

Capítulo I
LAS CATEGORÍAS
DE REFERENCIA

1.	Definición y tipos...	39
2.	El <i>genus</i> de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político ...	43
3.	Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente ...	46
4.	La <i>ratio jurisprudencial</i> como fuente del Derecho ...	50
5.	<i>Usus y opinio</i> : los determinantes de las normas consuetudinarias ...	53
6.	Las convenciones: fuentes de “Derecho autónomo” ...	57
7.	<i>Common law y civil law</i> ...	59

CAPÍTULO I

LAS CATEGORÍAS

DE REFERENCIA

Sumario: 1. Definición y tipos. 2. El *genus* de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político. 3. Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente. 4. La *ratio* jurisprudencial como fuente del Derecho. 5. *Usus* y *opinio*: los determinantes de las normas consuetudinarias. 6. Las convenciones: fuentes de "Derecho autónomo". 7. *Common law* y *civil law*.

1. Definición y tipos

La individualización de las fuentes del Derecho dentro de cada ordenamiento jurídico, generalmente obedece a una opción política, a una elección del legislador. En consecuencia, si se quisiera redactar una lista de las fuentes del Derecho, según criterios meramente descriptivos y con el solo fin de un reconocimiento sistemático, podría apreciarse la multiplicidad y multiformidad de los hechos de los que se hace derivar el Derecho objetivo.

No obstante, cuando se pretende una aproximación dogmática, ordenamiento por ordenamiento, al catálogo de las fuentes (es decir, a los posibles modos de producción normativa tal como se dan en los diferentes ordenamientos jurídicos), sólo el estudio macrocomparativo está en la capacidad de evidenciar la existencia de un concepto lógico y aglutinante de fuente del Derecho. Un concepto que, incluso aceptando su relatividad como consecuencia de los actos y hechos que le son atribuibles, permite identificar las fuentes del Derecho en torno a un elemento funcional y homogéneo. El carácter de la macrocomparación, en suma, consiente que se califiquen como "fuentes del Derecho" los hechos o actos que, en virtud de las normas sobre producción jurídica de los distintos sistemas normativos, se revelan idóneos para innovar el Derecho objetivo vigente⁽¹⁾.

La innovación, sin embargo, podrá asumir en su momento la forma y los efectos de la creación, de la modificación o de la abrogación de disposiciones o normas. Dicho de modo más preciso, las fuentes de las que emanan actos normativos dan lugar a disposiciones normativas; en cambio, de las que presentan la estructura de hechos normativos, derivan modelos de comportamiento: de unas y de otras se deducen las normas a aplicar en cada caso concreto⁽²⁾.

(1) Pegoraro, L.; Reposo, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993, págs. 9 y sgts.; ID: *Le fonti del diritto*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M.: *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 2^a. ed., 1997, págs. 163 y sgts.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Gobbo, M. (al cuidado de): *Letture introduttive al diritto pubblico comparato*, Padova, 1998, págs. 59 y sgts.

(2) Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, 2^a. ed., Milano, 1999, pág. 259. Sobre los diversos modos de producción del Derecho, véase también Losano, M. G.: *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extra-europei*, nueva edición, Roma-Bari, 2000.

Ahora bien, los sistemas de fuentes del Derecho normalmente presentan una articulación compleja, que es proporcional al grado de complejidad de la *societas* a la que se refieren. Es posible, sin embargo, ofrecer una serie de distinciones de carácter general que facilitan la lectura del amplio cuadro de referencia mediante la individualización de algunos tipos.

En primer lugar, se advierte que también puede producirse *derecho* fuera de las reglas establecidas para la producción jurídica (especialmente en los ordenamientos inestables o menos evolucionados); lo que obliga a distinguir las *fuentes legales* de las *fuentes "extra ordinem"*, que si se aplican, aun cuando se produzcan de forma irregular, pueden ascender al rango de fuentes del Derecho en virtud del principio de efectividad.

En segundo lugar, en el ámbito de las fuentes reconocidas legalmente, se suele distinguir entre *fuentes-acto* y *fuentes-hecho*. Esta contraposición se apoya específicamente en la circunstancia de que la creación, la modificación o la abrogación de disposiciones, o la determinación de modelos de comportamiento, sea o no sea consecuencia de una actividad relacionada con la producción normativa. Cuando las normas jurídicas deriven de una actividad que no fuese desarrollada con aquel objetivo, nos encontraríamos ante *fuentes-hecho*, como la costumbre o el precedente judicial.

Las *fuentes-acto*, por su parte, constituyen el resultado de una actividad puesta en práctica por los órganos legitimados para ello con el principal objetivo de crear, modificar o abrogar normas jurídicas. Así, por ejemplo, son *fuentes-acto* la Constitución, la ley orgánica, la ley, el reglamento y las otros actos diseñados para la producción del Derecho.

Una tercera y ulterior distinción entre las fuentes del Derecho –que tiene valor en relación con los ordenamientos modernos– se basa en el tema del diferente grado de eficacia normativa que el ordenamiento atribuye a los materiales producidas por ellas.

El fundamento de esta distinción se halla en la teoría de la jerarquía de las fuentes⁽³⁾, en virtud de la cual se solucionan las antinomias que surjan entre fuentes de grado superior y fuentes de grado inferior⁽⁴⁾. Las primeras, en efecto, obran como factores de justificación del carácter normativo de las fuentes inferiores y, al mismo tiempo, como límite de su posible contenido; las segundas, a su vez, obran como instrumento de realización y especificación de las fuentes superiores.

Ahora bien, los “grados” en los que será posible distinguir las fuentes podrán variar, por número y denominación, de ordenamiento a ordenamiento. No obstante, con carácter general, la jerarquía de las fuentes de los ordenamientos estatales se suele articular en tres grados, que se corresponden respectivamente, y en orden decreciente, con las *normas constitucionales*; las normas legislativas ordinarias o *normas primarias*; y las normas reglamentarias o *normas secundarias*.

En los ordenamientos con *Constitución flexible*, como el británico, desaparece la separación por grados entre Constitución y ley ordinaria.

(3) Véanse de A. Merkl algunos de sus ensayos traducidos al italiano y recopilados por Patrono, M., en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1978; de Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934; ID.: *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; ID.: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945.

(4) El desarrollo de sistemas normativos, sin embargo, ha originado no pocas brechas en la perfecta construcción kelseniana; lo que, junto a la falta parcial de idoneidad del criterio de *jerarquía* como instrumento de solución de las antinomias, ha reforzado la afirmación del criterio de *competencia*, el virtud del cual una norma es válida en la medida en que disciplina materias reservadas a ella y, en consecuencia, quedan vetadas para otras fuentes. V. *infra* el Cap. III.

A la inversa, la presencia de una *Constitución rígida* implica que sólo pueda ser modificada por una fuente de igual grado; que, en consecuencia, ha de ser diferente de la ley ordinaria (además, el procedimiento suele ser complejo y agravado). Por otro lado, la rigidez de la Constitución determina –casi siempre⁽⁵⁾– la introducción de técnicas dirigidas a sancionar la violación por las normas jerárquicamente subordinadas (control de constitucionalidad).

Es oportuno referir que, respecto de la Constitución, se pueden establecer ulteriores grados según se trate de un ordenamiento u otro. Es el caso de las *fuentes supremas*, que no son susceptibles de ser modificadas por los procedimientos normales de revisión; bien por expresa disposición⁽⁶⁾; bien porque se refieren a principios cuya modificación adulteraría la llamada Constitución material vigente. Dentro de este bloque, se está pensando también en las fuentes intermedias entre la Constitución y la ley ordinaria, como es el caso de las leyes orgánicas⁽⁷⁾.

2. El *genus* de las fuentes de origen político. El Derecho ideológico como especialidad del Derecho político

Respecto de lo que se ha examinado hasta aquí, la forma de producción jurídica definida como *Derecho político* asume una di-

(5) Cfr. Blanco Valdés, R.L.: *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 1998, trad. it., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 1999, pág. 179.

(6) V. el art. 139 de la Constitución italiana y el art. 288 de la Constitución portuguesa.

(7) Las leyes orgánicas se prevén en los ordenamientos francés, español, portugués, brasileño, venezolano, peruano y rumano, entre otros. Acerca de esto v. *infra* Cap. III, § 10.

mensión vastísima, teniendo en cuenta que, en los Estados contemporáneos, es, con mucho, la más difundida.

Ésta, según la opinión de una acreditada doctrina⁽⁸⁾, presenta en efecto como carácter distintivo el hecho de proceder de una autoridad política, generalmente de uno o más órganos situados en la cúspide del ordenamiento —sea el jefe de la tribu o el presidente de la República—, que traduce la dirección política del Gobierno en normas jurídicas sobre la base de valoraciones políticas. Rige, pues, el principio de que los destinatarios de las normas deben prestar obediencia a la autoridad política.

Resulta de ello, una categoría con unos límites extremadamente vastos; que parece agotar su valor eurístico en la clasificación recogida, en cuanto que significante útil para todas aquellas formas de producción jurídica que no son reconducibles a las otras clases⁽⁹⁾.

Como consecuencia de lo anterior, resulta indispensable proceder, dentro de la categoría del Derecho político, a nuevas distinciones y clasificaciones. Por ejemplo y de acuerdo con lo propuesto por la citada doctrina, es posible encontrar significativas diferencias entre las fuentes del Derecho según las formas que adquiera la organización política en su ámbito de producción.

Así, derivan importantes diferencias del hecho de que un mismo tipo de fuente opere en un Estado centralizado o en uno de carácter compuesto; o según que la forma de Gobierno sea autoritaria o democrática, y, en este último caso, de acuerdo con el

(8) Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, cit., pág. 349.

(9) Reposo, A.: *I modi contemporanei di produzione del diritto*, en Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Reposo, A.; Volpi, M., ob. cit., pág. 162, hace notar que, bien pensado, todo el Derecho es político en tanto que, sea cual fuere la forma de Estado y la tipología que asuman las fuentes, éstas resultan siempre reconducibles a una autoridad política estatal.

tipo de forma de Gobierno diseñado por la Constitución (parlamentaria, presidencial, etc.)

Dentro de este panorama, debe reconocerse una particular posición al *Derecho ideológico*, es decir, a aquella forma de producción normativa en la que es profunda la ósmosis entre el Derecho y la ideología política dominante⁽¹⁰⁾. La referencia más evidente de esta clase de fuentes la ofrece el sistema de Derecho soviético, tal como fue configurado entre 1917 y el final de los años ochenta⁽¹¹⁾.

Con el triunfo de la doctrina marxista-leninista (1917), la fuente del Derecho por antonomasia se identificó con la organización económica comunista del Estado. En realidad, en la base de la ideología comunista estuvo –y todavía está en los pocos ordenamientos que se inspiran en esa ideología– la necesidad de

(10) Cfr. *Reposo, A.: I modi contemporanei di produzione del diritto*, cit., pág. 163.

(11) Una cierta analogía con el fenómeno del Derecho soviético –al menos desde el punto de vista de los perfiles iuspublicísticos– presentan otras experiencias maduradas en Europa en el curso del siglo XX. Son los casos de la Italia fascista, la Alemania nacionalsocialista o la España franquista. Quedan, sin embargo, experiencias que deben ser reconducidas a la esfera del *civil law*.

Sobre el derecho de los países socialistas, pueden consultarse en la literatura italiana a Biscaretti di Ruffia, P.: 1988-1990. *Un triennio di profonde riforme costituzionali*, Milano, 1991; Bartole, S.: *Riforme costituzionale nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993; Pegoraro, L.: *Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dei Paesi dell'Est europeo*, en *Quad. cost.*, 1995, págs. 111 y sgts.; Ajani, G.: *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985; ID.: *Il modello post-socialista*, Torino, 1996. En otros idiomas, a David, R.: *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Paris, 1954; Hazard, J. N.: *Communists and their Law: a Search for the Common Core of the Legal System of the Marxian Socialist States*, New York, 1969; Hazard, J. N.; Shapiro, I.; Maggs, P. B.: *The Soviet Legal System*, New York, 1969.

abolir el Derecho y el Estado, en tanto que meras superestructuras de la organización económica. Sin embargo, no se llegó nunca a este estadio de evolución y, de igual modo que no fueron derogadas las codificaciones (constitucionales y legislativas), se continuó produciendo de manera similar el Derecho.

En tal sistema, la ley asumió el papel de instrumento para la realización de la dictadura del proletariado, organizado en el partido único. Las formas de producción normativa, coherentemente con tal diseño, situaron a la cabeza del sistema la organización estatal y, dentro de ésta, al partido comunista. Negada toda división de poderes, la suma de los mismos fue concentrada en manos de los órganos dirigentes del partido, a los que correspondió, en consecuencia, la primacía sobre las fuentes. Desde esta perspectiva, la misma Constitución no representaba –y representa– otra cosa que una mera tabla descriptiva de las relaciones económico-sociales establecidas o programadas, o establecidas y programadas⁽¹²⁾.

3. Fuentes y fenómeno religioso: la voluntad divina como norma cogente

El fenómeno religioso cruza y atraviesa el sistema de las fuentes del Derecho desde las sociedades primitivas.

Aún hoy es posible hallar ordenamientos jurídicos cuya estructura y, en especial, cuyo sistema de producción normativa presenta fuertes interconexiones con el fenómeno religioso dominante.

(12) Debe recordarse que, después del segundo conflicto mundial, el área de influencia del Derecho soviético (o *Socialist Law*) se extiende a Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Albania, las regiones bálticas, la ex Alemania Oriental (DDR) y la ex Yugoslavia. La circulación de tal modelo fue posible por la adopción, en aquellos países, de constituciones de contenido fuertemente ideologizado.

En este párrafo limitaremos nuestras consideraciones al llamado *Derecho divino*, es decir, al Derecho que se sustancia por la manifestación de la voluntad de una autoridad sobrenatural y que se impone a los destinatarios de las normas con la amenaza de sanciones en otra vida, junto con otras de carácter terrenal⁽¹³⁾. Nos detendremos, en particular, en las religiones que califican la revelación divina como fuente del Derecho (la hebrea, la cristiana y la musulmana) y no en aquellos fenómenos religiosos que, aun cuando presentan numerosas zonas de intersección con los sistemas de fuentes de cada Derecho vigente, por su carácter politeísta o antropocéntrico, o por ambos motivos, no parecen encuadrables en la noción de Derecho divino que manejamos (es el caso de la religión hindú; pero también ha de tenerse en cuenta el papel que el elemento religioso ha asumido en los ordenamientos jurídicos de Extremo Oriente, como son los Derechos chino y japonés).

a) *Derecho canónico*

El ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, o Derecho canónico, hunde sus raíces en épocas muy antiguas. La doctrina suele distinguir tres fases en la historia del Derecho canónico: la primera se extiende desde los orígenes del cristianismo al siglo XII, cuando se realiza la primera compilación no oficial de los cánones en el *Decretum Gratiani* (1139-1148); la segunda fase comprende el período que va del siglo XII al Concilio de Trento (1545-1563); la tercera fase discurre desde el siglo XVI hasta la compilación del primer *Codex Iuris Canonici* de 1917 (reemplazado por el nuevo *Codex* de 1983).

La parte del Derecho canónico de derivación divina (*ius divinum*) se compone del *ius divinum positivum*, que resulta de la revelación de las Sagradas Escrituras y el mensaje evangélico; y

(13) El esquema lógico, como veremos, no es distinto del llamado *Derecho político*.

del *ius divinum natural*, que asume, en cambio, como fundamento la identidad entre voluntad divina y racionalidad.

Los destinatarios del Derecho canónico son todos los bautizados: ellos están sometidos al ordenamiento de la Iglesia, de cuya aplicación se encargan los tribunales eclesiásticos.

Además de aplicarse en el Estado de la Ciudad del Vaticano, el Derecho canónico, al día de hoy, también es fuente jurídica en algunos países, si bien sólo respecto de ciertas instituciones y sobre la base de un régimen concordatario⁽¹⁴⁾.

b) *Derecho hebreo*

El Derecho hebreo se compone del conjunto de textos bíblicos que contienen la revelación divina (*Torá*) y de la interpretación que ha elaborado la doctrina teológica de tales textos, inspirada por la divinidad (*Talmud*)⁽¹⁵⁾.

Desde un punto de vista subjetivo, los destinatarios del Derecho hebreo no son los que se adhieren voluntariamente a la religión, sino los que, habiendo nacido de mujer hebrea, pertenecen al pueblo hebreo.

(14) Sobre la cuestión, véanse al menos Padoa Schioppa, A.: *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica: alcune riflessioni*, en *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995; Composta, D.: *Secularizzazione e diritto canonico*, Milano, 1994; Hervada, J.: *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989.

(15) En cuanto al Derecho hebreo, pueden consultarse las siguientes obras: Horowitz, G.: *The Spirit of Jewish Law*, New York, 1953; Elman, P. (ET AL.): *An Introduction To Jewish Law*, London, 1958; Elon, M.: *Jewish Law. History, Sources, Principles*, 4 vols., Philadelphia-Jerusalem, 1994; Shapiro, A.; De Witt-Arar, K. C. (al cuidado de): *Introduction to the Law of Israel*, The Hague-London-Boston, 1995; Rabello, A.M.: *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994; Rescigno, F.: *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Rimini, 1996.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Derecho hebreo tiene vigencia actualmente en el Estado de Israel como estatuto personal de los judíos y de forma limitada respecto de algunas esferas de la vida privada (familia); ello, no obstante, no le priva de influencia sobre la producción del Derecho político vigente.

Fuera del Estado de Israel, el Derecho hebreo puede encontrar aplicación por voluntad de los propios judíos, que, a veces, con el fin de regular la relación con el Estado en que se instalan, promueven acuerdos jurídicamente vinculantes.

c) *Derecho musulmán*

El vínculo entre religión y Derecho se presenta de un modo intenso en el caso del Derecho musulmán, hasta el punto de que la Ciencia jurídica está subordinada a la teología, con lo que el sistema de fuentes resulta vinculado al ritual religioso.

El islamismo ha producido un Derecho (la *sharia*) que resulta de la suma de cuatro fuentes: la revelación divina por medio del profeta Mahoma, recogida en el Corán; la *sunna*, es decir, el complejo de reglas (*hudit*) deducidas de las palabras y las acciones del profeta por los intérpretes, además de la aprobación que aquél haya dado directamente a hechos directa o indirectamente conocidos; el *idjma*, esto es, las reglas alrededor de las que se ha producido el consenso de la doctrina jurídica y que, por tanto, se creen conformes a la voluntad divina; el *qiyas*, o lo que es lo mismo, el complejo de reglas deducido por analogía de las normas derivadas de otras fuentes. A partir de la revelación divina se fue construyendo un Derecho jurisprudencial, predominantemente elaborado entre los siglos VII y X, que todavía hoy constituye el núcleo irreformable del Derecho musulmán vigente.

La compenetración que se registra en el Islam, entre religión y Derecho, es tan fuerte que justifica la presencia en la actualidad de Estados islámicos confesionales.

Resulta más fácil comprender que un Derecho cristalizado hace cerca de diez siglos pueda encontrar aplicación en ciertos ordenamientos, si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias.

Primera: el contenido del Derecho musulmán se refiere predominantemente a la materia privada y a la penal; por tanto, el Derecho público dispone de un cierto margen de acción.

Segunda: la necesidad de modernizar el Derecho musulmán se ha perseguido a veces mediante procesos de laicización (Turquía y los Estados musulmanes de la ex Unión Soviética); en la mayoría de los casos, a través de sistemas normativos basados en la coexistencia del Derecho divino y del Derecho político⁽¹⁶⁾.

4. La *ratio jurisprudencial* como fuente del Derecho

La autoridad que deriva de la razón constituye el fundamento de la producción del Derecho por vía jurisprudencial.

Ya desde la antigüedad, las reglas que debían aplicarse para la solución de los conflictos de intereses fueron el resultado del razonamiento humano dirigido a investigar cada caso concreto según técnicas racionales; de modo que se privilegió la fuerza del Derecho frente a un *derecho de la fuerza*.

(16) Naturalmente esta coexistencia no es de tipo paritario. Así, frente a los sistemas en que la adopción de constituciones, códigos y leyes ha permitido la reducción del alcance del Derecho musulmán, al menos por vía jurisprudencial (Túnez, Egipto, Irak, Siria), se encuentran los que todavía reconocen la prevalencia del Derecho musulmán en el sistema de fuentes (Libia, Sudán, Arabia Saudí, Irán). Cfr. De Wael, H.: *Le droit musulman. Nature et evolution*, Paris, 1989; Azziman, O.: *La traditionalisation du droit: tradition juridique islamique et droit privé marocain*, Roma, 1993; Castro, F.: *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, en *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; ID.: *Diritto musulmano*, en *Dig. priv.*, VI, Torino, 1990.

La doctrina de los jurisconsultos romanos constituyó la base del Derecho vigente durante muchos siglos; la misma codificación justiniana y la obra de los juristas en las universidades medievales, que llevó a la construcción del "Derecho común" –que ha permanecido en vigor en muchas partes de Europa hasta la época de las codificaciones–, representan formas de reelaboración de aquella doctrina que predominantemente fue el resultado de una actividad racional⁽¹⁷⁾.

Una estructura diferente presenta el Derecho de carácter jurisprudencial que se ha desarrollado en Inglaterra y, a partir de ello, en otras partes. En lugar de la elaboración sistemática de la doctrina jurídica, el Derecho jurisprudencial anglosajón se fundamenta en las argumentaciones racionales de los jueces producidas para solucionar casos concretos. Dicho en otras palabras, se organiza como una estratificación de decisiones jurisprudenciales que da lugar a un sistema llamado *common law*, en el que se atribuye valor normativo al precedente⁽¹⁸⁾.

Dentro del campo del Derecho jurisprudencial, puede también incluirse el fenómeno de producción normativa conocido con el nombre de "Derecho transnacional"⁽¹⁹⁾. Lo que se explica por el gran número de casos en que la búsqueda de soluciones conduce a la aplicación de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos que son diferentes al de referencia. Operación que sucede sin que tengan que realizarse actos específicos de recepción de normas extranjeras, sino, al contrario y por lo gene-

(17) Gorla, G.: *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

(18) Véase el capítulo II del presente volumen, dedicado a tal sistema.

(19) Ferreri, S.: *Le fonti normative di produzione non nazionale*, en *Tratatto di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, I, Torino, 1984. En lengua no italiana, pueden verse las obras de Jessup, C.: *Transnational Law*, New York, 1983; Osman, F.: *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992.

ral, a causa del espontáneo y extendido reconocimiento del valor "común" dado a esa regla; es decir, de su aptitud para obrar como norma jurídica, incluso fuera de su propio ordenamiento.

La experiencia contemporánea conoce muchos casos de este tipo, especialmente en materia de derechos humanos, donde la jurisprudencia, refiriéndose a documentos y a pactos internacionales, da lugar a la formación de modelos jurídicos desde un acervo cultural común⁽²⁰⁾. Deriva de ello un *Derecho transnacional* que se obtiene del conjunto de aquellos principios jurídicos fundamentales y comunes a diversos ordenamientos, coherentes dentro de una concepción del Derecho basada en la razón y es capaz de persuadir a otros sujetos (no vinculados a ellos) de su idoneidad para regular ciertas materias o determinados hechos⁽²¹⁾.

Asunto común a estas formas de producción normativa es que no tienen como fundamento una autoridad que derive de investidura alguna, ni mucho menos el consentimiento de los destinatarios; pues su fuerza reside en hacer que prevalezcan soluciones racionales, cuyo valor principal estriba en la persuasión de las argumentaciones.

El Derecho jurisprudencial tiene un papel de gran relieve en los ordenamientos contemporáneos, con independencia de la cir-

(20) Basta citar el art. 38.c) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (actualmente, en el sentido del art. 92 de la Carta de la ONU, opera en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas), donde se establece que puede utilizar, como fuente del Derecho, «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Pero también pueden anotarse los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han utilizado los principios generales de los Derechos de los Estados miembros como complementarios o interpretativos de las normas de los tratados constitutivos.

(21) Véase Rigaux, F.: *L'insertion de la declaration d'Alger dans un nouvel ordre transnational humanitaire*, Roma, 1983.

cunstancia del valor de fuente que le sea reconocido formalmente a la doctrina y a la jurisprudencia, o a ambas⁽²²⁾.

No obstante, debe señalarse que, en el área de influencia del *common law*, el precedente judicial se sitúa comúnmente al nivel de una fuente del Derecho; mientras que, en los países de *civil law*, por lo general sólo se le reconoce valor en el plano de la interpretación. Dicho lo cual, debe decirse que, en los ordenamientos de *civil law* en los que se ha introducido el control de constitucionalidad de las leyes, se ha planteado la idea de reconocer el carácter de fuente del Derecho al precedente judicial.

En este sentido, las decisiones de los tribunales constitucionales que producen el efecto inmediato de anulación de una norma inconstitucional con eficacia *erga omnes* pueden contarse, en efecto, entre las formas jurisprudenciales de producción normativa, en la medida en que el órgano se componga predominantemente de juristas y deba motivar expresamente sus decisiones.

Sin embargo, además de valer como precedente, las decisiones de inconstitucionalidad determinan una modificación del ordenamiento vigente, con unos resultados por lo común derogatorios, pero a la vez innovadores, especialmente en los casos en que contienen interpretaciones de contenido positivo⁽²³⁾.

5. *Usus y opinio: los determinantes de las normas consuetudinarias*

La definición de costumbre hunde sus raíces en una elaboración teórica desarrollada desde la antigüedad⁽²⁴⁾. Se basa en los

(22) Gray, G.: *The Nature and Source of the Law*, Gloucester, 1921.

(23) V. *infra* Cap. III.

(24) Es suficiente citar las *Institutiones* de Justiniano (I, 2, 9) donde está escrito «Ex no scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores

requisitos que debe tener el comportamiento que la constituye para que pueda configurarse la norma jurídica.

Los requisitos que determinan la fijación de una norma consuetudinaria son el *usus* y la *opinio*⁽²⁵⁾, es decir, la repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de un determinado comportamiento (*usus* o elemento material de la costumbre); al cual se suma la conciencia del que tiene ese determinado comportamiento de que cumple un deber jurídico cuando realiza tal uso (*opinio* o elemento espiritual de la costumbre).

Hay que decir que la noción de costumbre viene frecuentemente referida a los ordenamientos jurídicos de las sociedades "primitivas"⁽²⁶⁾, ya se remonten a la antigüedad, ya continúen en vigor con su valor jurídico involutivo⁽²⁷⁾. Ante tal situación, la costumbre asume un sentido extenso, que llega a comprender fenómenos jurídicos que, acaso, se encuadrarían mejor en el Derecho divino, por sus motivaciones conexas con la influencia de entidades sobrenaturales.

Sin embargo, prevalece generalmente en tales sociedades la idea de que los comportamientos establecidos por los antepasados, o los ancianos, son deberes y, además, no susceptibles de modificación.

consensus utentium comprobati legem imitantur» («La norma confirmada por el uso da origen a un dato escrito. En efecto, las costumbres con el tiempo asentadas, corroboradas por la aceptación de quienes la practican, se imagina a modo de ley»).

(25) Forma abreviada de *opinio iuris ac necessitatis del usus*.

(26) Diamond, A.S.: *Primitive Law*, London, 1950.

(27) El carácter primitivo del Derecho depende del ordenamiento al que se refiera. Así, por ejemplo, la literatura jurídica considera «Derecho primitivo» el que se ha desarrollado con anterioridad al Código de Hammurabi (1914 a.C.); al Derecho romano del 160 a.C.; al Derecho inglés consolidado en torno al 1250 d.C. Cfr. Diamond, *ob. cit.*

No obstante, muchos textos que han constituido las bases de referencia del moderno Derecho, son el resultado de un proceso de codificación o compilación de costumbres preexistentes (del Corán a la Biblia y a los Veda); codificación y compilación que también en épocas recientes han señalado la evolución de determinados ordenamientos⁽²⁸⁾.

La función que el Derecho consuetudinario desarrolla en el ordenamiento internacional, posee un carácter completamente peculiar. En tal contexto, la ausencia de un órgano al que se le reconozcan poderes normativos formales hace que la principal fuente del Derecho internacional –si no lo única– acabe siendo el conjunto de los comportamientos mantenidos por los Estados y aceptados por ellos como jurídicamente vinculantes.

Los mismos tratados, que presentan una estructura jurídica más próxima a los actos negociales (“Derecho convencional”) que a los actos normativos, asumen un papel de indicadores de normas, antes que de creadores de las mismas.

En los ordenamientos estatales modernos y desarrollados, está extendida la idea del predominio de la ley sobre la costumbre, a causa de una consolidada concepción iuspositivista.

(28) La doctrina comparatística (David, R.; Jauffret-Spinosi, C.: *Les grandes systèmes de droit contemporains*, Paris, 1992; trad. it.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, al cuidado de R. Sacco, Padova, 1994) pone de relieve que Madagascar y toda el África subsahariana han vivido durante siglos, y aún lo siguen haciendo, de acuerdo con usos (patriarcales y matriarcales) a los que se ha superpuesto el Derecho colonial. El propio *common law* inglés se ha formado sobre la base de un Derecho consuetudinario preexistente (Mattei, U.: *Il modello di common law*, Torino, 1996; Criscuoli, G.: *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 2000); así como a partir de 1453 asumió en Francia una particular relevancia la recopilación y la progresiva consolidación de las *coutumes* (Ravà, T.: *Un'esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella "common law" inglese*, en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, II, Milano, 1978).

En consecuencia, las normas que derivan de actos legislativos prevalecen sobre las normas consuetudinarias precedentes y, así, impiden que se formen posteriores costumbres *contra legem*.

La esfera de operatividad de la costumbre, pues, se limita a aquellos casos en que la misma ley reenvía al uso (costumbre *secundum legem*). La situación, como las soluciones, son diferentes en cada ordenamiento ante la hipótesis de una costumbre *praeter legem* (relativa a materias no disciplinadas por la ley). En este caso, la admisibilidad de esta forma de costumbre depende de una concepción del Derecho que consienta una integración de la disciplina legislativa de ese modo o que, por el contrario, contemple la posibilidad de que el sistema legislativo presente lagunas⁽²⁹⁾.

(29) La costumbre *praeter legem* recibe interpretaciones contradictorias en Francia; en Italia, de acuerdo con el art. 8 disp. prel. del Código Civil de 1942 (actualmente vigente), parece que se pudiera admitir la costumbre *praeter legem*; pues de hecho dice que en las materias reguladas por las leyes y los reglamentos, los usos sólo tienen eficacia cuando lo dispongan aquéllos [«nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati»]. Sin embargo, prevalece el recurso a la analogía cuando deban salvarse eventuales lagunas. Cfr. Bobbio, N.: *Consuetudine (teoria generale)*, en *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, págs. 439 y sgs.

En cambio, se admite explícitamente en el art. 1, c. 2, del Código Civil suizo de 1907 y en el art. 1.3 del Código Civil español, tras la modificación introducida por el Decreto de 31 de mayo de 1974. En España, además, tienen gran importancia las antiguas costumbres del Derecho foral.

El Derecho inglés, por su parte, considera el empleo de la costumbre *praeter legem* como fuente del Derecho, siempre y cuando su antigüedad sea inmemorial, para lo cual debe probarse que ha sido observada de manera ininterrumpida desde tiempos anteriores a 1189; lo que generalmente resulta imposible y hace que el uso *praeter legem* se excluya para efectos prácticos de este sistema normativo.

6. Las convenciones: fuentes de “Derecho autónomo”

La contraposición teórica entre “Derecho autónomo” y “Derecho heterónomo”⁽³⁰⁾ permite calificar el Derecho de base convencional como conjunto de normas autónomas sobre cuyo contenido los destinatarios se han puesto de acuerdo previamente⁽³¹⁾.

En la raíz del Derecho convencional, se encuentra un pacto aprobado por unanimidad (no, por tanto, según el principio de mayoría) por el que los destinatarios de las reglas que derivan del mismo se obligan a observarlo (*pacta sunt servanda*).

Se hallan fácilmente los puntos de contacto entre el Derecho convencional y el instituto privado del “contrato”, en virtud del cual las partes regulan sus intereses comunes en términos recíprocamente vinculantes, sin eficacia alguna para los terceros, salvo el caso que se actue de buena fe.

Sin embargo, el Derecho convencional, a diferencia del negocio jurídico, puede contarse entre las fuentes del Derecho de un ordenamiento jurídico, en tanto que idóneo –al menos en algunas circunstancias– para producir efectos sobre todos los asociados y no sólo sobre los que se vinculan voluntariamente.

En la experiencia de los Estados contemporáneos, la producción normativa de base pactista o convencional se limita a pocas hipótesis.

En primer lugar, los tratados internacionales, que constituyen la clase de Derecho convencional producido en el ámbito de la comunidad internacional y que, a causa de la ratificación, se transforman en Derecho interno.

(30) Kahn-Freund, O.: *Collective Bargaining and Legislation. Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*, en *Selected Writings*, London, 1978.

(31) A diferencia del Derecho heterónomo, sea consuetudinario o jurisprudencial, o fundado en la autoridad divina o política.

No es extraño que también se prevean, en normas constitucionales, "pactos", "concordatos" o "acuerdos", generalmente con las confesiones religiosas, cuya recepción habrá de hacerse mediante una ley del Estado. Tampoco puede desdeñarse el caso, muy difundido en los actuales ordenamientos, de la contratación colectiva en materia de trabajo, por el que textos normativos redactados entre las partes con una estructura contractual adquieran eficacia *erga omnes* a causa de una norma específica sobre la producción jurídica; o bien como consecuencia de la fuerza política de los sindicatos (en tal caso, se trataría de una aplicación *extra ordinem*)⁽³²⁾.

Particular relieve, por su rango reconocido, asumen las "convenciones de la Constitución"; se trata de acuerdos, también tácitos, por los que los titulares de órganos constitucionales observan reglas de comportamiento en las relaciones recíprocas e internas, en virtud del hecho de que son aceptadas y compartidas por todos. El límite de su eficacia normativa lo marca la perdida del consentimiento entre los distintos órganos que han estipulado la convención.

Por razones de sobra conocidas, las convenciones constitucionales ocupan una posición de primer plano en el ordenamiento británico. En éste, las reglas de comportamiento constitucional se consideran vinculantes por los que aplican, en un sentido amplio, la Constitución, incluso aun cuando no estén garantizadas por ningún juez, ni mucho menos por los presidentes de las Cámaras. De acuerdo con una conocida definición, son "reglas no legales que establecen los modos en que las reglas legales deben aplicarse"⁽³³⁾.

(32) Daintith, T.: *Regulation by Contract: The New Prerogative*, en *Current Legal Problems*, XXXII, 1979, págs. 41 y sgts.

(33) Marshall, G.; Moodie, G.C.: *Some Problems of the Constitution*, London, 1971.

No obstante lo cual, deben señalarse los intentos aislados de algunos tribunales por superar el límite de no enjuiciamiento de las normas convencionales. En particular, los Tribunales Supremos de Canadá e Israel, han estimado recientemente que podían utilizar las convenciones constitucionales como parámetro de legitimidad constitucional de algunas normas primarias o, cuando menos, con fines interpretativos.

Una última consideración resulta necesaria. Ya que falta una norma que expresamente establezca las reglas sobre la producción de las normas convencionales, debe entenderse que operan como fuentes *extra ordinem* ⁽³⁴⁾.

7. *Common law* y *civil law*

La sumaria referencia hasta aquí ofrecida de algunos tipos de fuentes del Derecho impone la necesidad de una profundización, siempre desde el punto de vista de la comparación jurídica. Tal exigencia, a la que se tratará de dar respuesta en los siguientes dos capítulos, conduce a una encrucijada ineludible, que se refiere al plan metodológico (primer cimiento sustancial ante una tarea de este tipo).

Nos referimos a la dicotomía, por tradición ya consolidada, entre las dos principales –al menos por difusión en el mundo contemporáneo– familias jurídicas ⁽³⁵⁾: la familia del *common law* y la del *civil law* o de los sistemas romanistas.

(34) Pizzorusso, A.: *Sistemi giuridici comparati*, cit., pág. 331.

(35) La noción de «familia jurídica» no corresponde obviamente a una realidad biológica; representa una construcción teórica elaborada con fines eurísticos para poner de manifiesto algunas semejanzas y diferencias que existen entre ordenamientos jurídicos. Por eso, las familias jurídicas prescinden de la diversidad de reglas vigentes en los distintos ordenamientos y sólo toman de ellos los elementos fundamentales y constantes; es decir, aquéllos que permiten reconocer las reglas jurídicas.

En sentido lato, los sistemas jurídicos del *common law* tienen su origen en el *legal system* que se formó en Inglaterra y que se extendió a los ordenamientos que evolucionaron a partir de la base inglesa, como sucedió en el caso de los Estados Unidos de América.

Los sistemas del *civil law* encuentran, en cambio, en la tradición del derecho romano las raíces de su misma estructura. Tienen su principal área de difusión en los Estados democrático-liberales de la Europa continental y en los que derivan de ellos (por ejemplo, en los de Sudamérica).

Pueden citarse numerosos ejemplos comunes que ejemplifican las importantes diferencias que se dan entre los dos tipos de sistemas.

Normalmente se señala que los derechos de origen romanista se basan en la codificación de las reglas: la ley desarrolla un papel determinante en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, los sistemas de *common law* se basan esencialmente en el Derecho jurisprudencial. La ley, que no es desconocida en estos sistemas, no ocupa sin embargo una posición privilegiada en su sistema de fuentes. Mientras que un fundamento propio y autónomo lo tiene el Derecho de origen jurisprudencial.

Luego, también resulta profunda la diferencia en lo que se refiere a la organización de los tribunales y el proceso. Como muestra, basta notar que el juez romanista es un funcionario que accede a la carrera judicial por concurso público; en cambio, la selección del juez del *common law* transcurre por cauces muy distintos y, dado el caso, incluso se puede presentar su nombramiento político.

cas, comprender el valor de las mismas e interpretarlas. Las principales familias jurídicas del mundo contemporáneo pueden resumirse en tres: la familia romano-germánica; la familia del *common law*; y la familia socialista (si bien ésta se halla en vías de extinción).

Pero si se evidencia que el conjunto del sistema de acceso a la justicia es muy diferente, aún más profunda todavía es la separación cultural relativa a la formación del jurista: el de tradición romanista se forma en la universidad según una tradición docta; el jurista del *common law* lo hace preminentemente sobre la base del *case law*.

Ahora bien, esta dicotomía tan sumariamente trazada no parece, en el mundo contemporáneo, tan profunda y neta como dan a entender los lugares comunes descritos.

En el curso de los siglos, las dos familias han mantenido contactos y conocido influencias recíprocas, más allá de la influencia de factores culturales comunes tan potentes como la moral cristiana o las doctrinas filosófico-políticas más difundidas (liberalismo).

Incluso manteniendo su estructura diferenciada, son crecientes los puntos de contacto (justicia constitucional, armonización o uniformización, o ambas cosas, de las normativas por los Estados miembros de la Unión Europea, administración pública, federalismo). En particular y en cuanto a las fuentes, la idea de norma jurídica y el papel de la ley misma resultan ya muy próximos en los dos sistemas.

Por otro lado, se comprueba la existencia de sistemas jurídicos que conjugan con armonía elementos procedentes de las dos familias jurídicas (Escocia, Israel, Québec), hasta el punto de que podría configurarse una única familia jurídico occidental⁽³⁶⁾.

A pesar de los innegables procesos de acercamiento entre los dos sistemas, sin embargo conviene mantener la dicotomía a los efectos del análisis de los diversos sistemas de fuentes del Derecho. De hecho, la reconstrucción histórica de los dos troncos –

(36) David, R.; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pág. 21.

que no puede ser separada— arroja luces de las que no parece que pueda prescindirse, si se pretende una correcta lectura desde el Derecho comparado.

En las consideraciones conclusivas volveremos sobre los temas de las relaciones e interconexiones entre *common law* y *civil law*, también a la luz de lo que surja del análisis de las fuentes de los dos sistemas.