

CAPÍTULO 27

FUENTES DEL DERECHO

Josep AGUILÓ REGLA *

SUMARIO: I. *Cuestiones conceptuales*. II. *Algunos tipos de fuentes*.
III. *Bibliografía*.

En la cultura jurídico-académica el tema de las fuentes del Derecho no es muy apreciado; tiende a considerarse “*demasiado básico*” como para que resulte interesante ocuparse de él. Este “demasiado básico” encierra dos tipos de actitudes escépticas hacia el tema de las fuentes que no parecen del todo compatibles entre sí. Una primera actitud es el resultado de pensar que el tema de las fuentes viene a ser el ABC del Derecho y que, por tanto, no tiene mucho sentido detenerse en él. La doctrina de las fuentes cumple una cierta función propedéutica al Derecho en general o a sus diferentes ramas (el Derecho financiero, el Derecho mercantil, etc.), pero poco más. Quien no sabe cuáles son las fuentes del Derecho español o las fuentes del Derecho mercantil, no sabe nada del Derecho español ni del Derecho mercantil. Vista así, la cuestión de las fuentes está esencialmente llamada a ser *superada*. “Demasiado básico” significa aquí “*demasiado elemental*”. La otra actitud escéptica hacia el tema de las fuentes es el resultado de pensar que no es productivo ocuparse de él porque, tomado en serio, supone enfrentar un tipo de problema que, en realidad, no puede ser resuelto; sino solo *sor-teado*. Tomada en serio, la cuestión de las fuentes lleva inexorablemente a la de la naturaleza del Derecho. “Demasiado básico” significa aquí, pues, “*demasiado fundamental*”. Estas dos actitudes, en apariencia incompatibles entre sí, en realidad, son perfectamente representativas de lo que es la “*vida*” de un orden jurídico.¹ Por un lado, para que un orden jurídico exista

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

¹ Según Hart “muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos ...surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1019-1066.

tiene que haber un amplio consenso respecto de cuáles son las fuentes de ese orden: sin consenso sobre las fuentes no puede haber una práctica concordante de IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO, es decir, no puede haber un orden jurídico.² Pero, por otro lado, también es cierto que casi todas las grandes controversias jurídicas se han canalizado a través de la doctrina de las fuentes del Derecho.³

pautas para valorar su conducta y la de los demás [lo que acaba desembocando en las preguntas fundamentales] ... Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario, que enuncia hechos, o de discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo ... [lo que acaba suponiendo una trivialización del problema]" Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a. ed., Reim., 1991 [1961], p. 122.

² Por ejemplo, en España a la pregunta de cuáles son las fuentes del Derecho español todos los juristas probablemente harían una referencia al art. 1 del Código civil para decir que las fuentes son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; y complementarían esa información básica con una enumeración más detallada que incluiría la constitución, los tratados, las leyes (con sus diversos tipos), los reglamentos, la costumbre, la jurisprudencia, etcétera.

³ Tras la aparente unanimidad se esconden alternativas teóricas que se manifiestan en las diferentes ideologías jurídicas y que tienen una extraordinaria relevancia práctica, pues afectan a las tareas de interpretación y aplicación del Derecho que realizan los juristas. Tratemos de mostrarlo. Si echamos la vista atrás, es fácil constatar la *trascendencia política* que han tenido algunas disputas jurídicas a propósito del peso que hay que atribuir a cada una de las diferentes fuentes. Piénsese, por ejemplo, en lo que supusieron históricamente las disputas jurídicas entre costumbre y ley o entre ley y jurisprudencia. Y lo mismo podría decirse en la actualidad de la tensión entre ley y constitución a propósito de la transición del Estado de Derecho como imperio de la ley al Estado de Derecho como Estado constitucional. Todas estas disputas, que afectan en algún grado a la distribución del poder político en una sociedad, se canalizan jurídicamente a través de la discusión sobre las fuentes. Pero más allá de lo anterior, que tiende a coincidir con las disputas que acompañan a los grandes cambios jurídicos, hay muchas otras discusiones jurídicas que son más persistentes, que tienen también una gran relevancia práctica y que giran en torno a las fuentes. Considérense los siguientes ejemplos: En el Derecho hay fuentes, pero ¿todo el Derecho se basa en fuentes o hay estándares jurídicos no fundados en fuentes? La existencia de fuentes escritas que derivan de autoridades (como la ley) ¿privilegia la interpretación literal y subjetiva (intencionalista) o no? Los derechos fundamentales contemplados en la constitución, ¿son reconocidos por el constituyente o creados por él? La aceptación de una constitución regulativa como norma fundamental de un sistema jurídico, ¿implica que ésta impone tan sólo límites negativos a la discrecionalidad (libertad) del resto de autoridades jurídicas o supone, por el contrario, una determinación positiva de su conducta? O, adoptando una terminología más propia de la teoría general del Derecho, considérense también estos otros ejemplos: ¿Crear y aplicar el Derecho son operaciones radicalmente opuestas entre sí? ¿Crean Derecho los jueces? ¿Hay lagunas jurídicas? etc. En definitiva, todas estas cuestiones *apuntan hacia el problema del ámbito y los límites de lo jurídico* y, como ya he dicho, las respuestas a las mismas tienen una gran relevancia para la vida de un sistema jurídico, es decir, para la práctica del Derecho. Los desacuerdos entre los juristas son persistentes, se canalizan a través de las

En este texto voy a intentar desarrollar el tema de las fuentes huyendo de estas dos actitudes escépticas. Es más, voy a tratar de mostrar que entender bien las fuentes es saber “gestionar” adecuadamente esa peculiar combinación de “elementalidad” y “fundamentalidad” que presentan. Para ello voy a dividir la exposición en dos partes. En la primera parte (I. Cuestiones Conceptuales) voy a tratar de ubicar todos los problemas y cuestiones vinculados con la conceptualización de las fuentes del Derecho en general. Y en la segunda (II. Diversos Tipos de Fuentes de Derecho) voy a tratar de dar una explicación de diversos tipos de fuentes del Derecho comunes en los órdenes jurídicos de nuestro entorno cultural. Me detendré en las fuentes-acto (legislación), en las fuentes-hecho (costumbre), en las normas de origen judicial (jurisprudencia y precedentes) y en los principios generales del Derecho (el Derecho implícito). Al final, incluiré un último epígrafe en el que, bajo el título de “Los nuevos fenómenos”, trataré de dar noticia de (más que de explicar) los nuevos desarrollos del Derecho que afectan a la teoría de las fuentes del Derecho; me refiero sobre todo al constitucionalismo y a la globalización.

I. CUESTIONES CONCEPTUALES

1. *La metáfora de las fuentes del Derecho y sus ambigüedades. Un mapa conceptual.*

Las metáforas como la de las fuentes del Derecho se construyen sobre la base de una analogía en el sentido de una semejanza de relaciones, cuya estructura es: “A es a B lo que C es a D”. Así, por ejemplo, a partir de la analogía “la sal es a la comida lo que lo divertido (satisfactorio) es a la vida” (y tomando el primer término de la primera relación y el segundo, de la segunda) se obtiene la metáfora de “la sal de la vida”. Si ello es así, la pregunta por las fuentes del Derecho puede formularse como una “regla de tres”: “las fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al Derecho”. Desentrañar qué sean las fuentes del Derecho consistirá -parece- en averiguar qué habría que poner en el lugar de la X. Pero no adelantemos acontecimientos.

La metáfora de las fuentes se usa, en general, para referirse al origen de algo; lo mismo ocurre en el caso del Derecho. Ahora bien, qué pueda entenderse por el “origen del Derecho” no es ni mucho menos claro. Como mínimo, el uso de la metáfora ha dado lugar a tres tipos de *discursos* o *enfo-*

diversas ideologías jurídicas que componen imágenes del Derecho (concepciones) diferentes entre sí y tienen su reflejo en la teoría de las fuentes del Derecho.

ques diferentes. El primero es un discurso de tipo *explicativo* que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del Derecho en el sentido de las “*causas sociales*” que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo *justificativo* donde por origen se entiende no las causas que explican, sino centralmente la “*fundamentación de la obligatoriedad*” del Derecho; ¿por qué obliga el Derecho? ¿De dónde proviene su obligatoriedad? Aquí el Derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar *sistemático*, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el *origen jurídico de los fenómenos jurídicos*. El Derecho, según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas.

En este punto, conviene poner de manifiesto algo que es muy importante para entender la cuestión: estos tres enfoques o discursos (el explicativo o social, el justificativo o valorativo y el autónomo o sistemático) no son propios o exclusivos del tema de las fuentes, sino que recorren todo el pensamiento jurídico. Ello es así, porque en realidad no se trata sólo de una disputa conceptual relativa a cómo hay que entender la palabra “origen” referida al Derecho; no es simplemente una cuestión de concurrencia de tres enfoques diferentes sobre un mismo objeto. Una diferencia central entre el “*agua*” (término oculto en la metáfora de las fuentes) y el “*Derecho*” es que la primera no genera controversia teórica alguna, mientras que el segundo sí. El agua es una sustancia con una determinada composición química; y es simplemente agua tanto para la geología como para la gastronomía, tanto para la meteorología como para la agricultura. Ello hace que los diversos discursos sobre el agua puedan yuxtaponerse unos a otros sin más problemas. Ese no es el caso del Derecho. En primer lugar, porque se trata de un objeto cultural; y ello supone que el discurso sobre el Derecho “construye” en gran medida el propio objeto Derecho. Pero, además, en segundo lugar, se trata de un objeto altamente controvertido; la cuestión de su “naturaleza” (de qué tipo de “sustancia” se trata) se ha discutido “por los siglos de los siglos”. Estas dos propiedades permiten entender por qué los diferentes discursos sobre el Derecho no son del todo compatibles entre sí y, en consecuencia, no pueden yuxtaponerse unos tras otros sin más.

Lo anterior, que es muy importante para entender la cuestión, no es sin embargo suficiente para dar cuenta de todas las ambigüedades presentes en

la metáfora de las “fuentes del Derecho”. Para mostrarlo adoptemos la restricción de tomar en consideración la que es -y ha sido- la concepción dominante en el pensamiento jurídico; me refiero al normativismo.⁴ La ambigüedad de la metáfora afecta no sólo a cómo hay que entender la palabra “fuente” (“origen”) sino también a la palabra “Derecho”. En ocasiones se usa para referirse al “todo” (al Derecho en su conjunto, al orden jurídico) y en ocasiones, para referirse a sus “partes componentes”, esto es, a las normas jurídicas. Esta ambigüedad ha dado lugar a dos preguntas diferentes: una, el origen (la naturaleza) del Derecho (discurso propio de la teoría y/o filosofía del Derecho), y otra, el origen de las normas jurídicas (discurso propio de la teoría general del Derecho y de las diferentes dogmáticas jurídicas).

El siguiente cuadro resume todo lo anterior:

Derecho Enfoques	A. Orden jurídico.	B. Normas jurídicas
1. Explicativo, social.	El Derecho es un orden social	Factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas (“Fuentes materiales del Derecho”).
2. Justificativo, valorativo.	El Derecho es un orden justificado	Principios, valores y/o bienes que justifican las normas jurídicas.
3. Sistemático, autónomo.	El Derecho es un orden autónomo que se autorregula	Factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas y régimen jurídico de las normas producidas (“Fuentes formales del Derecho”).

Figura 1 - Mapa Conceptual de las Fuentes del Derecho

No puedo detenerme a mostrar todo el potencial explicativo que tiene este cuadro. Su utilidad, sin embargo, puede ilustrarse usándolo para explicar las semejanzas y diferencias en la concepción de las fuentes de Kelsen,

⁴ El normativismo, *grasso modo*, viene a sostener que, si bien la fenomenología del Derecho puede ser muy rica y variada (y abarcar sujetos, acciones, autoridades, hechos, relaciones, instituciones, cosas, actos de fuerza, violencia, prácticas sociales...), el Derecho se objetiva en normas; es decir, que las múltiples manifestaciones del Derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas; de manera que el discurso jurídico es un discurso sobre toda esa rica y variada fenomenología del Derecho objetivada a través de la idea norma jurídica.

Hart y Alexy. Estos tres autores, bien representativos del pensamiento jurídico contemporáneo, coincidirían en considerar que la casilla 3B constituye el núcleo esencial de la doctrina de las fuentes. Ahí estaría representado *grossa modo* el consenso entre los juristas a propósito de cuáles son las fuentes de un determinado orden jurídico. Pero para entender adecuadamente el contenido de esa casilla 3B cada uno de nuestros autores propone combinaciones diferentes con otras casillas. Kelsen combina de 3B con 3A, pues la tesis de la pureza metodológica trata de afirmar la autonomía del Derecho frente a las ciencias sociales y frente a la moral y la política. Hart combina 3B con 1A, pues su tesis de la regla de reconocimiento como una regla social aceptada pretende afirmar que el Derecho es un orden social de naturaleza esencialmente convencional. Y, finalmente, Alexy combina 3B con 2A, pues la tesis del Derecho como un caso especial del discurso práctico general pretende afirmar la doble naturaleza (positiva e ideal) del Derecho. En resumen, los tres autores aceptan 3B, es decir, aceptan que en el Derecho hay fuentes formales, pero discrepan respecto de cuál es el papel de las fuentes en el razonamiento y el método jurídicos.

2. *Dos concepciones (¿incompatibles?) de las fuentes del Derecho: Las fuentes desde el sistema y las fuentes desde el caso.*

A. *Planteamiento: ¿Qué aporta la idea de fuente a la idea de norma?*

Una ilustración: Una persona entra en un aula de la universidad y ve un letrero que pone en letras grandes “Prohibido fumar”. Se trata de una norma, no hay duda al respecto. Se aproxima al letrero y ve que en la esquina inferior derecha en letras mucho más pequeñas pone “Ley 25/2008”. Es la indicación de la fuente de la norma, tampoco hay duda.

¿Qué aporta, pues, la idea de fuente a la idea de norma? Dos cosas muy importantes. La primera aportación es que permite identificar el “Prohibido fumar” como norma jurídica. La fuente, el origen, determina la juridicidad de la norma en cuestión. La idea de fuentes está en el centro del problema de la identificación del Derecho. La segunda aportación radica en que, al clasificar a las normas por su origen, les atribuye un cierto régimen jurídico. “Prohibido fumar” ordena lo mismo tanto si ha sido establecido por un reglamento de la Universidad como si lo ha hecho una ley; pero su régimen jurídico varía considerablemente. La fuente le otorga un lugar dentro de la jerarquía normativa, lo que determina múltiples cuestiones: cuáles son sus condiciones de validez, quién puede derogarla o modificarla, cómo se resuel-

ven los posibles conflictos con otras normas, etcétera. En definitiva, la fuente determina cuál es el rol formal de la norma a la hora de construir el Derecho como una unidad. La idea de fuentes está en el centro del problema de la unidad del Derecho. Si tenemos claro este doble papel que juegan las fuentes en relación con las normas jurídicas, estamos en condiciones de entender dos concepciones de las fuentes que se presentan como opuestas y rivales. Tratemos de explicar cada una de ellas pero yendo por pasos.

B. *Una aproximación: Las fuentes son el origen de la juridicidad de las normas.*

Conforme a una primera manera de ver la cuestión, las fuentes del Derecho son el origen de las normas jurídicas. Por fuentes hay que entender los “hechos y actos jurídicos” creadores/generadores de normas jurídicas generales.⁵ El Derecho está compuesto por normas generales y abstractas que son el resultado de ciertos “hechos y actos jurídicos”. Esta noción de fuente del Derecho se corresponde con la noción de fuentes formales del Derecho (conjunto de factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas) y proyecta una imagen sistemática del Derecho. En efecto, se utiliza un criterio intrasistemático y típicamente recursivo: si hay normas jurídicas es porque hay “hechos y actos jurídicos” que las crean; y si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que constituyen y regulan tales hechos y actos jurídicos (normas sobre la producción jurídica). A modo de ilustración de esta forma de entender las fuentes del Derecho puede considerarse el siguiente párrafo de Kelsen:

Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados [legislación (acto creador) y costumbre (hecho creador)], sino toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula. [Se denomina 'fuente' pues también al] fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción ...Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.⁶

⁵ “Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento hace depender la producción de normas jurídicas”, en Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

⁶ Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), UNAM, Mexico, 1982, p. 243.

Esta manera de concebir las fuentes del Derecho implica, me parece, varias cosas distintas: (1) Estudiar las fuentes supone determinar el conjunto de “hechos y actos jurídicos” susceptibles de generar normas jurídicas; es decir, supone determinar el catálogo de fuentes. (2) Todas las normas jurídicas tienen su origen en una fuente, es decir, en un hecho o un acto jurídico. (3) Todo hecho o acto jurídico lo es en virtud de una norma jurídica. (3) El origen de las normas permite *distinguir* nítidamente entre *normas jurídicas* y *normas no jurídicas*.

C. *Otra aproximación: Las fuentes son las normas jurídicas vistas por su origen.*

Hablar de fuentes del Derecho, más allá de lo que el uso metafórico de la palabra “fuente” parece sugerir, no es nada distinto a hablar de normas jurídicas clasificadas por su origen. Esta noción de fuente se solapa parcialmente con la anterior, pero no es reducible a ella. Es compatible con la idea de hecho y acto jurídico creador de normas jurídicas porque estos no son más que orígenes de normas. Ahora bien, no es reducible a ella porque desde esta perspectiva es perfectamente posible que pueda haber normas jurídicas cuyo origen no se sitúe en hechos ni en actos jurídicos. Lo característico de esta forma de concebir las fuentes del Derecho es que, si bien puede hablarse de un catálogo de orígenes de normas, no permite distinguir nítidamente entre normas jurídicas y normas no jurídicas. De nuevo y a modo de ilustración, considérese el siguiente párrafo de Alf Ross:

Por fuentes del Derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas “fuentes” que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que *el propio juez formule la norma que necesita*.⁷

Esta manera de concebir las fuentes del Derecho implica tres cosas diversas: 1) Hablar de fuentes del Derecho supone hablar de un catálogo de orígenes de las normas jurídicas pero donde no todos ellos son “hechos y actos jurídicos”.⁸ 2) La juridicidad de algunas normas deriva de su origen (hechos y

⁷ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), 2a. ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 75.

⁸ En este sentido, por ejemplo, el propio Alf Ross suministra un catálogo de fuentes del Derecho donde las clasifica por el grado de objetivación que presentan. Así, distingue: 1. Fuente completamente objetivada: las formulaciones revestidas de autoridad (la legislación

actos jurídicos) pero la de otras proviene de la determinación de su *relevancia* o *necesidad* para el caso que se trata de resolver. 3) En abstracto no es posible determinar de manera precisa el conjunto de normas jurídicas. Esto es lo que sugiere Ross con la frase “la norma que [el juez] necesita”.

D. *Las fuentes desde el sistema y las fuentes desde el problema (caso).*

Estas dos maneras de entender las fuentes del Derecho que acabamos de ver mantienen entre sí una forma de oposición (tensión) que recuerda mucho (y tiene connotaciones muy semejantes) a la que Viehweg, siguiendo a Hartmann, trazaba entre el “pensamiento sistemático” y el “pensamiento problemático”. En efecto, Viehweg venía a sostener que toda disciplina surge de determinados problemas y da lugar a un cierto sistema de ideas generales; pero lo interesante no radica en eso, sino en determinar dónde se pone el acento, a qué se le atribuye más peso. El “pensamiento sistemático” —decía Viehweg— pone el acento en el sistema y acaba realizando una selección de problemas, de suerte que los problemas que el sistema no resuelve son apartados y quedan sin resolver. Por el contrario, el “pensamiento problemático” pone el acento en el problema y, por tanto, lo que hace es una selección de sistemas en busca de la solución del problema.⁹ No quiero extenderme en esta cuestión, pero *grosso modo* la oposición entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático corre paralela a la que aquí estamos contemplando a propósito de las dos formas de entender las fuentes. Según dónde pongamos el acento vemos las fuentes “desde el sistema” o “desde el problema (caso)”.

La teoría de las fuentes ha jugado un papel central dentro del discurso de la teoría del Derecho; pues, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. En realidad, ha tomado dos problemas básicos de la experiencia cotidiana de los juristas (el *problema de la identificación del Derecho* y el *problema de la unidad*

en el sentido más amplio). 2. Fuente parcialmente objetivada: costumbre y precedente. Y 3. Fuente no objetivada, “libre”: “la “razón”. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 77.

⁹ Véase, Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y ss. En un sentido muy similar, en 1910, Vaz Ferreira introduce la distinción entre pensar por sistemas y pensar por ideas. Escribe: “Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un *sistema* destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que *tener en cuenta* cuando se reflexione en cada caso sobre problemas reales y concretos”, Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho, p. 78.

del Derecho), los ha vinculado con el problema del concepto de Derecho y, en gran medida, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. Detengámonos brevemente a explicar cada uno de estos dos problemas básicos de la experiencia de los juristas tratando de mostrar la contribución que a su solución realizan la concepción de las fuentes desde el sistema y la de las fuentes desde el caso.

E. *El problema de la identificación del Derecho.*

El problema de la identificación del Derecho no es otro que el de la identificación de las normas jurídicas. Forma parte de la experiencia básica de todo jurista el dato de que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo algunas de ellas, las jurídicas. Ello implica que todo jurista tiene necesidad de distinguir entre estándares jurídicos y estándares que no lo son; de distinguir el Derecho de su ambiente. Toda teoría del Derecho tiene, pues, que articular alguna forma de respuesta a este problema. La persistencia del problema explica la fortuna de las conceptualizaciones del Derecho que lo han presentado como un conjunto específico de normas. A partir de ahí, es fácil darse cuenta de que aquellos autores que han puesto el acento en esta necesidad de los juristas, que han elevado a la categoría de fundamental la separación del Derecho de su ambiente, han encontrado en el criterio del origen de las normas, es decir, en las “fuentes desde el sistema”, un apoyo prácticamente insustituible. El origen de las normas, el pedigrí, pasa a ser el criterio esencial para determinar su juridicidad.

Si, como decía antes, la teoría del Derecho trata de articular un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, es claro que la teoría de las fuentes construida “desde el sistema” suministra una respuesta muy potente al problema de la identificación del Derecho. Por el contrario, la respuesta que ofrece la teoría de las fuentes construida “desde el caso” es, en este sentido, mucho menos satisfactoria. Establece algo parecido a una “gradualidad” en la juridicidad que parece desembocar en que la cuestión de la identificación del Derecho se resuelve en una decisión. En este sentido, si las fuentes del Derecho están necesariamente unidas a los valores y/o principios de certeza, previsibilidad y/o seguridad, parece que, en relación con el problema de la identificación, la concepción de las “fuentes desde el sistema” es mucho más satisfactoria que la concepción de las “fuentes desde el caso”.

F. *El problema de la unidad del Derecho.*

El problema de la unidad del Derecho ha estado también permanentemente presente en la conceptualización del Derecho. En efecto, la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central del quehacer cotidiano de los juristas. La solución de un caso jurídico —aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico acabado— no es simplemente la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen solo la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del Derecho. Es decir, al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Ello es así y lo sabe todo el mundo. El problema es explicar cómo se produce esa unificación, porque —y esta es la pregunta fundamental— la unidad del Derecho ¿tiene fundamento o simplemente se decide? De nuevo, la teoría de las fuentes ha jugado un papel central en la respuesta a este problema. Una respuesta típica ha consistido en decir que la solución de un caso es la solución según el Derecho y no solo la solución según una determinada norma porque el Derecho es, además de un conjunto de normas, un sistema de normas. El Derecho no es un mero agregado de normas, sino que esas normas están ordenadas (ver, SISTEMAS JURÍDICOS). Un criterio central para la ordenación de las normas jurídicas (sistematización) es, una vez más, el origen de las mismas. El origen de las normas determina su régimen jurídico (básicamente su jerarquía). Sin embargo, para la concepción de las “fuentes desde el sistema”, la unidad del Derecho es una propiedad “relativa”, pues hay que referirla a los casos. En los *casos regulados*, resueltos por el sistema de normas, la unidad del Derecho es “real”. Por el contrario, en los *casos no regulados* (es decir, aquellos casos en los que, por la razón que sea, el sistema no suministra una única respuesta), la solución (la unidad) se decide discrecionalmente (“libremente”).

Los autores entre cuyas preocupaciones centrales ha estado la cuestión de la justificación de las soluciones jurídicas, es decir, la justificación de “la solución según el Derecho” han tendido a adoptar la concepción de las fuentes desde el problema.¹⁰ Un rasgo común a todos ellos es la tendencia a

¹⁰ Tratando de dar cuenta del punto de vista interno, en el apartado de las fuentes relativo a la razón y/o tradición de cultura, Alf Ross escribe: “La ausencia de toda norma con autoridad es vivida como un defecto o una laguna en el derecho que el juez debe suplir. Este lo hará decidiendo la concreta cuestión planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión... Lo que llamamos ‘razón’ o ‘consideraciones prácti-

considerar que en los casos relevantes no resueltos no es cierto que todas las razones para decidir sean razones igualmente extrajurídicas; y, por tanto, jurídicamente equivalentes. No es verdad —sostendrán— que el Derecho no tenga nada que decir en estos casos. Las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta. Desde esta perspectiva, la unidad del Derecho puede postularse porque el Derecho no es cerrado respecto del conjunto de razones relevantes para la resolución de los casos.

Si la teoría del Derecho trata de articular un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, la teoría de “las fuentes construida desde el caso” suministra una respuesta mucho más potente al problema inserto en la práctica jurídica de la unidad del Derecho. Por el contrario, la respuesta que ofrece la teoría de “las fuentes construida desde el sistema” es mucho menos satisfactoria, porque es una teoría resignada: si no hay solución (si el Derecho para un caso determinado no es unitario), entonces solo hay decisión. Las razones alegadas en la justificación son extrajurídicas y, por tanto, en términos jurídicos son todas ellas igualmente irrelevantes. En este sentido, si se acepta que las fuentes del Derecho están necesariamente unidas a los valores y/o principios de certeza y seguridad, parece que, en relación con el problema de la unidad del Derecho, la teoría de las “fuentes desde el caso” es mucho más satisfactoria que la teoría de las “fuentes desde el sistema”.

cas’ es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa... Una doctrina realista de las fuentes del Derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de ‘formalmente establecido’. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, pp 97-98. Compárese esta cita de Ross con esta otra de Viehweg relativa al acento en el pensamiento problemático: “Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema... sería necesario otro sistema para encontrar la solución. Lo mismo podría decirse en el caso de que existieran varios sistemas A, B, C, etc. Si ninguno de ellos permitiera encontrar la solución, sería necesario otro nuevo sistema y otro más en que quedara afirmado el carácter de problema. Con otras palabras: el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no se demuestra”. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Madrid, Taurus, 1964, p. 51.

3. *El Derecho como práctica y la superación de la supuesta incompatibilidad.*

A. *La tensión entre la identificación del Derecho y la unidad del Derecho.*

Parece, por tanto, que la teoría del Derecho, en su tarea de construir la imagen del Derecho, tiene, por un lado, que lidiar con los problemas de la identificación y de la unidad y, por otro, que recurrir a la teoría de las fuentes para abordarlos. Pues bien, ello parece enredar en un dilema a la teoría del Derecho y a la teoría de las fuentes.

Si se resuelve satisfactoriamente el problema de la identificación del Derecho, es decir, si se consigue suministrar un criterio claro (relativamente preciso) para la identificación del conjunto de estándares jurídicos, de forma que puedan eliminarse (o reducirse al mínimo) los componentes decisionales en la determinación de lo jurídico, entonces el Derecho acaba abriéndose por los casos. Los casos no regulados acaban simplemente decidiéndose (sin criterio o con criterios extrajurídicos). Es decir, si se resuelve satisfactoriamente en términos de certeza el problema de la identificación (de forma que la determinación de los estándares jurídicos no sea una cuestión de decisión) entonces se deteriora la unidad del Derecho por los casos. En este sentido, la certeza, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones, padece porque hay todo un ámbito en el que los casos simplemente se deciden y no hay posibilidad de articular control jurídico alguno.

Por el contrario, si se resuelve satisfactoriamente el problema de la unidad del Derecho se acaba perjudicando la cuestión de la identificación. En efecto, para que la solución de los diferentes casos nunca sea una pura cuestión de decisión, sino que se trate siempre de una cuestión de justificación jurídica, es necesario abrir el catálogo de razones jurídicas y, en consecuencia, la distinción entre estándares jurídicos y estándares no jurídicos pierde nitidez. La pretensión de hallar una justificación jurídica de la solución de todos los casos acaba desdibujando la separación del Derecho de su ambiente. En este sentido, el empeño por la justificación jurídica de todas las decisiones hace que la certeza padezca por cuanto es incompatible con la pretensión determinar *a priori* el conjunto de estándares jurídicos, es decir, el catálogo completo de razones jurídicas para resolver todos los casos.¹¹

¹¹ En este punto conviene llamar la atención sobre lo siguiente. Los autores que ponen el énfasis en la cuestión de la identificación (en la separación del Derecho de su ambiente) tienden a usar la distinción “caso regulado/caso no regulado”; mientras que los que ponen el énfasis en la justificación tienden usar la distinción “caso fácil/caso difícil”. La sustitución del primer par de opuestos por el segundo es indicativa del tránsito en la teoría del Derecho

Planteada así la cuestión parece que estemos ante un dilema sin solución. La certeza, la previsibilidad, resulta siempre perjudicada porque, por un lado, si mejoramos la identificación (separación clara de las normas jurídicas frente a las no jurídicas) perjudicamos la justificación y, por otro, si mejoramos la justificación (reconocemos carácter jurídico a las razones relevantes para decidir) perjudicamos la identificación. En mi opinión, esta conclusión no es necesaria; es, más bien, el producto de un cierto error de planteamiento.

B. Las fuentes y el Derecho como una práctica que pretende erradicar el decisionismo.

La certeza, la previsibilidad y/o la seguridad (en definitiva la erradicación del decisionismo) es el principio y/o valor que parece estar detrás de, por un lado, estas dos formas de entender las fuentes del Derecho y, por otro, de encarar los problemas de la identificación y de la unidad del Derecho. Ahora bien, a pesar de esta unidad de principios y/o valores no cabe confiar en la eliminación permanente de la referida tensión, no es posible resolverla en abstracto. La persistencia de la discusión dentro de la teoría del Derecho es buena prueba de ello. En mi opinión, lo que procede es entender el Derecho como una práctica guiada por el ideal de la certeza jurídica. Es decir, verlo como una práctica orientada a tratar de erradicar los términos indeseables de “no diferenciación entre estándares jurídicos y no jurídicos” y de “decisión libre de los casos no regulados”. En este sentido, tomarse en serio el principio y/o valor de la certeza del Derecho presupone tomarse en serio la erradicación de los términos indeseables del referido supuesto dilema. La práctica jurídica guiada por el ideal de la certeza es una práctica que trata de minimizar el decisionismo en la resolución de los problemas jurídicos y, en consecuencia, necesita operar con ambos conceptos de fuentes; y ello es así porque necesita, por un lado, distinguir entre “estándares jurídicos y estándares que no lo son” y, por otro, justificar “la solución según el Derecho”. No es posible entender la práctica del Derecho sin percatarse de que el valor del propio Derecho proviene estrictamente de su dimensión institucional y ello supone tomar en consideración tanto los aspectos formales (lo que supone necesariamente distinguir al Derecho de su ambiente) como los aspectos sustantivos (lo que supone que las soluciones a los casos nunca puedan ser simplemente decididas). Por ello, la ten-

del énfasis en la cuestión de la identificación del Derecho (separación) al énfasis en la cuestión de la unidad del Derecho (justificación).

sión entre la identificación del Derecho y su unidad es ineliminable en abstracto. Lo que procede, en realidad, no es elegir uno de estos dos conceptos de fuentes, sino darse cuenta de que una concepción adecuada de las fuentes del Derecho tiene que lidiar con la tensión entre la cuestión de la identificación (la separación) y la cuestión de la unidad (la justificación).¹²

A continuación, voy a tratar de explicar diferentes tipos de fuentes del Derecho. Como el lector podrá comprobar, la explicación de cada una de esas fuentes articulará de maneras diferentes la cuestión de la identificación y la de la unidad. Es más, cada cambio de tipo de fuente supondrá que la explicación requerirá una mayor apertura hacia cuestiones de justificación. Por decirlo en frase que ha hecho fortuna: el paso de unos tipos de fuentes a otros ira mostrando el “desbordamiento de las fuentes” entendidas a la manera meramente sistemática y/o formalista.¹³

II. ALGUNOS TIPOS DE FUENTES

1. *La ley y las fuentes-acto.*

A. *Actos jurídicos y fuentes-acto.*

Hay normas que tienen su origen en actos jurídicos. Todos los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poder. Aplicado a la legislación, la regla que confiere el poder de legislar podría formularse -simplificando mucho las cosas- del siguiente modo: “Si se da el estado de cosas X y el legislador (el sujeto Z) aprueba un documento normativo (realiza la acción Y) entonces se produce el resultado ley (resultado institucional RI)”.¹⁴ Co-

¹² En mi opinión, la distinción dworkiniana en la aplicación del Derecho entre la fase preinterpretativa (identificación y/o determinación de los materiales), la fase interpretativa (determinación de las concepciones posibles) y la fase postinterpretativa (solución correcta) conforma una base muy adecuada para la reconstrucción de la práctica jurídica guiada por los valores de la certeza, la previsibilidad y/o la seguridad. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; y *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1886.

¹³ Tomo la expresión de Antonio-Enrique Pérez Luño (*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011) aunque hay que advertir que él usa la figura en un sentido diferente al aquí asumido; él la utiliza para referir los fenómenos jurídicos de la supraestatalidad y de la infraestatalidad (p. 90).

¹⁴ Todo lo relativo a los actos jurídicos y las fuentes-acto es un resumen actualizado de lo sostenido en los cap. III y IV del libro Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000. En esos capítulos, a su vez, se tenía muy en cuenta la concepción de las “reglas que confieren poder” desarrollada en el libro Atienza,

mo es obvio, no todo acto jurídico es una fuente-acto. En el caso de las fuentes-acto, la regla que confiere poder se llama *regla de competencia*; al sujeto titular del poder normativo, *autoridad*; y al resultado institucional, *disposición jurídica, documento normativo dotado de autoridad o fuente del Derecho*. Que la regla que confiere poder sea una regla de competencia quiere decir que el ejercicio de ese poder normativo puede alterar la situación normativa de ciertos sujetos sin el concurso de su voluntad: se trata de un poder público y rige el principio de heteronomía.¹⁵ Ahora bien, no todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia es una fuente-acto. Para explicarlo conviene recurrir a la noción de AUTORIDAD. Es común considerar que las autoridades jurídicas son los sujetos titulares de los poderes públicos; pero en los sistemas jurídicos desarrollados, las autoridades no son sólo los sujetos, sino los sujetos más los procedimientos: la autoridad de un resultado normativo proviene de que cierto sujeto ha seguido un determinado procedimiento. Si bien se considera, un procedimiento no es más que una secuencia de actos jurídicos en la que la realización de unos actos se configura como condición necesaria y/o suficiente para la realización de otros actos posteriores. Así, por ejemplo, el resultado “ley” es el producto de la intervención de múltiples sujetos y de la realización de múltiples actos jurídicos (de la producción de múltiples resultados institucionales); por ello, las denominadas fuentes-acto bien podrían llamarse fuentes-procedimiento.¹⁶

Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

¹⁵ Conviene llamar la atención sobre las potencialidades explicativas y sistematizadoras que tiene la noción de regla que confiere poderes tal como se está usando, pues ella constituye una estructura común que recorre las tres grandes ramas del Derecho. Esta estructura permite mostrar las semejanzas (y, en consecuencia, perfilar mejor las diferencias) entre los poderes normativos de cada una de esas ramas: la capacidad (poder para realizar actos jurídico-privados, negocios jurídicos), la competencia (poder para realizar actos jurídico-públicos) y la legitimación (poder para realizar actos jurídico-procesales, en el ámbito del proceso).

¹⁶ El criterio utilizado para individualizar las reglas que confieren poderes es el siguiente: cada resultado institucional susceptible de ser interpretado como un acto jurídico presupone una regla que confiere poder. El antecedente de esta regla contiene todas las condiciones necesarias y suficientes para la producción del resultado institucional de que se trate. Cuando se da el salto y se pasa de los actos a los procedimientos, en realidad, la situación no cambia demasiado. Para individualizar un procedimiento se parte también de un resultado institucional, lo único que ocurre es que entre las condiciones necesarias y suficientes para su producción se incluye la realización de diferentes actos jurídicos que, naturalmente, pueden implicar a diferentes sujetos. Por regla general y como forma abreviada de referirse a un procedimiento es común aislar algunos de esos actos como los más representativos: el acto que inicia el procedimiento (por ejemplo, la presentación de un proyecto de ley), el que

Pero lo anterior no es suficiente para caracterizar a las fuentes-acto, pues no es cierto que todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia y que concluye un procedimiento sea una fuente-acto. El acto jurídico tiene que tener eficacia general. Esta última nota, la eficacia general, explica por qué el resultado de las fuentes-acto es un documento normativo, publicado oficialmente y dotado de autoridad: la eficacia general exige no que el resultado sea comunicado (notificado) a los interesados como ocurre con muchos otros actos jurídicos, sino que sea hecho público.

B. *La validez de las fuentes-acto: Existencia y corrección*

La validez predicada de los actos jurídicos puede significar dos cosas distintas: existencia del resultado institucional (validez constitutiva) y corrección o legitimidad del mismo (validez regulativa). Para entender esta disociación del juicio de validez respecto de las fuentes-acto hay que tomar en consideración la diferencia que media entre lo que “*es posible hacer*” y lo que “*está permitido hacer*”. Como es sabido, sólo tiene sentido ordenar, prohibir o permitir la conducta en el ámbito de lo que es posible hacer. Carece de sentido pretender ordenar la conducta en el ámbito de lo imposible o en el de lo necesario (no es posible que no). A partir de ahí, si las reglas que confieren poder crean la posibilidad de producir resultados institucionales, ocurre que los que no son titulares de dichos poderes normativos no es que tengan prohibido producir los correspondientes resultados institucionales; es, más bien, que les resulta imposible producirlos. La posibilidad de producir los resultados institucionales que llamamos fuentes-acto la tienen exclusivamente ciertas autoridades jurídicas: el legislador puede (en el sentido de que le es posible) dictar leyes; el gobierno, decretos; el ayuntamiento, ordenanzas municipales, etcétera.

Sin norma de competencia no hay autoridad jurídica posible, luego en el interior del orden jurídico todas las autoridades y todos los poderes normativos son constituidos y delegados; salvo —claro está— una última autoridad —llamada suprema— cuyo poder ya no podrá ser explicado con el criterio de la delegación. El hecho de que todas las autoridades, salvo la suprema, sean delegadas permite considerar que el conjunto de autoridades jurídicas constituye una unidad, un sistema de autoridades. Desde esta perspectiva, la unidad del Derecho se ve como una unidad de autoridades. Pero el Derecho aspira no solo a la unidad de autoridades por vía de la delegación, sino también a la unidad de contenidos normativos. Desarrollar

más claramente representa una manifestación de voluntad (la aprobación del proyecto de ley) y el que cierra el procedimiento (la promulgación o la sanción de la ley).

la cuestión de la unidad de contenidos normativos del orden jurídico lleva a tratar el otro sentido en que se usa la expresión validez, el de legitimidad o corrección. Cuando se dice que una ley es inconstitucional se está, por un lado, reconociendo que aquello de lo que se predica la inconstitucionalidad es una ley (existe como ley, fue dictado conforme a los requisitos establecidos en las reglas de competencia), pero, por otro, afirmando que el contenido de ese resultado institucional es ilegítimo o incorrecto porque contradice el contenido de normas superiores. Nótese que del mismo modo que la noción de delegación juega un papel central en la construcción de la unidad del Derecho entendida como unidad de autoridades, la noción de jerarquía normativa lo juega en la construcción de la unidad del Derecho vista como unidad de contenidos normativos.

Esta disociación del juicio de validez, que es el resultado de distinguir entre la delegación de poderes normativos (competencia para producir resultados institucionales) y el establecimiento de deberes relativos al ejercicio de esos poderes normativos (límites en el ejercicio de la competencia), es característica de las fuentes-acto; y tiene la virtud de permitir distinguir claramente los criterios para determinar quién tiene el poder para producir fuentes-acto (esto es, quién es autoridad) de los criterios que para determinar si la autoridad violó algunos de sus deberes al producir el resultado institucional en cuestión. Como muestra la experiencia, la respuesta a la pregunta de si le es posible al Parlamento dictar una ley inconstitucional solo puede ser positiva; la respuesta a la pregunta de si eso le está permitido solo puede ser negativa.

La teoría jurídica ha dado cuenta de estos dos sentidos de validez (constitutiva/existencia y regulativa/corrección) distinguiendo entre validez formal y validez material de las normas. Los juicios de validez formal son el producto de juzgar el acto creador de la norma (el acto jurídico) y los de validez material, de juzgar la compatibilidad de la norma producida con las normas superiores. Como se ve, esto es perfectamente compatible con lo dicho anteriormente. La opción terminológica no es importante; lo relevante es darse cuenta del alcance que tiene la disociación del juicio de validez.

Si bien se considera, lo dicho hasta ahora sólo vale para dar cuenta de conflictos entre una fuente-acto dictada por una autoridad delegada y otra fuente-acto dictada por la autoridad delegante. Este tipo de conflictos se resuelven, por lo general, declarando la ilegitimidad o la incorrección (nulidad) de la fuente-acto delegada. Pero, según lo visto, por ejemplo, en España no sería posible un conflicto entre “ley ordinaria” y “ley autonómica, porque al Parlamento Español le resulta imposible producir el resultado

“ley autonómica” y al Parlament de Catalunya, el resultado “ley ordinaria”. Es claro que estos conflictos son posibles e incluso frecuentes. Para dar cuenta de los mismos hay que introducir matices hasta ahora ignorados. La distribución de poderes normativos tiene, en efecto, una dimensión formal que gira en torno a la idea de delegación para producir fuentes-acto (leyes ordinarias, leyes autonómicas, decretos, etc.); pero tiene también otras dimensiones, como la material, la territorial y la personal. Cada una de ellas define un ámbito de la competencia: qué materias se pueden regular, sobre qué territorio se puede regular y a qué personas se puede afectar con la regulación. Centrémonos en el ámbito material de la competencia, que es el más difícil de precisar.

En general se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales llamados fuentes-acto (competencia formal), regule ciertas materias (competencia material). La competencia material de una autoridad viene determinada por el conjunto de materias que puede (*le es posible*) regular (por ejemplo, el tráfico marítimo, la ordenación del territorio, el impuesto sobre bienes inmuebles, las relaciones de comercio, etcétera.). Al regular estas materias la autoridad competente no puede (*no le está permitido* en términos deónticos) violar el contenido de normas superiores. Según esto, la competencia material se comporta del mismo modo que la competencia formal; es decir, la pretensión de una autoridad de regular una materia para la que no tiene competencia material produce exactamente el mismo resultado que la pretensión de producir una fuente-acto para la que no se tiene competencia formal: la inexistencia de la fuente-acto. ¿Ocurre realmente así? ¿Es esa una buena reconstrucción? En mi opinión, sí; lo que sucede es que en la determinación material de la competencia los problemas de penumbra conceptual se multiplican y ello resulta potencialmente conflictivo. Naturalmente las expresiones usadas para su determinación pueden tener una amplia zona de claridad, pero sus límites son generalmente imprecisos. Lo importante, sin embargo, es darse cuenta de que en la distribución de poderes normativos los requisitos de competencia material son también condición de existencia del resultado institucional. Otra cosa es que en el ejercicio cotidiano de poderes normativos entre autoridades distintas surjan múltiples conflictos derivados de que los límites de las referidas materias no estén ni mucho menos claros. Estos son los conflictos de competencias reales, los que dirimen los tribunales, pero ello no altera el que la competencia material se presente, al igual que la competencia formal, como condición necesaria para la existencia del resultado institucional.

Ahora bien, para que la explicación resulte satisfactoria hay que dar cabida a los nuevos ámbitos de la competencia dentro del esquema de las reglas que confieren poderes. Ello se consigue descomponiendo el estado de cosas X. La estructura completa de las reglas de competencia en el caso de las fuentes-acto responde a la siguiente estructura: “Si se trata de regular las materias M y Q, en el ámbito territorial T y/o en el personal P (todo ello conforma el estado de cosas) y el sujeto Z (la autoridad) realiza la acción Y (normalmente una declaración de voluntad de producir RI) entonces se produce el resultado institucional RI (la fuente-acto)”. Como es obvio, en el estado de cosas pueden incluirse circunstancias que van más allá de los ámbitos de competencia típicos hasta ahora contemplados. Piense el lector, por ejemplo, que en España para que se produzca el resultado Decreto-ley tienen que concurrir junto a las circunstancias relativas a los ámbitos de competencia, la de tratarse de un caso de “extraordinaria y urgente necesidad”.

Los conflictos de poder son posibles porque al ser penumbrosos los límites de la competencia los juicios de inexistencia generalmente no son inmediatos. Ello hace que deban ser resueltos por los tribunales y, en consecuencia, que se genere la impresión de que los juicios de validez con los que se dirime el conflicto versen sobre la corrección de la fuente-acto conflictiva y no sobre su existencia. No es cuestión de enredarse en la elección de las palabras, pero piense el lector en lo siguiente: la necesidad de resolver estos conflictos proviene de que los mismos rompen la unidad de autoridades del orden jurídico, no la de contenidos. Es perfectamente posible que una autoridad incompetente dicte un documento que no llegue a ser considerado fuente-acto (debido a esa incompetencia) y que, sin embargo, su contenido sea perfectamente armónico con los contenidos del orden jurídico; de forma que si hubiera sido dictada por la autoridad competente, aparte de existir como fuente-acto, sería legítima o correcta.

C. *Derecho de origen deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito.*

El Derecho proveniente de fuentes-acto se nos presenta como Derecho deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito. La expresión “Derecho de origen deliberado” se opone a la de “Derecho espontáneo”¹⁷ y se recurre a ella para significar que se trata de Derecho creado intencionalmente. Todas las fuentes-acto son Derecho deliberado. Para justificarlo basta con recordar el carácter necesariamente intencional de los actos jurídicos. La

¹⁷ Nino distingue entre “fuentes de creación deliberada” y “fuentes de creación espontánea”. Cfr. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 148 y ss.

expresión “Derecho delegado” se opone a “Derecho reconocido” o “Derecho recibido”.¹⁸ Se habla de Derecho reconocido o recibido cuando lo que existe es un hecho social productor de reglas de conducta anterior al (o independiente del) sistema jurídico de referencia, pero que éste reconoce su juridicidad *a posteriori*. Todas las fuentes-acto son, en este sentido, Derecho delegado.

Las fuentes-acto son también Derecho prescrito. Si se recuerdan los criterios dados para distinguir las fuentes-acto del resto de los actos jurídicos, es fácil percatarse de que pueden interpretarse como prescripciones. En el contexto de una relación de autoridad, una prescripción es una manifestación de voluntad de que otros se comporten de una determinada manera lo quieran o no.¹⁹

D. *Normas provenientes de autoridades políticas.*

El modelo de las fuentes-acto se corresponde *grosso modo* con las normas provenientes de autoridades políticas. Como ya se dijo, para definir la posición institucional de cualquier autoridad jurídica hay que tomar en consideración cuáles son sus poderes (qué le es posible hacer) y cuáles son sus deberes (qué le está permitido hacer). A todas las autoridades jurídicas les es posible y les está permitido hacer determinaciones positivas del contenido del orden jurídico. Dentro del marco establecido por las normas superiores, cada autoridad jurídica puede ir cerrando (determinando) el contenido del orden jurídico. Ello quiere decir simplemente que todas las autoridades jurídicas son delegadas y que sus poderes están limitados por las normas superiores. Pues bien, lo propio y característico de las autoridades políticas es que su poder normativo está concebido para producir *cambios* en dichas determinaciones positivas. Las *autoridades políticas* cumplen la función de cambio dentro del orden jurídico. La legislación, en este sentido, es el instrumento de cambio jurídico por excelencia; por ello, el poder normativo de legislar puede ser descompuesto en términos de promulgación y derogación. La promulgación y la derogación son actos jurídicos

¹⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 153 y ss

¹⁹ Escribe von Wright: “Las prescripciones son dadas o dictadas por alguien. ‘Dimanan’ de o tienen su ‘origen’ en la voluntad de un dador de normas o, como también diremos, autoridad normativa. Van, además, destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quien llamaremos sujeto(s) normativo(s). Puede decirse normalmente que la autoridad que da la norma quiere que el sujeto adopte una cierta conducta. La emisión de la norma puede entonces decirse que manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto se comporte de una manera determinada...”, en von Wright, G.H., *Norma y acción* (trad. P. García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970, p. 27.

complementarios que están situados en un plano horizontal, de forma que quien tiene el poder de promulgar tiene también el poder de derogar.²⁰ Ello es así, porque en general la competencia de las autoridades políticas no se agota con su ejercicio puntual: el legislador puede ejercer su competencia (promulgar nuevas leyes o derogar leyes anteriores) cuantas veces lo considere oportuno. Vinculado con ello está el que las autoridades políticas pueden ejercer su competencia a instancias propias, y no necesariamente a instancias externas.

Si se acepta que las autoridades políticas cumplen esa función de cambio y se toma en consideración lo que les está permitido hacer, es fácil darse cuenta de que sus deberes son fundamentalmente límites al ejercicio de su poder normativo. Las normas superiores no tratan tanto de determinar positivamente el contenido de las normas que ellas vayan a dictar, cuanto de fijarles límites. Si no fuera así, difícilmente podrían cumplir la función de cambiar el sistema jurídico. Por ello, en el ámbito competencial de las autoridades políticas carece de sentido, resulta incluso ininteligible, la hipótesis tantas veces discutida a propósito de las autoridades jurisdiccionales de la única respuesta correcta. Es más, para poder desempeñar adecuadamente la función de cambio, de adaptación del sistema jurídico a las necesidades sociales, deben representar intereses sociales. En efecto, su función no resulta jurídicamente afectada por el hecho de que sus decisiones se vean como promoción de intereses de grupos sociales, realizadoras de programas políticos, definidoras de nuevos objetivos sociales o promotoras de nuevos valores aún no incorporados al orden jurídico. En este sentido, su legitima-

²⁰ Para un análisis detallado de la promulgación y la derogación como actos complementarios puede verse Aguiló Regla, Josep, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Fontamara, 1995, 1999. No es este el lugar adecuado para adentrarse en tecnicismos a propósito de la derogación, pero sí quiero llamar la atención sobre lo siguiente: ha sido muy común definir la derogación como una forma de perder validez de las normas jurídicas. Esa visión de la derogación produce una imagen distorsionada por cuanto tiende a desdibujar las diferencias entre la derogación y la declaración de nulidad. En la obra citada se puede leer: “La derogación y la declaración de nulidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho”.

ción no proviene en absoluto de la idea de independencia, sino de la de representación.

2. *La costumbre y las fuentes-hecho*

A. *Hechos jurídicos y fuentes-hecho.*

Hay normas jurídicas que tienen su origen en hechos jurídicos, por ello se habla de fuentes-hecho. Los hechos jurídicos del tipo aquí considerado presuponen una regla constitutiva que establece que si se da un cierto estado de cosas X entonces se produce el resultado institucional RI.²¹ La costumbre jurídica es el paradigma de fuente-hecho y el problema que trataremos de responder aquí es el de determinar cuál pueda ser el supuesto de hecho (el estado de cosas X) que da lugar al resultado institucional “costumbre jurídica”. Estudiar y analizar la costumbre como fuente del Derecho lleva de manera inevitable a abordar la cuestión de la relevancia jurídica de las reglas sociales.

B. *La costumbre jurídica y su validez.*

Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta en circunstancias semejantes, solemos decir que ese modelo de conducta constituye un hábito de conducta. Cuando ese hábito es compartido durante un cierto tiempo por los individuos de una comunidad, consideramos al modelo de conducta como un hábito social. Y cuando como consecuencia de la desviación con respecto al modelo de conducta se generan reacciones críticas y actitudes de rechazo porque se considera que se frustran expectativas e intereses considerados legítimos, solemos decir que el modelo de conducta constituye una regla social, una norma consuetudinaria o, simplemente, una costumbre.²² Si se acepta esta sencilla estipulación es fácil darse cuenta de que el problema que se trata de resolver aquí es el de determinar cuán-

²¹ Lo dicho aquí sobre los hechos jurídicos y las fuentes-hecho es un resumen de los caps. III y V del libro Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000. En estos capítulos se tiene muy en cuenta la noción de “regla puramente constitutiva” desarrollada en el libro de Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

²² Guibourg, Ricardo, “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.) *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Madrid, Trotta, 1996, p. 181.

do una regla social o norma consuetudinaria puede ser considerada como una costumbre jurídica.²³

La principal dificultad para responder a esta pregunta radica en que las normas jurídicas que reconocen la costumbre como fuente del Derecho se limitan a eso, a reconocerla, pero no especifican los elementos del supuesto de hecho que da lugar a una costumbre jurídica; es decir, no determinan los criterios para saber cuándo la existencia de una regla social produce el resultado institucional “costumbre jurídica”. Ello ha supuesto que, de hecho, la determinación de esos criterios haya quedado en manos de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. La doctrina jurídica suele considerar que hay dos elementos constitutivos de la costumbre jurídica: El *usus* o elemento material o externo (esto es, repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta) y la *opinio* o elemento espiritual o interno (es decir, conciencia de obligatoriedad).²⁴ Estos dos elementos plantean múltiples problemas, pero aquí —por razones de espacio— voy a centrarme únicamente en el segundo. La existencia de la *opinio* o conciencia de obligatoriedad se hace visible en las reacciones críticas de los participantes en una práctica social frente a la desviación. Pero la *opinio* es un elemento común a todas las reglas sociales, no es privativo de las costumbres jurídicas. Y si no toda regla social es una costumbre jurídica, entonces la mera presencia de la conciencia de obligatoriedad no puede ser el elemento que nos permita deslindar unas reglas de otras. Para resolver este problema

²³ Utilizando como criterio de clasificación las relaciones entre ley y costumbre, la doctrina jurídica suele distinguir tres tipos de costumbres jurídicas: la costumbre *contra legem*, la costumbre *secundum legem* y la costumbre *praeter legem*. La costumbre *contra legem* es la costumbre contraria a la ley y queda fuera de nuestro interés porque está positivamente excluida como fuente. La costumbre *secundum legem* es la costumbre a la que remite directamente la ley. Por ejemplo, el art. 1574 del Código civil español establece lo siguiente: “Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se estará, en cuanto al lugar, a lo dispuesto en el artículo 1171; y, en cuanto al tiempo, a la costumbre de la tierra”. Este tipo de costumbre jurídica no es muy interesante por cuanto no plantea ningún problema especial para la teoría de las fuentes: la juridicidad de esa costumbre o regla social viene establecida directamente por la ley. Se trata de una remisión explícita que el orden jurídico hace a una normativa concreta. Los problemas que ello pueda plantear son fundamentalmente de prueba, de que realmente existe en el ámbito de la remisión una regla social que regula la materia, pero nada más. Y, finalmente, la costumbre *praeter legem* que es la costumbre considerada como fuente del Derecho diferenciada de las demás fuentes. Éste es el ámbito en el que se sitúa nuestro problema: ¿cuándo una regla social puede ser considerada una costumbre jurídica?

²⁴ Por todos véase Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de J. Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984.

cierta doctrina jurídica ha acudido a dos expedientes que me parecen equivocados: el primero ha consistido en modificar el contenido de la *opinio* y el segundo, los sujetos de la *opinio*.

En efecto, en ocasiones se ha sostenido que la *opinio* no debe entenderse como mera conciencia de obligatoriedad de la práctica social, sino que su contenido es el de conciencia de obligatoriedad jurídica o de juridicidad de la práctica. Pero aceptar eso no está exento de problemas. En primer lugar, ello equivale a sostener que el carácter jurídico de la práctica es anterior (e independiente) al (del) sistema jurídico de que se trate; pues la juridicidad de esa costumbre no provendría del reconocimiento por el sistema de fuentes, sino del contenido mismo de la práctica. Y, en segundo lugar, si bien se considera, ese criterio lo único que dice es que “costumbres jurídicas son aquellas costumbres que la gente considera jurídicas”. La solución, parece, no puede venir por ahí.

La segunda vía que se ha intentado consiste en afirmar que costumbres jurídicas son aquellas reglas sociales a las que los jueces deciden reconocer carácter jurídico. Como se ve, aquí lo que se modifica son los sujetos de la *opinio*; el criterio de juridicidad no es la *opinio* de los sujetos que participan en la práctica social, sino la de los jueces. Este segundo expediente tampoco nos vale porque, en realidad, recurrir a él acaba por suponer una renuncia a hablar de fuentes del Derecho. En efecto, en primer lugar, se supone que los jueces deben resolver los casos aplicando las normas que se siguen del sistema de fuentes, es decir, aplicando normas jurídicas que preexisten a sus decisiones. Y, en segundo lugar, por la misma vía podríamos sostener que sólo las leyes que los jueces aplican son leyes jurídicas y que las que deciden no aplicar son leyes no jurídicas. Es obvio que los jueces cuando deciden los casos tienen el poder normativo de determinar cuál es el Derecho aplicable al caso, pero lo relevante para la teoría jurídica, en general, y para la teoría de las fuentes, en particular, no es eso, sino los deberes que guían el ejercicio de ese poder normativo; la pregunta importante es, pues, la de cómo deben hacer esa determinación del Derecho. Seguir el criterio propuesto por este segundo expediente nos convertiría a la costumbre en una fuente delegada, cuando en principio se nos presenta como recibida, y a los jueces en autoridades con poder para “dictar” normas consuetudinarias. La cuestión, pues, no es esa, sino la de determinar cuándo un juez tiene el deber de reconocer que una regla social es una costumbre jurídica.

Retornemos a nuestro problema. La pregunta por el supuesto de hecho que da lugar al resultado “costumbre jurídica” es la pregunta por los criterios que nos permitan distinguir los hábitos sociales (las meras regularidades), las

reglas sociales y las reglas sociales que son costumbres jurídicas. El siguiente cuadro permite ver con claridad qué es lo que andamos buscando:

	Uso	Conciencia de Obligatoriedad	¿?
Hábitos sociales	+	-	-
Reglas sociales	+	+	-
Costumbres jurídicas	+	+	+

Figura 2 - Costumbre Jurídica

En mi opinión, para hallar la solución a lo anterior hay que percatarse de que a toda costumbre jurídica le subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa. Antes de detenerme a explicar qué pueda querer decir lo anterior, quiero mostrar el paralelismo que existe entre el problema que tenemos aquí planteado y el problema central que presenta el recurso a la analogía en el Derecho.

En efecto, el problema que la analogía en el Derecho plantea a la teoría jurídica no es el de cómo aplicar el esquema del razonamiento por analogía. La operación de extensión que dicho razonamiento implica no presenta grandes dificultades. Lo realmente problemático es anterior a ello y lo podríamos especificar en lo siguiente: Un razonamiento por analogía presupone que es posible distinguir entre casos regulados y casos no regulados jurídicamente; y dentro de estos últimos entre casos relevantes y casos irrelevantes o indiferentes. En forma gráfica, presupone la siguiente clasificación:

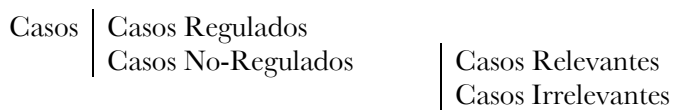


Figura 3 - Tipos de Casos

Es decir, para razonar por analogía el jurista tiene que determinar que se trata de un caso que no está regulado y que además es jurídicamente relevante. El juicio normativo subyacente al razonamiento por analogía es el juicio de relevancia jurídica que se funda en la idea de congruencia o coherencia normativa.

El problema que nos plantea la costumbre jurídica es muy semejante. Se trata de deslindar entre las reglas sociales irrelevantes para el Derecho y las relevantes. A estas últimas, las llamamos costumbres jurídicas. Junto al *usus* y la *opinio* hace falta incluir un juicio de relevancia jurídica fundado en

la idea de coherencia. Si somos capaces de aclarar este tercer elemento me parece que se resuelven bastantes de las perplejidades que la costumbre jurídica ha suscitado.

La noción de coherencia o congruencia está jugando un papel cada vez más importante en la teoría del Derecho contemporánea. No es mi propósito adentrarme en las diferentes versiones que la literatura iusfilosófica ha generado de la misma. Aquí me propongo tan sólo apuntar algunas ideas que nos permitan entender el juicio de relevancia que subyace a la costumbre jurídica.

Empecemos recordando una estipulación que en los últimos años ha hecho fortuna: la distinción entre consistencia normativa y coherencia normativa. Se dice que dos normas son consistentes cuando entre ellas no se da una contradicción lógica. Si se da contradicción, entonces son inconsistentes. Entre dos normas hay una contradicción lógica cuando el cumplimiento de una de ellas supone necesariamente el incumplimiento de la otra, y viceversa. La consistencia, suele decirse, es una cuestión de todo o nada; y ello quiere decir que la relación entre los conceptos de consistencia e inconsistencia es dicotómica y no graduable. Resulta obvio que el Derecho puede ser (y de hecho en muchas ocasiones es) inconsistente, esto es, que contiene normas inconsistentes entre sí. La consistencia se predica de las relaciones lógicas entre normas y por extensión del conjunto que contiene a dichas normas. Más allá de estas referencias que comúnmente se hacen a las relaciones lógicas entre normas, las nociones clave para captar la idea de consistencia son las de deber y cumplimiento. Lo fundamental es percatarse de que la presencia de normas inconsistentes rompe la unidad de contenidos del Derecho, quiebra la unidad en la guía de la conducta, impide que observemos al Derecho como una unidad de deberes. En este contexto y con el fin de reconstruir la unidad de contenidos del Derecho es en el que operan los llamados criterios de resolución de antinomias: los principios de *lex superior* (la norma superior prevalece sobre la inferior), de *lex posterior* (la posterior prevalece sobre la anterior) y de *lex specialis* (la norma especial prevalece sobre la general). En resumen, predicar del Derecho o de cualquier conjunto de normas que es consistente quiere decir que lo vemos como una guía unitaria de la conducta, como una unidad de deberes.

La idea de coherencia o congruencia no es -suele decirse- como la anterior una cuestión puramente lógica y no opera a la manera de todo o nada. La clave para entender la noción de coherencia normativa radica, me parece, en lo siguiente. Las normas regulativas pueden ser vistas no sólo como guías de la conducta (esto es, como enunciados deónticos que imponen deberes), sino también como instrumentos para la protección y/o promo-

ción de ciertos bienes o valores jurídicos. Ello quiere decir que las normas regulativas están dotadas de un sentido que no se agota en el simple establecimiento de deberes. Si ello es así, quiere decir que nuestros juicios sobre la compatibilidad de las normas regulativas no se limitan a constatar la consistencia entre ellas (la compatibilidad de deberes), sino también la coherencia (la compatibilidad entre los propósitos protectores de esas normas y la compatibilidad entre los deberes y los propósitos protectores). Ello supone que cuando nos planteamos la unidad de contenidos del Derecho, podemos verlo como consistencia (como unidad de deberes) y como coherencia (como unidad de propósitos, como unidad práctica). No puedo extenderme más sobre la noción de coherencia, pero lo relevante se concreta en estas tres ideas: primera, la coherencia es una cuestión de grado, no de todo o nada; segunda, la coherencia tiene que ver con aquello que nos permite observar al Derecho como una unidad dotada de un sentido protector o promocional de ciertos bienes o valores; y, tercera, la coherencia se nos presenta como un criterio de corrección respecto de todas aquellas operaciones jurídicas que consisten en una extensión (analogía) o una contracción (a contrario) de las normas regulativas. Si se es consciente de ello, es fácil percatarse de que en términos argumentativos la coherencia remite fundamentalmente a argumentos sustanciales y valorativos, no a argumentos formales y autoritativos.

Volvamos ahora sobre la costumbre jurídica. Como es sabido a los jueces no se les exige el conocimiento de oficio de las costumbres jurídicas. Las costumbres jurídicas se alegan, y quien las alega debe probarlas. ¿Qué deberá probar quien alegue una costumbre jurídica? o ¿qué deberá verificar quien reconozca una costumbre jurídica? Si recordamos el cuadro reproducido más arriba, deberá probar, por un lado, que nos encontramos ante una regla social, lo que supone mostrar la concurrencia del *usus* y de la *opinio*. Pero además, por otro lado, deberá probar que dicha regla social es relevante para el Derecho. Ello supone, en primer lugar, mostrar que el contenido de la regla social se refiere a una relación jurídica, esto es, a una relación ya constituida como jurídica por el propio Derecho prescrito. Podrá tratarse de una relación civil, mercantil, laboral, etc. Las relaciones de amistad, que, sin duda, constituyen el contenido de múltiples reglas sociales, no son candidatas a generar costumbres jurídicas. Y, en segundo lugar, deberá mostrar que la regla social es coherente con los principios y valores que trata de proteger el propio Derecho. Dándole la vuelta al argumento de la coherencia tal vez se vea más claro lo que se quiere decir: lo que se trata de mostrar es que si no se tomase en cuenta la regla social en

cuestión se frustraría un valor o un bien reconocido por el propio orden jurídico.

Una característica de las fuentes-hecho y, por tanto, de la costumbre jurídica es la ausencia de autoridades y, en consecuencia, el juicio de validez no se disocia en términos de existencia y corrección o regularidad. Decir de una regla social que es una costumbre jurídica implica decir que ella es coherente, correcta, en relación con el orden jurídico de referencia. Decir de una regla social que es irrelevante o ilegítima de acuerdo con el Derecho, quiere decir que no es una costumbre jurídica.

C. *Derecho espontáneo, Derecho recibido y Derecho no prescrito.*

La costumbre jurídica es Derecho espontáneo (no deliberado) pues no es posible interpretar su generación como intencionada. Naturalmente las acciones individuales que componen la práctica social que da lugar a una costumbre jurídica sí son intencionales, pero la agregación de esas acciones individuales es espontánea, no puede ser interpretada en términos intencionales. Un individuo puede actuar con la intención de contribuir a crear o a mantener una determinada práctica social, pero el que esa práctica se cree o se mantenga es algo que queda ya fuera de su control. Es decir, el resultado institucional “costumbre jurídica” queda fuera del control de cualquier agente. La noción de Derecho recibido o reconocido se opone a la de Derecho delegado. Que la costumbre sea Derecho recibido quiere decir que no es el resultado del ejercicio de ningún poder normativo. Todos los poderes normativos en el interior del orden jurídico son delegados. En realidad estamos ante un hecho social, la generación espontánea de reglas de conducta, que es anterior e independiente del Derecho y que éste constituye en hecho jurídico.

Y, finalmente, la costumbre es Derecho no prescrito. Si es cierto que en su generación no intervienen autoridades jurídicas y que en ella no hay nada parecido a una acción normativa, no tiene sentido tratar de explicarla en términos de prescripciones.

3. *Normas de origen judicial: Jurisprudencia y precedente.*

A. *Dificultades ideológicas y dificultades teóricas.*

La afirmación de que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial me parece trivial e incontrovertible. Si ello es así ¿por qué resulta entonces tan problemática la aceptación del precedente y/o de

la jurisprudencia como fuentes del Derecho? En mi opinión, a la hora de explicar las normas de origen judicial se entrecruzan dificultades de dos tipos: ideológicas y teóricas. Apuntemoslas brevemente.²⁵

Las dificultades ideológicas tienen que ver con lo siguiente. La discusión sobre las normas de origen judicial o sobre la creación judicial de normas generales se halla permanentemente interferida por la discusión sobre el ideal de juez, en general, y sobre el grado de vinculación que el juez debe mostrar a la ley, en particular.²⁶ Sin embargo, se trata de dos cuestiones bien diferentes que deben tratarse de manera independiente. La cuestión de las normas de origen judicial tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del propio Derecho objetivo; y el problema para la teoría de las fuentes es precisamente explicar cómo se produce esa contribución y a qué responde. Por tanto, una explicación que sea satisfactoria tiene que resultar compatible con los diferentes modelos razonables (y aceptables) de juez. El punto de partida de la explicación no debe situarse, pues, en la discusión sobre el ideal de juez.

Las dificultades de naturaleza teórica tienen que ver con otra cosa. Dar una explicación satisfactoria de las normas de origen judicial desborda necesariamente el marco de los meros “hechos y actos jurídicos creadores de normas”. Es decir, las normas de origen judicial no encajan en el modelo de las fuentes-acto ni en el de las fuentes-hecho; ni tampoco en las dico-

²⁵ Este epígrafe es un resumen del cap. VI de Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000; y también del trabajo Aguiló Regla, J., “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista general de jurisprudencia y legislación* núm. 3, julio-septiembre, 2009, pp. 447-470.

²⁶ Genaro Carrió, en un texto que en mi opinión constituye un modelo a seguir, analizó algunos aspectos centrales de la discusión que los juristas mantienen “desde siempre” a propósito de la verdad o falsedad del enunciado “los jueces crean Derecho”. En él mostraba varias cosas. En primer lugar, que a pesar de que los términos que componen el enunciado en cuestión (“jueces”, “crear” y “Derecho”) son altamente equívocos, la polémica que mantienen los juristas no puede reducirse a una mera cuestión de palabras. En segundo lugar, que a pesar de que la discusión versa sobre la verdad o falsedad de un enunciado aparentemente descriptivo lo que se discute no es una cuestión de hechos; los hechos son manifiestos, lo que hacen los jueces transcurre a la vista de todos. La persistencia de la controversia, decía Carrió, solo se comprende si se la interpreta no como un desacuerdo sobre creencias (sobre cómo deben ser correctamente descritas las cosas), sino como un desacuerdo de actitudes (sobre cómo deben ser preferidas las cosas). Es decir, si se la interpreta como una controversia sobre qué jueces preferimos y qué grado de vinculación a la ley deben mostrar. Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2a. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, pp. 105 y ss.

tomías a ellas asociadas (derecho delegado, deliberado y prescrito, por un lado, y Derecho recibido, espontáneo y no prescrito, por otro). Las dificultades provienen de que la explicación tiene que dar entrada a los componentes de coherencia y de justificación presentes tanto en el Derecho como en la sentencia. Es decir, presupone un movimiento desde el primer concepto de fuentes del Derecho (las fuentes desde el sistema) hacia el segundo (las fuentes desde el problema), porque hay que tomar en consideración cuánto hay de justificación en la decisión judicial.

B. *La sentencia como resultado institucional y como documento normativo.*

Cualquier explicación de la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas de origen judicial en el orden jurídico pasa por una cabal comprensión de la sentencia. Las sentencias pueden ser vistas como resultados institucionales y como documentos normativos. Las sentencias son resultados institucionales; en particular, actos jurídicos que presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos (los jueces) para producirlos. Estos resultados institucionales (las sentencias) son siempre intencionales y pueden ser vistos como declaraciones de voluntad de los sujetos titulares de esos poderes. Al igual que ocurre con todos los actos jurídicos, el juicio de validez sobre el resultado institucional “sentencia” se disocia en términos de “existencia” (o validez constitutiva o formal) y de “regularidad” (o validez regulativa o material). Los jueces, al igual que los titulares de los poderes normativos de las llamadas fuentes-acto, son autoridades jurídicas.

Pero la sentencia es también un documento normativo que consta generalmente de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo. El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. La fundamentación es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo.

C. *El modelo del precedente y el modelo de la jurisprudencia.*

A grandes rasgos, puede hablarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos de *common Law*) y el modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas de *civil Law*). Es importante darse cuenta de que ambos modelos pueden estar presentes en ambos tipos de sistemas jurídicos: el modelo del precedente no es completamente extraño a

los sistemas de *civil Law* y el apoyo institucional que un precedente recibe en los sistemas de *common Law* genera también líneas jurisprudenciales.²⁷

La doctrina del *stare decisis* o del precedente puede definirse del siguiente modo: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión...”.²⁸ Es decir, la *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: a) declarar y aplicar el precedente ya existente (*declare*); b) distinguir su caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y c) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo por mal decidido (*overrule*).

En la tradición jurídica del *civil Law* se habla de “jurisprudencia” para referirse al conjunto de las sentencias judiciales; pero lo importante es que no se las ve sólo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales.²⁹ Es decir, que en esos documentos se contiene parte del Derecho objetivo. Este modelo supone que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan (y que no se han incorporado por otra vía) se produce por la *reiteración* de decisiones que recurren a un mismo criterio o estándar. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión “línea jurisprudencial” en lugar de la de “precedente”. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. La jurisprudencia “obligatoria” se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, los situados en la cúspide judicial. A estos tribunales se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia, sino además y principalmente para unificar “doctrina jurisprudencial”. Los criterios que

²⁷ Sobre la convergencia de los dos modelos véanse Taruffo, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007; y da Rosa de Bustamante, Tomas, *Teoria do precedente judicial. A Justificacao e Aplicacao de Regras Jurisprudenciais*, Sao Paulo, Noeses, 2012.

²⁸ Tomo esta definición atribuida a Chamberlain de Iturralde Sesma, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995, p. 31.

²⁹ Guibourg, Ricardo A., “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (Eds.): *El Derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofia II*, 1996, p. 183 y ss.

ellos utilizan para resolver los casos individuales tienen, pues, una dimensión de generalidad vinculada no sólo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y de competencia.

No puedo detenerme a explicarlo pero, a pesar de que aparentemente el sistema del precedente parece adaptarse mejor al modelo de las fuentes-acto y el de la jurisprudencia, al de las fuentes-hecho, lo cierto es que ni uno ni otro suministran un esquema de explicación satisfactorio. En mi opinión, la clave para entender la presencia —casi inevitable— de normas de origen judicial dentro de nuestros órdenes jurídicos está en entender bien los aspectos de justificación del fallo presentes en la sentencia. Trátemos, pues, de aclarar algunos presupuestos.

D. *La justificación del fallo.*

En relación con la fundamentación del fallo suelen reiterarse dos lugares comunes. El primero es que, dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (el Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas. El segundo lugar común es que el razonamiento justificativo sigue el esquema del llamado “silogismo judicial”. Este silogismo consta de una premisa mayor o normativa, que es una norma general, de una premisa menor o fáctica, que es un enunciado que describe los hechos del caso, y de una conclusión normativa, que es un enunciado de deber que expresa una norma particular (la solución del caso). Estos dos lugares comunes no es que sean falsos —son ciertos— pero combinados entre sí e interpretados de manera ligera pueden acabar ocultando diferencias fundamentales entre las normas del Derecho objetivo (*las normas que el juez tiene el deber de aplicar*) y la norma que el juez aplica (*la norma que sirve de premisa mayor o normativa de su razonamiento*) y, en consecuencia, impidiendo ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas.

Las normas del Derecho objetivo (las normas generales que el juez tiene el deber de aplicar) presentan dos propiedades sobresalientes: 1. Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas que pertenecen también al Derecho objetivo. 2. Las consecuencias jurídicas previstas en las normas del Derecho objetivo son siempre *prima facie*, siempre pueden ser derrotadas por otras normas en el momento de su aplicación.

La norma que el juez aplica (la premisa mayor de su razonamiento justificativo), a diferencia de las normas del Derecho objetivo, no tiene ese carácter de *prima facie*: es la norma aplicable “consideradas todas las cosas”

(es decir, vistas todas las propiedades del caso y revisado todo el orden jurídico). En este sentido, la consecuencia jurídica que ella prevé es absoluta, no relativa (o, dicho en otras palabras, es definitiva). Esta diferencia entre unas y otras normas está siempre presente. El tránsito de norma del Derecho objetivo a premisa normativa de un razonamiento justificativo comporta siempre como mínimo ese cambio de *prima facie* a “consideradas todas las cosas”. La decisión de usar una norma para resolver un caso implica ese cambio. Ello es así porque la norma que opera como premisa de un razonamiento jurídico acabado tiene la fuerza del Derecho, del orden jurídico en su conjunto. En el momento de la aplicación, la diversidad de normas del Derecho objetivo se transforma, como hemos visto, en la unidad del Derecho.

En muchas ocasiones, al decidir los casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del Derecho objetivo. Para resolver estos problemas usan múltiples y variados criterios con el fin de llegar a formular (y justificar) la norma con la que resuelven el caso. *Estos criterios junto con la (por así decir, “nueva”) norma son los candidatos para llegar a ser normas de origen judicial.* Todo ello les lleva (o debería llevarles) a desplegar una intensa actividad argumentativa destinada a *justificar* las decisiones que toman.

En el contexto de aplicación del Derecho -aunque no sólo en él- justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de “para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c...”). Este requisito debe satisfacerse tanto si la norma en cuestión la proporciona directamente el Derecho objetivo (caso sencillo) como si se trata de una construcción realizada por el juez a partir de ciertas normas del Derecho objetivo. Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el *compromiso* de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea este teórico o práctico. El segundo, supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: “Si se aplica un predicado F a un hecho (objeto u evento) a se debe estar dispues-

to a aplicar F a cualquier otro hecho igual a a en todos los aspectos relevantes”.³⁰ Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como “ X es rojo” implica la proposición “todo lo que es como X en los aspectos relevantes es rojo”, porque, en otro caso, “rojo” no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo).³¹

Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido. Y si no lo ha adquirido es que no ha justificado (todo lo más habrá simulado que justificaba). Justificar no es sólo una cuestión de palabras. Por ello, puede decirse que, en la medida en que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; y c) mostrar que el caso ante-

³⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 185.

³¹ Escribe MacCormick a este respecto: “El concepto de universalizabilidad que propongo como esencial para la justificación en el Derecho es un concepto limitado por las exigencias de la legalidad y del Estado de Derecho, a pesar de que es un concepto compartido con los filósofos morales que siguen a Kant y R.M. Hare. Los jueces tienen que universalizar regulando lo mejor que ellos puedan dentro del contexto de un orden jurídico existente y establecido. La existencia de este contexto de argumentación convierte en razonable y realmente posible una tarea que podría ser vista como sobrehercúlea si se la contemplara enteramente en el vacío”. MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 149-150.

rior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, sino otra alternativa.³²

Todo lo anterior puede resumirse del siguiente modo:

A. En muchas ocasiones los jueces, de acuerdo con su función de hacer efectivo el Derecho objetivo, tienen que realizar transformaciones de las propias normas del Derecho objetivo para poder resolver los casos que se les presentan. Ello supone tomar decisiones.

B. Los jueces deben justificar esas decisiones; deben hacer explícitas las razones que les llevan a tomarlas.

C. Para que una decisión se nos presente como justificada debe ser universalizable; esto es, debe fundarse en un criterio universal.

D. La universalidad tiene implicaciones pragmáticas hacia el futuro; supone el compromiso de tomar la misma decisión bajo las mismas circunstancias.

E. De lo anterior se sigue que las normas del Derecho objetivo (las que el juez tiene el deber de aplicar) cambian una vez que el juez ha tenido que tomar decisiones para poder aplicarlas. La nueva norma (la que es un producto de las transformaciones realizadas) junto con los criterios utilizados para justificarla, se incorporan al conjunto de normas que el juez tiene el deber de aplicar, que no es otra cosa que el propio Derecho objetivo.

F. Ello supone que para las autoridades jurisdiccionales la unidad de contenidos del Derecho no se reduce a una mera cuestión estática de jerarquía normativa, sino que tiene también una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro. Ello se explica porque su función no es la de modificar el Derecho, sino la de hacerlo efectivo, aplicable. Desarrollar esta función puede suponer la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio del sistema jurídico.

Hasta aquí la explicación/justificación destinada a superar las dificultades tanto ideológicas como teóricas que la cultura jurídica continental ha tenido para dar cuenta de las normas de origen judicial. El lector que haya llegado hasta aquí puede pensar que una explicación que toma como supuesto base la racionalidad del “autoprecedente” no puede ser muy sólida porque deja fuera todos los aspectos convencionales propios de cada siste-

³² A efectos de la justificación de una decisión jurídica los aspectos más importantes de la universalidad no se sitúan en la dimensión formal de la argumentación, como tantas veces se afirma al decir que exige el uso de un cuantificador universal, sino más bien en las dimensiones material y pragmática de la misma. Sobre el alcance de la distinción entre las dimensiones formal, material y pragmática de la argumentación véase Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.

ma jurídico. Sin embargo, la elección del autoprecedente como punto de anclaje no ha sido azarosa ni casual. Con ella he pretendido, por un lado, evitar que la explicación se enredase -como suele ocurrir con mucha frecuencia- en “tecnicismos jurídicos” que acentúan demasiado los particularismos de cada orden jurídico y que impiden hacer visible cuánto hay de común a todos ellos; y, por otro, poner de manifiesto que el autoprecedente está en la base de todas las ideas legitimadoras de la jurisdicción entendida como práctica. En efecto, nociones como “igualdad ante la ley”, “legalidad de la decisión”, “independencia judicial” o “imparcialidad” implican, en términos prácticos, la idea de autoprecedente.³³

4. *El método jurídico, el Derecho implícito y los principios generales del Derecho.*

A. *El método jurídico y el Derecho implícito.*

En el Derecho hay normas que son el producto de la elaboración racional del propio derecho. En la explicación de las normas de origen judicial se han destacado tanto elementos de poder (voluntad) como de justificación (razón). Los elementos de poder se manifiestan en que solo ciertos sujetos pueden dar lugar al resultado “sentencia” y, en consecuencia, generar “normas jurídicas de origen judicial”. Pero la existencia y la aceptación de estas normas está vinculada sobre todo a exigencias de justificación. La distinción de estos dos aspectos es muy importante para el discurso sobre las fuentes del Derecho: si el poder jurídico (elemento voluntarista de la generación de normas) es exclusivo y excluyente (solo lo tienen aquellos a quienes se les ha conferido) y, en consecuencia, separa a los titulares (por ejemplo, los jueces) del resto de la comunidad jurídica y de los ciudadanos en general, la posibilidad de extraer y/o justificar conclusiones normativas que van más allá de lo dispuesto por las normas del Derecho objetivo no es privativa de ningún titular de ningún poder normativo.³⁴ Es decir, la elabo-

³³ Me he ocupado en extenso de estas nociones legitimadoras de la jurisdicción en Aguiló-Regla, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo, 2003.

³⁴ En este sentido y antes de adentrarme en la explicación de algunos aspectos del método jurídico y del Derecho implícito quiero llamar la atención sobre una curiosidad que no es del todo baladí, pues su ignorancia ha llevado a no pocos juristas a confundir las cosas. Se trata de lo siguiente: El Estado de Derecho -a diferencia de lo que, por ejemplo, hace la Iglesia Católica- no incurre en lo que podríamos llamar la falacia de la infalibilidad. En efecto, es cierto que el Derecho cierra las controversias atribuyendo un poder último a ciertos sujetos u órganos que tienen la última palabra; pero ello —ser titulares del poder último— no los convierte en infalibles. El poder se confiere, la razón no; el poder se detenta

ración racional del propio Derecho objetivo no es exclusiva ni excluyente, está abierta a todos los que usan el Derecho para resolver casos y/o evaluar las soluciones dadas a los mismos. A partir de aquí trataré de mostrar la relevancia de lo anterior para la teoría de las fuentes del Derecho, lo que supondrá detenerse en el “método jurídico” y en el “Derecho implícito”. Al final, si la exposición resulta acertada, el lector se hallará en condiciones de entender las referencias que la literatura jurídica ha hecho al Derecho científico (a la dogmática jurídica) en el tema de las fuentes.

La visión estándar del Derecho tiende a presentarlo como compuesto por dos grandes momentos o procedimientos normativos: el de la creación de normas generales y el de la aplicación de esas mismas normas para la solución de los casos particulares. Estos dos momentos cuentan con dos grandes protagonistas: el legislador y el juez; donde el primero crea (tiene poder para dictar normas generales) y el segundo aplica (tiene poder para resolver casos particulares usando esas mismas normas generales). Dentro de este contexto, el método jurídico es el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones particulares, que permiten establecer un vínculo entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas.³⁵ En cualquier caso, lo importante ahora es darse cuenta de que, desde el paradigma formalista que acentúa mucho la oposición entre creación y aplicación del Derecho, el método jurídico ha tendido a verse como un procedimiento (o conjunto de operaciones, de técnicas) para hallar, descubrir o reconocer las soluciones correctas para los casos particulares. La subsunción, la interpretación, la analogía y otras muchas operaciones del

de manera excluyente, la razón está a disposición de todos. Por decirlo de algún modo: en el ideal del Estado de Derecho está la idea de que el ejercicio del poder se someta a la razón (de ahí la necesidad de justificación de los actos de poder), no que la razón sea una propiedad derivada de la tenencia de poder.

³⁵ Es posible que algún lector considere que esta visión del método jurídico que acabo de exponer es excesivamente restrictiva; tal vez piense que dentro de lo que llamamos método jurídico se incluyen normalmente operaciones con normas generales que no van orientadas a la resolución de casos. Por ejemplo, puede pensar que las operaciones de sistematización del Derecho que realiza la dogmática jurídica normalmente se consideran componentes del método jurídico y que, sin embargo, no tienen como finalidad resolver ningún tipo de caso. No es este el lugar adecuado para desarrollar en profundidad esta cuestión pero, en mi opinión, esta y otras operaciones que realizan los dogmáticos del Derecho sólo tienen sentido en la medida en que sean vistas como una mediación entre la generalidad de las normas y la particularidad de los casos que se trata de resolver. En concreto, creo que la labor de sistematización del Derecho que hacen los dogmáticos solo se entiende adecuadamente si se la ve como una mediación en la construcción de la unidad del Derecho que requiere la determinación de cualquier solución jurídica.

método jurídico han sido presentadas como instrumentos para hallar las soluciones correctas. Sin embargo, todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino como un método para justificar soluciones. Es decir, si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría de la argumentación jurídica, donde el problema no es ya el de cómo *hallar* la solución, sino el de cómo *justificar*, dar razones en favor de, la solución propuesta. El problema del método jurídico es, en realidad, el de cómo justificar soluciones particulares usando normas generales. Si se miran así las cosas y se admite que, en general, justificar es apelar a la razón en busca de la aceptación de una tesis, resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos “problema del método jurídico” no es otro que el problema de la racionalidad de las soluciones jurídicas.

Como ya se ha dicho, la gran diferencia entre las normas generales creadas por el legislador y las normas generales creadas por los jueces radica en que las primeras son vistas fundamentalmente como un producto de la voluntad de ciertos sujetos, mientras que las segundas son percibidas básicamente como un producto de la razón, de la elaboración racional del propio Derecho o del método jurídico. A partir de ahí, es claro que una teoría de las fuentes del Derecho no puede eludir el problema del llamado “Derecho implícito”. Si por “Derecho explícito” se entiende *grosso modo* el que es el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas (las disposiciones generales), el Derecho implícito será el que es un resultado de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico. Quien ponga en duda la relevancia de la noción de Derecho implícito para la teoría de las fuentes que piense en la cantidad de veces en que los juristas hacen indirectamente uso de la misma. Considérense, por ejemplo, expresiones de uso corriente como las siguientes: “... en consecuencia, debe presumirse que el legislador ha ordenado...”, “...habrá que concluir que también está permitido...”, “...deberá considerarse incluido en la norma...”, “...tácitamente se ha dispuesto que...”, etcétera. Estos ejemplos de frases hechas empiezan y acaban con unos puntos suspensivos: los de la izquierda representan una argumentación jurídica y los de la derecha, una norma implícita; es decir, a la izquierda el proceso (de justificación) y a la derecha el resultado (la norma implícita). Si ello es así y se acepta que la teoría de las fuentes del Derecho trata de poner en conexión las normas con los procesos de los que ellas son un resultado, entonces es indiferente hablar de Derecho implícito (resultado) o de método jurídico, elaboración racional del propio Derecho o argumentación jurídica (proceso).

Una vez establecida la relevancia del método jurídico para la teoría de las fuentes, es fácil de entender por qué parte de la literatura jurídica ha incluido a la “doctrina jurídica” o al “Derecho científico” (a la obra de los dogmáticos) dentro de los catálogos de fuentes del Derecho. Naturalmente, quienes lo han sostenido no afirmaban nada semejante a que los juristas teóricos fueran autoridades jurídicas en el sentido en el que lo son los legisladores y los jueces; sino que la labor teórica de los dogmáticos consiste fundamentalmente en extraer y justificar conclusiones normativas que son explicitaciones del Derecho implícito, es decir, que son (o pretenden ser) el resultado de la elaboración racional del Derecho explícito.

B. *Los principios generales del Derecho.*

En el contexto de las fuentes, la expresión “principios jurídicos” parece ambigua. Por un lado, los principios jurídicos, o principios generales del Derecho, aparecen como una categoría autónoma dentro de los catálogos de fuentes del Derecho (por ejemplo, en el art. 1 del C.c. van detrás de la ley y de la costumbre). Conforme con ello, parece que analizar los principios jurídicos supone aclarar qué tienen en común con las otras fuentes y qué los diferencia de ellas. Ahora bien, en muchas ocasiones el uso que los juristas hacen de la expresión “principios jurídicos” parece negar su carácter de fuente del Derecho autónoma y diferenciada de las demás, pues hablan de “principios constitucionales”, “principios legales” o “principios jurisprudenciales” de forma que la expresión “principios jurídicos” lejos de oponerse a las restantes fuentes parece disolverse en ellas. En estos casos se alude, más bien, a un tipo de norma o pauta de conducta que a una “fuente”. Así pues, la expresión “principios jurídicos” parece ambigua porque se usa, en unas ocasiones, en el sentido de pauta de conducta (y entonces se presenta como opuesta a reglas jurídicas) y, en otras, en el sentido de fuente autónoma del Derecho (y entonces se presenta como opuesta a ley y a costumbre). He insistido en la idea de apariencia de ambigüedad porque, en realidad, entender bien los principios jurídicos (tanto en su papel de opuestos a las reglas como en el de opuestos a la ley y la costumbre) supone siempre lo mismo: entender que su rol es esencialmente justificativo. En el contexto de las fuentes, explicar el papel de los principios implica necesariamente dar pasos desde el primer concepto de fuentes (las fuentes desde el sistema) hacia el segundo (las fuentes desde el caso). Es decir, pasar de enfocar la cuestión de las fuentes como “hechos y actos jurídicos” a enfocarla como una cuestión esencialmente justificativa. Y en el contexto de los tipos

de normas ocurre algo muy semejante. Explicar los principios frente a las reglas no es tanto dar cuenta de la diferencia estructural entre reglas y principios, cuanto de dar cuenta en términos justificativos de la dialéctica principios-reglas. Lo primero, el tránsito de la concepción de las fuentes desde el sistema a las fuentes desde el caso, lo he tratado ya al abordar las cuestiones conceptuales generales; a continuación, me detendré brevemente en lo segundo: la dialéctica principios-reglas.

Por reglas hay que entender un tipo de normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. Su aplicación, por tanto, parece que puede reducirse a una pura cuestión de conocimiento, no exige ninguna forma de deliberación práctica. Como suele repetirse, esta es la principal virtud que presentan las reglas frente a los principios. Los principios, a diferencia de las reglas, son un tipo de pauta que establece un “deber ser” (una solución normativa, es decir, obligan o prohíben algo) pero no definen caso genérico (no dicen cuándo son aplicables esas soluciones normativas, ese “deber ser”).³⁶ Por ello, su aplicación nunca es sólo una cuestión de conocimiento, exige siempre una cierta deliberación práctica. Muchos autores se han mostrado escépticos frente a esta distinción; la razón del escepticismo es que únicamente toman en consideración el aspecto directivo de las normas (de guía de la conducta) y marginan el aspecto valorativo y/o justificativo. Aceptar la distinción de manera relevante supone asumir que entre las normas se dan no solo relaciones de compatibilidad o de incompatibilidad en términos de cumplimiento (consistencia e inconsistencia), sino también relaciones de coherencia o de incoherencia valorativa en términos justificativos. Aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar que los principios cumplen una función justificativa en relación con las reglas, pues permiten verlas no sólo como manifestaciones de voluntad de una autoridad, sino como expresión de una ponderación de principios para el caso genérico que ellas regulan. Es decir, permite ver a todas las reglas jurídicas como normas dotadas de un sentido protector y/o promocional de ciertos valores y/o bienes jurídicos. Una vez

³⁶ Una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas es acudir a la noción de norma categórica de von Wright (Von Wright, G.H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pp.91 y ss.). En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma (“aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma”), von Wright distingue entre normas categóricas (aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el contenido) e hipotéticas (aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma ‘si ... entonces ...’). Sobre ello, Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 135 y ss.

que se toma en consideración esta distinción entre el aspecto directivo y el aspecto justificativo de las reglas empiezan a aparecer los fenómenos de la infrainclusión y de la suprainclusión en su aplicación. Y una vez que esto ocurre surgen inmediatamente dos preguntas: La primera es si un principio es reducible a las reglas que lo desarrollan y/o concretan. Casi todos los escépticos frente a la distinción responderán que sí; por el contrario, los que aceptan la distinción sostendrán que no, que un principio no es reducible a las reglas que lo desarrollan porque el principio sigue jugando su papel justificativo en la generación de nuevas reglas a medida que vayan apareciendo casos difíciles.³⁷ La segunda pregunta es por el significado de la expresión “lealtad a las reglas”. Casi todos los escépticos frente a la distinción reglas/principios sostendrán que ser leal a las reglas e serlo a su expresión, al lenguaje directivo en que están expresadas las reglas. Por el contrario, quienes aceptan la distinción considerarán que ser leal a las reglas no es serlo solo a su formulación, sino fundamentalmente al balance de principios que dota de sentido dicha formulación; es decir, a las razones justificativas subyacentes.

³⁷ Para ilustrar la cuestión de si un principio se reduce o no a las reglas que lo concretan y/o desarrollan puede recurrirse a la doctrina jurisprudencial sobre las causas de abstención y de recusación de jueces y magistrados que sostiene que se trata de causas tasadas; es decir, que se trata de una lista de causas que no es ampliable ni restringible en ningún caso. Lo que hace esta línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y de recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a esas reglas. La formulación cerrada de las reglas puede generar en el momento de su aplicación casos anómalos de infrainclusión o de suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad a que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación, aunque dicho caso no sea estrictamente subsumible en ninguna de las reglas establecidas; es decir, no tiene sentido negar toda posibilidad de infrainclusión de las reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la instrucción del caso GAL por parte del juez Baltasar Garzón: no encajaba estrictamente en ninguna de las reglas y, sin embargo estaba justificada la recusación), como tampoco tiene sentido negar toda posibilidad de sobreinclusión de esas mismas reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la recusación del magistrado del Tribunal Constitucional Pablo Pérez Tremps a propósito del caso del Estatut d’Autonomía de Catalunya: encajaba en las reglas y, sin embargo, nunca debió de ser admitida la recusación). En definitiva, aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar la dialéctica principios/reglas, no la reducción de los principios a las reglas que los desarrollan y/o concretan.

5. *Los nuevos fenómenos.*

Todo lo anterior ha estado destinado a tratar de explicar fenómenos jurídicos plenamente consolidados. En consecuencia, he puesto el acento no tanto en dar noticia (todo es sobradamente conocido) cuanto en intentar suministrar una explicación coherente y satisfactoria de dichos fenómenos. Ahora bien, nuestros órdenes jurídicos están sometidos a un proceso acelerado de cambio que está afectando a la teoría del Derecho, en general, y a la teoría de las fuentes, en particular. Este proceso de cambio es el producto de otros dos procesos: la constitucionalización de los órdenes jurídicos, por un lado, y la globalización, por otro. Estos procesos están llamados, sin duda, a cambiar el Derecho que hemos conocido. A continuación, trataré muy brevemente de decir alguna cosa sobre cada uno de esos procesos.

A. *La constitucionalización del orden jurídico.*

Naturalmente este proceso tiene que ver con el papel de fuente del Derecho desarrollado por las constituciones de los llamados Estados constitucionales. Aquí no puedo siquiera tratar de dar una explicación somera de la constitución del Estado constitucional, pero sí creo necesario exponer brevemente en qué consiste el fenómeno de la constitucionalización de un orden jurídico. Según Riccardo Guastini,³⁸ este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida. Estos factores mencionados por Guastini son los siguientes:

1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata —según Guastini— de una condición necesaria y bien puede decirse que cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

³⁸ Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli editore, Turín, 2006, pp. 239 y ss. “En un orden jurídico no constitucionalizado -escribe Guastini- el Derecho constitucional... tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos... Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas...”(p. 240)

2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución. En realidad, al igual que el factor anterior, se trata también de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Implica que la rigidez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar “reserva de Constitución”: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan – independientemente de su estructura y de su contenido– como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.

4) Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.

5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).

6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.

7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticas entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

B. *La globalización y el orden jurídico.*

Si la constitucionalización de un orden jurídico es una extensión del control jurídico a ámbitos que tradicionalmente quedaban fuera de su alcance; la globalización es, tal vez, un proceso inverso, en el sentido de que aparecen nuevas formas de relación social que quedan prácticamente huérfanas de control jurídico. En palabras de Laporta, la globalización comunicativa, económica y social no habría ido acompañada de una paralela globalización jurídica. En su opinión, “el desacoplamiento entre la innegable naturaleza global de muchas acciones y actividades económicas, y la predominante naturaleza particular y estatal de las normas jurídicas en que se sustenta produce consecuencias perversas, que están en la base de mucho del malestar que ha creado la globalización”.³⁹ ¿Pero es eso cierto? Según y cómo, responde Manuel Atienza.⁴⁰

Es cierto si el Derecho lo contemplamos como Derecho estatal y como Derecho internacional en el significado clásico de la expresión: Derecho cuyos actores son fundamentalmente los Estados. Pero quizás no lo sea (o no lo sea tanto) si en lugar de enfocar nuestra mirada hacia el ‘Derecho oficial’ nos fijáramos en la juridicidad proveniente de instancias informales o más o menos informales.

A partir de ahí Atienza apunta fundamentalmente en dos direcciones: la tendencia a la privatización del Derecho y el surgimiento del *soft law*.

La primera de estas direcciones es una manifestación más de la tendencia general a la privatización de lo público. La privatización del Derecho supone que el centro de gravedad del Derecho habría pasado de la ley (expresión de la voluntad estatal) a los contratos entre particulares (aunque esos “particulares” sean las grandes empresas multinacionales). Naturalmente ello va acompañado de una creciente pérdida de soberanía de los Estados como consecuencia del avance tanto del Derecho supranacional como del Derecho transnacional. Un ejemplo de *Derecho supranacional* es el Derecho europeo, pues supone que una parte importante de las normas jurídicas vigentes en los Estados de la Unión no tengan un origen estatal o que estén fuertemente condicionadas por normas supraestatales. Un ejemplo de *Derecho transnacional* puede ser la vigencia de la nueva *lex mercatoria*

³⁹ Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, *Law and justice in a global society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, p. 235.

⁴⁰ Lo que viene a continuación es un resumen de las tesis sostenidas por Atienza en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Vitoria, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, pp. 214 y ss.

que rige el comercio internacional y que no es elaborada por los Estados nacionales ni por instituciones públicas de carácter internacional. Tienen más protagonismo en la generación de estas normas los grandes despachos de abogados que los legisladores; y en la resolución de los conflictos que en torno a ellas se generan tienen más protagonismo los métodos alternativos de resolución de conflictos (la mediación y el arbitraje) que la jurisdicción.

La otra dirección, muy vinculada a la anterior, es la aparición del llamado *soft law*. Se trata de una noción que no es clara, ni mucho menos, pero que apunta a lo siguiente. Un Derecho es *soft* cuando sus guías de conducta no se imponen, es decir, no están respaldadas coactivamente. Se trata de un Derecho que confía más en la negociación, el diálogo, la facilitación, la aceptación y la persuasión que en la coacción. Si tenemos clara esta idea, es fácil percatarse que hay dos grandes “fuentes” para generar normativa *soft*. Una es que el órgano que genera la normativa no tenga capacidad de imposición. Es el caso de muchas resoluciones, instrucciones o recomendaciones de múltiples organismos internacionales como la OCDE, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc. Toda esa normativa es “jurídica” en algún sentido diferente a como son jurídicas las leyes y los tratados internacionales. En términos de identificación del Derecho podríamos hablar aquí, tal vez, de grados de juridicidad. La otra gran fuente de normativa *soft* no tiene que ver con el órgano del que proviene la normativa en cuestión. El órgano que la dicta tiene todos los atributos normativos necesarios para imponerse pero, por las razones que sea, renuncia a (o se siente impotente para) hacerlo. Se limita a orientar o facilitar. Un ejemplo claro de *soft Law* en este sentido lo representa el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*. En efecto, en el preámbulo del mismo puede leerse:

El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, *voluntariamente*, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios...

No se trata aquí de aclarar ahora la noción de *soft Law*, sino simplemente de poner de manifiesto que la globalización está llamada a modificar de manera radical nuestra imagen del Derecho y de sus fuentes.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, 2008 y 2012.
- _____, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1999 [1995].
- _____, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista General de jurisprudencia y legislación*, núm. 3, julio-septiembre, 2009.
- _____, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo, 2003.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), C.E.C., Madrid, 1993.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.
- _____, “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Vitoria, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- BUSTAMANTE, Tomas da Rosa de, *Teoría do precedente judicial. A Justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, Sao Paulo, Noeses, 2012.
- CARRIÓ, Genaro, “Los jueces crean Derecho”, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, México, Fontamara, 2000.
- CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982 (reimp.).
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1886.
- ERNST, Carlos, *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner ed, Córdoba, 1994.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GRAY, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law* (D. Campbell y P. Thomas, eds.) Ashgate-Dartmouth, 1997.
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli editore, Turín, 1992.
- _____, *Il giudice e la legge*, Giappichelli editore, Turín, 1995.
- _____, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998.

- _____, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli editore, Turín, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo, "Fuentes del Derecho", en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Madrid, Trotta, 1996.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2a. ed., Reim., 1991.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), Mexico, UNAM, 1982.
- LAPORTA, Francisco, "Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano", en *Law and justice in a global society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez.
- _____, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- MACCOMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- _____, *Derecho, moral y política (Una revisión de la teoría general del Derecho)*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- _____, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de J. Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984.
- PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), 2a. ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1973.
- SUMMERS, Robert S., *Essays on nature of Law legal reasoning*, Dunker & Humbolt, Berlín, 1992.
- TARUFFO, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho,
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Madrid, Taurus, 1964.
- WRIGHT, G..H. von, *Norma y acción* (trad. P. García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970.