentrismo dei luoghi di produzione normativa ha così fatto seguito al pluralismo sociale del nostro tempo, esuberante al punto de aver rotto gli argini del monopolio legislativo del parlamento.», G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. XI. Y es que, como indica RUGGERI, la ideología pluralista se refleja en el pluralismo de fuentes y de criterios de ordenación, no como una mera coincidencia de dos mundos separados, sino como la proyección natural en dos niveles diferentes de una sola condición humana y social. Cfr. *op. cit.*, p. 251.

constitucional lo es también de la norma al ordenamiento, en la medida en que supone una evolución de la voluntad unilateral y uniforme a la articulación de intereses. Esa transición de norma a ordenamiento no carece de relevancia metodológica. Antes bien, la necesaria reconstrucción teórica del sistema de fuentes sólo puede hacerse desde la reestructuración científica del ordenamiento, como sistema relacional al que deben referirse en última instancia todos sus elementos.

B) LA RECONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO

Al monolitismo del sistema jurídico legalmente producido, se unió también el de su aplicación, su explicación y su conocimiento. En la teoría tradicional, la ley (el derecho, en suma) se definía como un cuerpo racional cuya aplicación o ejecución no estaba sometida a la voluntad de los otros poderes del Estado²⁵. Especialmente en lo que respecta al juez, su función, caracterizada como una mera función lógica, eliminaba teóricamente cualquier voluntarismo en la aplicación de la ley. Es esta una más de las ficciones propias de la ideología liberal y racionalista sobre la que se construyó la doctrina tradicional de las fuentes. Ciertamente esa consideración del derecho como un cuerpo racional procedía ya de la recepción del derecho romano, que aislado de su contexto se

²⁵ Coincidiendo en parte con PERELMAN, en la idea de que «La doctrina de la separación de los poderes se liga con una psicología de las facultades, en que voluntad y razón constituyen facultades separadas. En efecto, la separación de poderes significa que hay un poder, el legislativo, que, mediante su voluntad, fija el derecho que debe regir en una cierta sociedad, de manera que el derecho es la expresión de la voluntad del pueblo tal como se manifiesta a través de las decisiones del poder legislativo. De otra parte, el poder judicial dice el derecho, pero no lo elabora. Según esta concepción, el juez aplica simplemente el derecho que le es dado. Esta concepción conduce a una visión legalista. La pasividad del juez satisface nuestra necesidad de seguridad jurídica. El derecho es un dato, que debe poder ser conocido por todo el mundo de la misma manera. Esta visión del derecho conduce a una aproximación entre el derecho y las ciencias. Lo mismo si se le considera como un sistema deductivo que si se asimila el hecho de hacer justicia a una pesada, el juez parece participar en una operación de naturaleza impersonal, que le permitirá pesar las pretensiones de las partes, la gravedad de los delitos, etc.», PERELMAN, citándose a sí mismo en *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976. Cito por la versión española, a cargo del Prof. DIEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1979, p. 38. Habría que precisar sin embargo que la voluntad del legislativo era considerada también como una voluntad racional. Más aún, era la única voluntad racional hasta el momento en que el pluralismo rompe la unidad y la universalidad de la razón.

convirtió en una especie de patrón o modelo intemporal²⁶. Ello explica que también en Alemania, donde la Codificación no tuvo éxito, y donde se partía de principios diversos, la masa jurídica fuera considerada igualmente como un ente racional²⁷.

En cualquier caso, la consideración del derecho como un cuerpo racional susceptible de ser conocido y aplicado con absoluta objetividad habrá de tener su incidencia en la configuración metodológica de la ciencia del derecho. En aquellos países en los que la Codificación se implantó con más fuerza, la prepotencia de la ley llegó a anular la evolución científica. Pero allá donde la ciencia del derecho se desarrolla, se manifiesta con una clara pretensión de objetividad y de certeza²⁸; pretensión que se mantendrá en gran medida durante el siglo xx, y que sigue vigente todavía en el quehacer de los juristas. Esta ideología no es sino otro residuo más del racionalismo, una nueva ficción destinada a asegurar la uniformidad del material jurídico.

Ahora bien, una vez rota la homogeneidad del sistema jurídico en torno a la ley, las vías abiertas para su conocimiento seguirán el mismo camino. El

²⁶ Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, citando a EHRlich, en «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna», publicado inicialmente en la *REP*, n. 54, 1950, y «El racionalismo jurídico y los Códigos Europeos II» publicado inicialmente en la *REP* n. 60, 1951. Ahora en E. GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, pp. 412 y ss. y 475. Cfr. igualmente, MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 1922, cuarta edición (póstuma) de 1954, versión española, FCE, México, 1979, pp. 633 y ss.

²⁷ Como indica LARENZ, para la Ciencia Jurídica del xix, la ley, principalmente el derecho privado romano, regía más como razón escrita que como voluntad, el derecho positivo se considera un orden razonable, que, precisamente por ello, era accesible a la aprehensión conceptual y a la sistematización. Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, versión española de Enrique Gimbernat, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, p. 46.

²⁸ Objetividad y certeza que debían quedar plenamente aseguradas por la utilización de un método basado exclusivamente en la lógica. Para LABAND, refiriéndose a los cometidos de la dogmática, «Zur Lösung dieser Aufgabe gibt es kein anderes Mittel als die Logik; dieselbe läßt sich für diesen Zweck durch nichts ersetzen» LABAND, P., Prologo a la segunda edición de 1887 de *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª Edición, 1911, cito por la reimpresión de Scientia Verlag, Aalen 1964 (4 tomos), t. 1, p. IX.

En palabras de GÓMEZ ARBOLEYA, «La razón se realiza por sí sola. Este será el gran mito que cubrirá con su manto al Estado parlamentario y a todo Estado nacional. La razón se realiza por sí, no sólo en el Parlamento, sino en la fragua oscura del espíritu nacional. El burgués se retira a los tranquilos mundos del pensar, donde sólo reina la lógica. Surgirán los grandes juristas científicos de la época.» E. GÓMEZ ARBOLEYA, «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos (I)» publicado inicialmente en la *REP*, n. 57, 1951. Ahora en E. GÓMEZ ARBOLEYA, *op. cit.*, p. 445.

concepto de ciencia propio del racionalismo tradicional se basaba en el carácter absoluto de la razón, de la verdad y de la lógica. La concepción de la ciencia del racionalismo crítico se basa, por el contrario, en la instrumentalidad de la razón, la convencionalidad de la verdad y el pluralismo de la lógica²⁹.

En el ámbito jurídico, las nuevas tendencias caminan en el mismo sentido. Del tratamiento lógico formal del derecho, con pretensión de conocer la verdad, se evoluciona hacia el dialéctico, destinado a justificar la decisión. Las nuevas teorías de la argumentación no aspiran ya a la demostración de sus tesis, sino a promover su aceptación. La objetividad se busca ahora en el rigor del discurso jurídico o en el consenso que origine a través de su fundamentación. Del mismo modo que el sistema jurídico se hace cada vez más complejo, estructurándose en base a principios muy diversos, su tratamiento metodológico se complica igualmente abriendo el camino para una diversidad de perspectivas. El pluralismo y el consenso se introducen así por todos los resquicios del nuevo orden.

2. Objetivos de esta obra

El título de este trabajo merece una explicación mínima que sitúe al lector en su contexto general. Este libro es sólo la primera parte de una investigación más amplia sobre las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento, que incorpora aquí los principios fundamentales de estructuración del ordenamiento mismo. No puedo negar que tuve la tentación inicial de titularlo como *parte general*, y más adelante como *teoría de las fuentes*, expresión más neutra que la anterior, pero igualmente inadecuada.

Inadecuada porque una *teoría general* tendría su mejor sentido en la construcción de una doctrina general de las fuentes aislada de cualquier contexto particular y centrada en un desarrollo lógico-jurídico a partir de determinadas premisas³⁰. No es ese el caso, ya que lo que aquí se intenta es establecer un

²⁹ Esta evolución del concepto de ciencia está marcada de nuevo por los últimos descubrimientos en el campo de las ciencias naturales, como lo estuvo en su momento la concepción racionalista absoluta. Estos descubrimientos han conducido a romper los conceptos tradicionales de naturaleza, de leyes fijas, de proposiciones evidentes, para sustituirlos con los más adecuados de sistema de relatividad, principios operativos, premisas convencionales, etc. Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della Scienza Giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1950, pp. 200 y ss.

³⁰ Sobre las *partes generales* de las diversas disciplinas, así entendidas, valga esta reflexión crítica de HERNÁNDEZ GIL: «La *Parte general* es, en efecto, la prueba más palmaria, el exponente

marco teórico que dé cuenta de la evolución histórica y de la situación actual del sistema de fuentes, y que integre al mismo tiempo el análisis de los principios básicos en que se fundamenta nuestro ordenamiento.

Podría decirse en todo caso que en lo que tiene de teoría, esta va referida, —por razones de similitud evidentes— al modelo de las constituciones normativas europeas (y específicamente España, Alemania e Italia). En gran parte es así, no sólo porque en muchos aspectos estos sistemas jurídicos se acogen a un mismo modelo, sino sobre todo porque los problemas que cabe plantearse en relación con nuestra teoría de las fuentes ya han sido antes analizados por la dogmática alemana o la italiana. Son muchos los ámbitos en los que es necesario acudir a esos dos países para encontrar los fundamentos teóricos de nuestro sistema de fuentes, así como los instrumentos conceptuales necesarios para abordar cualquier estudio particular.

No se deben maximizar sin embargo las similitudes ni transferir alegrementemente las soluciones aportadas fuera de nuestras fronteras. La diversidad radical que se puede encontrar entre la doctrina germana y la italiana en el propio ámbito material de construcción dogmática indica ya que, ni por la tradición jurídica, ni por las inquietudes científicas, ni por el marco normativo, es posible proceder a un trasvase de conceptos e instituciones. A ello se une el hecho de que, en la común explosión que en los respectivos ordenamientos provoca la normatividad de la constitución y la superación de gran parte de los dogmas que alimentaban el sistema desde los siglos XVIII y XIX, no siempre se han conseguido articular nuevas construcciones dogmáticas que den cuenta de las profundas transformaciones que se han producido y se siguen produciendo.

Todas estas consideraciones inciden en que la primera parte de esta obra, la que ahora se ofrece, sea una teoría de los principios que fundamentan nuestro sistema jurídico, sobre los que se asienta el ordenamiento constitucional de las fuentes. Posiblemente resultará llamativo, desde otras disciplinas, que se utilice la expresión *principios del ordenamiento constitucional*, y no *principios del ordenamiento jurídico*. El término ordenamiento se utiliza aquí en un doble sentido: por referencia a su cualidad de ordenación de los principios del sistema de fuen-

más acabado de lo que es y a lo que aspira la dogmática. Constituye el resultado de un proceso lógico completo. Viene a ser como una cima que se escala a través de un procedimiento rigurosamente inductivo. Con los elementos comunes de los conceptos generales integrantes del sistema se forman unos conceptos todavía más generales que son la quintaesencia del sistema: los puntos en que éste se unifica», A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del derecho*, Vol. I, Madrid, 1971, p. 178.

tes, y como elemento de distinción respecto de los ordenamientos parciales que se integran dentro del sistema jurídico global o constitucional. En cuanto a este segundo sentido, me remito a las consideraciones incluidas en el apartado 2 del Capítulo II. Sobre el primero conviene hacer alguna precisión adicional aquí.

El sistema de fuentes, en cuanto formalización del reparto de la capacidad normativa dentro del ordenamiento, genera una distribución del poder político en la comunidad. Esa distribución es justamente una de las funciones esenciales de la constitución, del derecho constitucional. Ello explica que los principios que regulan el sistema de fuentes sean una parte fundamental del orden constitucional.

Pese a ello, muchos de esos principios se recogen en normas legislativas, y otros no se establecen expresamente en norma alguna. Esta circunstancia se explica en parte por motivos históricos, y en parte por la propia inercia de todo sistema jurídico, que no necesita la formulación expresa de aquellas reglas esenciales que, por serlo, resultan imprescindibles para su funcionamiento. En modo alguno obstaculiza ello la consideración de la disciplina de las fuentes del derecho como una materia constitucional, y de los principios sobre los que se asienta el sistema de fuentes como *principios del ordenamiento constitucional*.

Es preciso advertir, por último, que el segundo volumen del presente trabajo, referido ya no a los *principios* sino a las *fuentes* del ordenamiento y a las relaciones entre ordenamientos, también se dedica a cuestiones generales en aquellos ámbitos en que ello se requiere. Cuestiones que van referidas unas veces a los principios generales del sistema y otras al análisis particular de cada fuente, ámbito en el que no procedía detenerse en la primera parte más allá de lo necesario.

Pese a todo, podría decirse, si seguimos un modelo clásico, que en este primer volumen predomina la parte teórica sobre la dogmática, al contrario que lo que ocurre con el segundo volumen de la obra. Sin embargo, es preciso indicar que una separación radical entre dogmática y teoría general no puede realizarse con nitidez. Si tal dicotomía fuera posible carecería de sentido dedicar esfuerzo alguno a la explicación previa de conceptos generales³¹. El lector podrá

³¹ La contraposición entre *teoría general* y *dogmática* es ya tradicional en la ciencia del derecho, y puede conectarse con la tendencia restrictiva del *método jurídico* clásico en relación con la inclusión en el análisis jurídico (dogmático) del derecho positivo de aspectos filosóficos, históricos, etc., considerados extraños a la materia jurídica. Esas cuestiones podían así desviarse a la teoría general sin entorpecer la *pureza* de este *método*. En la opinión de GERBER, por citar un ejemplo, resultaba necesario para una definición más rigurosa de los conceptos dogmáticos en la literatura del derecho público alemán desechar las perspectivas de la filosofía del Estado o de la

comprobar, por lo demás, que no se ha renunciado aquí a aquellos aspectos históricos, políticos o metodológicos que se han considerado necesarios para avanzar en el mejor conocimiento de la materia³².

Habida cuenta de la juventud de nuestro sistema constitucional, y pese a la impresionante y fructífera labor que se viene realizando en nuestra doctrina, habrá que esperar todavía algún tiempo para observar, con alguna perspectiva, los desarrollos científicos que ya se han producido en la disciplina de las fuentes. El descomunal esfuerzo que han realizado hasta ahora algunos de nuestros mejores juristas (tanto en el derecho público como en el derecho privado) se manifiesta en la definición de un gran número de conceptos y principios que constituyen la base de una futura dogmática sólida y estable. Se trata, sin embargo, de una labor de años, que requiere la creación de un clima intelectual de discusión pública de problemas entre juristas, así como la recepción de sus teorías por las diversas jurisdicciones y, en definitiva, del diálogo constante entre jurisprudencia y doctrina. El autor de este trabajo, consciente de sus propias limitaciones, que se acrecientan por la autoridad de los nombres que en nuestro país se han dedicado a estos temas, sólo intenta dar cuenta de la situación actual y desarrollar sus propias posiciones.

Teoría política, para centrarse en el análisis jurídico. Cfr. C.F.V. GERBER, Prefacio a la primera edición de 1865 de *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1865-1880, versión italiana, recogida en G.F.V. GERBER, *Diritto pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1971, p. 91. Cfr. igualmente, LABAND, *op. cit.*, t. I, p. IX. Sobre la progresiva reducción de las aspiraciones científicas a que esta concepción condujo, cfr. PÉREZ ROYO, J., «El proyecto de constitución del derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», en *REP*, n. 1, 1978, pp. 67 y ss.

Con distintos planteamientos metodológicos, sigue utilizándose habitualmente por diversos autores para referirse a la diferenciación entre la elaboración conceptual general de una materia frente a la construcción dogmática por referencia al sistema jurídico propio (cfr. en este sentido N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, versión española del Prof. DE OTTO, CEC, 1983, p. 34./V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova, 1970, pp. 43 y ss./CH. STARCK, *op. cit.* p. 113. Sobre la dogmática en general, v. *infra*, apartado 6 del Capítulo I.

³² Asumiendo aquí las palabras del Prof. RUIZ-RICO, «la historia, a mi juicio, no sólo pesa en el pasado. De otro modo: el contexto social, más claramente la relación de fuerzas, no sólo está presente en el momento genético del derecho sino en todos y cada uno de los momentos de su desenvolvimiento en la realidad. No es algo que se produzca, además, sólo antes o sólo al margen de la dogmática, de la interpretación, de la aplicación. Es que es la sangre misma, más o menos expresada, que recorre a cada una de ellas», J.J. RUIZ-RICO, Prólogo a ÁNGEL RODRÍGUEZ DÍAZ, *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, CEC, Madrid, 1989, p. 14.



CAPÍTULO I

LAS FUENTES DEL DERECHO

De acuerdo con una clásica metáfora, al igual que la fuente natural indica el lugar donde el agua surge de las entrañas de la tierra, las fuentes del derecho podrían definirse también como la manifestación de un estado de transición en el derecho, de lo invisible a lo visible³³

Esta hermosa metáfora, y otras similares que en cierta medida han constituido un lugar común en el tratamiento doctrinal de las fuentes, esconden tras

³³ Hasta donde yo sé, la expresión corresponde a HORWATH, en «Les sources de droit positif» en el volumen dedicado por el *Anuario del Instituto Internacional de filosofía del derecho y sociología jurídica* en 1932 al Problema de las fuentes del derecho (París, 1934, pp. 132 y ss. cit. por PERGOLESI en *Sistema delle fonti normative* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, reedición de la misma obra publicada en 1949). Para este autor, por fuente se puede entender los alrededores de un punto de emergencia de una corriente de agua natural, el lugar donde pasa de lo invisible a lo visible, donde sube del subsuelo a la superficie. DE CASTRO por su parte atribuye una idea similar a EPPLER, quien distingue como significados de la palabra fuente el agua misma, en el momento en que nace de la tierra, el lugar donde se verifica su salida y el sitio oculto de la montaña en el que se acumula (Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO *derecho Civil de España* tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 363 nota 2). Se trata en todo caso de un recurso común, y ya antes en nuestra doctrina decía CLEMENTE DE DIEGO: «Esta expresión, aun en el lenguaje jurídico, es susceptible de varias acepciones. Por de pronto, de FONS, *fontis*, y ésta de FUNDO, *dere*, que significa derramar, indica la idea del punto donde aparece, se derrama o brota el agua en la superficie de la tierra. Y es natural la extensión de significado con relación a otras cosas: fuentes son los orígenes, los puntos de donde brota o procede una cosa (fuentes de un río, de salud, del conocimiento, etc.). Y como los orígenes son más o menos próximos o remotos (el agua que aquí nace y se manifiesta puede proceder de un caudal proveniente de remoto punto), así también las fuentes son próximas y remotas, originarias o derivadas», CLEMENTE DE DIEGO, F., *Fuentes del derecho civil español*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, serie I, vol. 6, Madrid, 1922, p. 154. Para este autor, «En la fuente del derecho, propiamente tal, se trata del origen próximo del derecho y de sus normas o preceptos; hace, por tanto, referencia al derecho en sentido objetivo considerado como norma *agendi*, generalmente obligatoria por sí», *ibidem*, pp. 156-7.

su lirismo una triste realidad para el científico del derecho, ya que no expresan sino la perturbación a que somete el estudio de esta materia.

Esa perturbación puede atribuirse a diversos factores:

1. En primer lugar, se trata de un concepto —el de las fuentes del derecho— que refleja una cierta connotación iusnaturalista, una tendencia a considerar el derecho como algo dado, preexistente, que es necesario descubrir³⁴. A

³⁴ En la metáfora de HORWATH la fuente es propiamente la corriente de agua misma, en el punto de transición entre dos estados o situaciones, y en sentido jurídico el derecho mismo en la transición entre dos situaciones, en su paso de un estado de fluidez subterránea a otro de certeza evidente (Cfr. PERGOLES, *op. cit.* p. 2). Ciertamente, aunque sea de una manera inconsciente o subliminal el derecho aparece como algo autogenerado y dispuesto para ser descubierto, más que producido (por más que se refiera posteriormente a la sociedad).

Esta fue por lo demás la concepción de SAVIGNY, autor al que se atribuye la inicial configuración moderna de la doctrina de las fuentes (que ciertamente caminó por derroteros distintos a los que pretendía SAVIGNY). Para SAVIGNY las diversas *fuentes* del derecho no son sino una manifestación exterior de la *fuerza* del derecho, que es en realidad el espíritu del pueblo. De ahí que critique la enumeración de las fuentes de los juriconsultos romanos como falta de sistemática porque «Es más bien una exposición de las formas exteriores del derecho sin referirse a su esencia, ni a su origen, ni a una clasificación que se fundase en las relaciones y diferencias de su contenido. La enumeración que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servía al juez de indicación para saber en donde había de encontrar los medios para resolver una cuestión de derecho». Para SAVIGNY estas formas exteriores tienen solamente un valor declarativo respecto de las reglas de derecho que se crean en otro lugar: «siempre que la existencia de un derecho se revela a la inteligencia humana, aparece sometido a una regla preexistente, y la invención de esa regla como inútil e imposible. Considerando el derecho general como anterior a todos los casos dados, se le llama derecho positivo. Si preguntamos ahora cual es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado derecho del pueblo». Y sigue diciendo: «El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas; es percibido en la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, aparece cuando se hace sentir su necesidad; se separa entonces de este conjunto, y se traduce en una forma artificial». Cfr. *System des heutigen römischen Rechts*, 1839, versión española de J. MESIA Y M. POLEY, Segunda edición, tomo primero, Centro Editorial de Góngora, Madrid (sin fecha), pp. 122,69,70.

Como indica AMSELEK, esta metáfora hidrológica de las fuentes del derecho tiende a inspirarnos una visión *naturalista* del derecho, a hacerlo aparecer en nuestro espíritu como algo natural, como un producto de la naturaleza, haciéndonos así olvidar su esencia misma de producto cultural marcado por el sello indeleble de la creación humana. Más aún la metáfora contribuye a ocultarnos la estructura normativa del derecho. Cfr. P. AMSELEK, «Brèves réflexions sur la notion de *sources du droit*», en *Archives de Philosophie du Droit* (en adelante *APhD*) tomo 27, éditions Sirey, Paris, 1982, p. 254.