

IDEOLOGÍAS Y FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO.—I. *Problemática de las fuentes del derecho*: 1. Ambigüedad de la expresión fuentes del derecho. 2. Consecuencias de esta ambigüedad y tareas de la Teoría fundamental del derecho.—II. *Las fuentes del derecho y sus clases*: 1. Fuentes materiales del derecho: A) Factores de significación ideal; B) Factores de significación real (fáctica). 2. Fuentes formales del derecho: A) Los órganos legitimados para crear derecho; B) Los procedimientos de creación del derecho: uso, pacto y decisión: a) El uso, b) El pacto, c) La decisión.—III. *Fuentes del derecho y sistema normativo*: 1. Necesidad de distinguir entre fuentes del derecho y sistema normativo. 2. Sistema normativo y formas de existir del derecho: ley, costumbre y principios generales del derecho: A) La ley; B) La costumbre; c) Los principios generales del derecho.—IV. *Significado y función de las ideologías en la creación del derecho*: 1. Función de las ideologías en el proceso de creación del derecho: A) Ideologías y fuentes materiales del derecho; B) Ideologías y fuentes formales del derecho. 2. Función de las ideologías en la configuración del sistema de fuentes formales del derecho: A) Ideologías y órganos de creación del derecho: a) Regímenes autocráticos, b) Regímenes democráticos; B) Ideologías y procedimientos de creación del derecho: a) Ideologías y uso, b) Ideologías y pacto, c) Ideologías y decisión.

I. PROBLEMÁTICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

1. Ambigüedad de la expresión fuentes del derecho

El carácter figurado y metafórico de la expresión *fuentes del derecho* es algo que torna problemática y oscura esta categoría central de



la Teoría fundamental del derecho¹. Federico de Castro advierte en este sentido: «La palabra fuente es, en sí, causa de equívocos por la pluralidad de sentidos que tiene en el uso del lenguaje; al unirse al vocablo derecho —añade— produce una variedad de conceptos que, con mayor gravedad, originará confusiones para la doctrina jurídica»².

El carácter figurado y metafórico con el que la palabra fuente aparece referida al derecho dota, como acabamos de advertir, a la expresión fuentes del derecho de una pluralidad de sentidos los cuales guardan entre sí, unas veces, una relación de analogía, y, otras veces, una significación equívoca.

A modo de mero planteamiento de la problemática de las fuentes del derecho, el profesor Legaz distingue los siguientes sentidos con que viene utilizada dicha expresión:

a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.);

b) fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.);

c) autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo);

d) acto concreto creador del derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.);

e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho;

f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre);

g) fundamento de un derecho subjetivo»³.

Dentro de esta pluralidad de sentidos cabe añadir que uno de ellos, el indicado con la letra f), ha sido consagrado legalmente tras la reforma del título preliminar del Código civil. Este cuerpo legal estable-

¹ Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: «Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo», en *Libro-Homenaje al profesor don Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940, p. 116.

² *Derecho Civil de España* (parte general), t. I, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 363.

³ *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pp. 509 y 510.

En análogo sentido, cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, pp. 363 y 364; ISIDORO MARTÍN MARTÍNEZ: *Notas didácticas sobre las fuentes del derecho con especial referencia al estudio del Derecho romano*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1944, pp. 7 y ss., 8 y ss.



ce en su artículo 1.º: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.» Y añade en el artículo 1.º6: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.»

2. *Consecuencias de esta ambigüedad y tarea de la Teoría fundamental del derecho*

El resultado de esa ambigüedad es, en primer lugar, que la noción de fuentes del derecho —que es un concepto fundamental del pensamiento jurídico— lejos de configurarse como una idea de perfiles precisos, claros y definidos, se nos presenta —en cuanto noción obtenida mediante la superposición de varias ideas diferentes, y de modo análogo a la imagen que ofrece un estroboscopio— como una idea oscilante, de perfiles imprecisos, vibrantes..., que escapa continuamente a la capacidad de fijación, de retención y análisis de la mente. En segundo lugar, el resultado de esa ambigüedad es que el lenguaje de la teoría jurídica aparece desprovisto de la coherencia, de la claridad y del rigor que exige el pensamiento científico.

Ante este estado de cosas la tarea de la Teoría fundamental del derecho debe orientarse fundamentalmente a una revisión conceptual que proporcione a las ideas precisión, fijeza y claridad, dotando al lenguaje jurídico de la coherencia, de la claridad y del rigor que exige el pensamiento científico⁴.

En este sentido parece que la tarea de la Teoría fundamental del derecho, en relación con el tema que nos ocupa, debe orientarse a hacer coincidir, en la medida de lo posible, la significación figurada que el término fuente tiene en el derecho con el sentido natural, pristino, que la palabra fuente posee en el lenguaje usual. Las palabras —incluidas las del lenguaje común— tienen un valor, un sentido originario, que en la medida de lo posible debe ser respetado para hacer viable la comunicación. De este modo, si utilizamos la expresión fuentes del derecho en su sentido más próximo al que tiene la palabra fuente en su significado usual, creemos que es perfectamente legítimo atribuir a la mencionada expresión un significado material y otro formal, pudién-

⁴ Cfr. NORBERTO BOBBIO: *Teoria della Scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950, p. 215. Véanse las pp. 215 y 216; MICHEL VILLEY: *Philosophie du droit*, t. I, Ed. Dalloz, Paris, 1975, p. 30.



dose hablar, en consecuencia, como tradicionalmente se ha venido haciendo, de fuentes del derecho en sentido material y de fuentes del derecho en sentido formal, si bien restringiendo el alcance de esta segunda acepción a los términos que a continuación vamos a indicar.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO Y SUS CLASES

Según Bobbio las fuentes del derecho consisten en los «actos o hechos a los que ligamos el nacimiento, la modificación o la extinción de una norma jurídica»⁵.

Este ligamen de la norma con los actos o hechos jurídicos posee una doble dimensión, material y formal, lo que permite hablar con toda coherencia y rigor, como ha venido haciéndolo la doctrina tradicional, de fuentes materiales y de fuentes formales del derecho.

1. Fuentes materiales del derecho

Con esta denominación designa la doctrina los factores, fenómenos o acontecimientos, de diferente naturaleza y significación, que contribuyen a determinar y fijar el contenido de la norma jurídica.

Estas fuentes poseen una significación fundamentalmente sociológica, pudiéndose reagrupar los factores que la integran, a pesar de su complejidad y heterogeneidad, en dos grandes grupos:

A) Factores de significación ideal.

Consisten en ideas de carácter político, moral, religioso, económico, etcétera, que funcionan como «utopías», en el sentido de Mannheim⁶, y que constituyen auténticas directrices para la acción política y social, informando de modo eficaz el contenido del derecho.

B) Factores de significación real («fáctica»)

Se trata de fenómenos y acontecimientos de carácter muy heterogéneo —políticos (revoluciones, guerras, terrorismo, elecciones...), sociales (movimientos demográficos, migratorios, criminalidad, paro, conflicti-

⁵ «Filosofía del diritto e Teoria generale del diritto», en el vol. *Studi sulla Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1955, p. 35. Cfr. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, E. Torino, 1960, p. 35. Véanse las pp. 334 y ss.

⁶ Cfr. KARL MANNHEIM: *Ideología y utopía*, Introducción a la sociología del conocimiento, trad. esp. de SALVADOR ECHEVARRÍA, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, en especial pp. 49 y ss., 169 y ss.



vidad social...), *económicos* (crisis energética, inflación, paro...), *geográficos* (alteraciones climatológicas, ecológicas...), etc. —que influyen, de modo más o menos inmediato, en la determinación del contenido de las normas jurídicas⁷.

2. Fuentes formales del derecho

Desde el punto de vista formal el derecho no puede consistir en una declaración de voluntad o en una pauta o regla de conducta cualquiera. La seguridad jurídica, en cuanto fin del derecho, postula, entre sus exigencias, que una norma, para ser jurídicamente válida, se ajuste a una serie de requisitos formales. Entre ellos destacan fundamentalmente dos:

Primero: la norma ha de emanar de un órgano con competencia para crear derecho. Así, por ejemplo, las declaraciones, acuerdos y resoluciones del comité o del congreso de un partido o de una central sindical —aunque puedan operar como fuentes del derecho en sentido material— no constituyen derecho formalmente válido.

Segundo: la norma ha de elaborarse siguiendo el procedimiento o algunos de los procedimientos formales previamente establecidos para

⁷ Cfr. GEORGES RIPERT: *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, París, 1955, en especial, pp. 82 y ss., 92 y ss., 135 y ss.

BODENHEIMER, bajo la denominación de «fuerzas modeladoras del derecho», ha subrayado la presencia y la eficacia de los siguientes factores:

— *Fuerzas políticas*: transformación del poder de hecho en derecho (conquistas, revoluciones, etc.); el derecho como resultado del compromiso o transacción entre grupos opuestos; el derecho como resultado de la autolimitación del poder político.

— *Fuerzas psicológicas*: la «fuerza normativa de lo real» (el hábito y la costumbre); el deseo de paz y de orden.

— *Fuerzas económicas*: el derecho como «superestructura» determinada por la «infraestructura económica», según la tesis marxista.

— *Factores nacionales y raciales*: conservadurismo de BURKE; concepción del derecho como emanación del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*), según la tesis de la Escuela histórica de SAVIGNY; doctrinas jurídicas del Nacionalsocialismo.

— *Factores culturales*: doctrinas de HEGEL (la historia, portadora de la razón, como despliegue y realización de la libertad), de MAINE (evolución histórica del derecho como desarrollo de la idea de libertad: movimiento del *status al contrato*) y SPENCER, y configuración de derecho para ellos (HEGEL, MAINE, SPENCER) como un instrumento de evolución cultural que apoya y potencia el despliegue y desarrollo de la libertad.

Cfr. EDGAR BODENHEIMER: *Teoría del derecho*, trad. esp. de Vicente Herrero, 3.ª ed., E. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pp. 227 y ss., 242 y ss., 250 y ss., 270 y ss., 290 y ss.



crear derecho válido. En este sentido, una declaración de un órgano competente para crear derecho (parlamento, gobierno, etc.) no constituirá derecho si no se ha ajustado, en el proceso de su elaboración, a alguno de los procedimientos establecidos para la creación del mismo.

Desde estos supuestos y de acuerdo con el sentido originario, natural, de la palabra fuente creemos que la expresión *fuentes del derecho*, en sentido formal, debe reservarse de modo exclusivo para designar a los órganos legitimados para crear derecho y a los procedimientos de creación del mismo.

A) *Los órganos legitimados para crear derecho*

Esta primera acepción de la expresión fuentes del derecho responde a la pregunta de quién crea el derecho; de quién está legitimado para crear derecho formalmente válido.

La respuesta a dicha pregunta, que varía de un sistema jurídico-político a otro, puede ser múltiple: el derecho lo crea el Estado a través de sus órganos; el pueblo, directamente o indirectamente, a través de sus representantes, etc. Federico de Castro entiende, en este sentido, que son fuentes del derecho «las fuerzas sociales que producen legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas, que constituyen su ordenamiento jurídico»⁸.

B) *Los procedimientos de creación del derecho: uso, pacto y decisión*

Consisten en las vías, procedimientos o cauces a través de los cuales los órganos legitimados para crear derecho lo crean.

Esta segunda acepción de la expresión fuentes del derecho responde a la pregunta de cómo se crea el derecho.

La respuesta a esta cuestión, desde los supuestos de la Teoría fundamental del derecho, sería la de que todos los cauces o procedimientos formales de creación del derecho existentes se pueden reducir a tres categorías ontológicas fundamentales: el uso, el pacto y la decisión, las cuales, en cada sistema jurídico, tienen una específica coordinación.

⁸ *Op. cit.*, p. 363.



a) *El uso*

El uso, en cuanto comportamiento habitual de un grupo social o de la mayor parte de él, consiste en la repetición constante de actos, acompañada de la consciencia o sentimiento (*animus*) de su obligatoriedad (*opinio iuris seu necessitatis*)⁹.

El derecho producido a través del uso se nos presenta bajo la forma de costumbre (derecho consuetudinario).

Aunque la costumbre constituye una forma arcaica de manifestarse el derecho algunas doctrinas, relativamente modernas (Savigny, Ehrlich), han visto en ella la forma más elevada, fundamental, de expresarse y existir el derecho. Para ellas el derecho consiste fundamentalmente en costumbres y, subsidiariamente, en leyes.

b) *El pacto*

El pacto ha sido reconocido, desde la antigüedad¹⁰, con otra forma fundamental de creación del derecho que se extiende a todas las ramas del mismo (contratos, convenios, tratados internacionales, concordatos).

Especial significación tiene el pacto —que supone la existencia de dos o más sujetos colocados en un plano de relativa igualdad que buscan soluciones a un problema— en el ámbito del Derecho constitucional. El Derecho público medieval nace entre una pluralidad de poderes que se entrecruzan y buscan su coordinación y entendimiento a través del pacto; y el pacto va a ser, en el siglo xix, la piedra angular del liberalismo doctrinario¹¹ —como mediación entre las tesis de la soberanía de origen divino de los reyes y la soberanía popular— que le va

⁹ Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 148 y ss.

¹⁰ En este sentido indica GLAUCÓN: «Dicen que el cometer injusticia es por naturaleza un bien, y el sufrirla, un mal. Pero como es mayor el mal que recibe el que la padece que el bien que recibe quien la comete, una vez que los hombres comenzaron a cometer y sufrir injusticias y a probar las consecuencias de estos actos, decidieron los que no tenían poder para evitar los perjuicios ni para lograr las ventajas que lo mejor era establecer mutuos *convenios* con el fin de no cometer ni padecer injusticias. Y de ahí en adelante empezaron a dictar leyes y concertar tratados recíprocos, y llamaron legal y justo a lo que la ley prescribe.» PLATÓN: *La República*, lib. II, 359a.

¹¹ Cfr. LUIS DíEZ DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pp. 15 y ss., 38 y ss., 127 y ss., 155 y ss., 602 y ss., y en especial las pp. 640 y ss., 647 y ss.; DOMINIQUE BAGGE: *Les idées politiques en France sous la Restauration*, Presses Universitaires de France, 1952, pp. 93 y ss.



a permitir fundamentar y explicar la constitución como el resultado de un acuerdo, de un pacto, entre el rey y el pueblo: «constitución pactada»¹².

c) *La decisión*

La decisión constituye la tercera forma ontológica, fundamental, de creación del derecho.

La decisión como fuente del derecho presupone la existencia de un órgano investido de poder, de autoridad, para determinar lo que es derecho.

Según el tipo de constitución política ese órgano puede estar desempeñado por un solo hombre (monarquía absoluta, autocracia) o por muchos hombres: por la mayoría (democracia).

Esa decisión que crea el derecho puede adoptar, fundamentalmente, dos formas:

— Una *forma general y abstracta*, y entonces recibe el nombre de *legislación*. García Maynez define la legislación, en términos generales, como «el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes»¹³.

— Una *forma individual y concreta*, y entonces se conoce con el nombre de *jurisdicción*. Del Vecchio define la jurisdicción como «aquella actividad que tiende a la solución de las controversias o contrastes que surgen en el curso de las relaciones intersubjetivas»¹⁴. Es la función específica de los jueces que la ejercen aplicando las normas jurídicas, por lo común, generales y abstractas, a los casos concretos que deben decidir.

La jurisdicción no se reduce a la mera «acción de decir el derecho» (*jurisdictio*). Supone un proceso complejo mediante el cual el juez que decide el caso debatido lo hace aplicando una norma preexistente (legal o consuetudinaria), y al mismo tiempo contribuye al proceso de creación del derecho al interpretar, desarrollar e integrar las normas que aplica¹⁵.

¹² Cfr. EDGAR BODENHEIMER, *op. cit.*, pp. 230 y ss.; LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Leciones de Derecho Político*, 6.ª ed., Granada, 1959, pp. 377 y ss.

¹³ *Introducción al estudio del derecho*, 16.ª ed., Ed. Porrúa, México, 1969, p. 52.

¹⁴ *Filosofía del derecho*, trad. esp., 8.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1964, p. 370.

¹⁵ Cfr. KARL LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª Aufl., Springer Verlag, Berlín, Heidelberg, New York, 1975, pp. 350 y ss.



III. FUENTES DEL DERECHO Y SISTEMA NORMATIVO

1. Necesidad de distinguir entre fuentes del derecho y sistema normativo

En virtud de una figura retórica, de una metonimia, ha llegado a ser un lugar común de la doctrina el uso de la expresión fuentes del derecho para designar tanto a los órganos que crean las normas jurídicas como a las normas creadas por ellos¹⁶. En este sentido afirma Biondo Biondi: «El concepto de fuente de producción (...) es doble. Fuentes de producción, ante todo, son los órganos que según el ordenamiento y la conciencia social del tiempo tienen la función de crear la norma jurídica. Pero ésta, destacándose del órgano que la ha producido y objetivándose, asume una forma material y concreta, la cual a su vez se llama también fuente de producción del derecho. Así, por ejemplo —continúa diciendo—, el *Senado*, en la época del Principado, es fuente de producción, es decir, uno de los órganos de los cuales puede emanar el derecho; pero el producto de esta actividad legislativa que se llama *Senatus-consultum*, es decir, la forma material que asume la norma emanada del Senado, se llama también fuente de producción»¹⁷. Por su parte, Federico de Castro advierte: «... hay que distinguir entre el poder que crea la norma (*potestas normandi*), (que) es el que le da su especial carácter (por ejemplo: estatal o extraestatal), y las normas por él creadas (*normae agendi*), en cualquiera de las formas en que puede manifestarse (legislativa o consuetudinaria, por ejemplo). (... Pero aclara, más adelante:) no puede desconocerse que en el lenguaje jurídico y legal se habla de ley y costumbre como normas creadas por poderes distintos y que cuando se les llama fuentes se alude al poder que les ha creado y que les da su carácter especial y eficaz; nomenclatura —añade— arraigada y justificada por permitir mayor concisión»¹⁸.

La referencia de la expresión fuentes del derecho al sistema normativo ha alcanzado su consagración legal a partir de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, que en su artículo 1.º-1 declara que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

¹⁶ A este respecto escribe FEDERICO DE CASTRO: «... el tipo de la norma se utiliza, por metonimia, para designar a la verdadera fuente», *op. cit.*, p. 368.

¹⁷ *Corso di istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, Catania, 1929, pp. 10 y 11.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 369 y 369, nota 3.



Ahora bien, a pesar de lo arraigado de ese uso metafórico y de su consagración legal, desde el punto de vista de la Teoría fundamental del derecho —y con el fin de soslayar los inconvenientes ya aludidos— parece preciso subrayar la necesidad de diferenciar terminológicamente el poder u órgano que crea la norma y las normas por él creadas, con el fin de dotar al lenguaje jurídico de la claridad, del rigor y de la coherencia necesarias. En este sentido advertía Isidoro Martín: «La expresión *fuentes del derecho*, referida a la ley o a 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 justa, ya que entendemos que la claridad terminológica es camino abierto para la diafanidad conceptual»¹⁹.

Desde estos supuestos, el profesor Isidoro Martín propugna la necesidad de distinguir, con nitidez, entre *fuentes del derecho* —entendidas como órganos legitimados para crear derecho formalmente válido— y *modos de expresión del derecho*. En este sentido afirma: «A nuestro modo de ver (...) conviene hacer la distinción rotunda entre fuente productora (del derecho) y norma producida (...). No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar *fuentes* a lo que es precisamente *resultado*; no cabe llamar fuentes del derecho o de las normas jurídicas al propio derecho o a las mismas normas y olvidar a los organismos o fuerzas sociales engendradores de ese derecho o de tales normas (...). Importa, pues —añade—, aceptar una nueva terminología («una terminología más exacta con la que ganemos claridad y precisión»): denominar *fuentes del derecho* a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas y al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas —ley, costumbre (...), etc.— llamarlos *modos de expresión del derecho*»²⁰.

A nuestro juicio, y a la vista de cuanto precede, hay que distinguir con toda claridad tres cosas diferentes:

- a) El órgano o los órganos con competencia para crear derecho.
- b) Los procedimientos, cauces o formas a través de las cuales es creado el derecho por los órganos competentes.
- c) El derecho creado por los órganos competentes a través del procedimiento adecuado para ello.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 13.

²⁰ *Ibid.*, pp. 14, 15, 16 y 17.



A los factores a los que hacen referencia los apartados a) y b) conviene, con toda propiedad, según expusimos ya, la denominación de *fuentes del derecho*. Al derecho creado por dichas fuentes, al que se alude en el apartado c), le correspondería, con mayor exactitud, la designación de *sistema normativo* u *ordenamiento jurídico*; concepto éste que, a su vez, conviene distinguir del de *formas de existir del derecho* o *modos de expresión* del mismo.

2. Sistema normativo y formas de existir del derecho

En el ámbito de la Filosofía política el análisis más profundo y realista acerca de la esencia y de las formas del Estado quizá sea el representado por la denominada doctrina del «régimen mixto». Según esta doctrina, todo Estado bien constituido supone siempre la combinación —diferentemente dosificada en función de las diversas circunstancias y exigencias de lugar y tiempo— de tres principios constitutivos: el monárquico, el aristocrático y el democrático, pues en todo Estado hay tareas y funciones que, por su propia naturaleza y significación, requieren ser encomendadas a uno solo de los ciudadanos, a unos pocos o a muchos. De acuerdo con ello, y según que en la constitución de cada Estado predomine sobre los demás el principio monárquico, el aristocrático o el democrático, el Estado recibirá una u otra denominación²¹. A este respecto advierte Kelsen: «La democracia y la autocracia no son realmente descripciones de las Constituciones históricamente dadas, sino que más bien representan "tipos ideales". En la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno o a otro de estos tipos ideales. Cada Estado representa una mezcla de elementos de ambos, de tal manera que algunas comunidades se acercan más al primero de estos polos, y otras al segundo. Entre los dos extremos existe una multitud de etapas intermedias, la mayoría de las cuales no posee una designación específica. De acuerdo con la terminología usual, un Estado es llamado democracia si en su organización

²¹ Sobre la problemática del régimen mixto, cfr., entre otros, KURT VON FRITZ: *The theory of the mixed constitution in antiquity (A critical analysis of Polybius political ideas)*, Columbia University Press, New York, 1958, en especial pp. 63, 76 y ss., 109, 184, 204 a 245, 306, 342 y ss. y 454; M. DEMONGEOT: *El mejor régimen político según Santo Tomás*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959, en especial pp. 25, 26, 33, 142 a 146, 158 a 161 y 189.

prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático»²².

De modo análogo a lo que sucede con la constitución del Estado el derecho aparece constituido por tres principios o dimensiones ontológicas: la legitimidad, la legalidad o validez dogmática y la eficacia²³.

— La *legitimidad* constituye la dimensión ideal, filosófica, valorativa del derecho, y aparece referida a los principios y valores que inspiran y fundamentan el derecho, y que éste debe realizar.

— La *legalidad* es la dimensión técnica, formal, dogmática del derecho, en virtud de la cual una determinada proposición normativa aparece revestida de validez dogmática, constituyéndose en norma jurídica.

— La *eficacia* representa la dimensión sociológica o efectiva del derecho, y aparece referida al hecho de su aceptación y cumplimiento por parte de los obligados a ello.

Ahora bien, esas dimensiones ontológicas, constitutivas, del derecho no se dan en todo derecho en la misma medida, ni con la misma intensidad. Siempre predominará una sobre las demás, derivándose de ahí el hecho de que el derecho —en función de la dimensión o principio constitutivo predominante— adopte una forma u otra. De manera análoga a como el agua —sin dejar de ser agua en ningún caso— se nos puede presentar bajo tres formas diferentes (estados sólido, líquido y gaseoso), el derecho —sin dejar tampoco de ser derecho, en ningún supuesto— puede revestir tres formas diferentes, presentándose como *ley*, como *costumbre* o como *principios generales del derecho*²⁴.

A) La ley

Cuando el derecho se nos presenta bajo la forma de ley (*derecho legal*), la dimensión ontológica predominante es la «legalidad» (*validez dogmática*). A ella sigue la «legitimidad». La norma jurídica es «precepto» y ello supone la existencia de un momento de racionalidad o «verdad práctica» en la constitución de la norma (*veritas facit legem*). Toda norma, en cuanto precepto, implica siempre, en un primer mo-

²² *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de Eduardo García Maynez, 3.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, p. 337.

²³ Cfr. NORBERTO BOBBIO: *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1958, pp. 35 y ss.; «Sul principio di legittimità», en *Studi per una Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1970, p. 92; ELÍAS DÍAZ: *Sociología y Filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1971, pp. 58 y ss.

²⁴ Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 369.



mento, un juicio de la razón acerca de lo justo o de lo injusto (*vis directiva*). Esa «verdad práctica» es la que fundamenta y legitima el acto de voluntad (*vis compulsiva*), que dota de validez dogmática a la proposición normativa transformándola en norma (*auctoritas facit legem*). En un tercer momento o plano aparece la dimensión ontológica de la «eficacia» o «efectividad», la cual es necesaria para la realización del derecho en su plenitud ontológica, pero no para su existencia como orden normativo, ya que la legitimidad no depende nunca de la eficacia, y la legalidad —salvo en el supuesto de la admisión de la *desuetudo*— también es independiente de ella.

B) La costumbre

Cuando el derecho se manifiesta bajo la forma de *costumbre* (*derecho consuetudinario*), la dimensión ontológica que predomina es la «eficacia» (*validez sociológica*). En segundo lugar aparece la «legitimidad»: la *opinio iuris seu necessitatis* —en cuanto elemento constitutivo de la costumbre— está referida a un principio o valor que postula su realización. En último lugar surge el momento de la «legalidad» (fuentes de recepción), mediante el cual el poder público, de modo expreso o tácito²⁵, reconoce obligatoriedad formal a la costumbre, la cual —en cuanto norma de conducta de origen extraestatal— deja de ser un mero hábito o regla de trato social para constituirse en auténtica norma jurídica.

C) Los principios generales del derecho

Cuando el derecho aparece bajo la forma de *principios generales del derecho*, su dimensión ontológica primaria, fundamental, es la constituida por la «legitimidad» (*validez filosófica*). Esa legitimidad puede ser de significación histórica o tradicional, política (ideológica), ética, etcétera²⁶. La «eficacia» aparece en un segundo plano, pues se trata de principios «vigentes» (sentidos y vividos) dentro de un determinado grupo social y cultural. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros indican a este respecto: «Se trata de normas que no se encuentran fundadas en la autoridad del Estado, como la ley, ni en la posición de determinadas

²⁵ Cfr. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

²⁶ En función de esa diferente significación, Federico de Castro ha esbozado una tipología de los principios generales del derecho. Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 465 y ss.



fuerzas o grupos sociales, como la costumbre; sino que tienen su fundamento en la comunidad misma, de forma que es la comunidad entera, a través de sus convicciones y de las creencias que profesa, el auténtico poder creador de estas normas»²⁷. La «legalidad», en cuanto dimensión constitutiva de todo derecho, aparece aquí en tercer lugar, en una doble dirección o sentido: de un lado, en cuanto principios conformadores del ordenamiento jurídico y normas directamente aplicables —y por lo tanto provistas de una dimensión dogmática—, en defecto de ley o de costumbre²⁸; de otro lado, en cuanto que para un sector de la doctrina, incluida la jurisprudencia, los principios generales del derecho han de inducirse, a través de un proceso de abstracción y de generalización, a partir de las normas particulares (leyes y costumbres) que integran el ordenamiento jurídico²⁹.

A la vista de las consideraciones que anteceden tenemos que cuando el Código civil español, en su artículo 1.º-1, dice que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», dicho cuerpo legal, en rigor, no está enumerando las fuentes del derecho, sino enunciando las diferentes formas o modos de existir el derecho: describiendo los diferentes tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico español. En este sentido nos parece que era más acertada la redacción del párrafo segundo del antiguo artículo 6.º del Código civil, que se limitaba a enumerar la jerarquía de las normas diciendo: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.»

El problema que nos ocupa no posee sólo unas dimensiones técnica y filosófica, sino política también. Ello nos lleva —situándonos así dentro de la amplia temática de las relaciones existentes entre derecho y política³⁰— a plantearnos el problema del significado y de la función de las ideologías en la creación del derecho.

²⁷ *Op. cit.*, p. 163. Cfr. las pp. 162 y ss.

²⁸ Señala, al respecto, el artículo 1.º4 del Código civil: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.»

²⁹ Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.*, p. 161.

En relación con esta problemática, y, de modo más concreto, con la dicotomía *ley-derecho*, a propósito de la Ley fundamental de Bonn, cfr. WOLFGANG FIKENT-SCHER: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, t. IV, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1977, pp. 329 y ss.

³⁰ Sobre este punto, véase LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pp. 465 y ss.



IV. SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LAS IDEOLOGÍAS EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

1. *Función de las ideologías en el proceso de creación del derecho*

La función de las ideologías en el proceso de creación del derecho es múltiple y profunda. Tratando de sintetizar la significación de un fenómeno tan complejo como es ese podríamos decir que las ideologías despliegan su virtualidad creadora en un doble sentido, material y formal.

A) *Ideologías y fuentes materiales del derecho*

Las ideologías, tanto en su significación «conservadora» como «revolucionaria» —«utópica», en la terminología de Karl Mannheim— funcionan como instancias críticas y como directrices que impulsan y dirigen la acción política y social. En este sentido, y por lo que al derecho se refiere, las ideologías despliegan, en primer lugar, una función de significación material —ella es al menos la más evidente— informando y nutriendo el contenido del ordenamiento jurídico. De este modo suele hablarse de leyes de inspiración liberal, socialista, etc. Las ideologías se configuran así como fuentes materiales del derecho. Se trata, pues, de un fenómeno tan patente, tan claro, que no necesita mayor profundización ni ulteriores precisiones.

Menos evidente, aunque no menos profunda, es la significación y la función de las ideologías en relación con el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico.

B) *Ideologías y fuentes formales del derecho*

En un plano diferente las ideologías despliegan su virtualidad en un sentido formal, condicionando la estructura del Estado y, a través de ella, el sistema de fuentes formales del derecho.

El orden constitucional, dice Sánchez Agesta, a este respecto, es la «estructura congruente de una ideología política y su desarrollo en un plan articulado»³¹. Y añade luego, subrayando esa idea: «Es más, el mismo carácter concreto de las instituciones y los procedimientos técnicos de un orden constitucional determinado (la Monarquía inglesa,

³¹ «Ideología y orden constitucional», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. II, 1954, p. 94.



las Cortes españolas, la Ley electoral francesa, etc.) precisan ser comprendidas desde los principios ideológicos que los informan»³².

Ahora bien, del mismo modo que existe una congruencia entre cada orden constitucional concreto y las ideologías que lo inspiran, también se da, en un plano diferente, una congruencia entre los sistemas de fuentes formales de cada ordenamiento jurídico concreto y el orden constitucional al que pertenecen, por un lado, y las ideologías que lo informan, por otro, de tal modo que cualquier sistema jurídico (órganos y procedimientos de creación del derecho, sistema normativo), es siempre, en gran medida, el resultado de factores políticos, ideológicos. En este sentido escribe Federico de Castro: «La determinación de las fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía es un acto primario en la estructura del Estado. La inclusión o la exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas constituye una alteración de la ordenación política de la organización social. Tiene —aunque de ello no se hallan ocupado las cartas constitucionales— auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la facultad normativa creadora»³³.

La idea aquí subrayada requiere un desarrollo más profundo y detenido, en un epígrafe independiente.

2. *Función de las ideologías en la configuración del sistema de fuentes formales del derecho*

Una de las consecuencias de la influencia de las ideologías en la determinación de los fines que el Estado debe realizar y en la articulación constitucional del mismo —así como de la toma de conciencia por parte del hombre de dicho fenómeno— ha sido la sustitución del problema tradicional de la clasificación de las *formas de gobierno* (monarquía, aristocracia, democracia) —problema que pasa a ocupar un plano secundario en el horizonte de las preocupaciones políticas— por el de los *tipos de régimen político* (democracia, autocracia)³⁴.

³² *Ibid.*, p. 97.

³³ *Op. cit.*, pp. 369 y 370.

³⁴ Cfr. LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Ideología y orden constitucional*, cit. pp. 97 y 98; *Lecciones...*, cit. pp. 458 y ss., 493 y ss., 570 y ss.; ALVARO D'ORS: «Forma de gobierno y legitimidad familiar», en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1973, pp. 121 y ss.



La idea de régimen político implica una relación congruente y compacta entre tres factores fundamentales: ideología informadora, orden constitucional y sistema jurídico. En virtud de esa relación congruente y compacta, las ideologías que informan y configuran el orden constitucional, la estructura del Estado, inciden, a través de esa estructura, en la conformación y organización del sistema jurídico y, por lo que aquí más nos interesa, en la conformación y organización de un específico sistema de fuentes formales del derecho, el cual, en el contexto del orden político constitucional, adquiere la significación de *medio* para la realización de los específicos *fin*es que cada régimen político se propone. Ello hace que la diferencia entre los órganos y los métodos o procedimientos para la creación del derecho (fuentes formales) se configure como uno de los criterios diferenciadores de las formas políticas. Para Kelsen será el criterio definitivo, fundamental. En este sentido afirma Kelsen: «El criterio por el cual la Constitución monárquica se distingue de la republicana, y la aristocracia de la democracia, está en la forma en que regula la creación del orden jurídico (...) La clasificación de los gobiernos es en realidad una clasificación de las Constituciones, usado este último término en sentido material. Pues la distinción entre monarquía, aristocracia y democracia esencialmente se refiere a la organización de la legislación.» Y añade más adelante, reduciendo el problema de las formas tradicionales de gobierno, a lo que hemos denominado régimen político: «Si el criterio clasificador consiste en la forma en que, de acuerdo con la Constitución, el orden jurídico es creado, entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de Constituciones: *democracia* y *autocracia*. Esta distinción se basa en la idea de la libertad política»³⁵.

De lo dicho anteriormente se deduce que cada tipo de régimen político postula un sistema de órganos y de procedimientos de creación del derecho congruente con su orden constitucional y la ideología que lo inspira.

A) *Ideologías y órganos de creación del derecho*

Desde esta perspectiva parece fundamental la distinción entre regímenes autocráticos y regímenes democráticos.

³⁵ *Op. cit.*, pp. 336 y 337; cfr. LUIS Díez-PICAZO: «Constitución y fuentes del derecho», en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, abril-junio, 1979, p. 189.



a) *Regímenes autocráticos*

En relación con la creación del derecho la *autocracia* supone, según Kelsen, que «los súbditos (ciudadanos) se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares»³⁶.

En las autocracias el órgano fundamental de creación del derecho es el «autócrata» (el derecho es una emanación de la voluntad del autócrata), cuyo criterio de legitimación ha variado en función de las circunstancias. Como tipos diferenciados de autócratas cabría señalar:

— Los «reyes» y «emperadores» de las viejas monarquías de Derecho divino que, en cuanto delegados de Dios en la tierra, en cuanto monarcas «por la gracia de Dios», detentaban un poder absoluto y dictaban el derecho.

— Los «jefes carismáticos» de los modernos estados totalitarios, los cuales, en virtud de sus valores personales, y de su superioridad sobre el resto de los ciudadanos, se constituyeron en los titulares del poder político y en el primer órgano de creación del derecho. Así, por ejemplo, en la Alemania nacionalsocialista, el derecho —en cuanto ordenamiento vital del pueblo (reglas que establecen y desarrollan la vida del pueblo en comunidad)— se decía que emanaba del pueblo, pero era enunciado y fijado a través de las decisiones del Führer³⁷.

— Los «partidos únicos» de las democracias populares que buscan su legitimación arrogándose la representación de los intereses de la clase trabajadora, y en nombre de ella dictan el derecho, directa o indirectamente, a través de órganos interpuestos, dominados por el partido.

Junto al autócrata —ya sea una persona física, una oligarquía, un partido único...— aparecen otros órganos, de carácter colegiado o no, que poseen la condición real de órganos auxiliares o delegados del autócrata en el ejercicio del poder y en el proceso de creación del derecho, aunque a veces recaiga sobre alguno o algunos de ellos la mayor parte de esta última tarea.

³⁶ *Op. cit.*, p. 337.

³⁷ Cfr. ROGER BONNARD: *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*, trad. esp. de José M.^a Pi Suñer, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1950, pp. 28, 29, 67, 74, 76, 77, 85 a 88, 125 a 127, 209 y 242; ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 2.^a ed., Madrid, 1966, pp. 59 y ss.; HANS HATTENHAUER: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 331 y ss.



Como rasgos característicos de los mismos cabría destacar, entre otros:

— *Función*: no se trata de órganos abiertos a la participación popular en el ejercicio del poder y en la elaboración del derecho, sino de órganos que tienen por misión hacer posible y garantizar el ejercicio del poder y la elaboración del derecho de acuerdo con los criterios o directrices dictados por el autócrata.

— *Composición*: son órganos desempeñados o compuestos por personas que gozan de la confianza del autócrata, y que por lo tanto sólo representan al autócrata y no al pueblo, aunque a veces se arroguen carácter popular.

— *Legitimación*: su criterio de legitimación habría que buscarlo en su fidelidad a una ideología, a un régimen o a un partido y, en última instancia, en la confianza del autócrata.

b) Regímenes democráticos

A diferencia de la autocracia «la *democracia* significa —dice Kelsen— que la "voluntad" representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos»³⁸. El derecho es, pues, expresión de la voluntad popular.

Esa voluntad popular se expresa, fundamentalmente, a través de unos órganos de significación democrática, cuyas características fundamentales serían:

— *Función*: se trata de órganos abiertos a la participación popular en el ejercicio del poder y en la elaboración del derecho.

— *Composición*: son órganos integrados por representantes del pueblo, elegidos por éste, por vía directa o indirecta.

— *Legitimación*: su criterio de legitimidad radica en su condición de órganos representativos de la voluntad popular. Es pues la confianza del pueblo la fuente de su legitimidad³⁹.

B) Ideologías y procedimientos de elaboración del derecho

El uso, el pacto y la decisión, en cuanto fuentes formales del derecho, poseen una significación fundamentalmente técnica y ontológica,

³⁸ *Op. cit.*, p. 337.

³⁹ Sobre la significación del «Estado democrático», cfr. ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y...*, cit. pp. 18 y ss., 89 y ss.; ÁNGEL GARRORENA MORALES: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, en especial pp. 77 y ss., 87 y ss.



estando desprovistas de toda connotación ideológica. Sin embargo, cada uno de esos tipos de fuentes tienen, desde un punto de vista puramente funcional, sus posibilidades y sus límites, lo que hace que, en orden a la «praxis» política y jurídica, se configuren como «medios», más o menos idóneos, para la naturaleza y los «fines» que se proponen alcanzar los diferentes regímenes políticos. De este modo la ideología inspiradora de los mismos —aunque por su carácter ontológico, fundamental, ningún sistema político pueda prescindir totalmente de alguno de los tipos de fuentes existentes— hace primar a un tipo de fuentes sobre otros, con lo que los procedimientos de elaboración del derecho, que en principio sólo poseen, como hemos indicado, una significación técnica y ontológica, pueden aparecer, en ciertos casos, cargados de significación ideológica.

a) *Ideologías y uso*

El predominio del uso como fuente del derecho supone, desde el punto de vista filosófico, la ausencia o el declinar del racionalismo y del voluntarismo⁴⁰ que se manifiesta, fundamentalmente, en la presencia activa, hegemónica, de una mentalidad conservadora caracterizada por:

--- El culto a los poderes, a las instituciones y a las costumbres establecidas y consagradas secularmente por la tradición histórica (Burke). La costumbre —en cuanto forma de existir del derecho—, aunque aparece dotada de una gran fluidez y dinamicidad que le permite adaptarse, lenta pero continuamente, a los cambios de la vida social opera, precisamente por esa lentitud, como un factor conservador. De ahí que el culto a la costumbre sea uno de los rasgos más característicos de los sistemas jurídico-políticos primitivos, tanto históricos como actuales, que se caracterizan por su apego a la tradición y su espíritu conservador, así como de los pueblos modernos y civilizados pero de mentalidad conservadora. Buen ejemplo de ello puede ser que la Constitución de un pueblo tan conservador como el inglés sea, precisamente, una constitución consuetudinaria.

— El rechazo de las pretensiones innovadoras, revolucionarias, de la razón y de la voluntad individual (legislación, codificación), viendo en el derecho una obra de la historia, del espíritu nacional de cada pueblo (Savigny). Así, desde una actitud radicalmente conservadora,

⁴⁰ Cfr. MICHEL VILLEY: «Eessor et décadence du volontarisme juridique», en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París, 1962, pp. 277 y ss.



Savigny pudo defender la costumbre como la forma suprema de manifestación del derecho, subordinando a ella el derecho legal.

b) *Ideologías y pacto*

El pacto, como cauce de expresión del derecho, supone la existencia de una pluralidad de individuos o grupos, colocados en una situación de igualdad y libertad, que son llamados a entenderse por la vía del acuerdo recíproco ⁴¹.

Así sucede en los diferentes ámbitos de la vida social. En el ámbito interno del Estado, los sujetos (personas físicas y jurídicas), en virtud de la autonomía de su voluntad, fijan, mediante un pacto o contrato (*lex privata*), los términos a los que deberá ajustarse su comportamiento recíproco; en el ámbito internacional —ante la ausencia de una autoridad internacional—, los Estados, considerados iguales y soberanos, fijan también mediante pactos (*tratados*) las condiciones y reglas que regularán sus relaciones recíprocas.

Desde los supuestos individualistas, racionalistas y voluntaristas de la ideología liberal —que parte del dogma de que todos los hombres son iguales y libres, y titulares de unos derechos naturales, originarios e inalienables, situando a todos los hombres en un plano, más abstracto que real, de igualdad, desde el cual están llamados a entenderse, a relacionarse para convivir pacífica y libremente— la idea de pacto es elevada a la condición de categoría fundamental de la vida pública y privada, llegándose al extremo erróneo de pretender fundamentarlo todo en el pacto, en el contrato.

Para esta ideología el fundamento y la organización toda de la vida pública, del Estado, descansa en el pacto, en el contrato social, como expediente retórico-dialéctico supremo de legitimación política y jurídica ⁴².

Por lo que a la vida privada se refiere la ideología liberal verá en el dogma de la autonomía de la voluntad y en sus cauces de expresión jurídica, el negocio jurídico y especialmente el contrato, en cuanto es-

⁴¹ Cfr. EDGAR BODENHEIMER, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

⁴² Cfr. MICHEL VILLEY: «La pensée moderne et le système juridique actuel», en *Leçons d'Histoire...*, cit. pp. 55 y ss. y 59 y ss.; «Les origines de la notion de droit subjectif», *ibid.*, pp. 249 y ss.; «Kant dans l'Histoire du droit», *ibid.*, pp. 266 y ss.; «Essor et décadence du volontarisme juridique», cit. pp. 275 y ss.; MARIANO HURTADO BAUTISTA: «Legitimidad democrática del Derecho: El "Topos" del "Pacto Social"», en *Derecho y soberanía popular*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 16, Granada, 1976, pp. 1 y ss.



pecie de aquél —el consentimiento de la voluntad es el alma del contrato—, las categorías fundamentales de la vida jurídica⁴³. El triunfo del principio de la autonomía de la voluntad supuso la definitiva liberación de la contratación de los límites que suponía el «*numerus clausus*» de contratos conocido por el Derecho romano, y la consiguiente consagración del «*numerus apertus*», iniciado ya por el Derecho canónico. Ejemplo de esa liberación del tráfico contractual son los siguientes artículos del Código civil español: Artículo 1.254. «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio.» Artículo 1.255. «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

Debemos apuntar por último que, como consecuencia de las exigencias técnicas y funcionales de la contratación en masa del moderno tráfico jurídico y económico, así como de los condicionamientos ideológicos que determinaron el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho⁴⁴, se ha operado un desplazamiento de los contratos individuales —en donde las partes negociaban y fijaban libremente, en cada caso, las cláusulas del contrato— por los contratos de adhesión, las condiciones generales de los contratos⁴⁵ y los contratos colectivos, adquiriendo la contratación un carácter general y abstracto y resultando regulada así la vida jurídica, económica y social, de un

⁴³ Cfr. MICHEL VILLEY: «La pensée moderne et le système juridique actuel», cit. pp. 62 y ss.; «Les origines de la notion de droit subjectif», cit. pp. 249 y ss.; «Kant dans l'Histoire du droit», cit. pp. 266 y ss.; «Eessor et décadence du volontarisme juridique», cit. pp. 276 y ss.; GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del derecho*, trad. esp., 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 188 y ss.; *Introducción a la Filosofía del derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, 3.ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 160; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *op. cit.*, pp. 744 y ss., 747 y ss.

⁴⁴ Cfr. GUSTAV RADBRUCH: *Introducción...*, cit. pp. 157 y ss.; ERNT FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1964, pp. 27 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y...*, cit. pp. 65 y ss.; PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 91 y ss., 93 y ss.; MANUEL GARCÍA-Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Alianza Ed., 1980, pp. 13 y ss.; ANGEL GARRORENA MORALES, *op. cit.*, páginas 149 y ss.

⁴⁵ Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XIV, fasc. II, abril-junio, 1961, pp. 296 y ss.; LUIS Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil y patrimonial*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 236 y ss.



modo uniforme y despersonalizado, muy próximo en sus efectos, fundamentalmente, al propio de la legislación.

Un proceso similar de generalización y abstracción de las normas jurídicas se ha operado en el ámbito del derecho internacional, impulsado, fundamentalmente, por la técnica de los tratados multilaterales.

C) *Ideologías y decisión*

En relación con la decisión, como forma ontológica de aparición del derecho, cabe destacar los supuestos ideológicos —tanto de signo autocrático como demo-liberal— del proceso de desplazamiento de la *elaboración judicial del derecho* —que hizo de la jurisprudencia, al decir de Alvaro d'Ors, «la fuente primaria y universal de todo derecho»⁴⁶— y de su progresiva sustitución por la *legislación* —que se erige en fuente principal del derecho— como resultado del proceso creciente de intensificación del poder del Estado.

Ya en Roma, la aparición —bajo el influjo de las monarquías orientales— de un régimen absolutista y la introducción por Augusto del *ius respondendi*, supusieron un fenómeno de concentración autocrática y un monopolio del saber jurídico por parte del príncipe —los juristas dotados del «*ius respondendi*», respondían «*ex auctoritate Principis*»—, que marcó el ocaso de la jurisprudencia romana, la cual quedaría absorbida, posteriormente, por la función reglamentaria de la administración⁴⁷.

En la Edad Contemporánea cabe señalar como manifestaciones diferentes del proceso de desarrollo y consolidación de la legislación como fuente principal del derecho, los siguientes:

a) *El Estado democrático de derecho*, asentado sobre los siguientes supuestos:

— El *racionalismo*, entendido como fe absoluta en la capacidad de la razón para encontrar y formular el orden más justo y conveniente para la vida social.

— El *individualismo*, que parte de una concepción abstracta del

⁴⁶ Cfr. ALVARO D'ORS: «Principios para una teoría realista del derecho», apéndice al vol. *Una introducción al estudio del derecho*, 2.ª ed., Ed. Rialp, Madrid, 1963, p. 114; cfr. las pp. 117 y ss.; «Derecho es lo que aprueban los jueces», en el vol. *Escritos varios...*, cit. pp. 46 y ss.

⁴⁷ Cfr. ALVARO D'ORS: «De la "prudentia iuris" a la "Jurisprudencia del Tribunal Supremo" y el Derecho foral», en el vol. *Escritos varios...*, cit. pp. 59 y ss.; «Educación helenística y jurisprudencia romana», apéndice al vol. *Una introducción...*, cit. pp. 92 y ss.



hombre, al margen de toda consideración de signo histórico, sociológico, etc., y exalta, fundamentalmente, los valores de la libertad, de la igualdad de los hombres y de la seguridad, valores que, desde distintos supuestos, van a influir e impulsar el proceso de abstracción y generalización de la norma jurídica significado por la ley como forma fundamental de manifestarse el derecho ⁴⁸.

— El *voluntarismo* de signo democrático que concibe la ley como la expresión de la voluntad popular.

— La vigencia de una *mentalidad ordenancista* que entiende el orden jurídico —reducido fundamentalmente a orden legal— como un orden impuesto por la voluntad del Estado y garantizado por su aparato coactivo ⁴⁹.

— El dogma de la *división de poderes* y la primacía del poder legislativo, que tienen como corolarios: el imperio y la supremacía de la ley, como expresión de la voluntad general; la legalidad de las actuaciones del Gobierno y de la Administración; la independencia del poder judicial y la reducción de su misión a la tarea de *aplicar* la ley, quedando reservada su *creación* al poder legislativo ⁵⁰.

b) El *Estado totalitario* en sus diferentes manifestaciones históricas, en cuyo contexto —aunque se ha pretendido buscar el criterio último de legitimación del derecho en los supremos intereses y en la voluntad de la «nación», de la «raza» o de la «clase»— el derecho ha aparecido reducido siempre, en última instancia, de modo directo o indirecto, a la voluntad del Estado, bajo la forma de ley, sin que ello haya significado en momento alguno, imperio de la ley, legalidad de las actuaciones del gobierno y de la administración, ni independencia ni legalidad de la jurisdicción, sino pura y simplemente imperio de la arbitrariedad al servicio de los intereses políticos ⁵¹.

⁴⁸ El desarrollo de estas ideas puede verse en mi artículo «Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica», en el vol. *Filosofía y Derecho (Estudios en honor del profesor José Corts Grau)*, t. II, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, pp. 7 y ss.

⁴⁹ Cfr. ALVARO D'ORS: «Ordenancistas y judicialistas», en el vol. *Escritos varios...*, cit. pp. 36 y ss.

⁵⁰ Cfr. ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y...*, cit. pp. 15, 18, 20 y ss., 23 y ss.

Sobre la problemática que implica al principio de legalidad, cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO: *Constitución y fuentes del derecho*, cit. pp. 190 y ss., 195 y ss.

⁵¹ Cfr. ROGER BONNARD, *op. cit.*, pp. 17, 18, 28, 29 y 209; ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y...*, cit. pp. 61 y ss.; JACQUES BELLON: *Le droit soviétique*, Presses Universitaires de France, París, 1963, pp. 9 a 14, 36, 96, 97, 124 y 125; REMIGIO CONDE: *Sociedad, Estado y Derecho en la Filosofía marxista*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pp. 171, 172, 175, 176, 179, 180.

Debe subrayarse que la significación de la ley como instrumento de cambio —su idoneidad para posibilitar e impulsar reformas y transformaciones, incluso revolucionarias— ha llevado a la configuración de la legislación como uno de los supuestos fundamentales de todos los procesos de transformación y cambio de las estructuras sociales, políticas y económicas. En este sentido resulta muy significativo que un régimen revolucionario, como el Régimen soviético —frente al dogma de la extinción del derecho, que constituye uno de los «topoi» centrales de la ideología sobre la que se sustenta—, haya desembocado en la consagración del derecho bajo la forma de legalidad (tesis de la «legalidad socialista» y del «derecho de todo el pueblo»), como un instrumento fundamental de la revolución y de la edificación del socialismo y del comunismo⁵².

Ahora bien, ante este fenómeno general de ascenso y primacía de la legislación como fuente primaria, fundamental, del derecho, hay que hacer, para concluir, dos precisiones:

Primera: que el auge y predominio de la legislación como fuente del derecho no ha supuesto, como reiteradamente ha puesto de relieve la moderna metodología, la desaparición de la elaboración judicial del derecho, con la consiguiente reducción de la función jurisdiccional a la mera aplicación mecánica de las leyes. La jurisprudencia no sólo ha interpretado y adaptado las leyes a las cambiantes necesidades sociales, sino que ha integrado y desenvuelto el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajena una auténtica función creadora del derecho.

En relación con la elaboración judicial del derecho cabe advertir, asimismo, que, desde el punto de vista de la praxis revolucionaria, la función jurisdiccional cobra un nuevo significado —al que, al menos implícitamente, no es extraña la admisión de una cierta dimensión

⁵² Cfr. PIERRE LAVIQUE: «Les nouvelles tendances méthodologiques de la science juridique soviétique», en *Annuaire de l'U. R. S. S. et des Pays Socialistes Européens*, 1965, pp. 123 y ss.; K. STOYANOVITCH: *La Philosophie du droit en U. R. S. S. (1917-1953)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, pp. 236 y ss.; UMBERTO CERRONI: *El pensamiento jurídico soviético*, trad. esp. de Virgilio Zapatero y Manuel de la Rocha, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977, pp. 88 y ss., 104 y ss.; JACQUES BELLON, *op. cit.*, pp. 97 y 122 a 126; REMIGIO CONDE, *op. cit.*, pp. 39, 40, 46, 49 y ss., 75, 76, 120 y ss., 127 y ss., 157 y ss., 161 y ss., 189 y ss., 193 y ss.



creadora del derecho— para los teóricos del «uso alternativo del derecho». Para esta doctrina la jurisdicción se configura como un factor de primerísima importancia dentro del proceso de cambio y reforma de la vida social, económica y política. La doctrina del «uso alternativo del derecho», partiendo del supuesto de la no coherencia ideológica del ordenamiento jurídico, preconiza dentro del proceso de interpretación y aplicación del derecho, y sin menoscabo del rigor técnico de dicho proceso, la opción —entre las diversas interpretaciones posibles del mismo— por aquella interpretación que sea más conforme y coherente con los principios más progresivos y democráticos incorporados al ordenamiento jurídico, con el fin de impulsar un cambio social y jurídico que haga posible un nuevo orden democrático y la consiguiente emancipación de las clases trabajadoras⁵³.

Segunda: que el fenómeno del desarrollo y de la consolidación de la legislación como fuente principal del derecho, y la consiguiente primacía que la ley ha alcanzado, en cuanto forma fundamental de aparición del mismo, en el Estado moderno, no supone que esa primacía —por razones ideológicas que se reflejan en la constitución y en la estructura orgánica de cada Estado— tenga en todos los Estados, cualquiera que sea su régimen político, la misma significación y alcance. La significación de la legislación como fuente del derecho, y de la ley, como forma principal de manifestarse el derecho, depende de la posición que ocupa en el entramado constitucional el órgano al que se atribuye la función legislativa, posición que varía de unos regímenes a otros

⁵³ Cfr. PIETRO BARCELLONA: «Uso alternativo del derecho y legitimación de las "praxis emancipatorias"», en el vol. *El Estado y los juristas*, trad. esp. de Juan Ramón Capella, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976, pp. 262 a 265 y 269; NICOLÁS M.ª LÓPEZ CALERA: «Sobre el alcance teórico del uso alternativo del derecho», en el volumen col. *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1978, pp. 12, 16, 17 y 21; PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ: «Para una práctica judicial alternativa», en *Derecho y soberanía popular*, cit. pp. 155, 162 a 164 y 172 y 173; «Uso alternativo del derecho y práctica judicial», en el vol. *Sobre el uso alternativo del derecho*, cit. pp. 65 y ss., 82 y ss.

Sobre el uso alternativo del derecho, véanse las ponencias recogidas en el volumen *L'uso alternativo del diritto*, 2 vols., ed. al cuidado de P. Barcellona, Roma-Bari, 1973.

Para una crítica de la doctrina del uso alternativo del derecho, cfr. AULIS AARNIO: *Denkweisen der Rechtswissenschaft (Einführung in die Theorie der Rechtswissenschaftlichen Fortschung)*, Springer-Verlag, Wien-New York, 1979, en especial, pp. 195 y ss.



en función de las concepciones ideológicas relativas, fundamentalmente, a la estructura y a los límites del poder⁵⁴.

Las diferencias no aparecen solamente en relación con el binomio «autocracia-democracia», al cual ya nos hemos referido, sino que se hacen patentes también dentro de los genéricamente denominados «regímenes democráticos», en función de las concepciones ideológicas en ellos vigentes. Dichas diferencias no tienen sólo una significación teórica, sino importantes consecuencias prácticas que se reflejan en temas como la «reserva de ley», la significación y el alcance del «principio de legalidad», la existencia o inexistencia de ciertos ámbitos de discrecionalidad para el poder ejecutivo (posibilidad o no de la existencia de «reglamentos independientes» o «praeter legem», etc.), fronteras entre la ley y el reglamento...⁵⁵, temas todos estos que tienen una gran importancia y trascendencia técnico-jurídica y política.

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

⁵⁴ Cfr. CHRISTIAN STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, traducción esp. de Luis Legaz y Lacambra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 107 y ss., 117 y ss., 159 y ss., 168 y ss., 175 y ss., 183 y ss., 194 y ss.; ANGEL GARRORENA MORALES: *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 19 y 34.

⁵⁵ Cfr. CHRISTIAN STARCK, *op. cit.*, pp. 217 y ss., 383 y ss., 394 y ss., 404 y ss.; ANGEL GARRORENA MORALES: *El lugar de la Ley...*, cit. pp. 23 y ss., 29 y ss.



COMENTARIOS A SENTENCIAS



