

# NOTAS DIDACTICAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

CON ESPECIAL REFERENCIA AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

Por

ISIDORO MARTIN MARTINEZ

Catedrático de Derecho Romano

## S U M A R I O

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

II.—Diversas acepciones de la expresión *fuentes del derecho*.

1.—Primer sentido: origen de los derechos subjetivos.

2.—Segunda acepción: causa última del derecho objetivo.

3.—Tercer significado: origen del derecho positivo.

A) Imperfecta aplicación de la terminología en este punto.

B) Distintas posiciones en el empleo de la terminología corriente.

C) Necesidad de distinguir entre fuente productora y norma producida.



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

*E)* Conveniencia de adoptar una nueva terminología.

*F)* La terminología romana: sus vacilaciones.

*G)* Ordinaria exposición de las fuentes y de los modos de expresión del derecho en la didáctica romanística.

*H)* Los modos romanos de expresión del derecho: conveniencia de estudiarlos junto a las fuentes.

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

*A)* La clasificación de las fuentes de conocimiento y su terminología.

*B)* Clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho romano.



## I.—NECESIDAD DE UNA CLARA TERMINOLOGIA

«Los problemas de las fuentes y el método en derecho privado —ha escrito CASTÁN (1)— constituye, por su interés teórico-práctico y por su ardua dificultad, la preocupación constante de los juristas contemporáneos.»

Las dificultades intrínsecas de tales problemas se ven agravadas por los de terminología. El empleo de la expresión *fuentes del derecho* resulta notablemente desafortunado porque, lejos de traducir con exactitud y claridad los conceptos, siembra la confusión.

De una parte, como CASTÁN (2) advierte, «el carácter figurado y metafórico de la expresión *fuentes del derecho* hace inacabables las controversias y contribuye a la oscuridad de una teoría sobre la que han trabajado tantos escritores y tantas escuelas científicas con criterios y puntos de vista muy dispares».

Por otro lado, la pluralidad de acepciones de la palabra *fuentè*—señala DE CASTRO (3)—hace que resulte equi-

---

(1) CASTÁN, *Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo*, en el *Libro-homenaje al profesor don Felipe Clemente de Diego*. Madrid, 1940, pág. 115.

(2) CASTÁN, *Orientaciones modernas*, cit. pág. 116.

(3) DE CASTRO (Federico), *Derecho civil de España*, t. I, Valladolid, 1942, pág. 267. A este propósito nos advierte (n. 2, pág. 267): «Se hace notar que con la palabra fuente en su propio sentido natural nos podemos referir a cosas tan distintas como: al agua misma, en el momento en que nace de la tierra; al lugar en que se verifica su salida, y al sitio oculto en que se acumula el agua antes de nacer».



voca, y «al unirse a la palabra *derecho*, produzca una variedad de conceptos que, con mayor gravedad, se reflejará en confusiones para la doctrina jurídica».

Lo cual nos indica que todo cuanto contribuya a la precisión terminológica redundará, necesariamente, en beneficio de la más fácil solución de los problemas planteados en torno a las denominadas *fuentes del derecho*.

Importa, pues, fijar con la mayor claridad posible qué entendemos por *fuentes del derecho* y examinar si alguna de las acepciones en que se emplea conviene que se sustituya por otra expresión que, siendo más adecuada, contribuya a traducir con mayor claridad los conceptos.

## II.—DIVERSAS ACEPCIONES DE LA EXPRESION *FUENTES DEL DERECHO*

Cierto es que la palabra *fuerite* tiene en su sentido material diversas acepciones, y cierto también que su empleo en la terminología jurídica se hace en sentido figurado. Creemos, por lo tanto, acertado remitirnos a la acepción figurada del diccionario de la Academia Española: «*principio, fundamento u origen de una cosa*» (4), y entender que cuando empleamos la expresión *fuentes del derecho*, queremos decir tanto como *principio, fundamento u origen del derecho*.

Así, pues, para nosotros, *fuerite del derecho* equivale en términos generales a *origen del derecho*, y estimamos que cuando el Digesto, apenas fijados en su primer título (5) los conceptos fundamentales de la justicia y el

---

(4) Exactamente, pues, afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN que *fuerite* en sentido figurado es «la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho», (*Estudios de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1890, página 21). Y DR DIEGO dice con igual exactitud: «Fuerite decimos en sentido propio al lugar o manantial donde brota el agua; lómase, pues, como sinónimo de origen o principio de una cosa». (*Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano*. Madrid, 1900, pág. 112.)

(5) D. 1, 1: *De iustitia et iure*.



derecho, se ocupa inmediatamente *de origine iuris* (6), lo que hace es darnos noticia de las *fuentes del derecho*, siquiera GAYO y POMONIO, cuyos fragmentos forman el citado título, no empleen la palabra *fontes*, ni encontremos esta expresión en las obras de los jurisconsultos romanos, que ciertamente no han escrito *de fontibus iuris* (7).

Sin embargo, aun refiriéndonos con la expresión *fuentes del derecho* al origen del mismo, cabe analizar y precisar más todavía.

En la terminología jurídica, la expresión *fuentes* se emplea en estos cuatro sentidos:

1) Como *fuentes de los derechos subjetivos*, esto es, como fundamento de las facultades atribuidas a los hombres en la vida jurídica.

2) Como *la fuente del derecho objetivo*, o sea—según dice DE CASTRO (8)—«como la causa última del derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico».

3) Como *las fuentes del derecho positivo*, es decir, «las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que para ella constituyen el ordenamiento jurídico» (9).

4) Como *las fuentes de conocimiento del derecho positivo*, o lo que es igual, los medios objetivos utilizables para alcanzar el conocimiento de un derecho determinado.

---

(6) D. 1, 2: *De origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentum*.

(7) Advertimos, sin embargo, que TRUO LIVIO (*Ab urbe condita*, III, 34) afirma que en sus días las XII Tablas eran aún «*fontes omnis publici privatique iuris*».

(8) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. pág. 267.

(9) DE CASTRO, *Ibidem*.



## 1.—PRIMER SENTIDO: ORIGEN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

En el primer sentido entendemos la palabra derecho referida a la *facultas agendi*, y entonces la expresión *fuentes del derecho* significa tanto como *origen de los derechos subjetivos*, y el problema consistirá en determinar *de dónde* nacen esas facultades o poderes en que el derecho consiste. La terminología, pues, resulta perfectamente correcta.

Sin ahondar el problema, puesto que no intentamos otra cosa que un examen terminológico, entendemos que la *facultas agendi* tiene su fuente, es decir, su principio, fundamento u origen en la *norma agendi*. Los derechos subjetivos nacen en virtud de la norma que los establece (10), y en este sentido la fuente de los derechos subjetivos es el propio derecho objetivo.

Mas lo cierto es que cuando hablamos ordinariamente de las fuentes del derecho, no nos referimos a éste en su aspecto subjetivo. Implícitamente aludimos al derecho en su sentido objetivo, al derecho considerado como norma.

## 2.—SEGUNDA ACEPTIÓN: CAUSA ÚLTIMA DEL DERECHO OBJETIVO

Con la expresión *fuerza del derecho objetivo*, en el segundo significado antes expuesto, queremos referirnos a la causa primera y radical de la norma jurídica. Como CORNIL afirma (11), «el derecho está en el ambiente social como el oxígeno en el aire». Mas lo que interesa averi-

---

(10) Con esto no queremos sostener que no existen más derechos subjetivos que los establecidos o reconocidos por una norma positiva. Hay, efectivamente, derechos subjetivos anteriores a toda ley o norma positiva e independientes de ellas, *derechos naturales*, pero derechos que nacen, sin embargo, de una norma anterior también a las normas positivas: el derecho natural en su sentido objetivo.

(11) CORNIL, *El Derecho privado*, trad. de García Ormaechea. Madrid, 1928, pág. 75.



guar es dónde se producen tal oxígeno que todo lo llena, ese derecho que se halla en todas partes.

Aquí las escuelas darán cada una su respuesta, pero todas coincidirán en apreciar la existencia de una causa, de una fuente primera del derecho, el punto de donde el derecho nace y en donde tiene su origen. Para unos será el espíritu del pueblo; para otros, el Estado; para otros, como CASTÁN escribe (12), «la fuente primaria o suprema del derecho está más allá del Estado y de la sociedad, en nosotros mismos, en nuestra conciencia racional, en la idea de la justicia como traducción de la naturaleza humana y del orden universal de las cosas. Ahondando más todavía, podemos decir que el origen primero del derecho está en Dios, supremo autor de la condición humana y del orden universal que ha impreso la noción de lo justo en la conciencia de los seres racionales». Porque en definitiva, como el Rey Sabio nos recuerda en el mismo inicio de sus Partidas, «Dios es comienzo, e medio, e acabamiento de todas las cosas, e sin El ninguna cosa puede ser: ca por el su poder son fechas, e por el su saber son gobernadas, e por la su bondad son mantenidas» (13).

Puede haber, pues, discrepancia en apreciar cuál sea la fuente del derecho, pero todos coinciden en referirse al *origen* del derecho cuando investigan su *fuentes*. La expresión, por lo tanto, resulta, asimismo, perfectamente adecuada.

### 3.—TERCER SIGNIFICADO: ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO

A) *Imperfecta aplicación de la terminología en este punto.*

La imperfección terminológica se manifiesta, a nues-

(12) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. I, Madrid, 1941, páginas 47-48.

(13) Cfr. IOANN, *Evang.* I, 3: "Omnia per ipsum facta sunt et sine ipso factum est nihil quod factum est".



tro juicio, en esta tercera de las acepciones señaladas: cuando hablamos de fuentes del derecho con relación al derecho positivo.

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

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

Como afirma certeramente DÍAZ (14): «las fuentes de derecho serán realmente los organismos de donde emanan (las normas): el poder legislativo, el pueblo legislando sin propósito preconcebido y los jurisperitos autorizados para producir derecho o cuya labor se acepte como tal».

Con la misma justeza escribe BIONDI (15) que «fuentes de producción son, ante todo, los órganos que, según el ordenamiento y la conciencia social del tiempo, tienen la función de crear la norma».

Expresiones coincidentes con la de DE CASTRO, antes citada, según la cual la frase *fuentes del derecho positivo* hace referencia a «las fuerzas sociales que determinan

---

(14) DÍAZ (Eusebio), *Instituciones de Derecho Romano*, t. I, Barcelona, 1913, pág. 25.

(15) BIONDI, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, Catania, 1929, pág. 10.





legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que para ella constituyen el ordenamiento jurídico», o como dice también, «es fuente de derecho: cada fuerza social con facultad normativa creadora» (16).

Por ello ha podido decir fundadamente De BUEN (17), al estudiar estos problemas, que no considera exacta la denominación de fuentes del derecho.

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

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

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

a) Unos autores, muy reducidos en número —como De BUEN o DÍAZ—, señalan la inexactitud de la expresión, pero se deciden a seguir empleándola en atención a su arraigo (18).

b) Otros, también escasos en número —como BIONDI o DE CASTRO—, señalan la distinción entre el organismo que produce las normas y las normas jurídicas producidas,

---

(16) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. pág. 271.

(17) De BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*. Madrid, 1932, página 277.

(18) De BUEN escribe: «No me parece exacta la denominación de fuentes del Derecho. Sin embargo, me inclina a admitirla la conveniencia de no apartarse, en un libro de esta índole, de una terminología tan usual y recibida». Ob. cit., pág. 277.

Por su parte, DÍAZ advierte: «A pesar de todo, siguiendo la corriente, para evitar confusiones damos el nombre de fuentes del derecho histórico a la costumbre, legislación y jurisprudencia». Ob. cit., pág. 25.



pero encuentran justificada la expresión *fuerza* referida tanto al organismo productor como a la norma que de él emana (19).

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

C) *Necesidad de distinguir entre fuerza y norma.*

A nuestro modo de ver, frente a los autores que hemos encuadrado en el tercer grupo conviene hacer la distinción rotunda entre fuerza productora y norma producida.

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

BONFANTE (20), por ejemplo, escribe: «Fuentes del derecho positivo son los órganos propios y directos de la evolución jurídica: en otros términos, los modos por los cuales la norma jurídica viene a ser establecida como tal, es decir, como norma positiva y coactiva... Se distinguen dos modos fundamentales de establecer el derecho: la costumbre y la ley».

---

(19) Así Biondi afirma: «El concepto de fuerza 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 fuerza de producción del derecho. Así, por ejemplo, el Senado, en la época del Principado, es fuerza 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 fuerza de producción». Ob. cit., págs. 10-11.

De Castro mantiene con diáfana claridad y con profundidad de análisis la distinción que señalamos entre el organismo productor y la norma producida; pero lo cierto es que el estudio de las formas de expresión de la norma lo hace bajo la rúbrica general de *fuentes del derecho*. Ver. ob. citada, págs. 267 y sigs. Merece considerarse el epígrafe «Definición de fuerza jurídica», sin olvidar su nota final.

(20) BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9.<sup>a</sup> ed. Milán, 1932, página 20.



Para FERRARA (21) son fuentes del derecho «los modos en que el derecho surge y adquiere ser».

En opinión de STOLFI (22), «se llaman fuentes del derecho objetivo las formas en las que se actúa el derecho positivo; los modos en que se exteriorizan las normas jurídicas».

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

Análogamente, a juicio de RUGGIERO (25), «por fuente en sentido técnico, se entienden las formas en que el derecho positivo se realiza, los modos cómo las normas de conducta reciben determinación concreta y carácter coactivo».

Finalmente, para no alargar indefinidamente las citas, según MELUCCI (26), «las fuentes del derecho, o sea las formas y los modos donde surge y se manifiesta la norma jurídica, son la ley, propiamente dicha, y la costumbre».

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

No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar *fuentes* a

---

(21) FERRARA, *Diritto civile italiano*, vol. I. Roma, 1921, pág. 98.

(22) STOLFI, *Diritto civile*, vol. I. Turín, 1919, pág. 117.

(23) SCUTO, *Istituzioni di Diritto civile*. Nápoles, 1931, pág. 30.

(24) SCUTO, *Ibidem*, pág. 31.

(25) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. I. Madrid, 1929, pág. 76.

(26) MELUCCI, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed Istituzioni di Diritto civile*, Nápoles, 1905, pág. 46.

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.

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

Frente a los autores del segundo grupo no estimamos acertada esa identidad de denominación para dos entidades tan distintas como la causa y el efecto. Entendemos que la expresión *fuerza del derecho* cuadra perfectamente al organismo productor de las normas jurídicas, pero que éstas, una vez alcanzada entidad independiente, no pueden seguir siendo denominadas *fuentes* si no es con notorio agravio de la claridad y exactitud de la terminología. Y así, la afirmación de BIONDI, antes recogida, la estimamos improcedente: el Senado será, en efecto, fuente del derecho; al senadoconsulto, si queremos ser exactos y justos en la expresión, habrá que considerarlo como una *forma de manifestación*, como un modo de expresión del derecho; no como una *fuerza* del mismo.

Ni siquiera en la acepción puramente material de la palabra *fuerza* se da esta confusión que hallamos en la terminología jurídica. Porque llamamos fuerza al lugar de donde brota el agua o, a lo más, al agua misma en el momento de nacer y mientras permanece en el lugar del nacimiento; pero no denominamos fuerza al agua una vez que corre apartada ya de su lugar de origen (27).

---

(27) DE CASTRO escribe: «Se hace notar que con la palabra fuerza, en su propio sentido natural, nos podemos referir a cosas tan distintas como: al agua misma en el momento en que nace de la tierra; al lugar en que verifica su salida, y al sitio oculto de la montaña en que se acumula el agua antes de manar». (Ob. cit., pág. 267, n. 2.)

Examinadas estas tres acepciones materiales, vemos que corresponden, con bastante exactitud al sentido figurado con que pasa la palabra fuerza



E) *Conveniencia de adoptar una nueva terminología.*

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

Importa, pues, aceptar una nueva terminología: denominar *fuentes del derecho* a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas y al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas —ley, costumbre, plebiscito, senadoconsulto, etc.—, llamarlos *modos de expresión del derecho*, que en definitiva es la terminología empleada por los autores citados en el último grupo cuando tratan de definir lo que ellos llaman fuentes del derecho (28).

F) *La terminología romana: sus vacilaciones.*

Si, según la indicación del norteamericano SLOOVERE (29), «siempre que se emprende un estudio serio de cualquier aspecto de interpretación legal o de un problema jurídico, es necesario volver al derecho romano», aun cuando en el caso actual no se aborde un serio y grave problema, sino una leve cuestión de terminología, no deja de ser interesante volver la vista a la terminología jurídica romana.

---

al campo jurídico. Si llamamos fuente al agua acumulada y todavía oculta, de igual manera llamamos fuente del derecho a ese derecho transpositivo o a esa causa primera—*lex naturalis, lex æterna*, Dios ordenador—de la cual deriva el orden jurídico.

Llamamos, asimismo, fuente al lugar de salida del agua o a ese agua en el momento de brotar. Por eso entendemos que la denominación de fuente sólo cuadra al lugar u organismo en donde brota el derecho, no a la norma que ya salida de la fuente adquiere independencia.

(28) Véase las citas correspondientes a las notas 20-26.

(29) SLOOVERE, *The significance of the roman Law today*, en *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 1938, pág. 423.



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

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

Pero no deja de ser curioso que cuando POMPONIO, en su famoso y cumplido fragmento (30), estima necesario hablarnos del *origen*, esto es de las fuentes del derecho de Roma —*necessarium itaque nos videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*—, nos vaya recordando los *organismos productores* del derecho.

Sin embargo, en la terminología romana advertimos una cierta vacilación. En sus *Institutiones*, GAYO (31) nos dice: "*Constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*".

Análogamente, en la *Instituta* justiniana (32) el emperador afirma: "*Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto... Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, prudentum responsa*".

El empleo del verbo *constaré* resulta sugestivo. Una de sus fundamentales acepciones es la de *pararse, detenerse, permanecer*. Así dice CATÓN del *aqua in fossis* (33). Podríamos interpretar que tal como el agua nace de la fuente, pero luego se detiene ésta o permanece en otros lugares, del mismo modo para los jurisconsultos romanos,

(30) D. 1, 2, 2.

(31) GAYO, I, 2.

(32) I, 2, 3.

(33) Ver el diccionario de Raimundo de MIGUEL.



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

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

Sin embargo, cuando PAPINIANO (34) afirma: "*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit*", no cabe duda que considera a las diversas formas de las normas jurídicas como fuente del derecho, puesto que estima que el derecho civil, *venit*, esto es, procede, de las leyes, de los plebiscitos, etc.

De igual manera, en la enumeración de las diversas modalidades de manifestación del derecho que hace POMONIO (35), afirma: "*...aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur*". Si el derecho honorario nace del edicto de los magistrados, es indudable que el edicto puede llamarse fuente del derecho.

Por el contrario, al definir PAPINIANO (36) en el fragmento antes citado el derecho honorario, no dice que *ex edictis venit*, sino que es "*quod prætores introduxerunt*", haciendo referencia a la verdadera fuente productora.

Vemos, pues, que los jurisconsultos romanos no emplean la expresión *fontes iuris*, pero en el fondo de su imprecisa terminología coinciden con los autores modernos que consideran fuentes del derecho tanto a los orga-

(34) D. 1, 1, 7 pr.

(35) D. 1, 2, 2, 12.

(36) D. 1, 1, 7, 1.



nismos que lo producen como a los modos de manifestación de las normas. El reproche que hacemos a la terminología moderna alcanza al modo de expresión romano.

G) *Ordinaria exposición de las fuentes y modos de expresión del derecho en la didáctica romanística.*

Establecida la distinción terminológica, vengamos a otra cuestión en el campo de la didáctica del derecho romano.

De ordinario, en los tratados de derecho romano el estudio de las fuentes del derecho y el de sus modos de expresión se realiza con absoluta independencia.

El examen de los comicios, de los concilios de la plebe, de las magistraturas y demás organismos o fuerzas sociales, a nuestro modo de ver, no se relaciona debidamente con la doctrina sobre la validez, fundamento o eficacia de las formas de expresión del derecho romano en las diversas etapas de su historia.

En los manuales o tratados —tanto de Historia como de Instituciones— creemos advertir no pocas lagunas a este respecto y, sobre todo, como indicamos, una disociación de estos temas que, didácticamente, la consideramos poco afortunada. En los manuales de Instituciones, las referencias a las denominadas fuentes del derecho —a sus manifestaciones en nuestra terminología— son, justificadamente, levisimas, o faltan por completo. En los de Historia, se atiende más al aspecto puramente formal y externo que al doctrinal.

Todo lo cual produce una visión parcial e imprecisa muy poco provechosa para el escolar que inicia sus estudios.

Preciso es reconocer las dificultades con que se tropieza para lograr un plan de exposición acertado en la historia jurídica. La exposición del conjunto institucional en cada una de las etapas históricas estorba para la ínte-





gra y continuada visión evolutiva de cada institución. Viceversa: la exposición aislada de cada institución impide la visión de conjunto de las relaciones que en cada momento histórico guardan entre sí las diversas instituciones.

Las dos posiciones son defendibles. Ninguna carece de defectos, ni a ninguna le faltan ventajas. Pero cualquiera que sea el plan de exposición preferido, estimamos en extremo conveniente acabar con la disociación que acabamos de indicar.

En su consecuencia, propugnamos que el estudio de cada una de las fuentes del derecho de Roma se llevé a cabo juntamente con el estudio del correspondiente modo de expresión de la norma que le sea peculiar.

H) *Los modos romanos de expresión del derecho: conveniencia de estudiarlos junto a las fuentes.*

Veamos concretamente cuáles fueron en Roma las formas de expresión de su derecho, que, como es natural, variaron al compás de la evolución de la historia política y constitucional.

Según POMPONIO (37), en Roma—*in civitate nostra*—se dispone, establece o determina—*constituit*—por medio de:

- 1) *Lex.*
- 2) *Interpretatio prudentum.*
- 3) *Legis actiones.*
- 4) *Plebiscitum.*
- 5) *Magistratum edictum.*
- 6) *Senatusconsultum.*
- 7) *Principalis constitutio.*

Nos dice GAYO (38) que los derechos del pueblo roma-

(37) D. 1, 2, 2, 12.

(38) I, 2 a 7.



no —*iura populi Romani*— se componen —*constant*— de:

- 1) *Leges.*
- 2) *Plebiscita.*
- 3) *Senatusconsulta.*
- 4) *Constitutiones principum.*
- 5) *Edicta.*
- 6) *Responsa prudentium.*

Afirma PAPINIANO (39) que el derecho civil procede —*venit*— de las cinco primeras expresiones; el derecho pretorio —*quod pretores introduxerunt*— lo tendremos que referir a la sexta, aunque PAPINIANO elude el término:

- 1) *Leges.*
- 2) *Plebiscita.*
- 3) *Senatusconsulta.*
- 4) *Decreta principum.*
- 5) *Auctoritas prudentium.*
- 6) *Edicta.*

Finalmente, JUSTINIANO (40) indica que el derecho romano —*ius nostrum*— consta de escrito y no escrito, correspondiendo a:

- 1) *Leges.*
- 2) *Plebiscita.*
- 3) *Senatusconsulta.*
- 4) *Principum placita.*
- 5) *Magistratum edicta.*
- 6) *Prudentium responsa.*
- 7) *Mores.*

Este último término corresponde al derecho que procede del no escrito.

Advirtamos también que según ULPIANO (41), el de-

(39) D. 1, 1, 7.

(40) 1, 2, 3 a 9.

(41) D. 1, 1, 6, 1.



recho de Roma, como el griego, *constat aut ex scripto aut sine scripto*. No tenemos completo su pensamiento en orden a las formas de expresión del derecho. Sin embargo, en su *Liber Regularum* (42) —el citado fragmento de las *Pandectas* corresponde a las *Institutiones* ulpianas— que, incompleto, comienza exponiendo la clasificación de las leyes, nos hablan en último término de los *mores*, definidos como *tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*.

Por otra parte, CÍCERÓN (43) viene a coincidir con estas enumeraciones, pero, además, alude a las sentencias judiciales, del mismo modo que lo hace CALISTRATO (44) en un texto que las *Pandectas* recogen.

Del examen de los textos precedentes resulta que las *leges*, los *plebiscita* y los *senatusconsulta* son unánimemente citados, con estas denominaciones, como modos de manifestación del derecho. Los *edicta* de los magistrados son, asimismo, reconocidos como tales, si bien PAPINIANO no emplea tal denominación, sino que habla del derecho *quod prætores introduxerunt*, sin indicar el modo de expresión. Las disposiciones emanadas de la autoridad imperial aparecen denominadas *constitutiones* por POMPONIO y GAYO, en tanto que PAPINIANO habla de *decreta*, y JUSTINIANO emplea el término de *placita*. La producción de los jurisconsultos es calificada de *responsa* por GAYO y JUSTINIANO, mientras PAPINIANO usa el término

(42) *Reg. pr. 4*.

(43) CÍCERÓN; *Topica*, V: "ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more æquitate consistat".

Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, trad. esp., 2.<sup>a</sup> ed., t. I, pág. 124, donde alude a otros pasajes ciceronianos en los que «la confusión es tan grande que se incluyen entre las fuentes (los modos de expresión, diríamos nosotros) los hechos individuales del hombre que sirven de base a las relaciones jurídicas, confusión en la cual no han caído los jurisconsultos».

(44) D. 1, 4, 38: "Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere".



*auctoritas* y POMPONIO se refiere a la *interpretatio* (45). A los *mores* sólo aluden JUSTINIANO y ULPIANO (46). De las *legis actiones* sólo habla POMPONIO, y de las *res iudicatae* nos dan noticia CALISTRATO y CICERÓN.

Haciendo, pues, una enumeración a base de los textos aducidos, podríamos afirmar que los modos de expresión del derecho fueron en Roma, a lo largo de su historia, los siguientes:

- 1) Leyes.
- 2) Plebiscitos.
- 3) Senadoconsultos.
- 4) Edictos.
- 5) *Auctoritas* de los jurisconsultos.
- 6) Constituciones.
- 7) Costumbres.
- 8) Acciones de la ley.
- 9) Sentencias judiciales.

De todos ellos, los autores sólo acostumbran ocuparse de los siete primeros. En cuanto a las sentencias judiciales se limitan a citarlas simplemente, y no en todos

---

(45) Entendemos que la *interpretatio* aludida por POMPONIO tiene un carácter muy diverso de las *responsa prudentium* expuestas por GAYO y JUSTINIANO, pero ambas actividades de los jurisconsultos crean normas jurídicas, y a las dos queremos referirnos al citar la actividad de los jurisconsultos.

Cfr. sobre el valor creador de los *interpretes iuris*, PEROZZI, *Instituzioni di diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Milán, 1928, vol. I, págs. 114 y sig.

(46) Aunque POMPONIO, en la enumeración que hace de las formas de expresión del derecho en D. 1, 2, 2, 12, no incluye a la costumbre, se refiere a ella, sin embargo, en D. 1, 2, 2, 3, al decir que una vez expulsados de Roma los reyes y abolidas las leyes que éstos dictaron, "*iterumque cepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine ali*".

Además, la costumbre es especialmente considerada como forma de expresión del derecho en D. 1, 3, título cuya rúbrica, como es sabido, trata "*de legibus, senatusconsultis et longa consuetudine*", y en él los fragmentos 32, de JULIANO; 33 y 34, de ULPIANO; 35, de HERMOGENIANO; 36 y 37, de PAULO; 38, de CALISTRATO; 39, de CELSO, y 40, de MODESTINO, se refieren concretamente a la costumbre.



los casos; lo mismo ocurre, pero aún más parcamente, con las *legis actiones* (47).

Ahora bien, los modos de expresión indicados corresponden a diversas fuentes.

La ley en su sentido restringido (48) procede de los comicios; pero también pueden considerarse incluídas bajo tal denominación las disposiciones emanadas de los antiguos reyes (49) y las disposiciones de los magistrados, llamadas *leges datæ* (50), en oposición a las *leges rogatæ*.

Los plebiscitos, los senadoconsultos y los edictos nacen respectivamente de los *concilia plebis*, del Senado y de los magistrados.

La expresión *auctoritas prudentium* la empleamos en

---

(47) Hacemos la enumeración sin determinar los modos de expresión que corresponden a cada uno de los diversos períodos de la historia del derecho romano, cuestión que excedería demasiado de los modestos límites de nuestro estudio.

Por lo demás, los propios juristas clásicos hacen, como GAYO o PAPIANO, una enumeración histórica, sin distinguir períodos, de los modos de expresión del derecho, pues citan algunos que ya no rigen en su tiempo. Véase DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano*, vol. II, Roma, 1929, págs. 318 y sigs.

Por fijarse, sin duda, en determinados períodos de la historia jurídica romana, SAVIGNY, *Sistema*, vol. I cit., pág. 126, quita importancia a la cita que de las *legis actiones* hace POMONIO: «En un resumen de la historia del derecho podía Pomponio hablar de una materia cuya mención hubiera estado fuera de lugar en una obra sobre la práctica».

Sobre el olvido de la *auctoritas rerum perpetuo similiter indicatarum* puede servir de explicación suficiente la alusión de PEROZZI en la obra y lugar citados.

(48) GAYO, I, 3; I, 2, 4. Sabido es que la palabra *lex* tiene un sentido jurídico amplísimo equivalente a norma, y algo más restringido como equivalente a constituciones imperiales de carácter general. Véanse las definiciones de PAPIANO y MARCIANO en D. 1, 3, 1 y 2.

(49) D. I, 2, 2, 2, y 3.

(50) Sobre el distinto concepto que de *lex data* tienen KRÜGER y MOMMSEN, véase, respectivamente, en las traducciones castellanas, las págs. 167 y siguiente de la "*Historia, fuentes, etc.*", y la 541 del "*Compendio de Derecho público*". El criterio predominante es el de KRÜGER, que considera *leges datæ* a las disposiciones dictadas no por el pueblo mismo, sino por el Senado o por un alto magistrado en virtud de poderes que el pueblo le concedía.

Véase, de acuerdo con esta opinión, GIRARD, "*Manuel élémentaire...*", 8.<sup>a</sup> ed., pág. 39, y BONFANTE, *Storia*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, págs 80 y 216.



su sentido objetivo, esto es como «texto, lugar, testimonio, sentencia, dicho, palabras que se citan de libros o personas» para comprender en ella el fruto de la doble actividad de los jurisconsultos romanos; la de la época republicana y la del período imperial: la *interpretatio* y las *sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere* (51). Pero de todas formas, la norma resultante nace de una misma fuente: los jurisconsultos.

Las *constitutiones* nacen del Príncipe, primero (52), y luego del Emperador.

La costumbre surge del pueblo al repetir diuturnamente unos actos determinados.

Si admitimos las *legis actiones* y la *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* como formas de expresión del derecho, podríamos considerarlas, genéricamente, surgidas del Colegio pontifical, las unas (53), y de los tribunales encargados de administrar justicia, las otras. No porque ciertamente los Pontífices fueran, en absoluto, los autores de las mencionadas *actiones* que, como GAYO (54) apunta, "*legibus proditae erant*", sino porque, aun cuando algunas nacieran de la ley y otras tuvieran un origen consuetudinario, en la tarea de su elaboración y aplicación no era extraño el Colegio pontifical, único conocedor del derecho, oculto "*in penetralibus pontificum*" (55), y porque, como POMPONIO recuerda (56), "*omnes tamen harum*

---

(51) I, 1, 2, 8.

(52) No tanto de derecho como de hecho, pues el *Princeps* dicta sus normas a título de magistrado que utiliza el *ius edicendi*, pero en la práctica las disposiciones emanadas del *Princeps* tienen una consideración y un valor muy superior a los *edicta* de cualquier magistrado.

(53) Véase sobre el origen de las *legis actiones*, GIRARD, "*Manuel élémentaire*" cit., pág. 1.030.

(54) GAYO, IV, 11.

(55) LIVIO, IX, 46, 5.

(56) D. 1, 2, 2, 6.



[legum XII Tabularum] *et interpretandi scientia, et actiones apud Collegium pontificum erant*" (57).

Señaladas las formas de expresión del derecho y las fuentes de producción de las mismas, entendemos que didácticamente es conveniente el estudio conjunto de unas y otras. En otros términos, estimamos de gran utilidad didáctica que el estudio de la doctrina romana sobre la ley se haga como coronamiento del estudio de la constitución y funciones de los comicios. El estudio de los plebiscitos debe ser unido al conocimiento de los *concilia plebis*. El examen de la organización y actividades del Senado debe ligarse al estudio del valor y eficacia de los senadoconsultos. Los edictos de los magistrados habrán de exponerse junto a la teoría de la magistratura romana y después de considerados los postulados y funciones que corresponden a los magistrados provistos de *ius edicendi*. El estudio del valor otorgado como norma jurídica a las respuestas de los jurisconsultos exige un estudio adecuado de la figura del jurisconsulto romano. El alcance y significación de las constituciones se verá con mayor fruto estudiándolo junto al examen del poder y funciones del Príncipe y del Emperador, asunto al que puede unirse el estudio de la figura del rey y, en consecuencia, el de las *leges regiae*.

La doctrina de la costumbre entendemos que conviene estudiarla una vez expuesta como antecedente inmediato la organización social, local y provincial del pueblo romano (58).

El examen de las acciones de la ley será más claro y fructuoso ligándolo al de la organización y funcionamiento del Colegio pontifical.

---

(57) Véase sobre la intervención de los Pontífices en la redacción de las *legis actiones*, IRRING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp. volumen III (5.<sup>a</sup> tirada), págs. 335 y sig.

(58) Piénsese, por ejemplo, en la doctrina de PACCHIONI sobre la interpretación del texto de JULIANO D. 1, 3, 32.



Finalmente, el estudio de la *auctoritas rei iudicatæ* será eficaz uniéndolo al de la constitución de los tribunales y funciones de los jueces.

Creemos que la desconexión de tales temas hace más borroso e inaccesible el perfil de las instituciones jurídicas romanas al escolar, que se siente abrumado por una diversidad de datos cuya relación no advierte fácilmente.

Por el contrario, ese estudio simultáneo puede ser un factor eficaz para poner orden y sistema en la multiplicidad de datos cuyo panorama puede resultar más fácilmente conseguido.

#### 4.—CUARTO SIGNIFICADO: MEDIO PARA CONOCIMIENTO DEL DERECHO

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

El conocimiento humano es el resultado de la aplicación de nuestras facultades cognoscitivas —sentidos y entendimiento— a la realidad objetiva. Hay, pues, una conjunción de factores subjetivos y objetivos de donde brota, como de una fuente, el conocimiento. Pero es obvio que al referirnos a las fuentes de conocimiento del derecho, dejamos fuera de esta expresión a las facultades subjetivas que coinciden con la realidad objetiva —única a que aludimos— en el logro del conocimiento de un derecho determinado.

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





Es la confusión respecto a la cual quería precavernos SAVIGNY al examinar en su "Sistema" (59) la doctrina de las fuentes del derecho: «Otro error —escribí— ocasionado por la identidad de los nombres es el de confundir las fuentes de Derecho con las fuentes históricas del Derecho. Estas últimas comprenden todos los monumentos que nos proporcionan hechos relativos a la ciencia...» Sin embargo, entiende SAVIGNY que «las fuentes del Derecho, en la mayor parte de los casos de que vamos a ocuparnos, reúnen estos dos caracteres, por lo cual una misma acepción de la misma palabra ofrece pocos inconvenientes». En su consecuencia, «no podríamos, pues, censurar a la mayor parte de los autores que hablan de las fuentes del Derecho sin distinguir sus dos significados».

Sin embargo, a nuestro modo de ver, resulta inaceptable, por confuso, el empleo de un mismo término para designar dos realidades, funciones o aspectos distintos de una misma cosa. Por consiguiente, consideramos más oportuno emplear estos dos términos bien distintos: *modos de expresión del derecho y fuentes de conocimiento del derecho*; con lo cual evitaremos no pocas vacilaciones en el estudio del derecho y de su recto entendimiento, sobre todo para los que en él se inician.

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

Por eso ha podido decir BIONDI exactamente, aunque empleando la terminología que rechazamos: «Los conceptos de fuente de producción y de fuente de conocimiento no son antitéticos; se trata, por el contrario, de dos aspectos diversos bajo los cuales se pueden considerar las fuentes. La misma fuente es, a un tiempo, tanto de producción como de conocimiento: en efecto, con rela-

---

(59) SAVIGNY, ob. y lug. cit., págs 68 y 69.



ción a la época a que se refiere, en cuanto que de ella deriva el derecho vigente (60), es fuente de producción; mas para nosotros, que realizamos reconstrucción histórica, es más bien fuente de conocimiento» (61).

De esta consideración se saca una consecuencia que sólo podemos admitir con oportunas aclaraciones. Se dice, en efecto: si se hubiese conservado en su integridad el caudal de las formas de manifestación del derecho—las que inexactamente, a nuestro juicio, se llaman fuentes de producción—, su estudio se identificaría con el estudio de las fuentes de conocimiento, lo cual podría considerarse como lo ideal para conocer el derecho de que se trate. Sólo en cuanto que no nos ha llegado en su integridad el caudal aludido es necesario acudir a otras fuentes de conocimiento para reconstruirlo (62).

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

En primer lugar, que aun cuando el conocimiento de cualquier derecho podría obtenerse con el de sus manifestaciones normativas, de hecho no sólo se tienen en cuenta éstas como única fuente de conocimiento, sino

---

(60) Nosotros diríamos no que de ella deriva el derecho vigente, sino que ella constituye el derecho vigente.

(61) Bionni, *Corso di Istituzioni* cit., vol. I, pág. 11.

(62) Así Bionni, ob. y lug. cit., escribe: «Si todas las fuentes de producción nos hubieran llegado, el estudio de las fuentes de producción coincidiría con el de las fuentes de conocimiento, puesto que aquellas que en tiempo de los romanos eran fuentes de producción en cuanto que de ellas derivaba la norma jurídica, son fuentes de conocimiento para nosotros, que realizamos reconstrucción histórica. Pero no es así.

De aquí deriva la necesidad para el historiador del derecho romano de buscar noticias sobre el estado del derecho en otras fuentes, como, por ejemplo, en las obras de los literatos, de los historiadores, de los poetas, de los gramáticos romanos, que no eran, ciertamente, fuentes de producción, pero que son para nosotros fuentes de preciosísimas informaciones.»

Por su parte, ALVAREZ SUÁREZ, en su documentadísimo y magnífico *"Horizonte actual del Derecho romano"*, Madrid, 1944, pág. 303, escribe: «El ideal para la investigación sería que esta dualidad (fuentes del Derecho y fuentes de conocimiento del Derecho) desapareciera, es decir, que pudiera contarse, para investigar, con todas las fuentes que integraron el sistema jurídico que interesa; pero, desgraciadamente, no es este el caso.»

que se acuden a otras que faciliten la interpretación y relación de aquéllas.

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

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

#### A) *La clasificación de las fuentes de conocimiento y su terminología.*

Sentada la terminología en este punto, examinemos la relativa a la clasificación de las fuentes de conocimiento, tan dispar y confusa.

En primer lugar se plantea este decisivo problema: ¿ofrece alguna utilidad la clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho?

Porque si lo interesante es servirse de todas las fuentes que estén al alcance del historiador del derecho para el conocimiento de un ordenamiento jurídico determinado, bien podría suceder que el entretenerse en clasificar las fuentes y buscar la terminología más adecuada fuese un



entretenimiento de hiperescolasticismo perfectamente inútil.

Así, RIAZA y GARCÍA GALLO (63), después de aludir a las clasificaciones que ordinariamente se hace de las fuentes de conocimiento, añaden: «Todo esto es una cuestión de terminología sin importancia. No es posible... limitar *a priori* ni el número ni la clase de esas fuentes».

Por el contrario, a TORRES (64) podríamos considerarlo en el extremo opuesto. Después de examinar las clasificaciones más usuales y su terminología, concluye: «Pero a nosotros nos interesa la clasificación de las fuentes desde un punto de vista metodológico, y por ello tenemos que intentar una sistematización más amplia y detallada y que tenga como base, más que una idea jurídica, un principio metodológico».

Y, efectivamente, TORRES, siguiendo, mejorando y adaptando a la historia del derecho español la clasificación que realiza SCHWERIN para el derecho germánico traza una clasificación con la que, en frase exacta de ALVAREZ SUÁREZ (65) «agota y sistematiza certeramente la materia».

A nuestro juicio, la clasificación de las fuentes de conocimiento no es una simple cuestión de terminología sin trascendencia. Resulta útil mostrar al estudioso los diversos tipos de fuentes de que puede servirse o de las que se sirven los investigadores, si él no lo es, para la reconstrucción histórica de un derecho y orientar acerca del valor que pueda tener cada fuente según su naturaleza y las precauciones con que ha de ser examinada. La clasificación de las fuentes surge de un modo espontáneo, en cuanto que no todas las que pueden utilizarse sirven con igual eficacia a la finalidad perseguida.

(63) RIAZA y GARCÍA GALLO, "Manual de Historia del Derecho español", Madrid, 1935, pág. 11.

(64) TORRES, "Lecciones de Historia del Derecho español", vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Salamanca, 1935, pág. 67.

(65) ALVAREZ SUÁREZ, *ob. cit.*, pág. 304.



Sin embargo, tampoco estimamos necesario llegar hasta el agotamiento en la clasificación, cosa poco menos que imposible, ni hay que dejarse subyugar demasiado por el fetichismo del sistema, como SCIALOJA advertía (66).

Dos exigencias estimamos indispensables en esta materia: adopción de un criterio sólido como base de la clasificación y exactitud en la terminología empleada.

En primer término, dispuestos a considerar diversos grupos en los medios que podemos utilizar para la reconstrucción de un derecho creemos que conviene fundarse en una base estable, íntimamente ligada al fenómeno jurídico que es el que tratamos de estudiar. Por eso clasificar las fuentes, por ejemplo, según el material en que han sido conservadas —aun cuando exista una cierta correspondencia entre el tipo de fuente y su medio de conservación—, nos parece puramente arbitrario (67). No es que tratemos de desconocer la importancia que tenga el modo de transmisión de una fuente que puede, evi-

(66) SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di Diritto romano*, Roma, 1934, pág. 67: «Debemos advertir que, a pesar de todos estos defectos de sistemática, los libros de los juriscónsultos romanos fueron las mayores obras jurídicas. Hay, por lo tanto, que ponerse en guardia contra las exageraciones de la sistemática, que son característica de nuestra tiempo. A nosotros nos parece que si no se sigue un sistema riguroso no se puede hacer nada bueno y, sin embargo, no es así. Ciertamente que es mejor tener un buen sistema; pero como el sistema óptimo es difícil de encontrar, no hay que dejarse impresionar demasiado por la pasión de sistematizar, como si fuese una cosa absolutamente esencial».

(67) Así HINOJOSA, *Historia del Derecho romano*, vol. I, Madrid, 1880, págs. 7 y sigs., clasifica las fuentes de este modo: I. Escritores: a) No jurídicos, y b) Jurídicos; II. Monumentos: a) Inscripciones, y b) Monedas. Y de esta forma resulta, por ejemplo, que entre los escritos jurídicos incluye «los monumentos... puramente legislativos», y al mismo tiempo nos dice que entre las inscripciones recogidas en el C. I. L. figuran «todos los principales monumentos legislativos de la Roma republicana».

A nuestro modo de ver, es mucho más interesante señalar que se trata de monumentos legislativos, para agruparlos frente a otras fuentes que no lo sean, que el distinguir entre documentos conservados en inscripciones o en otra clase de escritos.

Por el mismo motivo no nos parece tampoco acertado el criterio exposición de ALVAREZ SUÁREZ, ob. cit., pág. 303, aunque la materia esté tratada de una manera completísima.



dentemente, influir de modo decisivo en su autenticidad y veracidad; lo que negamos es que esta consideración pueda tomarse como base primordial para una clasificación de las fuentes.

Adoptada una base estable, nos permitirá hacer —sin el agobio de la preocupación exhaustivamente sistematizadora— una clasificación cuyas líneas generales valgan para un estudio metodológico de las fuentes de conocimiento del derecho, dentro de las cuales sea posible encajar el estudio concreto de las fuentes de conocimiento de un derecho determinado.

En segundo lugar, nos parece indispensable buscar una mínima exactitud en la terminología que, a veces, forzada por las clasificaciones que se adoptan, resulta totalmente inadecuada (68).

Con un criterio realista, creemos que el fundamento de una clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho hay que buscarlo precisamente en su mayor o menor proximidad al tema jurídico. Partamos de una consideración de simple sentido común. Para proporcionarnos un adecuado conocimiento de un problema cualquiera busquemos con mayor interés y valoramos más los testimonios *directamente* relacionados con el problema en cuestión; sólo en defecto de estas fuentes acudimos a los que de un modo más remoto o indirecto puede referirse al tema que investigamos. Las primeras fuentes serán para nosotros las *principales*; las otras tendrán un carácter *secundario*.

---

(68) Sirvan de testimonio estas palabras tomadas de una obra tan completa y acertada como la de Sánchez (Galo), *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1942, pág. 16: «Entre las fuentes no jurídicas o indirectas tenemos: a) Los documentos de aplicación del derecho; b) La literatura jurídica, esto es, las obras redactadas, por lo común, por los tratadistas de derecho con fines teóricos o prácticos».

Bien se comprende lo que el expositor ha querido decir; pero el resultado es que llama fuentes *no jurídicas* a los documentos de *aplicación del derecho* y a la *literatura jurídica*.



En su consecuencia, a nuestro modo de ver, la primera clasificación que ha de hacerse de las fuentes de conocimiento del derecho es ésta: a) *directas, jurídicas o principales*, y b) *indirectas, extrajurídicas o secundarias*.

Ahora bien, dentro de cada uno de estos dos grupos fundamentales todavía cabe considerar que las fuentes pongan en inmediato contacto al investigador con el hecho investigado, o que, por el contrario, ese contacto, esa relación sea más remota o mediata. Así surgirá una nueva clasificación de las fuentes en: a) *inmediatas* y b) *mediatas*.

Frente a muchos autores que la expresión *fuerza directa* la consideran sinónima de *fuerza inmediata* y que, consiguientemente, identifican los términos *fuerza indirecta* y *fuerza mediata*, nosotros mantenemos la separación.

Conviene aclarar todo lo posible las afirmaciones, porque nos movemos en un terreno extraordinariamente confuso donde todos los autores emplean los mismos términos —fuentes directas, indirectas, mediatas, inmediatas— sin lograr la menor coincidencia, y ello, quizás, por dos razones: la primera, por la sinonimia entre los términos *directo* e *inmediato* y los términos *mediato* e *indirecto*; la segunda, porque se pueden aplicar, indistintamente, a realidades diversas.

La calificación de una fuente como *directa* o *indirecta* creemos que puede hacerse con toda legitimidad y exactitud refiriéndose a la materia fundamental sobre la que esa fuente verse o, si se quiere, a su esencia, y así, para nosotros una fuente será *directa* cuando sea fundamentalmente jurídica, e *indirecta* cuando su naturaleza sea ajena al derecho.

La calificación de *inmediata* o *mediata* estimamos que sería legítimo hacerla desde dos puntos de vista distintos: primero, atendiendo a la mayor o menor proximidad entre la fuente y el hecho histórico, y segundo, considerando



la mayor o menor explicitud del dato jurídico testimoniado.

En el primer sentido llamaremos fuentes inmediatas a las coetáneas —ya sea directas o jurídicas, ya sean indirectas o extrajurídicas—, y llamaremos mediatas a las reconstrucciones históricas realizadas a base de las primeras. Advirtamos, sin embargo, que esa coetaneidad la referimos al contenido de la fuente, no al documento en que el testimonio se contiene. Así reputaremos fuente inmediata para el conocimiento del derecho romano clásico o para el conocimiento del derecho justiniano, respectivamente, a las *Instituciones* de GAYO o al Digesto, siquiera la primera se nos haya conservado en un palimpsesto cuya escritura es del siglo V, y el segundo lo conocamos a través de códices, el más antiguo de los cuales —la *littera Florentina*— no es anterior al siglo VII.

En el segundo sentido podremos llamar fuentes inmediatas aquellas que nos proporcionan explícitamente noticia del régimen jurídico histórico, bien en la formulación de sus normas, bien en la aplicación de las mismas, mientras que fuentes mediatas serán aquellas que nos ofrezcan base para interpretar cuál fuera esa formulación o aplicación de las normas, como sería, por ejemplo, el caso de una obra literaria que al reflejar la vida de un momento histórico determinado, nos permita deducir de tal descripción algún aspecto de la vida jurídica del pueblo cuya vida refleja.

Por eso, juzgando con amplitud de criterio, podríamos considerar fuentes mediatas en este segundo sentido a todos los denominados, en general, documentos de aplicación del derecho, los cuales no ofrecen explícitamente la norma a que responden, pero que, sin embargo, ofrecen una base preciosa para descubrirla y enunciarla.

Mas la identidad de expresión para calificar a dos conceptos tan dispares aconseja el empleo de términos distintos, y así preferiríamos denominar *explicitas e implicitas*







a las fuentes cuando atendamos a este segundo criterio de clasificación.

Estimamos que estas distinciones no son intrascendente y vacua terminología, sino que son expresión del diverso valor que las fuentes pueden poseer (69).

Conviene, no obstante, observar que los caracteres señalados difícilmente se darán como tipos puros, sino que una misma fuente puede reunir en diversa medida características que aparecen como contrapuestas. Baste considerar, por vía de ejemplo, el *Corpus iuris*, que es, evidentemente, una fuente inmediata para el derecho justinianeo al mismo tiempo que lo es mediata para el derecho clásico o el antiguo. Del mismo modo, una fuente explícita para el derecho privado será, frecuentemente, implícita para el derecho público y viceversa. Y aun en la misma clasificación de las fuentes en jurídicas y no jurídicas, nos encontraremos no pocas veces con límites tan borrosos que nos resulte harto difícil hacer una terminante separación. Así ocurre que unánimemente se consideran extrajurídicas las obras de los escritores eclesiásticos, y, sin embargo, ¿hasta qué punto puede negarse el carácter fundamentalmente jurídico de obras como las Apologías de SAN JUSTINO o TERTULIANO, dirigidas al Emperador, al Senado o a los Magistrados, a base de una argumentación sólidamente jurídica? Y la misma consideración reclaman los discursos ciceronianos de acusación o de defensa.

Esto nos lleva a concluir que las distinciones hechas, aun cuando tienen raíz profunda y real, no son absolutas, sino más bien orientaciones reveladoras del diverso valor que pueden ofrecer la multitud de las fuentes de conoci-

(69) Así GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1943, pág. 19 y sig. muestra un criterio diverso al expuesto en el *Manual de RIAZA-GARCÍA GALLO*, a que ya hemos aludido. Clasifica las fuentes en dos grupos fundamentales: *restos jurídicos* y *fuentes no jurídicas*, y entre los primeros distingue todavía tres grupos: declaraciones del derecho (leyes, costumbres, refranes, literatura jurídica); restos de aplicación del derecho, y representaciones plásticas, lugares, objetos, atributos, etc.



miento de un derecho determinado y, consiguientemente, el valor metodológico de la clasificación, pero con la gran dificultad —o si se quiere, con la imposibilidad— de encontrar el sistema perfecto.

B) *Clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho romano.*

Aplicando las consideraciones precedentes al campo del derecho romano, a nuestro modo de ver, podrían agruparse las fuentes de conocimiento según el esquema que sigue, teniendo en cuenta las salvedades ya hechas, que nos inducen a prescindir de la indicación de las fuentes *explicitas* e *implicitas*.



FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

Directas o Jurídicas	Inmediatas	Restos de los modos de expresión del Derecho. ....	leyes senadoconsultos plebiscitos edictos constituciones respuestas costumbres (escritas, ¿perennes?)
		Tratados dogmáticos.	
Mediatas ..		Documentos de aplicación.	actae negotia foedera testimonia (diplomas militares, honestae missiones)
		Monumentos, instrumentos y representaciones jurídicas.	
		Estudios dogmáticos. Estudios histórico-jurídicos. Otros ordenamientos jurídicos, en estudio comparado. Geografía histórico-jurídica: cartografía.	
Indirectas o Extrajurídicas	Inmediatas	Restos de tradiciones y relaciones cronológicas. Obras históricas. Obras literarias.	
		Obras científicas (de filósofos, gramáticos, retóricos, gramáticos, agricultores, arqueólogos, escritores militares, etc.). Obras religiosas. Instrumentos y monumentos extrajurídicos.	
	Mediatas ..	Reconstrucciones históricas.	

