Teoría general de las fuentes del Derecho
(y el orden jurídico)

Josep Aguiló Regla

Ariel
DERECHO

Teoría general de las fuentes del Derecho

Ariel

Ariel Derecho

Josep Aguiló Regla

Teoría general de las fuentes del Derecho

(y del orden jurídico)

Editorial Ariel, S.A.
Barcelona

Diseño de la cubierta: Nacho Soriano

1.ª edición: enero 2000

© 2000: Josep Aguiló Regla

Derechos exclusivos de edición en español
reservados para todo el mundo:
© 2000: Editorial Ariel, S. A.
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1643-3

Depósito legal: B. 77 - 2000

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio,
ya sea eléctrico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

PRÓLOGO

Hace tiempo que he adquirido la costumbre de hacer caso a cualquier sugerencia que me venga de Josep Aguiló, de manera que, con mayor razón, no podía dejar de atender a su petición de escribir un prólogo para este libro suyo sobre las fuentes del Derecho. Sin embargo, esa sensación de deber (considerados algunos de los factores del caso) parece pugnar —o, al menos, ésa es mi impresión— con la misma idea de lo que significa escribir un prólogo; si no ando muy equivocado, en nuestra cultura académica la relación entre el prologuista y el prologado presupone algún tipo de asimetría —básicamente, entre maestro y discípulo— que no se da entre nosotros dos: si por maestro se entiende alguien con más experiencia y conocimiento que otro —el discípulo— y al que el primero introduce en una determinada disciplina, entonces es posible que alguna vez haya sido su (o uno de sus) maestro(s), pero ésa es una condición que se pierde —si las cosas van bien— con el transcurso del tiempo sin que, por cierto, haya en esto nada que lamentar, sino todo lo contrario; y la relación de amistad, felizmente, es una relación simétrica.

De manera que me veo abocado, para tratar de satisfacer exigencias de signo tan contrapuesto, a escribir algo así como un prólogo que no sea un prólogo. ¿Cómo hacerlo? Se me ocurre que una posible forma consiste en no tratar de presentar a un autor y a su obra, sino más bien en invitar al lector a una discusión a propósito de algunas de las tesis que Aguiló sostiene en este libro cuyo interés me parece manifiesto. Quizás pudiera pensarse que, dada esta circunstancia, las páginas que siguen serían —en su caso— para ser leídas al final; pero habida cuenta de la existencia de lectores que gustan empezar los libros por su comienzo físico (yo soy uno de ellos), me esforzaré para que resulten comprensibles por sí mismas. Veamos.

El libro de Josep Aguiló, que lleva el título entre cauteloso e intrigante de «Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)», puede dividirse en tres partes: la primera incluye los tres primeros capítulos y se dedica al estudio de los diversos problemas conceptuales que plantea la teoría de las fuentes; en la segunda parte (capítulos cuarto a séptimo) se analizan los cuatro tipos fundamentales de fuentes del Derecho que suelen distinguirse en nuestros sistemas jurídicos: la ley, la costumbre, el precedente o la jurisprudencia y lo que el autor denomina «elaboración racional del Derecho» (la doctrina jurídica o el Derecho científico); y la última parte —que coincide también con el último capítulo del libro— se destina a construir dos imágenes del Derecho con las que se corresponderían «las dos grandes concepciones del Derecho que hoy pugnan entre sí». Trataré ahora de señalar, de manera necesariamente muy sintética y prescindiendo, por lo tanto, de muchísimos análisis de detalle que dan gran valor a este libro, cuáles son las tesis más importantes que Aguiló defiende en cada uno de esos tres sectores y cuáles los extremos que, en mi opinión, merecerían ser discutidos quizás con mayor extensión de lo que se hace en el libro.

En relación con el primero de estos grandes temas, el planteamiento de Aguiló se dirige, sobre todo, a mostrar que la institución «fuentes del Derecho» presenta muchas menos peculiaridades de lo que los juristas suelen sospechar. Lo que a éstos les ocurre cuando se enfrentan con este tema es que se dejan enredar en toda una maraña conceptual urdida por la tradición jurídica heredada a base de una serie de ambigüedades no resueltas —o mal resueltas—, falsos dilemas, etc. A fin de poner orden en esta situación, Aguiló procede, en los primeros capítulos de su libro —diríamos que es la *pars destruens* de la obra—, a un análisis crítico, y notablemente lúcido, dirigido fundamentalmente a disolver problemas. Su punto de partida para ello consiste, me parece, en aceptar como único o principal presupuesto la definición de fuentes del Derecho de Norberto Bobbio: «los hechos y los actos jurídicos, cuyo resultado es la creación de normas jurídicas».

Ahora bien, esto último viene a ser, en realidad, una manera de referirse a lo que, en los últimos tiempos, viene llamándose «normas constitutivas», que habitualmente se contraponen a las normas regulativas. Estas últimas establecen que, si se dan determinadas circunstancias (supuesto de hecho),

entonces alguien puede, debe o no debe realizar cierto tipo de acción (consecuencia jurídica); por el contrario, las normas constitutivas señalan que, si se dan ciertas circunstancias (ciertos hechos o actos), entonces se producen ciertos resultados jurídicos (por ejemplo, la creación de una norma jurídica). La conclusión radical que de aquí se extrae es que las fuentes del Derecho no son otra cosa que un tipo de norma jurídica (o, lo que en cierto modo es equivalente, las normas jurídicas clasificadas de una cierta manera: por su origen), que puede verse desde el punto de vista de su antecedente o de su consecuente. No tiene, por ello, mucho sentido contraponer los «modos de crear normas jurídicas» o los «métodos de producción normativa», respectivamente, a las «formas de exteriorización de las normas jurídicas» o a las «normas que regulan la producción de las normas jurídicas», pues en todos los casos se estaría haciendo referencia a una misma realidad normativa, vista desde el lado del antecedente o del consecuente. Como tampoco lo tiene contraponer las fuentes formales a las materiales, las legales a las *extra ordinem* y las normativas a las de conocimiento: no tiene sentido porque, obviamente, el segundo de cada par de términos (fuentes materiales, fuentes *extra ordinem* y fuentes de conocimiento) no puede verse ni como el antecedente ni como el consecuente de una norma jurídica; simplemente, éstos no son conceptos normativos, internos a un cierto orden jurídico.

Pues bien, aceptando —como hay que hacer— la notable función de clarificación conceptual que supone un análisis como el anterior, la cuestión que cabría formular es si la aproximación estrictamente normativista a la teoría de las fuentes (como también lo es la de Bobbio o la de Kelsen; no cabe duda de que Aguiló está aquí bien acompañado) es del todo satisfactoria. Obviamente, no pretendo aquí más que plantear un tema de discusión, pero creo que no está de más recordar cuáles han sido algunas de las críticas dirigidas contra este tipo de planteamiento por parte de algunos autores realistas, de ciertos iusnaturalistas (como Fuller) o de autores pospositivistas (como Dworkin). Sin entrar en ningún detalle (sería realmente imposible), lo que los críticos del normativismo han sostenido a este respecto es que resulta empobrecedor ver el Derecho únicamente como normas, que los límites entre lo jurídico y lo no jurídico son extremadamente fluidos (y no se pueden trazar simplemente a partir de la existencia de una norma funda-

mental o una regla de reconocimiento), y que los criterios de validez utilizados para reconocer el Derecho pueden apelar a conceptos morales basados en cuestiones de contenido, y no tienen por qué limitarse a los de carácter formal, basados en la procedencia de una cierta autoridad. Por supuesto, Aguiló es perfectamente consciente de que el tema de las fuentes del Derecho puede abordarse desde muy diversos enfoques: él distingue tres a los que llama social o explicativo, justificativo o valorativo y sistemático o formalista; y señala también que cada uno de ellos puede tener como objeto el Derecho en su conjunto o las normas jurídicas. Lo que habría que plantearle es si su decisión de abordar el tema de las fuentes del Derecho desde una perspectiva interna y (al menos en las dos primeras partes del libro) en relación exclusivamente con las normas jurídicas, no con el orden jurídico, no deja fuera de la discusión cuestiones esenciales como las antes señaladas. Pero sobre esto volveré en seguida.

Al estudiar (me refiero ya a la segunda parte del libro) los cuatro tipos de fuentes del Derecho antes señalados, el planteamiento de Aguiló podría sintetizarse así. La definición de fuente de la que había partido le lleva, de manera natural, a distinguir entre las fuentes-acto y las fuentes-hecho. Ya hemos visto también que la noción de fuente se dejaba reducir a la categoría de norma constitutiva. Pues bien, el análisis de esos dos tipos de fuentes lo efectúa el autor precisamente a partir de una clasificación de las normas constitutivas en normas que confieren poder y normas puramente constitutivas. Las primeras contienen en el antecedente (en el supuesto de hecho) una acción intencional de un agente (una acción orientada a que se produzca el resultado normativo) y un determinado procedimiento para ello; el consecuente (el resultado) es la producción de una disposición normativa, de una ley (el esquema también serviría para los negocios jurídicos entre particulares, pero Aguiló reserva la expresión «fuente jurídica» para las normas de carácter general). Las segundas, las normas puramente constitutivas, contienen en su antecedente acciones que no son intencionales en el anterior sentido (y que, por ello, son tratadas como hechos: hechos sociales), pues no buscan la producción de un determinado resultado normativo; ese resultado (la costumbre jurídica) se produce en forma que puede considerarse espontánea cuando un comportamiento habitual y reiterado en el tiempo tiene relevancia

jurídica y resulta coherente con el Derecho establecido. Se comprende por ello que el Derecho legislado pueda verse como un Derecho de origen deliberado, delegado (procedente de una autoridad que recibe su poder de otra superior) y prescrito (por autoridades); mientras que el Derecho consuetudinario sería, como ya se ha dicho, espontáneo (no hay propiamente un procedimiento para producirlo), recibido (por el Derecho legislado) y no prescrito (pues aquí no cabría hablar propiamente de autoridades).

Ahora bien, trasladado a los otros tipos de fuentes del Derecho, el anterior esquema no resulta ya suficiente. En relación con las normas creadas por los jueces permite, todavía, trazar una cierta diferencia entre la institución del precedente (la creación tiene lugar según el modelo de las fuentes-acto, de la ley) y la de la jurisprudencia (los jueces crean Derecho según el modelo de las fuentes-hecho, de la costumbre). Pero Aguiló insiste en que el paralelismo aquí es tan sólo relativo, y la razón para ello parece bastante clara. Él entiende que lo que los jueces crean son normas (normas generales), pero entendidas no en términos abstractos, como disposiciones jurídicas, sino como las premisas de un razonamiento jurídico acabado: el que lleva al juez a justificar una determinada decisión. Es decir, este tercer tipo de fuente de Derecho viene a consistir en el paso de las fuentes-acto o las fuentes-hecho a las premisas de un razonamiento justificativo, mediante un procedimiento de tipo argumentativo (lo que suele llamarse la «justificación externa»). Y por lo que se refiere al cuarto tipo de fuente jurídica, el Derecho —o, mejor, las normas— procedentes de la elaboración racional por parte de la doctrina, resulta también claro que no puede reducirse a aquel esquema: ahora podría decirse que el Derecho implícito vendría a ser el resultado que se obtiene de aplicar al Derecho explícito (las leyes y las costumbres vistas como fuentes-acto y fuentes-hecho) el método jurídico.

Me parece que el principal tema de discusión en relación con esta segunda parte del libro de Aguiló se refiere a su homogeneidad. ¿Se trata de un enriquecimiento de su planteamiento inicial del problema de las fuentes, o de la sustitución por otro distinto? ¿No podría ocurrir que lo que aparecía negado en los primeros capítulos (las peculiaridades del tema de las fuentes, la legitimidad de los conceptos de fuentes materiales, *extra ordinem* o de conocimiento) aparezca ahora bajo

otros nombres («argumentación», «método jurídico», «coherencia»)? ¿No suponen los procedimientos argumentativos (que Aguiló no reduce a la deducción) la incorporación (al mundo de las fuentes del Derecho) de elementos que no son simplemente normas jurídicas válidas? ¿Y existe alguna forma de entender la coherencia (una noción a la que Aguiló concede extraordinaria importancia) en términos formales e internos a un sistema jurídico, esto es, sin apelar a una teoría ética y política? ¿Qué se ha hecho, pues, de su planteamiento inicial? ¿Cómo hacer compatibles entre sí la primera y la segunda parte de este libro?

Había dicho que la parte (el capítulo) final de la obra supone el paso de las normas al Derecho (y explica, de paso, el paréntesis del título). La tesis fundamental de Aguiló al respecto es que la teoría del Derecho contemporánea parece obedecer a dos grandes modelos: el del «orden jurídico» y el del «Derecho del caso». De acuerdo con el primero, la unidad del Derecho se construye desde arriba: el Derecho es unitario porque es cerrado, porque permite distinguir entre los estándares jurídicos y los no jurídicos; las teorías que obedecen a ese modelo tienen una imagen empobrecida del método jurídico; parten de que la política es el género rector del Derecho (los estándares jurídicos son productos de actos de poder); y consideran que el carácter jurídico de un estándar puede separarse de su calidad moral. Por el contrario, las teorías que desarrollan el modelo del Derecho del caso construyen la unidad del Derecho desde abajo: el Derecho es unitario porque suministra una solución correcta para cada caso; tienen una imagen empobrecida de las fuentes del Derecho; consideran que el género rector del Derecho es la moral (el razonamiento jurídico sería una prolongación institucional del razonamiento moral); y entienden que el carácter jurídico de un estándar puede independizarse de su origen político, esto es, de los actos de poder realizados por las autoridades jurídicas.

Pues bien, en mi opinión, las cuestiones a discutir aquí serían, esencialmente, las dos siguientes. La primera tiene que ver con esto. Si trasladamos aquí los planteamientos de la primera y, sobre todo, de la segunda parte, podríamos interpretar los dos modelos diciendo que, en el primero, las fuentes del Derecho —el Derecho— es visto básicamente como un conjunto de normas, entendidas las normas como disposiciones, mientras que, en el segundo, las fuentes del Derecho —el Dere-

cho mismo— serían más bien las premisas (y la conclusión) de un razonamiento justificativo. Pero si es así, habría que decir también que los dos modelos no harían más que reproducir una ambigüedad característica de la noción de norma jurídica y, por tanto, de la de fuente (de la que Aguiló, desde luego, da cumplida cuenta), y no se ve por qué razón tengan que presentarse como una alternativa: ¿Habría que decir entonces que se trata, en realidad, de un falso dilema? Y si no es así, ¿a qué se debe, a qué razón de fondo, la contraposición?

La otra cuestión tiene que ver con el ámbito de aplicación de los dos modelos. El primero parece incluir con toda comodidad una concepción del Derecho como la de Kelsen, y el segundo un planteamiento del tipo del que últimamente ha popularizado Dworkin. Pero ya es más difícil ver cómo se encajan aquí otras concepciones del Derecho de relevancia innegable, como las realistas y, en general, las de impronta sociológica. ¿Se trata, quizás, de un límite de un planteamiento sedicentemente normativista como es el de Aguiló? ¿Tiene ello algo que ver con el hecho de que en el libro se pasa de hablar (en el primer capítulo) de «tres enfoques típicos del Derecho» (el social, el justificativo y el formalista), a afirmar (en el último capítulo) que las tres «dimensiones» relevantes para componer la imagen del Derecho es la dimensión de poder, de guía y de justificación (entendidas en términos normativos)? ¿Y con la reducción de la política a un fenómeno de autoridad, con ausencia de cualquier referencia a los objetivos de la acción política? ¿Por qué aceptar sin más que el método jurídico es únicamente un método para la justificación, y no para el hallazgo, de decisiones?

No quiero terminar este prólogo (o lo que sea) sin mostrar mi admiración por un libro como éste, que es capaz de tratar un problema fundamental de la teoría del Derecho de una forma original, sugerente y accesible a un público amplio; y, desde luego, mi satisfacción por el hecho de que su autor pertenezca al grupo de trabajo que, en torno a la revista *Doxa*, se ha ido formando en estos últimos (ya no tan pocos) años en el área de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante; es mucho lo que todos cuantos integramos el grupo debemos a Josep Aguiló, en términos intelectuales, prudenciales y de amistad. Creo que esa relación de amistad me permite también añadir un comentario que tiene algo de broma y algo de veras. El autor de este libro es un filósofo del Derecho analíti-

co y sintético al mismo: ama la claridad y las distinciones, pero también las exposiciones concisas; su vocación es escribir trabajos que lleven como título: «... en pocas palabras». Por eso, conociendo esa tendencia, lo que yo he procurado en las páginas que anteceden es proyectar algunas sombras sobre su claridad analítica; no tengo duda de que él sabrá disiparlas, pero espero que no sea sin esfuerzo y, desde luego, confío en haberle puesto un poco más difícil su pretensión de poner como título de alguno de sus próximos trabajos «Las fuentes del Derecho en pocas palabras».

MANUEL ATIENZA

Alicante, noviembre de 1999

PRESENTACIÓN

1. En la cultura jurídico-académica (desde luego en las Facultades de Derecho españolas, pero no sólo en ellas) el tema de las fuentes del Derecho ha sido concebido tradicionalmente como una de las principales formas de presentación del Derecho; algo así como la vía de entrada ya sea al Derecho en su conjunto, ya sea a cualquiera de sus ramas. Ciertamente, todos los que han estudiado Derecho recuerdan cómo en los primeros años de licenciatura, teóricos del Derecho, civilistas y constitucionalistas compiten en su función de propedeutas jurídicos explicando, entre otras cosas, «las fuentes del Derecho». Después, a medida que se avanza en la licenciatura, las fuentes vuelven a aparecer de manera recurrente en los primeros temas de cada una de las nuevas disciplinas jurídicas. Las fuentes del Derecho financiero, del Derecho laboral, del Derecho mercantil, etc., cumplen también esa función introductora; sirven para presentar la nueva disciplina jurídica y para delimitar el ámbito de la nueva rama del Derecho. El que ello sea así explica, me parece, que muchos juristas (teóricos y prácticos) consideren que el tema de las fuentes del Derecho es «demasiado básico» como para que pueda resultar interesante o fructífero ocuparse de él. Tras ese «demasiado básico» aparentemente común se esconden, creo, dos actitudes escépticas hacia el tema, pero diferentes entre sí. Una primera actitud la muestran los juristas que opinan que estudiar las fuentes no puede resultar interesante porque se trata del «ABC» del Derecho. No tiene mucho sentido detenerse en él porque es un asunto que está llamado no tanto a ser problematizado cuanto a ser simplemente superado. Para quienes así piensan, el «demasiado básico» del supuesto juicio común significa «demasiado elemental». La otra actitud escéptica, la que muestran los que

piensan que ocuparse de las fuentes no puede resultar fructífero, se traduce en la idea de que pretender problematizarlas sólo puede llevar a empantanarse en problemas filosófico-jurídicos vinculados con la irresoluble cuestión del concepto de Derecho. Las fuentes, al igual que el concepto de Derecho, es un tipo de problema que está llamado no tanto a ser resuelto cuanto a ser sorteado. Desde esta perspectiva el «demasiado básico» del supuesto juicio común significa ahora «demasiado fundamental». Estas dos actitudes escépticas parece que deberían resultar incompatibles, en algún sentido de esta expresión. Sin embargo, si uno se detiene a mirar el tratamiento dado al tema de las fuentes en muchos de los manuales de Derecho no es difícil percatarse de que, en realidad, éste responde a una perfecta combinación de ambas actitudes: la pregunta de qué son las fuentes del Derecho es considerada, por un lado, tan fundamental que sólo puede sortearse recurriendo a un catálogo erudito de definiciones (que recoja preferiblemente las grandes firmas), y, por otro, tan elemental que se supera sencillamente cambiando (y, en cierto sentido, trivializando) el «qué son las fuentes» por un simple «cuáles son las fuentes».

2. Este libro trata precisamente de responder a la pregunta de qué son las fuentes del Derecho huyendo de esas dos actitudes. Ello ha supuesto, en efecto, aceptar que el tema de las fuentes remite inevitablemente a lo que podríamos llamar «los problemas fundamentales del Derecho»; en definitiva, que su esclarecimiento exige que tarde o temprano haya que abordar —no sea posible sortear— la cuestión de la «naturaleza» del Derecho. Pero —y esto es lo importante— ello es así no porque la pregunta sobre las fuentes presente peculiaridades sobresalientes en relación con cualquier otra pregunta jurídico-conceptual que pudiera formularse, sino simplemente porque las fuentes (internamente consideradas) no son más que otras tantas instituciones jurídicas y, en consecuencia, al componer su imagen se está contribuyendo a la composición de la imagen del Derecho (y viceversa: sobre ellas se proyecta siempre una cierta imagen del Derecho); de suerte que pretender superar el tema de las fuentes del Derecho tiene tan poco sentido como pretender superar, por ejemplo, la cuestión de qué son los negocios jurídicos. Desde este planteamiento, el libro intenta responder a la pregunta de qué son las fuentes del Derecho desembarazándose de dos recursos —más retóricos

que metodológicos— que frecuentemente sirven sólo para eludir los problemas: me refiero a la erudición (la mera acumulación de citas de autoridad) y a las respuestas *ad hoc* (la acumulación de respuestas inconsistentes entre sí). En su lugar, el libro muestra una clara vocación analítica.

3. Como el lector se habrá percatado ya, éste es un libro de teoría del Derecho; hasta tal punto ello es así, que en él no hay referencia a ningún problema de dogmática de las fuentes del Derecho español. Sin embargo, es un libro que no va dirigido sólo —ni fundamentalmente— a teóricos del Derecho: está escrito con la intención de interesar y de resultar útil a un público bastante más amplio que el del colectivo de profesores universitarios que nos dedicamos a la docencia e investigación en esta disciplina jurídico-filosófica. En realidad, los mayores esfuerzos invertidos se han orientado a tratar de comunicar y de mostrar la fertilidad de muchas categorías y esquemas conceptuales comunes en la teoría del Derecho contemporánea a lectores no teóricos del Derecho. Si, finalmente, ese objetivo no se ha alcanzado; si resulta que el libro no es útil y esclarecedor para el jurista práctico con algunas ambiciones intelectuales, podrá concluirse que constituye un proyecto fallido en un aspecto central del mismo. El lector ideal al que permanentemente me he dirigido en esta exposición responde al modelo de un jurista que ha experimentado la frustración intelectual que supone no acabar de entender nunca lo que lee a propósito de las fuentes del Derecho.

4. El libro está estructurado en ocho capítulos. Los dos primeros (I, «El mapa conceptual de las fuentes del Derecho» y II, «Oposiciones y dilemas conceptuales») pretenden poner algo de orden en el desbarajuste conceptual que caracteriza, me parece, a mucha de la literatura relativa a las fuentes. Respectivamente, se trata, por un lado, de aislar los diferentes problemas que se han discutido y de mostrar los diferentes enfoques desde los que se han abordado; y, por otro, de criticar algunas oposiciones conceptuales muy extendidas («fuentes formales» *versus* «fuentes materiales», «fuentes legales» *versus* «fuentes *extra ordinem*», y «fuentes de conocimiento» *versus* «fuentes normativas») y de diluir dos supuestos dilemas a los que —leyendo cierta literatura jurídica— parece estar abocado quien trate de dar un concepto de fuentes del Derecho («modos de crear normas jurídicas» *versus* «formas de exteriorización de las normas jurídicas» y «métodos de pro-

ducción jurídica» *versus* «normas que regulan la producción de normas jurídicas»).

El capítulo III, «El concepto de fuentes del Derecho. Los hechos y los actos jurídicos», constituye un análisis del concepto de fuentes del Derecho. El punto de partida lo constituye la conocida definición de Bobbio que dice que por fuentes hay que entender «los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas». El análisis del género, «los hechos y los actos jurídicos», permite básicamente dos cosas: de una parte, explicar en profundidad los problemas subyacentes a los dos supuestos dilemas de las fuentes referidos en el capítulo anterior. Y, de otra, mostrar que, en relación con el resto de instituciones jurídicas, las fuentes del Derecho presentan muchas menos peculiaridades conceptuales de lo que generalmente se afirma. Del análisis de la diferencia específica, «creación de normas jurídicas», surge el plan de trabajo en el que se organiza el resto del libro.

Los capítulos IV, «Fuentes-acto, legislación y normas provenientes de autoridades políticas» y V, «Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas provenientes de ciertas prácticas sociales», están dedicados a dar cuenta de dos grandes modelos de producción normativa. El primero de ellos, que toma como paradigma a la legislación, trata de caracterizar a las fuentes-acto frente a los actos jurídicos, y para ello se detiene en el análisis de nociones tales como poder normativo, autoridad, competencia y validez. A partir de ahí, se procura, por un lado, esclarecer la tríada Derecho de origen deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito; y, por otro, caracterizar a las normas provenientes de autoridades políticas para, cuando llegue el momento, poder enfatizar sus diferencias con las normas de origen judicial. Por su parte, el capítulo V está dedicado básicamente al estudio de la costumbre jurídica. Tras presentarla como una fuente-hecho, se trata de mostrar cómo la caracterización que de la misma hacen los juristas en términos de *usus* (elemento externo) y *opino iuris* (elemento espiritual) resulta del todo insatisfactoria, pues no permite distinguir a las costumbres jurídicas del resto de reglas sociales. El capítulo se centra, por un lado, en tratar de mostrar que para dar cuenta de la costumbre hay que dar entrada a la noción de juicio de relevancia basado en la idea de coherencia valorativa del Derecho; y, por otro, en el análisis de la tríada Derecho espontáneo, Derecho recibido y Derecho no prescrito.

El capítulo VI, «Normas provenientes de autoridades jurisdiccionales», arranca mostrando la distorsión que supone vincular la cuestión de la creación judicial de Derecho al problema de la sujeción del juez a la ley y fijando el objetivo de explicar cómo la aplicación del Derecho objetivo contribuye a la propia conformación del mismo. Para ello se analiza la sentencia como acto normativo y como documento normativo de forma que resulten patentes las transformaciones que necesariamente se producen como consecuencia del tránsito de norma del Derecho objetivo a premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado (básicamente de ser *prima facie* a ser «consideradas todas las cosas»). En cualquier caso, las normas de origen judicial son presentadas tanto como el resultado de exigencias de racionalidad de la propia práctica jurídica (vinculadas fundamentalmente al presupuesto de la universalidad), como el producto de procesos institucionales especialmente diseñados para producir su incorporación al Derecho objetivo. Finalmente, se trata de mostrar cómo y por qué los diferentes pares de opuestos conceptuales usados en los dos capítulos anteriores (fuentes-acto frente a fuentes-hecho; Derecho deliberado frente a Derecho espontáneo; Derecho delegado frente a Derecho recibido; y Derecho prescrito frente a no prescrito) no acaban de encajar a la hora de dar cuenta de las normas de origen judicial.

El capítulo VII, «Normas provenientes de la elaboración racional del propio Derecho: método jurídico y Derecho implícito. La doctrina jurídica y los principios generales del Derecho», parte de la idea de que para la teoría de las fuentes —cuyo problema es poner en relación las normas con los procesos de los que ellas son un resultado— da lo mismo hablar de método jurídico (proceso) que de Derecho implícito (producto). A partir de ahí, el capítulo se propone explicar en qué sentido los principios jurídicos y la doctrina jurídica, el llamado Derecho científico obra de los dogmáticos, pueden ser fuente del Derecho. En definitiva, se trata de mostrar que el llamado Derecho implícito no es el resultado del ejercicio de ningún poder normativo, sino del uso del método jurídico y que éste (la razón, en definitiva) está abierto a todos los que usan el Derecho para emitir juicios normativos evaluadores de normas y conductas. Finalmente, el capítulo se detiene a analizar las nociones de consistencia normativa y coherencia valo-

rativa, comúnmente consideradas como requisito para la aceptabilidad de las normas jurídicas implícitas.

Finalmente, el capítulo VIII, «El origen (la naturaleza) del Derecho», aborda la espinosa cuestión de la «imagen del Derecho». El punto de partida es la constatación de que los diferentes orígenes de las normas que se han estudiado en los capítulos anteriores pueden llevar a componer imágenes del Derecho incompatibles entre sí. El problema, pues, es cómo armar con todas ellas «la imagen del Derecho». Para ello se analizan las implicaciones que tiene la pregunta por «la naturaleza del Derecho» y se trata de suministrar un mapa de las concepciones del Derecho que hoy pugnan entre sí. Ello se consigue a partir de analizar dos propiedades del Derecho que la teoría jurídica contemporánea ha considerado esenciales: el Derecho es un orden normativo y el Derecho es un orden social. El capítulo (y el libro) concluye(n) con una reconstrucción de los dos grandes modelos de la teoría del Derecho contemporánea: el modelo de las teorías del «orden jurídico» y el modelo de las teorías del «Derecho del caso».

5. El proceso de elaboración de este libro ha sido arduo y dilatado en el tiempo. Durante estos años he tenido ocasión de discutir con muchas personas bastantes de las ideas que aparecen aquí recogidas. En esos intercambios he recibido no pocos comentarios y críticas que me han permitido afinar los análisis y mejorar las explicaciones. No puedo nombrar a todos esos colaboradores, muchos de ellos permanecen incluso anónimos en mi memoria porque sus contribuciones han tenido lugar en el contexto de cursos de doctorado y de cursos especializados; pero es de justicia reconocer su contribución.

Algo más que colaboración he recibido de mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante; aunque tal vez les pese, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Juan Antonio Pérez Lledó, Francisco López Ruiz, Daniel González Lagier, Ángeles Ródenas, Isabel Lifante, Pablo Larrañaga, Juan Antonio Cruz Parcero, Victoria Roca, Macario Alemany y Roberto Lara no pueden eludir cierta responsabilidad. Sin su concurso, este libro, sin duda, «hubiera sido otro». Como el lector podrá comprobar, hay influencias patentes: algunas partes del trabajo son un desarrollo de ideas extraídas del libro de M. Atienza y J. Ruiz Manero *Las piezas del Derecho*. Pero la contribución de mis compañeros no se

agota en eso: todos ellos han discutido en diferentes sesiones de seminario los capítulos del libro. Esos seminarios, aparentemente caóticos y tumultuosos (allí se discute «fuerte»), son un filtro de un incalculable valor y una fuente inagotable de inspiración. Todos ellos han evitado no pocos errores y han aportado buenas ideas. Con todos me hallo en deuda y a todos les doy las gracias.

CAPÍTULO I

EL MAPA CONCEPTUAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

1. La metáfora y el desorden 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.[1] Por ejemplo, a partir de la analogía «la sal es a la comida lo que lo divertido es a la vida», y tomando el primer término de la primera relación y el segundo de la segunda relación, obtenemos la metáfora de la «sal de la vida». Si ello es así, es fácil darse cuenta de que la pregunta por las fuentes del Derecho puede formularse (con todas las cautelas debidas) con la «cantinela» de 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, será —según parece— averiguar qué hay que poner en el lugar de la *X*.

Pero las cosas no van a ser tan sencillas como lo anterior pudiera sugerir. Entre otras cosas, por la pluralidad de significados que se ha atribuido a la expresión «fuentes del Derecho» y, en consecuencia, por la multiplicidad de candidatos para sustituir nuestra *X*. A modo de ejemplo y sin pretensiones de

1. Como es sabido, la expresión «analogía» no es unívoca, designa diferentes conceptos. A pesar de ello, todos los conceptos de analogía tienen en común que giran en torno a la idea de semejanza. En este punto, me interesa llamar la atención sobre lo siguiente: el concepto de analogía que arriba se ha usado es distinto de aquel al que se refieren los juristas cuando hablan de «analogía» en relación con los procesos de interpretación y/o aplicación del Derecho. En estos contextos, generalmente se alude a un argumento que permite pasar de lo particular a lo particular y que presupone una semejanza de términos, no de relaciones; cfr. Atienza, Manuel: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.

exhaustividad, considérese la siguiente enumeración de significados debida a Legaz y Lacambra:[2]

a) Fuente del conocimiento de lo que es o ha sido el Derecho (repertorios de legislación, recopilaciones de leyes, documentos antiguos, etc.).

b) Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, el conflicto social y el interés de clase, etc.).

c) Autoridad creadora del Derecho (el Estado, el pueblo —bien en versiones democráticas, bien en versiones comunitarias—).

d) Acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, etc.).

e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho (la norma superior que autoriza la creación de la norma inferior).

f) Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, orden ministerial, etc.).

g) Fundamento de la validez de un derecho subjetivo.

La literatura relativa a las fuentes del Derecho ha sido muy consciente de esta ambigüedad y del desbarajuste conceptual que la ha acompañado.[3] En general, ha sido muy común responsabilizar del referido desbarajuste al uso metafórico de la palabra «fuente», pues éste habría producido deslizamientos de significado más allá de lo tolerable. Así, en ocasiones se habría interpretado como «origen del Derecho», en otras como «cau-

2. Esta relación no es exhaustiva ni excluyente, pero muestra suficientemente la ambigüedad de la metáfora. Entre paréntesis se enumeran algunos ejemplos de candidatos para sustituir la *X*; cfr. Luis Legaz y Lacambra: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (5.ª ed.), p. 509.

3. La siguiente cita de Leon Petrazycki puede resultar representativa del enredo conceptual que afecta a las fuentes. Así, escribe «este concepto [fuentes del Derecho] no resiste un análisis lógico mínimamente riguroso. Es obvio que carecería de sentido una discusión de zoólogos sobre si el término "fuentes de los animales" se debiera entender que las distintas especies de la fauna: "crean animales" (fuentes de producción); o "muestran la existencia de los animales" (fuentes de conocimiento); o "fundamentan la naturaleza animal de los animales" (fuente de validez). De igual modo debe considerarse completamente inútil aludir a que las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina son fuentes del Derecho; basta decir que son Derecho, es decir, tipos, modalidades, o especies de Derecho». Tomo la cita de Pérez Luño, Antonio-Enrique: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho* (discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia), Sevilla, 1993, pp. 69 y 70.

sas que generan el Derecho», en otras como «fundamento del Derecho», etc. Pero ello, que no niego que pueda ser cierto, me parece que explica poco y ordena menos. En consecuencia, en lugar de sumarme a las lamentaciones por la vigencia de la metáfora, voy a intentar aislar los distintos problemas que se han discutido bajo el rótulo «fuentes del Derecho» y los diversos enfoques desde los que se han abordado esos problemas. Al final, si mi análisis resulta satisfactorio, el lector concluirá que en comparación con cualquier otro problema jurídico-teórico las fuentes del Derecho presentan bastantes menos peculiaridades de lo que a primera vista pudiera parecer.

2. El todo y las partes

La primera «fuente» de desorden conceptual la encontramos en el hecho de que dentro de la expresión «fuentes del Derecho», la palabra «Derecho» se ha usado en dos sentidos diferentes, lo que ha llevado a abordar de manera entremezclada dos problemas también diferentes. En efecto, por un lado, se ha entendido referida al todo, esto es, al orden jurídico; y, por otro, referida a sus partes componentes, esto es, a las normas jurídicas.[4] Si se toma en consideración esta ambigüedad y por «fuentes» se entiende «origen» (que, por cierto, es su sentido metafórico más obvio), es fácil percatarse de cuáles son los dos problemas que se han entremezclado. Por un lado, se ha discutido el problema del origen del orden jurídico, lo que ha supuesto abordar cuestiones centrales del concepto de Derecho. Y, por otro, el problema del origen de las normas jurídicas individualmente consideradas, donde el orden jurídico constituye un presupuesto del problema que se pretende abordar, que no es otro que el de la producción de normas jurídicas. Naturalmente, que sean problemas diferentes no quiere decir que no guarden ninguna relación entre sí, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

4. Nótese que esta ambigüedad de la palabra «Derecho» lejos de constituir una peculiaridad de la expresión «fuentes del Derecho», resulta extraordinariamente común. Piénsese, por ejemplo, en expresiones tales como «interpretación del Derecho», «aplicación del Derecho», «función social del Derecho» o «eficacia del Derecho». En ausencia de un contexto que aclare suficientemente su sentido surge siempre la duda de si se refieren al orden jurídico (el todo) o a las normas jurídicas (las partes).

Hemos aislado, pues, dos problemas: A) el problema del origen del orden jurídico, vinculado al concepto de Derecho; y B) el problema del origen de las normas jurídicas, vinculado a la producción normativa.

3. Tres enfoques típicos

El lector convendrá conmigo en que en la reflexión jurídica en general han concurrido tres grandes enfoques, que podríamos llamar 1) el enfoque explicativo o social, 2) el justificativo o valorativo, y 3) el sistemático o formalista. Naturalmente estos tres enfoques generales han tenido su influencia en la discusión sobre las fuentes del Derecho.[5] A continuación, voy a tratar de esbozar con trazos muy gruesos una proyección de estos tres enfoques sobre los dos problemas antes aislados, el del origen del orden jurídico y el del origen de las normas jurídicas. El objetivo es poder llegar a dibujar un cuadro conceptual que permita dar cuenta de las distintas contribuciones a la teoría de las fuentes del Derecho.

1) *El enfoque explicativo o social*

A) *Origen del orden jurídico.* Aquí, la cuestión central es la de considerar al orden jurídico como un orden social (como una institución social). Se incluyen, por tanto, en este enfoque todas aquellas corrientes de pensamiento que, asumiendo un cierto punto de vista externo, han centrado sus esfuerzos en dar cuenta del anclaje social del Derecho. Para mostrar la relevancia de este enfoque en la discusión sobre el concepto de Derecho tal vez sea suficiente con recordar una cosa: la tesis central del positivismo jurídico contemporáneo o poskelseniano es la de las «fuentes sociales» del Derecho, esto es, que la determinación de la existencia y el contenido del Derecho es

5. La concurrencia de estos tres enfoques recorre la práctica totalidad de las discusiones generadas a propósito de casi todos los conceptos jurídicos fundamentales; en consecuencia, ello no puede presentarse como una peculiaridad de las fuentes del Derecho. Piénsese, por ejemplo, en la discusión teórica sobre el concepto de derecho subjetivo: la rivalidad entre las teorías del interés, las de los derechos subjetivos naturales y las que niegan el dualismo Derecho subjetivo / Derecho objetivo no es otra cosa que una manifestación más de la pugna entre esos tres enfoques teóricos.

una cuestión de observación de hechos sociales complejos, sin que para ello sea necesario acudir a ningún tipo de consideración moral.

B) *Origen de las normas jurídicas*. Aquí, el problema es explicar en términos sociales la génesis y el contenido de las normas jurídicas concretas. Los modelos explicativos suelen recorrer la banda entre el funcionalismo (a partir de la idea de función social) y el conflictualismo (a partir de la de conflicto social). En este punto es central la noción de «fuentes materiales del Derecho». En efecto, por tales normalmente se entiende los factores sociales —«reales» o ideológicos— que explican el surgimiento y el contenido de las normas jurídicas concretas.

2) *El enfoque justificativo o valorativo*

A) *El origen del orden jurídico*. Aquí, el orden jurídico es visto como un orden justificado. En consecuencia, se incluyen en este enfoque todos aquellos autores que han abordado el problema del origen —el fundamento— de la obligatoriedad del Derecho y que para ello han tratado de establecer una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, de anclar el Derecho y el razonamiento jurídico en el discurso y el razonamiento práctico general, o de mostrar la unidad de la razón práctica. Para percatarse de la relevancia de este enfoque tanto en la discusión sobre el concepto de Derecho como en la de las fuentes del Derecho, probablemente sea suficiente con mencionar el iusnaturalismo y recordar la idea del «Derecho natural como fuente última del Derecho».

B) *El origen de las normas jurídicas*. Aquí, el problema que se aborda fundamentalmente es el de la justificación moral de normas jurídicas concretas, es decir, el problema de los valores morales que justifican el contenido de ciertas normas jurídicas. Desde esta perspectiva las normas jurídicas están dotadas de sentido, están orientadas a la protección o promoción de ciertos bienes o estados de cosas considerados valiosos. Y, naturalmente, quien comparte esos juicios de valor tiene una razón para aceptar (considerar justificadas) esas normas jurídicas. En este punto interesa llamar la atención sobre lo siguiente: los factores ideológicos a los que se ha aludido en el punto 1B, cuando hablábamos de «fuentes materiales del Derecho», son fundamentalmente —aunque no

exclusivamente— los juicios de valor que los aceptantes de las normas esgrimen en su discurso justificativo.

3) *El enfoque sistemático o formalista*

A) *El origen del Derecho.* El orden jurídico es visto como un orden autónomo. Dentro de este enfoque se incluyen, por tanto, aquellos autores que han tratado de conceptualizar al Derecho como un orden que se autorregula. Este enfoque, en ocasiones también llamado jurídico o técnico-jurídico, se ha afirmado básicamente a través de la negación (con diverso alcance) de los otros dos. La famosa pureza metódica que postulaba Kelsen no era otra cosa que la instauración de un método que tratase al Derecho como un orden autónomo.

B) *El origen de las normas jurídicas.* El problema aquí abordado gira en torno al régimen jurídico de una institución jurídica: la creación de normas jurídicas. En este contexto es fundamental la noción de «fuentes formales del Derecho» donde por tales suele entenderse los factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas.

El cuadro I.1 vale para sistematizar todo lo dicho hasta ahora:[6]

4. La unidad y la diversidad

El lector que haya llegado hasta aquí probablemente reciba todo lo dicho con una cierta ambivalencia. En efecto, por un lado, tal vez constate que el cuadro I.1 es una ayuda para sistematizar muchas de las disputas que la discusión teórica de las fuentes del Derecho ha generado, ya que le permite entender mejor muchas de las definiciones de fuentes del Derecho que suelen reproducirse en los manuales que se ocupan del tema. Pero, por otro lado, tal vez al mismo tiempo no pueda dejar de pensar que la distinción entre el origen del Derecho o del orden jurídico y el origen de las normas jurídi-

6. Téngase en cuenta que sobre estas cuestiones volveremos al final del libro cuando abordemos el problema del «origen (la naturaleza) del orden jurídico». Allí trataremos de trazar un mapa de teorías del Derecho que bien puede considerarse una superación del cuadro I.1. Tómese éste simplemente como un punto de partida que nos permitirá ordenar muchas de las intervenciones que la literatura de las fuentes del Derecho ha generado.

CUADRO I.1. *Cuadro conceptual de las fuentes del Derecho*

Enfoques	*Fuente(s)*	*Derecho*	
		Orden jurídico (A)	*Normas jurídicas (B)*
Explicativo o social (1)	Origen social	Orden social	Factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas. «Fuentes materiales del Derecho.»
Justificativo o valorativo (2)	Origen moral	Orden justificado	Valores o bienes que justifican las normas jurídicas.
Sistemático o formalista (3)	Origen jurídico	Orden autónomo	Régimen jurídico de la creación de normas jurídicas. «Fuentes formales del Derecho.»

cas no es más que un puro artificio; que, en el fondo, bien mirado, no refleja en realidad dos problemas distintos. En este sentido, tal vez piense, por ejemplo, en los autores marxistas y razone del siguiente modo: si el conflicto social derivado de la división en clases antagónicas explica la génesis del Derecho en su conjunto (del Derecho como fenómeno social), las explicaciones marxistas de la génesis de las normas jurídicas no pueden consistir en otra cosa que en una aplicación de lo anterior; esto es, en la exposición de la situación del conflicto social en una circunstancia espacio-temporal determinada. Y quien así piense lleva parte (sólo parte) de razón.

Para mostrar que la distinción entre el origen del Derecho o del orden jurídico y el origen de las normas jurídicas no sólo no es un artificio, sino que resulta fundamental para entender el problema de las fuentes del Derecho, hay que introducir una distinción importante: me refiero a la oposición entre aproximaciones jurídicas y no jurídicas al problema de las fuentes. Por aproximaciones jurídicas voy a entender aquellas que pueden ubicarse en la casilla 3B del cuadro I.1. Es decir, las que abordan sistemáticamente el problema jurídico de la producción de normas jurídicas. Para todas esas aproximaciones la cuestión de las fuentes acaba por ser una exposición de la diversidad en la producción normativa. Se entienda por fuentes autoridades con potestad para crear normas, modos o procedimientos creadores de normas o formas de manifestación de las normas jurídicas (ya habrá tiem-

po para discutir cuál de todas ellas es la mejor alternativa o si ninguna es una buena alternativa), el discurso versará sobre la diversidad y la jerarquía de autoridades, de modos o procedimientos o de formas de manifestación. Esas dos ideas, **diversidad** y **jerarquía**, me valen para mostrar por qué la distinción entre origen del orden jurídico y origen de las normas no es un artificio.

La diversidad en la producción normativa forma parte de la experiencia cotidiana de los juristas. Todos saben que para resolver un caso cuentan con una pluralidad de normas que tienen orígenes diferentes. Este dato obvio es el que lleva a concebir el Derecho en su sentido objetivo como un conjunto de normas. Pero por más amplio que sea ese conjunto de normas y por muy diversos que sean los orígenes de las mismas, todos los juristas saben también que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada para resolver un problema de Derecho, sino sólo algunas, las jurídicas. Ello hace que se imponga la necesidad de distinguir al Derecho de su ambiente, de su entorno. Todas las teorizaciones del Derecho como conjunto de normas tratan de ser una respuesta a ese problema de la distinción entre estándares jurídicos y estándares no jurídicos. Pero la idea de conjunto de normas no agota nuestra imagen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otros aspectos básicos del quehacer cotidiano de los juristas. En efecto, cuando un jurista resuelve un caso, la solución a la que llega no es la solución según la norma o la fuente que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Esa solución tiene la fuerza del Derecho, no la fuerza de la norma o de la fuente. Por decirlo de algún modo, al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Este dato es el que lleva a concebir al Derecho objetivo no sólo como un mero conjunto de normas, sino como un sistema de normas, como una estructura en la que todos sus elementos (las normas jurídicas) mantienen relaciones entre sí. Hoy usamos indistintamente como sinónimas —salvo estipulaciones específicas— las expresiones «Derecho», «sistema jurídico» y «orden jurídico».

Pero si es cierto que ésa es la imagen que tenemos del Derecho, ¿de dónde surge la unidad? Podría pensarse que sencillamente de la otra idea antes apuntada, la de jerarquía. Desde luego muchos juristas así lo han creído. Es casi un

lugar común la afirmación de que la solución de un caso tiene la fuerza del Derecho y no la de la fuente o de la norma que le da cobertura porque la unidad del Derecho se constituye por la cúspide como consecuencia de las relaciones jerárquicas entre normas. Pero no es difícil mostrar que ello no basta; que así, en realidad, lo único que se hace es desplazar el problema en lugar de resolverlo.

Razonemos como sugiere la idea de jerarquía (los matices ahora no son importantes): La solución de un caso (por ejemplo, *X* tiene derecho a *Y*) tiene la fuerza del Derecho (es válida) porque esa solución proviene de una norma N_1 que tiene su origen en una fuente; a su vez, esa norma N_1 recibe su fuerza o validez de otra norma N_2, que tiene su origen en otra fuente; y así hasta el final, donde se llega a una norma suprema que tiene su origen en una fuente también suprema. Pero, y esta última norma o fuente ¿por qué es válida? La insuficiencia de la solución jerárquica puede mostrarse con un ejemplo de definición recursiva: Si decimos que *X* es un ser humano porque es hijo de *Y*, que es un ser humano; y que *Y* es un ser humano porque es hijo de *Z*, que es un ser humano... Llegará un momento en el que arribaremos a un último (o primer) padre al que haremos depositario de toda la humanidad. Pero ¿de dónde procede la humanidad de ese último padre?[7]

Este problema que podemos convenir en llamar el de «la unidad del Derecho (o del orden jurídico) y la diversidad en la producción normativa» es el que explica que en el discurso jurídico el origen del todo (el orden) no se vea como una mera agregación del origen de las partes (las normas); ni el origen de las partes como una pura aplicación del origen del todo. O dicho en otras palabras: el orden jurídico no es una suma de normas ni una clase respecto de las normas.[8]

7. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto: «Algunos modelos de validez normativa», en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 93.

8. En este sentido, y desde una perspectiva más general que alcanza a todos los sistemas normativos, Raz escribe: «Es evidente que agrupamos conjuntamente reglas con arreglo a diferentes criterios y para una diversidad de propósitos. Desde el punto de vista de la teoría normativa, los grupos de reglas son interesantes sólo si el hecho de que las reglas formen un grupo es normativamente relevante, si ello tiene consecuencias normativas.» Raz, Joseph: *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), CEC, Madrid, 1991, p. 123.

Para percatarse de hasta qué punto este problema ha gravitado en la teoría de las fuentes del Derecho tal vez baste con darse cuenta del uso que se ha hecho del singular y del plural de la palabra «fuente». En efecto, con suma frecuencia el singular se ha utilizado para designar aquello que unifica el orden jurídico y el plural, aquello que diversifica la producción normativa. En este sentido, recuerde el lector cuántas veces se ha leído en los manuales de Derecho civil que mientras que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho son «fuentes» del Derecho, el Derecho natural es su «fuente» última. O cómo Kelsen, desde planteamientos radicalmente diferentes, calificaba a la norma fundante básica de «fuente común» de la validez de todas las normas de un orden jurídico.

5. De nuevo sobre el desorden conceptual

En mi opinión, el desorden conceptual en torno a las fuentes del Derecho es menor de lo que generalmente se afirma. Me parece que el desorden se encuentra sobre todo en los manuales de Derecho que tratan el tema en alguno de sus apartados. La erudición en la presentación de la cuestión, con el consabido acarreo de citas sin explicitar los problemas que dieron lugar a las mismas, junto con la desconexión entre dicha presentación y el desarrollo posterior del tema, que suele limitarse a la diversidad en la producción jurídica, son las principales «fuentes» del desorden.

En cualquier caso, creo que si se toma en consideración lo dicho hasta ahora se disuelven bastantes de las supuestas dificultades.

A continuación, con el fin de mostrar las potencialidades ordenadoras del «cuadro de las fuentes» antes expuesto y como forma de cerrar este capítulo, quiero traer a colación, por un lado, algunas citas de dos clásicos en el tema de las fuentes, Cicerón y Savigny; y, por otro, dos contribuciones contemporáneas al problema de la unidad del orden jurídico, las debidas a Kelsen y a Hart. Si se leen los párrafos siguientes a la luz de lo dicho hasta ahora, me parece que las cosas quedarán suficientemente claras.

a) Cicerón. Considérese el siguiente diálogo tomado de *Las leyes* entre Cicerón, Ático y Quinto.

Cicerón (I, 5, 16):

> [...] podéis estar seguros de que no hay tipo de disertación en que se revelen mejor los dones naturales del hombre, las mejores virtudes que contiene la inteligencia; la misión de trabajo operante para que hemos nacido y salimos a la luz, la solidaridad entre los hombres, la sociedad natural que existe entre ellos. Explicados previamente estos temas, puede encontrarse la *fuente* de las leyes y del derecho.

Ático (I, 5, 17):

> Entonces tu idea es que no hay que tomar por *fuentes* de la ciencia jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las Doce Tablas, como los antepasados, sino propiamente la filosofía esencial.

Cicerón (I, 5, 17):

> En efecto [...] no nos interesa en este discurso el modo de prevenir cautelas procesales o la manera de despachar una consulta cualquiera [...] nosotros debemos abrazar en esta disertación el fundamento universal del derecho y de las leyes, de suerte que el llamado derecho civil quede reducido, diríamos, a una parte de proporciones muy pequeñas. Así, hemos de explicar la naturaleza del derecho, deduciéndola de la naturaleza del hombre; luego hemos de considerar las leyes que deben regir en las ciudades, y, finalmente, hemos de tratar de los derechos y preceptos positivos propios de cada pueblo [...].

Quinto (I, 6, 18-19):

> En verdad, hermano, que planteas la cuestión con altura, y partiendo, como debe ser, del principio capital; los otros tratadistas del derecho civil presentan un método de litigar más que de justicia [...] Por tanto, hay que tomar la ley como principio del Derecho, siendo como es la ley la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo e injusto. Mas como todo nuestro discurso se refiere a conceptos de interés popular, será necesario a veces hablar como el pueblo y llamar «ley», como hace el vulgo, a la que sanciona por escrito órdenes o prohibiciones. Pero el principio constitutivo del derecho [la *fuente*], tomémosle de aquella ley fundamental, que nació, para todos los siglos, antes de que se escribiera ninguna ley o de que se organizara ninguna ciudad.

Cicerón (I, 6, 20):

> ¿Quieres, pues, que nos remontemos a la *fuente* primaria misma del Derecho?[9]

Naturalmente, no se trata aquí de discutir el iusnaturalismo de Cicerón ni de criticar ninguno de los planteamientos formulados. Me interesa tan sólo resaltar que en el texto aparecen los tres problemas arriba aislados. El problema del origen del Derecho es abordado desde el enfoque típicamente iusnaturalista; el del origen de las normas jurídicas es referido desde el enfoque sistemático («el Edicto del pretor», «los preceptos positivos de cada pueblo», «llamar "ley" a la que sanciona por escrito órdenes y prohibiciones»); y el de la unidad del Derecho y la diversidad en la producción normativa es el que guía todo el diálogo: desde la crítica a «los otros tratadistas del derecho civil» hasta la necesidad de «remontarse a la fuente primaria misma del Derecho».

b) Savigny. El planteamiento de Savigny es también modélico en el sentido de que aborda los tres problemas arriba individualizados. Por un lado, es claro que en él se encuentra desarrollado desde el enfoque sistemático el problema del origen de las normas jurídicas, si bien expuesto como «formas de manifestación» del Derecho. En este contexto es en el que hay que situar sus referencias a la costumbre, la legislación y el Derecho científico. Y, por otro lado, desde un enfoque historicista, que desdibuja las diferencias entre el enfoque explicativo y el justificativo y en el que se pueden reconocer tanto rasgos positivistas como iusnaturalistas, aborda los problemas del origen del Derecho y de su unidad. Considérese la siguiente cita:

> ¿Cuál es, sin embargo, la base del derecho general o en qué consisten las fuentes del Derecho?
>
> [...] En la conciencia común del pueblo vive el Derecho positivo, por lo que puede ser llamado derecho del pueblo.
>
> No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos individuos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente [...] El derecho positivo sale de ese espíritu general que anima a todos los miembros de una nación; la unidad del derecho se revela necesariamente a su conciencia, y no es producto de la casualidad (pp. 69 y 70).

9. Cicerón, Marco Tulio: *Las leyes* (trad., introducción y notas de Álvaro d'Ors), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 65 y ss.

O esta otra:

> La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. ¿Y esta conciencia, invisible de su naturaleza, dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes, acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario, precisamente, a la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce (p. 81).

Finalmente no quiero dejar pasar la ocasión para referirme a la crítica que Savigny dirige a los jurisconsultos romanos por la forma en que éstos abordaron el problema de las fuentes del Derecho. En nuestros términos podríamos reformularla del siguiente modo: toman en cuenta tan sólo la diversidad en las formas de producir normas jurídicas (o de manifestarse —ahora la diferencia entre unas y otras no es relevante—) sin abordar la cuestión de la unidad del Derecho. Así se expresa Savigny:

> La enumeración de las fuentes del derecho, tal como se encuentra en varios pasajes de los jurisconsultos romanos, no se funda en ninguna idea sistemática. Es más bien una exposición de las formas exteriores del derecho sin referirse a su esencia, ni a su origen [...] La enumeración que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servía al juez de indicación para saber en dónde había de encontrar los medios para resolver una cuestión de derecho (p. 122).[10]

c) Kelsen. La obra de Kelsen puede presentarse como un intento titánico de definir todos los conceptos jurídicos fundamentales a partir exclusivamente de relaciones entre normas jurídicas eliminando cualquier consideración sociológica o valorativa. Formula el problema de la unidad del Derecho en los siguientes términos:

> Si se concibe al derecho como un orden normativo [...] surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? [...] ¿Por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez? (p. 201).

10. Savigny, M. F. C. de: *Sistema del Derecho romano actual*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 2.ª ed., tomo I.

La respuesta de Kelsen es sobradamente conocida:

> [...] la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede seguir hasta el infinito [...] Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior [...] Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica. Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la **fuente** común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden (p. 202).[11]

d) Hart. No quiero ni por asomo aproximarme a la infinidad de vericuetos que se han abierto a partir de la regla de reconocimiento hartiana. Me interesa tan sólo mostrar que la regla de reconocimiento puede ser perfectamente explicada como la pretensión de hacer compatible el enfoque explicativo o social respecto del Derecho en su conjunto (el orden jurídico) con el sistemático o formal respecto de las normas jurídicas. Si se leen los siguientes párrafos a la luz de todo lo dicho hasta ahora, me parece que ello quedará bastante claro.

> En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de «*fuentes*» de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples... (p. 126).
>
> ... cuando, como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra «existe». El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo del *hecho* de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y

11. Kelsen, Hans: *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1982.

que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es válida «según los criterios de validez del sistema». Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, «existir» aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho (pp. 136-137).[12]

No quiero abandonar a Hart sin antes referirme a dos cuestiones. La primera es una curiosidad. Una de las tesis centrales de Hart es que la regla de reconocimiento es única, aunque pueda llegar a ser muy compleja y contener diversos criterios de validez. Esta tesis ha sido criticada por algunos autores, generándose una cierta polémica[13] que podríamos ubicar bajo el rótulo «regla de reconocimiento *versus* reglas de reconocimiento». No quiero entrar en esta discusión; sencillamente, la traigo a colación para mostrar que —con todas las diferencias de matiz que se quiera— ese uso del singular y del plural a propósito de la regla de reconocimiento, tras el que se esconde el problema de la unidad del Derecho, corre paralelo al uso que la tradición jurídica ha hecho del singular y del plural de la palabra «fuente».

La segunda cuestión es que me parece obligado, aunque sea sólo para mencionarlo, referirme a un cierto movimiento que se ha convenido en llamar —no sé si acertadamente— pospositivismo, y que podría caracterizarse por el intento de enriquecer (y en algunas ocasiones subordinar) el enfoque explicativo (al estilo hartiano) con el justificativo por la vía de resaltar las actitudes «prácticas» (morales) de los sujetos implicados en los hechos sociales que determinan la existencia y el contenido del Derecho. Sobre ello se volverá en el último capítulo del libro; mientras tanto, como muestra de lo que ese movimiento supone, considérense los siguientes párrafos de Raz sobre Hart:

12. Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Editora Nacional, México, 1980.

13. Para una exposición y crítica de esta polémica puede verse Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 142 y ss.

[...] es un mérito de Hart el que se negara a seguir la práctica de muchos teóricos del Derecho que consideran al Derecho aisladamente (p. 332).

Una teoría sobre la naturaleza del Derecho no debe ser una teoría justificatoria, si ello quiere decir una teoría que justifique alguna acción. Todo lo que debe hacer es explicar el Derecho. Pero para hacer esto debe explicar que los jueces y otras personas consideran al Derecho como justificatorio, y de qué forma lo consideran así, de qué forma está presente el Derecho en su razonamiento práctico. Debe hacerlo así porque es un rasgo esencial del Derecho el que éste pretende ser una razón para la acción [...] Si una teoría jurídica como la de Hart no toma en cuenta este rasgo, o aún peor, si ofrece una imagen del Derecho que sea inconsistente con él, entonces esa teoría es defectuosa (p. 331).[14]

14. Ruiz Manero, Juan: «Entrevista con Joseph Raz», *Doxa*, n.º 9, 1991.

Capítulo II

OPOSICIONES Y DILEMAS CONCEPTUALES

1. Introducción y delimitación del campo de trabajo

En el capítulo primero he tratado de suministrar al lector un mapa de problemas y enfoques que le permitiera orientarse en el océano de citas que el estilo de erudición en el tratamiento de las fuentes del Derecho ha generado. Ahora quisiera utilizar ese mapa para delimitar correctamente lo que va a ser el objeto de este libro. En adelante me voy a ocupar del problema representado en la casilla 3B del cuadro I.1. Es decir, estudiaré el «origen de las normas jurídicas» desde el enfoque sistemático. Para ello voy a tratar el problema de las fuentes como una cuestión interna al orden jurídico, obviando por el momento (y dejando para el final) todos los problemas relativos al «origen del Derecho». En consecuencia, consideraré que todo sistema de fuentes empieza o termina (para el caso es lo mismo) en una norma suprema; de forma tal que la pregunta por el origen, la «fuente», de esa norma suprema ya no podrá responderse con los criterios suministrados por ese mismo orden jurídico. Habrá que acudir necesariamente a criterios extrajurídicos (en el sentido de no suministrados por el orden jurídico) con las implicaciones sociales y/o valorativas que ello supone y que aquí, por ahora, no voy a discutir. La estrategia argumentativa que pretendo seguir consiste en tratar de enriquecer progresivamente el enfoque sistemático de forma tal que, al final, estemos en condiciones de obtener una imagen del Derecho que no sea reduccionista y que, en cierto sentido, nos permita romper las fronteras del propio cuadro I.1, que nos ha servido como punto de partida.

Como ya he dicho en diversas ocasiones, uno de los propósitos de este libro es tratar de mostrar que no hay nada en las

fuentes del Derecho que justifique la extendida creencia de que ellas constituyen un problema jurídico-teórico peculiar. Conforme con ese objetivo, quiero empezar este capítulo llamando la atención del lector sobre algo que en apariencia —sólo en apariencia— puede resultar sorprendente y que, si no se repara en ello adecuadamente, puede contribuir a fomentar y dar espacio a la creencia en la peculiaridad.

Si se revisa la literatura relativa a las fuentes del Derecho (entendidas ya en su sentido jurídico, interno, técnico, formal, etcétera —el nombre ahora es lo de menos—) hay algo que llama inmediatamente la atención. Por un lado, se observa que en el interior de cada orden jurídico se producen sólidos consensos a propósito de cuáles son las fuentes del orden jurídico en cuestión. Ello no obsta, naturalmente, para que puedan constatarse discusiones sobre si algo en concreto es o no es una fuente; por ejemplo, sobre si la jurisprudencia es fuente del Derecho español. Pero es cierto que en cada orden jurídico hay una amplia zona de claridad en torno a la que no se discute. Junto a ello, por otro lado, se observa una notable dispersión en las respuestas a la pregunta de qué son las fuentes del Derecho. En efecto, el catálogo de definiciones y conceptualizaciones es de lo más variado.[1]

En lo anterior —el consenso en torno a cuáles son las fuentes y el disenso en torno a qué son las fuentes— ¿hay realmente algo peculiar? Mi opinión es que no. Es más, me atrevería a decir que responde a una constante en el pensamiento jurídico. Para mostrarlo probablemente sea suficiente con tomar en consideración los siguientes pares de preguntas y pensar en las diferencias que median entre una y

1. Ignacio de Otto ha escrito en relación con la dispersión conceptual: «La dificultad de determinar qué haya de entenderse por fuentes se debe en buena medida a que se pretende buscar en el ordenamiento jurídico el fundamento de lo que no es sino un concepto puramente académico. En efecto, decir que unos actos normativos son fuentes, y otros no, no significa en modo alguno decir que el ordenamiento confiere a los primeros una virtualidad que no confiere a los segundos, porque el ordenamiento jurídico no prevé unas consecuencias específicas que sólo concurran en los actos llamados fuentes, en todos ellos, y no en los demás» [*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995 (4.ª reimp.), p. 74].

Sin entrar a evaluar qué hay de cierto en lo anterior, me interesa, sin embargo, mostrar que, en cualquier caso, en ello no hay nada peculiar. La práctica totalidad de los conceptos básicos del Derecho no son sino conceptos «puramente académicos»: derechos reales, negocio jurídico, sujeto de derecho, autoridad jurídica, sanción, etc.

otra en el interior de cada par: ¿qué son los derechos humanos? y ¿cuáles son los derechos humanos?; ¿qué es un derecho real? y ¿es la propiedad un derecho real?; ¿qué es una autoridad jurídica? y ¿es el legislador una autoridad jurídica? La primera pregunta de cada par aborda el problema de la intensión de un concepto; la segunda, el problema de la extensión de un concepto. La mayor dificultad de las primeras preguntas no puede sorprender demasiado porque es obvio que sobre ellas generalmente se proyectan no sólo múltiples cuestiones ideológicas y valorativas, sino además todos los problemas de penumbra e incertidumbre que generan las segundas. Exactamente lo mismo ocurre con las fuentes del Derecho: la determinación de la intensión del concepto, esto es, del conjunto de propiedades que lo caracterizan, resulta una operación mucho más abstracta, compleja y, supuestamente, comprometida ideológicamente, que la determinación de su extensión.

2. Crítica de algunas oposiciones conceptuales

Quien se aproxime a la literatura relativa a las fuentes del Derecho se va a encontrar con un número considerable de oposiciones conceptuales que, supuestamente, han sido construidas con la finalidad de dotar de mayor claridad al tema objeto de análisis. Comoquiera que muchas de esas oposiciones conceptuales me parece que son portadoras de un fuerte potencial distorsionador, en este apartado me voy a dedicar a la crítica de las más importantes. Antes de entrar en ello, quiero advertir que aquí sólo voy a introducir algunos apuntes aclaratorios y que bastantes de los conceptos que ahora voy a utilizar sólo serán adecuadamente precisados en el desarrollo de los capítulos siguientes. El lector comprenderá que todo no puede tratarse al mismo tiempo.

2.1. Fuentes formales *versus* fuentes materiales

En general, la expresión «fuentes formales del Derecho» es utilizada por los juristas para delimitar el objeto de sus trabajos sobre las fuentes. Con ella tratan de significar algo parecido a lo que yo dije anteriormente: que se ocupan de las

fuentes como un problema interno al orden jurídico y que, en consecuencia, tan sólo toman en consideración los factores jurídicos (esto es, los factores suministrados por el propio orden jurídico) de los que depende la creación de normas jurídicas. En oposición a esta noción, la expresión «fuentes materiales del Derecho» se utiliza, sin demasiada precisión, para recoger todos los factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de normas jurídicas y que se pretenden dejar fuera del discurso.[2] Hasta ahí no hay problemas.[3] Lo que ocurre es que en el discurso jurídico en general el uso de la oposición formal/material es bastante oscilante y, en consecuencia, trasladada al mundo de las fuentes puede generar no pocos problemas.

Cuando trataba de delimitar el ámbito de este trabajo he dicho que iba a estudiar las fuentes del Derecho como un problema interno al orden jurídico. Otra forma de decir lo mismo es afirmar que los juicios de validez que se van a tomar en consideración suponen juzgar los actos jurídicos y las normas jurídicas (que son los dos objetos de los que se puede predicar la validez) a partir de otras normas jurídicas. Centrémonos por el momento en los juicios de validez de las normas (más adelante se harán todas las precisiones necesa-

2. Escribe Castán a propósito de esta distinción «muy en boga hoy»: «Es fuente *material* del Derecho todo factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica. El carácter de las fuentes de esta clase es sociológico o metajurídico, y su número, ilimitado. Se citan como tales la naturaleza de las cosas, la necesidad o utilidad social, la tradición, la opinión popular, etc. No cabe, en realidad, someterlas a catalogación. Las fuentes *formales* pueden ser definidas desde un doble punto de vista, pues cabe conceptuarlas como *actos* u *órganos* de creación de normas o como los *modos* o *formas* de esa creación.» Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. I, Reus, Madrid, 1978, pp. 395.

3. Naturalmente, hay autores —aunque me parece que constituyen una excepción— que hacen un uso de la oposición «fuentes formales/fuentes materiales» bastante diferente al aquí asumido. En este sentido, considérese, por ejemplo, la siguiente cita de Albadalejo: «El Derecho positivo es un conjunto de normas. El poder de establecer éstas lo pueden tener diversos organismos o fuerzas sociales. El que lo tenga es fuente *material* de Derecho, en cuanto que, al establecerlas, da origen a Derecho. Pero, como tales normas se pueden establecer de diferentes *formas* [...] se llaman fuentes *formales* del Derecho a los medios o maneras de establecer las normas que lo componen [...] Así pues, la distinción entre fuentes *materiales* y fuentes *formales*, responde las diferentes preguntas de: 1.º *¿Quién* establece el Derecho? (el Estado, el pueblo). 2.º *¿Cómo* (en qué forma) lo establece? (en forma de leyes o de costumbres). Aquéllos son las fuentes *materiales*; éstas las *formales*», en Albadalejo, Manuel: *Curso de Derecho civil español I*, Bosch, Barcelona, 1987, 4.ª ed., pp. 60 y 61.

rias). ¿Son formales esos juicios? [4] Si por formal se entiende que son independientes del contenido de las normas de las que se predica la validez, entonces hay que matizar la respuesta porque la expresión «validez» es ambigua. Predicada de las normas, en unas ocasiones se utiliza como sinónimo de existencia y en otras, como sinónimo de corrección o legitimidad. En el sentido de existencia sí puede decirse que los juicios de validez de las normas se formulan con independencia del contenido de las mismas: para determinar que algo es una ley no atendemos a su contenido, sino al sujeto que la dictó y al procedimiento seguido para hacerlo.[5] En el otro sentido, el de legitimidad o corrección, que por cierto presupone al anterior, el juicio de validez ya no es independiente del contenido. Cuando afirmamos que algo es una ley inconstitucional estamos diciendo que ese algo es una ley (existe), pero ilegítima o incorrecta (inválida). La invalidez en este caso depende del contenido de la ley en cuestión.

Podría pensarse que el segundo sentido de validez, en realidad, es extraño al tema de las fuentes del Derecho. Que a ellas sólo atañe el primero, porque el problema de las fuentes se circunscribe a la cuestión de la distribución de los poderes normativos. No me cabe ninguna duda de que las materias pueden recortarse por donde se quiera y que, por tanto, no tiene sentido discutir si «verdaderamente» los juicios de validez como corrección pertenecen o no al tema de las fuentes. Sin embargo, no debe olvidarse que estos juicios de validez tienen que ver con la limitación de los poderes normativos y que difícilmente podrá considerarse acabado el estudio de la distribución sin hacer referencia a su limitación. Sobre ello volveremos más adelante, pero mientras tanto téngase en cuenta que, referida a un orden jurídico, la idea de un poder normativo conferido e ilimitado encierra una contradicción.

4. Criticando la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales ha escrito Cueto Rua: «[...] las leyes y la costumbre son útiles *como fuentes* no tanto porque suministren apoyo lógico [formal] a la decisión que se adopta en definitiva, cuanto porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera que sea considerada valiosa por una pluralidad de los integrantes del grupo social. Es que las llamadas fuentes formales son también fuentes materiales». Cueto Rua, Julio: *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982 (reimp.), p. 27.

5. Esta afirmación que reproduce un lugar común será convenientemente matizada cuando nos ocupemos de las llamadas fuentes-acto.

2.2. Fuentes legales *versus* fuentes *extra ordinem*

Con la noción de fuentes *extra ordinem* —que se opone a fuentes legales— suele aludirse a los puros hechos sociales que inciden desde fuera del orden jurídico sobre su estructura institucional.[6] Esta noción, si bien se considera, recuerda mucho a la de «fuentes materiales del Derecho» (que, no nos olvidemos, se oponía a fuentes formales). Ahora bien, pese a ese parecido ambas nociones cumplen funciones enteramente diferentes en el interior del discurso jurídico. Si se recuerda, no hace mucho decíamos que los juristas solían utilizar la noción de fuentes materiales para expulsar del discurso jurídico a los «puros hechos sociales» (factores sociales) que incidían en el Derecho pero que no eran contemplados por él. La noción de fuentes *extra ordinem* me parece que cumple exactamente la función contraria. Ello puede verse muy claramente en algunos tratamientos dados al problema de la costumbre. En efecto, no ha sido infrecuente considerar a la costumbre como una fuente necesaria del Derecho, esto es, que no puede ser positivamente excluida del sistema de fuentes. La desuetudo y la costumbre *contra legem*, entendidas por ejemplo a la manera de Kelsen,[7] serían, en este sentido, las «estrellas» entre las fuentes *extra ordinem*. Quienes así piensan suelen recurrir para justificar lo anterior al llamado principio de efectividad del Derecho, que, de manera muy simple, vendría a decir que Derecho es todo aquello que es socialmente aceptado como tal. Esta visión de la costumbre, si se desarrolla hasta sus últimas consecuencias, lleva a situarla en la máxima jerarquía y a considerar que tiene una competencia derogatoria universal. No es éste el lugar para discutir estas cuestiones, pero en mi opinión todo lo anterior constituye un error conceptual. El error tiene su origen en una incomprensión del papel que las reglas sociales juegan en relación con el Derecho y en no observar que se están mezclando dos problemas distintos: el del «origen del orden jurídico» y el del «origen de las normas jurídicas». En efecto,

6. Cfr. Sandulli, Aldo M.: «Fonti del diritto», en *Novissimo digesto italiano*, VII, Turín, 1961; y Guastini, Riccardo: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 95 y ss.

7. Para una visión del tratamiento kelseniano de la costumbre como fuente necesaria del Derecho y de la desuetudo como costumbre negativa puede verse Aguiló Regla, Josep: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Ed. Fontamara, México, 1995, pp. 18 y ss.

una cosa es sostener que los límites de lo jurídico están socialmente determinados, que la norma última de un sistema jurídico, la que establece los criterios últimos de validez, es siempre una regla social (como, por ejemplo, la regla de reconocimiento hartiana) y que, en consecuencia, en la determinación de lo jurídico rige algo parecido al principio de efectividad; y, otra muy distinta, es sostener que una fuente de un orden jurídico se sitúa fuera de los criterios de validez de ese mismo orden. El problema del «origen de las normas jurídicas» es un problema interno al orden jurídico y, si ello es así, hablar en este contexto de fuentes *extra ordinem* constituye una contradicción en sus propios términos.

El siguiente párrafo de Pizzorusso me parece una buena muestra de la ambigüedad con la que en muchas ocasiones se recurre al principio de efectividad del Derecho:

> En su momento nos referimos a las fuentes *extra ordinem* como una categoría distinta de las fuentes legales [...] El elemento o criterio básico para aquella contraposición consistía en el hecho de que en tanto que las fuentes legales quedaban reguladas por las disposiciones y normas sobre la producción jurídica, conformando así el correspondiente sistema de fuentes, las fuentes que ahora estudiaremos no están previstas en dichas disposiciones y normas sino que se presentan, por el contrario, como manifestación inmediata del principio de efectividad. Principio de efectividad que actúa respecto de las fuentes legales como norma fundamental del sistema en su conjunto y que se presenta en los casos que veremos ahora como norma sobre la producción jurídica directamente aplicable respecto de ciertos hechos normativos que, en el seno del ordenamiento, provocan excepciones de las normas derivadas del sistema legal de fuentes. De un modo u otro, sin embargo, unas y otras normas han de coexistir entre sí.[8]

2.3. Fuentes de conocimiento *versus* fuentes normativas

La expresión «fuentes de conocimiento» aparece en casi todos los catálogos de significados de «fuentes del Derecho». En unas ocasiones se define aisladamente y en otras como opuesta a «fuentes de producción», pero en cualquier caso con

8. Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de Javier Jiménez Campo), CEC, Madrid, 1984, p. 421.

ella se quiere significar básicamente los documentos y publicaciones a través de los cuales se puede conocer el Derecho. Así, una ley entendida como documento sería un ejemplo de fuente de conocimiento. Pero, una ley entendida como documento ¿nos informa o nos ordena?, ¿es una fuente de conocimiento o una fuente normativa? En mi opinión, la respuesta a estas preguntas depende de la actitud con la que nos aproximemos al documento en cuestión. Si lo hacemos en actitud cognitiva, es decir, con la intención de averiguar qué es lo que prescribe el Derecho, lo más probable es que la consideremos una fuente de conocimiento. Si, por el contrario, nuestra intención es la de tomar a la ley como guía y criterio de valoración de la conducta, lo más seguro es que la veamos como una fuente normativa.[9]

Pues bien, me parece que la ciencia jurídica o, mejor dicho, sus cultivadores, al usar la expresión «fuentes de conocimiento» si no han realizado una inversión al tomar lo secundario como primario, han inducido a realizarla. En mi opinión, es manifiestamente obvio que ni los órdenes jurídicos, ni los sistemas de fuentes, ni los documentos que contienen las leyes han sido inventados para ser estudiados. Más bien ocurre que son estudiados porque cumplen funciones normativas. Cuáles sean esas funciones normativas lo veremos más adelante. Mientras tanto mantengamos las distancias con la expresión «fuentes de conocimiento».[10]

9. La cuestión aquí planteada no es distinta de la que nos podríamos formular si, por ejemplo, vamos paseando por la calle y vemos una pared en la que está escrito «Prohibido pegar carteles». ¿Se nos prohíbe pegar carteles o se nos informa de que está prohibido pegarlos? En el fondo, lo que subyace a todo ello es una ambigüedad típica de los enunciados deónticos que aconseja no perder de vista la distinción entre normas y proposiciones normativas. En efecto, como Von Wright puso de manifiesto hace ya bastantes años, los enunciados deónticos (aquellos que contienen expresiones típicamente deónticas como obligatorio, prohibido, etc.) son susceptibles de ser interpretados en sentido prescriptivo, y entonces los vemos como normas, o bien en sentido descriptivo, y entonces los vemos como proposiciones normativas. Cfr. Von Wright, Georg Henrik: *Norma y acción* (trad. de Pedro García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970, p. 145.

10. Cuando se define «fuentes de conocimiento» es relativamente frecuente aludir tanto a los documentos en los que se contiene el Derecho vigente como a los documentos antiguos en los que se pudiera contener el Derecho histórico. Nótese que la inversión antes aludida no se da cuando la expresión «fuentes de conocimiento» se utiliza referida al Derecho histórico, ya que —dada su pérdida de vigencia— nadie se aproxima a él en actitud normativa.

3. Crítica de dos supuestos dilemas conceptuales

Leyendo a algunos autores da la impresión de que quien trate de dar, por ejemplo, una definición de fuentes del Derecho va a verse forzado a optar entre alternativas binarias que se presentan simultáneamente como relevantes (cada una de ellas constituiría uno de los significados centrales de «fuentes del Derecho») e incompatibles entre sí (salvo que se esté dispuesto a prolongar la insoportable ambigüedad de la expresión). Y ello parece dotar a la cuestión del concepto de fuentes del Derecho de un cierto aire dilemático. Aquí voy a criticar y tratar de disolver dos de esos supuestos dilemas: el primero opone «modos de crear normas jurídicas» a «forma de exteriorización de las normas jurídicas», y el segundo, «métodos de producción de Derecho» a «norma superior en relación con la inferior cuya producción regula».

3.1. Modos de producir normas jurídicas *versus* formas de exteriorización de las normas jurídicas. De la ambigüedad antecedente/consecuente

¿En qué consiste el supuesto dilema? Considérese la siguiente cita de Isidoro Martín:

> La expresión *fuentes del Derecho*, referida a la ley o la costumbre o demás formas de expresión de la norma jurídica, nos parece totalmente inadecuada y, a pesar de su arraigo, merecedora de ser sustituida por otra más justa [...] A nuestro modo de ver [...] conviene hacer la distinción rotunda entre fuente productora (del Derecho) y norma producida [...] No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar *fuente* a lo que es precisamente el resultado [...] Importa, pues, aceptar una nueva terminología: denominar fuentes del Derecho a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas y al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas —ley, costumbre [...]— llamarlas *modos de expresión* del mismo.[11]

11. Tomo la cita de Montoro Ballesteros, Alberto: *Las fuentes del Derecho*, Ediciones Universidad de Murcia, 1993, pp. 13 y 14. Este autor, por cierto, sostiene también que la noción de fuentes debe reservarse para designar a los órganos y procedimientos productores de normas jurídicas y que, por tanto, la ley y la costumbre, en vez de fuentes, deben considerarse formas o modos de existir del Derecho (p. 14).

El interés de esta cita no radica en la estipulación de significado que contiene, sino en que es representativa de la tensión con la que alguna literatura relativa a las fuentes del Derecho ha vivido dos usos o significados supuestamente distintos de la expresión.[12] Esta tensión —que ha recibido distintas soluciones— se especifica en lo siguiente: si «fuente» designa origen, no tiene sentido llamar fuente a lo originado, pero es un hecho el uso lingüístico de llamar a lo originado (constitución, ley, costumbre, etc.) fuente del Derecho.[13] La banda de soluciones abarca desde las estipulaciones de significado con la intención de restituir la claridad conceptual, hasta la advertencia de la ambigüedad con el fin de evitar errores conceptuales. En cualquier caso, todo ello fomenta, sin duda, una vez más, la idea de que en materia de fuentes hay peculiaridades que no se presentan en otros ámbitos jurídicos.

En mi opinión, esa supuesta tensión no es tal y desde luego la ambigüedad de «fuentes» a propósito de los significados «modo de producir normas jurídicas» y «forma de manifestarse las normas jurídicas» no es más que un caso concreto de una ambigüedad general del lenguaje jurídico absolutamente

12. El siguiente párrafo de Díez Picazo es también una buena muestra de ello: «En la dogmática tradicional, la pregunta que nosotros nos hemos hecho —cómo y dónde nacen las normas jurídicas— suele ser englobada bajo la rúbrica o doctrina, también tradicional, relativa a las "fuentes del Derecho". La doctrina sobre las "fuentes del Derecho" es, sin embargo, equívoca e insuficiente. Son varias las razones de esta equivocidad y de esta insuficiencia. Aunque ha sido agudamente señalado que la expresión "fuentes del derecho", en su riguroso significado técnico, puede designar, al mismo tiempo, a la persona o personas o grupos que ostentan *el poder o la facultad* de crear normas jurídicas, y a la *forma de expresión o de exteriorización* que, en definitiva, configura el tipo que asume, es lo cierto que la teoría normalmente sólo da respuesta a este último punto (por ejemplo, cuando dice que son "fuentes" del derecho la ley o la costumbre), dejando en cambio en la penumbra el primer punto, que a mí me parece mucho más sustancial: quién es el autor de la norma; en quién reside la facultad de crear normas», en Díez Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1975 (reimp.), pp. 124 y 125.

13. Balaguer Callejón concede mayor alcance a la referida tensión y escribe: «La contradicción de la doctrina tradicional de las fuentes puede resumirse del modo siguiente: a pesar de definir a las fuentes por su origen, en cuanto modos de producción del Derecho, nunca estudió en profundidad los modos de producción del Derecho (siendo en ese sentido una teoría vacía de contenido). Por el contrario, sí analizó los modos de aplicación del Derecho, pero nunca los consideró como parte integrante de la teoría de las fuentes porque definía a las fuentes tan sólo por su origen», en Balaguer Callejón, Francisco: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 41.

común: me refiero a la ambigüedad antecedente/consecuente.[14] Lo único que hace falta para darse cuenta de ello es superar el esencialismo lingüístico —que aquí podríamos llamar esencialismo metafórico— con el que suelen abordarse estas cuestiones. Algunos ejemplos serán suficientes para mostrar hasta qué punto no estamos ante un dilema.

¿Qué hay que saber para poder afirmar que se conoce la institución del testamento? La respuesta parece fácil: diremos que conocemos la institución del testamento cuando sabemos qué hay que hacer para hacer testamento y cuáles son las consecuencias que se derivan de que se haya hecho testamento. ¿Cuándo decimos que conocemos el delito de homicidio? Cuando sabemos qué hechos son susceptibles de ser calificados como homicidio y qué consecuencias se siguen del hecho de que un homicidio haya tenido lugar. Conocer el testamento y el homicidio no es otra cosa que conocer el antecedente y el consecuente de ambos. Pero el testamento y el homicidio ¿son el antecedente o el consecuente?

Si se eleva el nivel de abstracción la situación no cambia. Por ejemplo, el concepto de negocio jurídico conectará un antecedente, la declaración de voluntad de una o más personas, con un consecuente, la creación, extinción o modificación de un derecho o de una relación jurídica. De nuevo, la misma pregunta de antes, el negocio jurídico ¿es el antecedente o el consecuente?

Exactamente lo mismo ocurre con las fuentes del Derecho. ¿Qué quiere decir estudiar la ley? Estudiar qué hay que hacer para dictar una ley (antecedente o modo de producción) y estudiar las consecuencias que se siguen de haber dictado una ley (consecuente o modo de expresión). ¿Qué supone estudiar la costumbre? Estudiar aquello que da lugar a una costumbre (antecedente o modo de producción) y las consecuencias que se derivan del hecho de que se haya producido una costumbre (consecuente o modo de expresión). Y ahora, llegados a este punto, y elevando el nivel de abstracción, resuelva el lector el «peculiar» dilema al que nos somete la teoría de las fuentes del Derecho: modos de producción o formas de manifestación.

14. He decidido llamar así a esta ambigüedad para adaptarla a una terminología muy usada por los juristas. Pero, si bien se considera, la ambigüedad antecendente/consecuente no es más que una adaptación al campo jurídico de otra ambigüedad más general y extraordinariamente común en los lenguajes naturales; me refiero a la ambigüedad proceso/producto.

Finalmente, unas pocas palabras para explicar la ambigüedad antecedente/consecuente. Tomemos en consideración las tres siguientes frases:[15]

a) Si se acuerda un préstamo, se origina un *crédito*.
b) Si existe un *crédito*, su importe debe pagarse el día del vencimiento.
c) Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

La palabra «crédito» mencionada en *a* y *b* obviamente no designa ninguna entidad empírica. En realidad, no designa más que una conexión sistemática entre el hecho de haber acordado un préstamo y el surgimiento de la obligación de pagar su importe. Si reparamos en ello, no es difícil darse cuenta de que, primero, el enunciado *c*) designa exactamente lo mismo que los enunciados *a* y *b* juntos, y, segundo, no tiene sentido preguntarnos si por «crédito» hay que entender préstamo o deber de devolución. O si por «propiedad» hay que entender los modos de adquirirla o las consecuencias de haberla adquirido. O si por «ley», los modos de dictarla o las consecuencias de haberla dictado.

3.2. Métodos de producción *versus* normas que regulan la producción de normas. De la relación entre lo constitutivo y lo constituido

De entre los diversos significados que puede adquirir la expresión «fuente del Derecho», Kelsen destaca dos como relevantes en la práctica. Así, escribe:

> 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 y costumbre], sino toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula. [Se denomina «fuente» pues al] fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. En este sentido, la constitución es la fuente, por vía de la legis-

15. En este punto sigo a Ross, Alf: *Tû-Tû* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, 1976.

> lación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma jurídica general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por la norma individual [...] Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.[16]

Como se observa, Kelsen opone «métodos de producción» a «norma superior en relación con la inferior cuya producción regula». Estos dos conceptos de «fuente del Derecho» son supuestamente tan distintos entre sí que para evitar confusiones y no mezclar cuestiones diferentes, Kelsen propone el abandono de la expresión. Si queremos, a diferencia de Kelsen, conservar la expresión «fuentes del Derecho» y no por ello incurrir en confusiones, entonces parece que deberemos eliminar uno de esos dos significados. Pero esos dos conceptos de «fuentes» ¿son realmente tan distantes entre sí? En mi opinión, no. Tratemos de mostrarlo.

¿Qué hay que entender por métodos de producción de Derecho? Creo que no cabe otra cosa que hechos y actos (procedimientos) a los que el orden jurídico atribuye la virtualidad (imputa la consecuencia) de crear normas jurídicas generales. Y, olvidándonos por un momento de la relación de jerarquía mencionada por Kelsen, ¿qué se puede entender por «normas que regulan la producción de otras normas»? Me parece que sólo cabe normas que regulan hechos y actos productores de normas; es decir, normas que conectan (imputan) la verificación de un hecho o la realización de una acción con la consecuencia de la creación de una norma jurídica. Si ello es así, la supuesta oposición entre los dos sentidos de «fuentes del Derecho» se nos ha transformado en una cierta relación de implicación recíproca: si hay normas sobre la producción jurídica es para regular los métodos (hechos y actos) productores de Derecho, y si hay métodos productores de Derecho es porque hay normas sobre la producción jurídica que los regulan. De forma tal que, según parece, no podemos entender los unos sin las otras: estudiando las normas sobre la producción jurídica se acaba conociendo los métodos de producción de Derecho y no hay más forma de estudiar los métodos de producción de Derecho que estudiando las normas sobre la pro-

16. Kelsen, Hans: *Teoría pura...*, ob. cit., p. 243.

ducción jurídica. Pretender separar el estudio de unos y de otras es un error semejante a creer que es posible estudiar los hechos que constituyen asesinato al margen de las normas que lo regulan.

Ahora bien, llegados a este punto el lector tal vez piense que la exégesis que acabo de hacer del párrafo arriba reproducido constituye una deslealtad para con Kelsen, pues le habría hecho decir lo que no dice, y una trampa al lector, pues lo estaría llevando a un terreno en el que no debería estar. En particular, es posible que piense que he transformado lo que Kelsen presenta como una jerarquía normativa típica, debida a la construcción en gradas del orden jurídico (por ejemplo, la relación de jerarquía entre constitución y ley), en una jerarquía que podríamos llamar conceptual entre normas constitutivas y hechos constituidos. Y algo de eso hay. Pero lo que ocurre es que las expresiones «norma superior en relación con la inferior cuya producción regula» y «fundamento de validez de una norma» son ambiguas, son susceptibles de ser interpretadas como vinculadas con los dos sentidos de validez a los que ya me he referido con anterioridad. Como se recordará, la validez de las normas puede entenderse como sinónimo de existencia o como sinónimo de legitimidad o corrección. Los juicios de validez como existencia —decíamos reproduciendo un lugar común que sólo más adelante se precisará convenientemente— son formales, esto es, independientes del contenido de la norma juzgada, y —añadimos ahora— son el resultado de una relación de jerarquía conceptual entre lo constitutivo y lo constituido. Los otros juicios de validez (validez como legitimidad o corrección) no son formales, esto es, no son independientes del contenido, y son el resultado de una relación de jerarquía normativa. En cualquier caso, no ha llegado todavía el momento de estudiar en detalle esos dos tipos de juicios de validez. Aquí es suficiente con llamar la atención sobre esto: entre «normas que regulan la producción normativa» en el sentido de normas que determinan las condiciones de existencia de otras normas y «métodos de producción de normas» no hay oposición alguna, sino más bien cierta relación de implicación recíproca: estudiando esas normas lo que acaba por conocerse son los métodos de producción de Derecho y no hay más forma de conocer los métodos de producción que estudiando esas mismas normas.

Capítulo III

EL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO. LOS HECHOS Y LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Un punto de partida: una definición de fuentes del Derecho

El capítulo anterior concluía abordando dos supuestos dilemas a los que parecía que debía enfrentarse el teórico del Derecho que quisiera aclarar el concepto de fuentes. Lo apuntado allí trataba de mostrar que, en efecto, no hay tales dilemas, pero ello no supone sin más aceptar que no haya problemas conceptuales. Por decirlo de otro modo, lo que en el capítulo anterior era presentado como supuestos dilemas encierra uno de los núcleos de problemas conceptuales de las fuentes del Derecho. En este capítulo voy a tratar de disolver bastantes de las perplejidades que esos problemas conceptuales han generado.

Para realizar el análisis voy a partir de la que me parece que es la definición más extendida (y también la más acertada) de fuentes del Derecho. Por tales voy a entender los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas.[1] Contar con una definición no supone sin más haber aclarado nada. La definición sólo resultará útil en la medida en que el *definiens* (con lo que se define) sea más claro que el *definiendum* (lo que se define) y, en nuestro caso, ello dista mucho de ser así. Si nos fijamos, la definición que hemos dado es una definición por género y diferencia específica. Comoquiera que nuestro género («hechos y actos jurídicos») y

1. Por todos, véase Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158. Así escribe: «Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.»

nuestra diferencia específica («creación de normas jurídicas») distan muchísimo de la claridad, el análisis deberá centrarse en ellos.

2. Análisis del género: los hechos y los actos jurídicos

2.1. Una reconstrucción de la doctrina estándar de los hechos y los actos jurídicos

La doctrina jurídica, fundamentalmente la civilista, introduce la distinción entre hechos y actos jurídicos a partir de una clasificación de los supuestos de hecho de las normas jurídicas. Así, partiendo de la idea de que todas las normas jurídicas responden a un esquema condicional que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, realizan una clasificación de todos esos supuestos de hecho. La presentación que voy a hacer aquí de esta clasificación es una reconstrucción que me parece la más plausible, pero quiero advertir que respecto de ella no hay, ni mucho menos, consenso claro.[2]

En general, puede decirse que los juristas parten de un género que abarca a todos los supuestos de hecho posibles y que suelen denominar «hechos jurídicos en sentido amplio». A su vez, dentro de él, distinguen los «hechos jurídicos naturales» de los «hechos jurídicos humanos». Entre los primeros estarían desde un terremoto (fuerza mayor) hasta la muerte o el nacimiento de una persona, pasando por la mayoría de edad. En esta categoría se incluirían todos aquellos hechos que generan consecuencias jurídicas y que ocurren sin intervención humana: su descripción no hace referencia a ninguna acción humana. Frente a ellos, los hechos jurídicos humanos son los que sí requieren un agente, alguien que actúe; esto es, presuponen una acción humana.[3] Dentro de estos últimos, los

2. Véanse, por ejemplo, José Puig Brutau: las voces «Actos jurídicos» y «Hecho jurídico», en Mascareñas, Carlos-E.: *Nueva enciclopedia jurídica*, tomos II y X, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1983 y 1985; Federico De Castro y Bravo: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 616 y ss.; o Claudio de Giacomo: *Fonti diritto e regole*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990, pp. 15 y ss.

3. La oposición entre hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos presupone que podemos distinguir entre aquellas cosas que nos suceden y aquellas cosas que hacemos. La descripción de los hechos jurídicos naturales puede hacer referencia obviamente a cosas que nos suceden, pero no a cosas que hacemos.

hechos jurídicos humanos, los juristas suelen distinguir, a su vez, entre los «hechos jurídicos en sentido estricto» y los «actos jurídicos». La diferencia entre unos y otros radica en lo siguiente: se llama actos jurídicos a aquellos supuestos de hecho en los que para la generación de la consecuencia jurídica es relevante la voluntad del actor de provocarla; mientras que hecho en sentido estricto es aquel en que la consecuencia jurídica se genera con independencia de la voluntad del sujeto que actúa de provocarla. Algunos ejemplos ayudarán a entender la diferencia entre unos y otros. El testamento lo vemos como un acto jurídico porque las consecuencias jurídicas del mismo sólo se desencadenan si el sujeto que actúa (redacta, por ejemplo, una última voluntad) quería (o se presupone que quería) que se desencadenasen. O dicho de otro modo: en la determinación del supuesto de hecho está como un elemento necesario la voluntad del sujeto que actúa de generar las consecuencias jurídicas que a él se asocian. En este punto no está de más recordar que es muy común definir los actos jurídicos como declaraciones de voluntad. Por el contrario, se dice que el hallazgo del tesoro es un hecho jurídico porque las consecuencias jurídicas se generan con independencia de la voluntad del sujeto que actúa de provocarlas. En este punto, conviene recalcar lo siguiente, pues no hacerlo podría llevar a confusión: todos los delitos, tanto los dolosos (con intención) como los culposos (sin ella), son hechos jurídicos en sentido estricto. La razón de ello es que en ambos casos las consecuencias jurídicas del delito se desencadenan con independencia de la intención de provocarlas del sujeto que ha actuado.

El siguiente cuadro resume todo lo anterior:

- Hechos jurídicos en sentido amplio
  - Hechos jurídicos naturales
  - Hechos jurídicos humanos
    - Hechos jurídicos en sentido estricto
    - Actos jurídicos

No quiero detenerme aquí a desentrañar la noción de acción que subyace a esta clasificación. Ello nos alejaría demasiado de nuestro propósito inmediato. Sí quiero, sin

embargo, llamar la atención sobre dos problemas que dicha clasificación presenta. El primero consiste en lo siguiente: si bien la clasificación pretende clasificar supuestos de hecho de las normas jurídicas, los ejemplos que generalmente se ponen para ilustrar cada una de las clases creadas por la misma, presentan la ya conocida ambigüedad antecedente/consecuente. Piense el lector en la «mayoría de edad» como ejemplo de hecho jurídico natural; la «usucapio», de hecho jurídico en sentido estricto; o el «testamento», de acto jurídico. La ambigüedad de todos esos términos hace que, más allá del propósito declarado de clasificar supuestos de hecho, no se sepa muy bien qué es en realidad lo que se está clasificando. El segundo problema podría formularse del siguiente modo: si se asume, como hacen los juristas que usan esta clasificación, que la estructura de las normas jurídicas responde a un esquema condicional que correlaciona un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, entonces la clasificación de los supuestos de hecho debería permitirnos también clasificar las normas jurídicas por su antecedente; y no se ve muy bien cómo podría hacerse eso.

A continuación, pretendo ocuparme de estos dos problemas tratando de mostrar que las dificultades con que aquí nos encontramos son idénticas —aunque planteadas en un nivel de abstracción superior— a las que se nos presentaban con los dos supuestos dilemas de las fuentes del Derecho. La estrategia argumentativa que guiará la exposición es clara: si es cierto que se trata de las mismas dificultades, entonces en la medida en que se resuelvan los problemas que plantea la clasificación de los hechos jurídicos, se habrán resuelto los dos supuestos dilemas de las fuentes del Derecho.

2.2. De nuevo sobre la ambigüedad antecedente/consecuente

A pesar de lo que digan los juristas que usan la clasificación anterior, lo que en la misma se clasifica no son, en realidad, supuestos de hecho, sino resultados institucionales que se identifican o se mencionan generalmente recurriendo a un *nomen iuris*. En efecto, cuando los juristas hablan de hechos y actos jurídicos no aluden, en general, a hechos o a acciones que puedan ser correctamente descritos utilizando exclusiva-

mente los instrumentos suministrados por el lenguaje natural e ignorando las normas que a ellos se refieren. Lo que los juristas llaman hechos y actos jurídicos no son un supuesto de hecho de una norma, sino un *nomen iuris* que les sirve para conectar un antecedente (o supuesto de hecho) con un consecuente (o consecuencia jurídica). Lo que acabo de decir se ve con mucha claridad cuando lo que he llamado *nomen iuris* no forma parte del léxico del lenguaje natural, sino exclusivamente del léxico jurídico,[4] entendido como lenguaje técnico. Por ejemplo, la «usucapión» es un hecho jurídico, entendido como resultado institucional, y obviamente un *nomen iuris*. El supuesto de hecho que da lugar a ese resultado institucional es la posesión ininterrumpida de un bien durante un determinado lapso de tiempo. Parece claro que todo encaja con lo dicho anteriormente. Hay, sin embargo, dos casos en los que tal vez resulte más difícil percatarse de que el esquema conceptual que aquí se está proponiendo funciona.

El primero de ellos es aquel en el que el *nomen iuris* forma parte tanto del léxico del lenguaje natural como del léxico jurídico entendido como lenguaje técnico. Es decir, que la palabra en cuestión se usa tanto en contextos jurídicos como no jurídicos: «matrimonio», «mayoría de edad», «contrato», etc. En estos casos, la situación no es distinta respecto de lo dicho anteriormente: el Derecho establece las condiciones, el supuesto de hecho, que da lugar a esos resultados institucionales. Y lo único que ocurre es que, en realidad, conviven dos conceptos que se superponen parcialmente, uno propio del lenguaje natural y otro propio del lenguaje técnico-jurídico. El otro caso que puede plantear alguna dificultad es aquel en el que el *nomen iuris* coincide con las palabras utilizadas para describir el supuesto de hecho. Conforme a nuestro esquema, por ejemplo, la muerte de una persona es un hecho jurídico, un resultado institucional, cuyo supuesto de hecho es, ¿cuál va a ser?, la muerte de la persona. Pero ello no debe llevarnos a confusión; la «muerte» jurídica, como resultado institucional, es distinta de la «muerte» natural, supuesto de hecho. Quien lo dude, reflexione sobre el tenor del párrafo segundo del ar-

4. Para un análisis de las relaciones entre el léxico del lenguaje natural y el léxico del lenguaje jurídico, puede verse Aguiló Regla, Josep: «Lenguaje jurídico, lenguaje documental y tesauro», *Theoria*, segunda época, año V, n.os 12-13, noviembre 1990, pp. 31-61.

tículo 195 del Código civil relativo a la declaración de fallecimiento del ausente. Dice así: «Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte...» Si bien se considera, la muerte jurídica de la persona es perfectamente compatible con su vida natural.

Retomemos nuestro hilo argumental. Lo que los juristas llaman hechos y actos jurídicos no son, pues, supuestos de hecho, sino más bien *nomen iuris* que les sirven para conectar antecedentes y consecuentes. Esos *nomen iuris*, que yo aquí he llamado también resultados institucionales —más adelante se introducirán algunas precisiones al respecto— coinciden con lo que los juristas generalmente denominan «instituciones»; y, si nos fijamos, cuando tratan de explicarlas lo que hacen no es otra cosa que explicitar los supuestos de hecho que las constituyen y las consecuencias jurídicas que generan; pero, y esto es lo importante, consideran a esos *nomen iuris* como un nudo sobre el que confluyen una multiplicidad de normas jurídicas. Con algunos ejemplos se verá con más claridad lo que se quiere decir.

La mayoría de edad es uno de esos resultados institucionales o *nomen iuris* a los que me he referido. El antecedente que condiciona la existencia de ese resultado institucional y el uso de ese *nomen iuris* es el hecho de haber cumplido dieciocho años. Nótese que mientras que cumplir dieciocho años es susceptible de ser descrito recurriendo exclusivamente al lenguaje natural, la posibilidad de hablar de la mayoría de edad depende de las normas que la constituyen. Ahora bien, imaginemos, por ejemplo, que una consecuencia jurídica de alcanzar la mayoría de edad es que se puede contraer matrimonio. Ello quiere decir que lo que antes era resultado institucional, la mayoría de edad, pasa a ser ahora un elemento del antecedente de otro resultado institucional o *nomen iuris* como es el matrimonio. Y este último, de nuevo, forma parte del antecedente del resultado institucional divorcio. Y así, sucesivamente, podría seguirse hasta construir largas cadenas de antecedentes y consecuentes donde nos encontrásemos en un extremo con algo que es exclusivamente un antecedente y, en el otro, un consecuente que ya no es antecedente de nada más.

Si nos fijamos, recurriendo a esta estrategia de constituir resultados institucionales y de asignarles un *nomen iuris*, el Derecho satisface entre otras una exigencia de economía del

lenguaje; pues ella le permite conectar antecedentes y consecuentes de forma bastante ágil y económica. El coste de ello, sin embargo, es que los *nomen iuris* padecen invariablemente la ya tantas veces mencionada ambigüedad antecedente/consecuente.

Ahora bien, si todo lo anterior es acertado, esto es, si el Derecho sigue esa estrategia de economía del lenguaje consistente en producir resultados institucionales a los que asigna un nombre, habrá que explicar cómo desarrolla esa estrategia y, en particular, habrá que aislar ciertos tipos de normas jurídicas (enunciados jurídicos) distintos de las normas de conducta (aquellas que permiten, obligan o prohíben una acción) que nos permitan dar cuenta de la misma. Si bien se considera, ello nos lleva al segundo de los dilemas planteados en el capítulo anterior: el problema de la relación entre lo constitutivo y lo constituido.

2.3. La dimensión constitutiva del Derecho y los tipos de normas jurídicas

A continuación voy a proponer una tipología de normas jurídicas que nos permita explicar todo lo anterior. Pero antes de entrar en ello conviene hacer algunas aclaraciones metodológicas. Toda tipología de normas es convencional. Si aceptamos que la clasificación zoológica de los animales lo es, sería muy raro ser esencialista en algo tan artificial como el Derecho. De manera que las tipologías de normas no pueden calificarse de verdaderas o falsas, estarán bien o mal construidas, serán útiles o inútiles, etc., pero nada más. En este sentido, no está de más recordar que ha habido quien ha creído que con un único tipo de normas se podía reconstruir todo el orden jurídico y dar cuenta de todos los conceptos y dimensiones de lo jurídico. Éste fue el caso de Kelsen. Otros autores han creído suficiente contar con sólo dos tipos de normas, etc. Aquí yo voy a exponer una tipología de las normas jurídicas debida a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.[5] Si opto por ella es debido a dos razones: la primera inmediata, me va a permitir explicar la estrategia constitutiva del Derecho; y otra más

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

mediata pero no menos importante: más adelante, cuando llegue el momento, me va a permitir distinguir claramente entre poderes normativos y deberes relativos al ejercicio de esos poderes normativos, lo que a su vez me permitirá aclarar suficientemente los dos sentidos de validez ya señalados. Quiero advertir de antemano que no voy a exponer aquí dicha clasificación en toda su riqueza, pues ello nos abriría frentes que nos alejarían de nuestro objetivo inmediato: explicar la dimensión constitutiva del Derecho.

Atienza y Ruiz Manero toman como uno de los núcleos de sus distinciones la oposición entre la dimensión regulativa (guía de la conducta) y la dimensión constitutiva (creación de resultados institucionales) del Derecho. Por ello oponen lo que llaman normas deónticas o regulativas, que son las que regulan la conducta de la gente mediante el establecimiento de obligaciones, prohibiciones o permisiones, y las normas no deónticas o constitutivas que son las que determinan cómo se constituyen o producen resultados institucionales o cambios normativos.[6]

Dentro de las normas deónticas, los referidos autores introducen múltiples distinciones que por el momento no necesita-

6. La teoría del Derecho ha discutido bastante en torno a la oposición entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Dejando ahora a un lado a aquellos autores que han creído que la noción de regla regulativa (o de conducta) era suficiente para dar cuenta de todo el Derecho, me interesa resaltar la discusión a propósito de cuál es el candidato adecuado para operar como opuesto conceptual de regla regulativa. Ha habido quien [cfr. Hernández Marín, Rafael: *El Derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984] ha hablado de enunciados cualificatorios, cuya estructura sería «*X* cuenta como *Y*» y que abarcaría desde las normas constitutivas hasta las definiciones. Otros autores [cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Definiciones y normas», en *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, pp. 439 y ss.] han optado por hablar de reglas conceptuales, de forma que lo que aquí llamaremos reglas constitutivas quedaría prácticamente reducido a definiciones. Otros, en fin [como Manuel Atienza y Ruiz Manero], oponen reglas regulativas a reglas constitutivas y a definiciones. Es de suponer que lo que subyace a esta discusión no es una mera cuestión de palabras, sino que tiene que ver con problemas de tipo ontológico. Comoquiera que éstos resultan demasiado básicos para nuestro discurso y que además no me siento en condiciones de entrar a discutirlos, sólo quiero llamar la atención del lector sobre lo siguiente. Lo dicho hasta ahora no nos compromete con ningún planteamiento ontológico, resulta perfectamente compatible con cualquiera de las referidas concepciones. Hablar de enunciados cualificatorios no prejuzga la distinción posterior entre definiciones y reglas constitutivas. Hablar exclusivamente de reglas conceptuales o definiciones supone centrarse (poner el acento) en las reglas de *uso* de las palabras que hemos llamado *nomen iuris*. Y, por el contrario, hablar de reglas constitutivas supone centrarse (poner el acento) no en el uso de las palabras, sino en la *existencia* de los resultados institucionales.

mos reproducir. Para nuestros fines ahora nos basta con tomar como paradigma de las mismas las que llaman reglas de acción. Su estructura responde al siguiente esquema: «Si se da el estado de cosas *X*, entonces el sujeto *Z* debe realizar la acción *Y*.» Ilustremos esta estructura con un ejemplo. El artículo 28 del Estatuto de los trabajadores, que dice que «El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo», puede traducirse en el siguiente enunciado que respeta la referida estructura: «Si el sujeto *Z* mantiene, como empresario, una relación jurídico laboral con diversas personas que realizan igual trabajo (todo ello conformaría el antecedente o estado de cosas *X*), *Z* debe pagar el mismo salario a cada uno de ellos, con independencia de su sexo (acción *Y*).»

Dentro de las normas no deónticas o constitutivas, dichos autores distinguen entre lo que llaman las reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Desde una perspectiva estructural, las reglas que confieren poderes ligan la producción de un resultado institucional (y, en su caso, según nuestra terminología, la asignación de un *nomen iuris*) a la existencia de un determinado estado de cosas conjuntamente con la realización por parte de un sujeto de una o varias acciones orientadas a la producción de dicho resultado. Otra forma de decir lo mismo es que son las reglas que establecen qué hay que hacer —qué acciones hay que realizar— para producir intencionalmente resultados institucionales o cambios normativos. Su forma canónica es la siguiente: «Si se da el estado de cosas *X* y el sujeto *Z* realiza la acción *Y*, entonces se produce el resultado institucional *R*.» Estas reglas son constitutivas —nos dirán— por la sencilla razón de que crean la posibilidad de producir el resultado institucional; dicha posibilidad no existe con independencia de las referidas reglas. El artículo 1.254 del Código civil nos puede servir de ejemplo. Dicho artículo, que dice «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio», puede traducirse del siguiente modo: «Si se da el estado de cosas *X* (que se trate de una o varias personas capaces) y éstas realizan la acción *Y* (consentir en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio), entonces se produce el resultado normativo *R* (existe un contrato).»

Frente a ellas, las reglas puramente constitutivas son las que establecen que «si se da un determinado estado de cosas —sin que concurra la realización de ninguna acción o actividad— se produce un determinado resultado institucional o cambio normativo».[7] La forma canónica de dichas reglas es la siguiente: «Si se da el estado de cosas *X*, se produce el resultado institucional (cambio normativo) *R*.» Un ejemplo de este tipo de reglas nos lo proporciona el artículo 12 de la Constitución española, que dice: «Los españoles son mayores de edad a los 18 años» y que podría traducirse del siguiente modo: «Si se da el estado de cosas *X* (ser español y tener 18 años cumplidos) entonces se produce el resultado institucional *R* (mayor de edad).» De nuevo el carácter constitutivo de estas reglas proviene de que ellas crean la posibilidad de que se dé ese resultado institucional.

No es difícil percatarse de que estos dos tipos de normas jurídicas nos permiten dar cuenta de la diferencia entre lo que hemos llamado actos jurídicos y hechos jurídicos entendidos como resultados institucionales. Los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poderes, esto es, una regla que indica que si cierto sujeto realiza ciertas acciones, entonces consigue producir cierto resultado institucional. Naturalmente, este resultado institucional, a su vez, puede pasar a formar parte del antecedente de otras reglas, ya sean también constitutivas o regulativas. Por ejemplo, el resultado institucional «contrato de compraventa» es el antecedente del deber de entrega de la cosa; si no se hubiera producido ese resultado el deber no existiría (o tendría otras causas que ahora no vienen al caso). En definitiva, las reglas que confieren poderes, tal como han sido aquí explicadas, y los actos jurídicos, entendidos de la manera antes expuesta, responden a la relación entre lo constitutivo y lo constituido.

Las reglas puramente constitutivas, tal como las configuran nuestros «autores-guía», nos permiten también dar cuenta de manera adecuada de lo que hemos llamado «hechos jurídicos naturales». Para dar cuenta de los «hechos jurídicos en sentido estricto», sin embargo, hay que introducir alguna aclaración. La descripción del estado de cosas de las reglas puramente constitutivas tiene que poder incluir referencias a acciones intencionales o a actividades; pues, si se recuerda, lo

7. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 166.

que hemos llamado hechos jurídicos humanos presuponen siempre una acción humana. Lo relevante, y en ello radica la clave de la distinción, está en que el resultado institucional se produzca con independencia de que lo quiera o no el sujeto que ha actuado intencionalmente. Por ello, lo que llamamos hechos jurídicos jamás pueden ser vistos ni explicados como declaraciones de voluntad de producir el resultado institucional. Por ejemplo, más arriba hemos dicho que, conforme con nuestra clasificación, todos los delitos son hechos jurídicos y no actos jurídicos. La descripción del estado de cosas que da lugar al asesinato incluye sin ningún lugar a dudas referencias a una conducta intencional del sujeto, pero lo relevante para ubicarlo en la esfera de los hechos jurídicos —y no en la de los actos jurídicos— es que lo que no se requiere es que el sujeto tuviera la intención de producir el resultado institucional (o cambio normativo). En la diferencia entre hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos, con sus correspondientes en las normas jurídicas con dimensión constitutiva, lo relevante es que en el antecedente esté la intención de producir el resultado institucional, no el simple hecho de que medie una acción intencional.

Si somos conscientes de ello, es fácil darse cuenta de que un mismo estado de cosas o supuesto de hecho puede ser tratado por diferentes normas jurídicas como productor de un acto jurídico o de un hecho jurídico entendidos como resultados institucionales. Un ejemplo aclarará lo que se quiere decir. Desde la perspectiva del Derecho civil, un contrato de compraventa es un caso central de lo que hemos llamado actos jurídicos. El resultado institucional «contrato de compraventa» sólo se produce como consecuencia del uso intencional (realizando las acciones previstas) por parte de ciertos sujetos de una regla que les confiere poder. En otras palabras, no cabe la producción no intencional de ese resultado institucional. Sin embargo, es perfectamente posible que esas mismas acciones sean tratadas como un hecho jurídico por parte del Derecho tributario. El resultado institucional de ser un caso del hecho imponible de un determinado impuesto se produce con independencia de que lo hubieran querido o no los sujetos que intencionalmente dieron lugar al resultado institucional «contrato de compraventa». El resultado compraventa es un acto jurídico y, en consecuencia, puede ser explicado en términos de una declaración de voluntad, el resultado institucional «hecho

imponible» no es un acto jurídico y, por tanto, no puede ser visto como una declaración de voluntad. Ello muestra, y ésta es una conclusión muy importante, que el que algo sea un hecho o un acto jurídico no depende sólo del mundo (de que concurran acciones intencionales), sino básicamente del Derecho. El Derecho constituye las acciones humanas en hechos jurídicos en sentido estricto o en actos jurídicos.

2.4. Revisión de la definición de fuentes del Derecho. Una ¿clasificación? de las fuentes del Derecho: fuentes-hecho y fuentes-acto

Recapitulemos brevemente lo visto hasta aquí. Nuestro punto de partida ha sido la definición de fuentes del Derecho como «hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas». A continuación nos hemos detenido a analizar el género «hechos y actos jurídicos», lo que nos ha llevado a reconstruir la clasificación que los juristas hacen de los diferentes supuestos de hecho. De todo ello hemos extraído algunas conclusiones. La primera y más importante es que, a pesar de lo que digan los juristas, la clasificación en cuestión no clasifica supuestos de hecho de las normas jurídicas, sino ciertos resultados institucionales o *nomen iuris* que sirven para conectar antecedentes y consecuentes. Ello nos ha llevado a sugerir que el Derecho sigue una estrategia de constituir resultados institucionales y de asignarles un nombre con el fin de satisfacer entre otras ciertas exigencias de economía de lenguaje. El coste de la misma es la ya tantas veces citada ambigüedad antecedente/consecuente de los *nomen iuris*. A continuación hemos tratado de explicar cómo el Derecho desarrolla esa estrategia. Para ello hemos distinguido entre reglas regulativas (las que permiten, prohíben u obligan realizar cierta conducta) y reglas constitutivas (las que establecen las condiciones de existencia de los resultados institucionales). Dentro de estas últimas, a su vez, hemos diferenciado entre las puramente constitutivas y las que confieren poderes, lo que nos ha permitido dar cuenta, respectivamente, de los hechos y de los actos jurídicos entendidos como resultados institucionales (o *nomen iuris*). Con todo ello, y fundamentalmente combinando unos y otros tipos de normas jurídicas, creo que se puede dar cuenta, de forma conceptualmente clara, de las diferentes ins-

tituciones jurídicas. Si ello es así, si lo anterior es acertado, habremos alcanzado dos objetivos. Por un lado, enmarcar el núcleo de problemas conceptuales de las fuentes que giraban en torno a los dos dilemas (la ambigüedad antecedente/consecuente y la relación entre lo constitutivo y lo constituido) en un ámbito más general referido a todas las instituciones jurídicas. Lo que debería redundar en lo que ya tantas veces se ha dicho: que las fuentes del Derecho presentan muchas menos peculiaridades conceptuales de lo que la literatura sobre el tema lleva a pensar. Y, por otro, sentar las bases para aclarar las fuentes. Si bien se considera, las fuentes no son más que una de tantas instituciones jurídicas.

Hemos, pues, analizado el género de nuestra definición «hechos y actos jurídicos». Nos queda aclarar la diferencia específica «creación de normas jurídicas». De ello nos ocuparemos inmediatamente. Pero antes, y a la luz de lo ya visto, tal vez convenga retocar la definición: las fuentes del Derecho son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos.[8]

En este punto, quiero introducir una supuesta clasificación de las fuentes que nos servirá para vertebrar la exposición posterior. Si definimos a las fuentes como hechos y actos jurídicos, parece obvio que debemos poder distinguir entre las fuentes que son hechos jurídicos y las fuentes que son actos jurídicos.[9] Ello permitiría clasificarlas en fuentes-hecho y fuente-acto. Ahora bien, para que dicha oposición pudiera operar realmente como una clasificación, debería ser exhaustiva y

8. Puede decirse que lo que se acaba de ver es una aproximación estructural a las fuentes. Sin duda caben también aproximaciones funcionales. En este sentido, se pregunta Cueto Rua «¿para qué se acude a las fuentes? ¿Qué buscan en ellas esas personas?» (p. 17). «Las fuentes son, justamente, los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo» (p. 18). «¿Y por qué son las costumbres, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia "fuentes" del Derecho? ¿En qué medida y cómo, suministran criterios de objetividad a quienes se inspiran en ellas para dirimir el conflicto? La respuesta es que todas esas fuentes son hechos sociales, susceptibles de verificación directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de interés» (p. 20). Cueto Rua, Julio: ob. cit.

9. Cfr. Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. de J. Jiménez Campo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 153 y ss.

excluyente; esto es, debería permitirnos clasificar todas las fuentes y, además, cada una de ellas debería pertenecer sólo a una de esas categorías. Ello no va a ser así: algunas fuentes sólo resultarán explicables como una combinación de hechos y actos jurídicos, y otras no serán ni una cosa ni otra; pero ello ya se explicará con detalle más adelante. Por el momento, es suficiente con advertir que usaremos la oposición entre fuentes-hecho y fuentes-acto sin concebirla como una clasificación de las fuentes, sin tomarla como exhaustiva y excluyente.

3. Análisis de la diferencia específica: «creación de normas jurídicas»

3.1. Diferentes significados relevantes de «norma jurídica»

Constituye una obviedad afirmar que la expresión «norma jurídica» es ambigua, que puede asumir diversos significados. En este epígrafe voy a destacar algunos de ellos, los particularmente relevantes para los fines de nuestro discurso sobre las fuentes del Derecho. Pero antes que nada conviene aclarar una cuestión: es obvio que existe una vinculación entre el concepto de fuentes del Derecho y el de Derecho objetivo. Esta vinculación se traduce en que una modificación del concepto de Derecho objetivo conlleva una modificación correspondiente del concepto de fuentes del Derecho. En particular, la intensión y la extensión de la noción de fuentes del Derecho variarán según que consideremos al Derecho como un conjunto formado sólo por normas generales o como un conjunto formado por normas generales y particulares. Por ejemplo, los contratos serán fuentes del Derecho o no en función de que incluyamos o no a las normas particulares dentro de la noción de Derecho objetivo. Generalmente, la teoría de las fuentes del Derecho ha operado con un concepto de Derecho objetivo que incluye sólo a las normas generales.[10]

Veamos ahora los diversos sentidos de «norma jurídica» relevantes para nuestro discurso:

10. Podría pensarse que esta aclaración es inútil porque de hecho casi nadie recurre a «fuentes del Derecho» abarcando a las normas jurídicas particulares. En efecto, ello es así, pero no está de más recordar que los juristas suelen dar cuenta del otro sentido bajo la expresión «fuentes de las obligaciones».

a) *Norma jurídica como documento normativo o disposición.* En ocasiones se recurre a la expresión «norma jurídica» para designar un documento normativo dotado de autoridad, esto es, una disposición. En efecto, a veces se usa para referirse a la Constitución, a una ley o a un reglamento (o a partes de esos documentos, por ejemplo, el artículo *Y* de la ley *X*). En estos casos, la noción de norma jurídica incorpora fundamentalmente una formulación de normas (un significante) y un régimen jurídico (básicamente la posición dentro de la jerarquía normativa). Naturalmente, lo anterior no significa que consideremos que las disposiciones no son portadoras de significados, sino sólo que lo fundamental de esta noción radica en que identificamos las disposiciones aun antes de haberlas leído: la identificación de algo como una disposición no proviene de su contenido, del significado del texto, sino del proceso institucional del que el texto en cuestión es un resultado. Ese procedimiento permite la identificación de la disposición y la determinación de su régimen jurídico.

b) *Norma jurídica como costumbre jurídica.* Más adelante me referiré a la costumbre con la debida extensión. Ahora basta decir que con la expresión «costumbre jurídica» se alude a ciertas reglas sociales no prescritas (que no son el resultado de un acto de prescribir), esto es, a ciertas prácticas sociales que incorporan una actitud normativa. Este sentido de norma jurídica presenta la peculiaridad de que si bien es susceptible de ser expresada en un lenguaje, no depende de él. Por ello, esta noción incorpora un contenido (un modelo de conducta) susceptible de ser formulado (significante) y un régimen jurídico (jerarquía).

c) *Norma jurídica como norma implícita.* En ocasiones, los juristas invocan como jurídicas normas que no han sido formuladas por ninguna autoridad (en este sentido, no son disposiciones) y que tampoco son la expresión de un modelo de conducta extraído de prácticas sociales normativas (en consecuencia, no son costumbres jurídicas). Sobre ellas volveremos más adelante; por el momento es suficiente con recordar, a modo de ejemplo, los llamados «principios jurídicos implícitos»: se trata de normas jurídicas, distintas en algún sentido de las dos anteriores, que incorporan generalmente un nombre, una formulación, un contenido y un régimen jurídico.

d) *Norma jurídica como unidad abstracta del discurso jurídico.* Es común oír decir, por ejemplo, que un artículo de una ley contiene un fragmento de norma, más de una norma o diversos fragmentos de diversas normas; o que una práctica social, una costumbre, se descompone en una serie de normas, etcétera. Las normas jurídicas así entendidas son reconstrucciones que los juristas hacen de un cierto material normativo (disposiciones y prácticas sociales) con el fin de poder articular el discurso jurídico. Usado así, norma jurídica viene a significar algo parecido a unidad del discurso jurídico; a patrón sobre el que hay que reconstruir el Derecho. En este sentido, las tipologías de normas jurídicas vienen a ser las piezas con las que hay que jugar para describir y reconstruir el Derecho. Nótese que aquí lo relevante no es el contenido (significado) ni la jerarquía (régimen jurídico), sino la estructura y la función. Las reconstrucciones del material normativo se hacen respetando una o varias estructuras que operan como patrones y que están funcionalmente orientadas. En este punto, quizá no está de más recordar que la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas (y dentro de estas últimas entre reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas) que hemos introducido anteriormente responde a esta noción de «norma jurídica».

e) *Norma jurídica como premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado.* Como es sabido, el razonamiento jurídico justificativo responde al esquema de una premisa mayor (una norma general), una premisa menor (la descripción de los hechos del caso) y una conclusión normativa (una norma particular). La premisa mayor, la normativa, de un razonamiento jurídico acabado es una construcción que realizan los juristas. Esta norma contiene todos los factores relevantes para la resolución del caso de que se trate. Nótese que lo relevante en esta noción de norma jurídica radica en el contenido (que resuelva el caso) y no en el régimen jurídico (esta norma no tiene jerarquía, tiene la fuerza del Derecho: no en vano estamos hablando de un razonamiento jurídico acabado), ni desde luego en la estructura ni tampoco en la función (no se trata de una unidad del discurso jurídico, sino de una premisa adaptada a las circunstancias del caso que se trata de resolver).

Todos estos conceptos de norma jurídica (y probablemente alguno más) van a ser relevantes para nuestro discurso sobre

las fuentes del Derecho. Ahora bien, no todos ellos lo van a ser en igual medida: si cruzamos todos estos conceptos de norma jurídica con la definición de fuentes que hemos aceptado, parece que, en principio, sólo los conceptos expresados en *a* y en *b* son susceptibles de ser vistos como resultados institucionales: los documentos normativos, como actos jurídicos, y las costumbre jurídicas, como hechos jurídicos.

3.2. Un catálogo de normas jurídicas clasificadas por su origen y un plan de trabajo

En ocasiones se ha dicho que hablar de fuentes del Derecho no es nada distinto de hablar de normas jurídicas clasificadas por su origen.[11] A partir de esta idea, voy a considerar que los órdenes jurídicos de nuestro entorno cultural cuentan, a pesar de las diferencias que puedan observarse entre ellos, con normas jurídicas con los siguientes orígenes:

a) Normas que provienen de autoridades políticas, tales como las leyes, los reglamentos, etc. De ahora en adelante, con la intención de simplificar la exposición y de resaltar sus rasgos comunes, recurriré a la expresión «legislación» tomada en su sentido más amplio, para referirme a todos estos tipos normativos.

b) Normas que provienen de autoridades jurisdiccionales. Como se sabe los jueces dictan sentencias, esto es, producen resultados institucionales, cambios normativos que afectan a las partes del proceso; pero a los efectos del discurso sobre las fuentes lo que nos va a interesar no es eso, sino la creación judicial de normas generales.

c) Normas que provienen de ciertas prácticas sociales, como las costumbres jurídicas.

d) Y, finalmente, normas que provienen de la elaboración racional del propio Derecho, tales como las llamadas normas implícitas, los principios generales del Derecho, etc.

11. Cfr. Nino, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 148 y ss. Si bien se considera, decir que las fuentes son normas clasificadas por su origen está muy próximo a la definición de fuentes que hemos dado más arriba. En efecto, según se ha dicho las fuentes son normas jurídicas vistas como resultados institucionales.

Esta enumeración será importante para la ordenación del trabajo posterior; en particular dedicaremos un capítulo a cada uno de estos orígenes de normas jurídicas. Pero antes de entrar en ello, conviene poner en relación este catálogo con lo afirmado en los apartados anteriores. Por un lado, se ha dicho que, en principio, de los diferentes conceptos de norma jurídica relevantes para el discurso de las fuentes sólo los de documento normativo y de costumbre jurídica eran susceptibles de ser vistos como resultados institucionales: los documentos normativos, como actos jurídicos y las costumbres, como hechos jurídicos. Por otro lado, se ha cuestionado que la clasificación que distingue entre fuentes-hecho y fuentes-acto fuera exhaustiva y excluyente. La razón de ello radica en lo siguiente: esta oposición en realidad no clasifica a las fuentes del Derecho, sino que opone dos modelos de fuentes. El modelo de las fuentes-acto está construido sobre la base de las normas que provienen de autoridades políticas, y el de las fuentes-hecho, sobre la de las normas que provienen de prácticas sociales. Los otros elementos de nuestro catálogo (las normas que provienen de autoridades jurisdiccionales y las que provienen de la elaboración racional del propio Derecho) no encajan en ninguno de esos modelos.

Por ello, y siguiendo la regla metodológica que recomienda empezar por lo más claro, dedicaremos los dos capítulos siguientes a la exposición de estos dos modelos. El capítulo IV se centrará en la tríada «fuentes-acto, legislación, normas provenientes de autoridades políticas» y el capítulo V, en la tríada «fuentes-hecho, costumbres jurídicas, normas provenientes de prácticas sociales». Una vez que ello esté claro, nos detendremos a estudiar las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales y las que son un producto de la elaboración racional del propio Derecho.

Capítulo IV

FUENTES-ACTO, LEGISLACIÓN Y NORMAS PROVENIENTES DE AUTORIDADES POLÍTICAS

1. Actos jurídicos y fuentes-acto

Tal como decíamos al final del capítulo anterior, la legislación, tomada en su sentido más amplio, es el ejemplo paradigmático que guiará nuestra exposición sobre las fuentes-acto y sobre las normas provenientes de autoridades políticas. Si se recuerda, los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poderes. La forma canónica de estas reglas es la siguiente: «Si se da el estado de cosas X y el sujeto Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional R.» Si, aunque sea transitoriamente, hacemos abstracción del estado de cosas, entonces podemos representarlas del siguiente modo:

$$Z \,\&\, Y \rightarrow R$$

Así y siguiendo nuestro ejemplo-guía podemos decir que «si el legislador (el sujeto Z) aprueba un documento normativo (realiza la acción Y) entonces se produce el resultado ley (resultado institucional R)». Ahora bien, como es obvio, no todo acto jurídico es una fuente-acto. Tratemos, a continuación, de mostrar las propiedades que nos permiten presentar a las fuentes-acto como una especie dentro del género de los actos jurídicos.

Riccardo Guastini ha sostenido que las fuentes-acto presentan cuatro elementos constitutivos:[1]

a) La autoridad normativa, esto es, un sujeto investido de poder (o competencia) para crear Derecho.

1. Guastini, Riccardo: *Teoria e dogmatica...*, ob. cit., pp. 69 y ss.

b) El acto normativo, es decir, el acto o secuencia de actos (procedimiento) productores de normas. Legislar, según nuestro autor, consta cuando menos de la iniciativa, la aprobación y la promulgación. La conjunción de todos estos actos conforma el procedimiento legislativo.

c) El texto o documento normativo: el resultado de lo anterior —dice Guastini— es un documento, un conjunto de enunciados que cumplen una función prescriptiva. Estos enunciados componen una disposición.

d) Las normas, esto es, el contenido de significado que resulta de la interpretación del documento normativo o disposición.

Llegados a este punto conviene hacer algunas precisiones: Primera, no es difícil observar que estos cuátro elementos destacados por Guastini pueden agruparse de dos en dos de forma que resulte patente la ambigüedad antecedente/consecuente de los términos que designan las fuentes-acto. La autoridad y el acto o procedimiento constituyen los elementos del antecedente; y la disposición y la norma, el consecuente. Segunda, la distinción guastiniana puede hacerse encajar, a su vez, con el antecedente y el consecuente del esquema de las reglas que confieren poderes propuesto por M. Atienza y J. Ruiz Manero, pues la autoridad es *Z*, el acto o procedimiento es *Y* y la disposición y la norma son *R*.

En este punto conviene introducir una tercera observación aunque ello pueda desviarnos transitoriamente del hilo argumental. Se trata de una cuestión terminológica que conviene aclarar, pues puede llegar a enredar bastante. Hasta ahora he reservado la expresión «acto jurídico» para referirme exclusivamente a ciertos resultados institucionales. Lo que he llamado *nomen iuris* es la palabra que se utiliza para designar a los diferentes tipos de resultados institucionales. Naturalmente, en el uso común del lenguaje es frecuente pasar de la forma nominal del *nomen iuris* (por ejemplo, testamento) a la forma verbal (por ejemplo, testar). La finalidad de esa transición no es otra que la de designar la acción consistente en producir el resultado institucional. De esta forma, mientras que «ley», «matrimonio» o «testamento» se refieren a resultados institucionales; «legislar», «contraer matrimonio» o «testar» designan, respectivamente, las acciones consistentes en producir esos resultados institucionales. Esta forma de hablar lleva a pensar que, en realidad, el acto jurídico no es tanto el resultado institucional cuanto la acción consistente en producirlo. Ello parece bastante natural y no

debería, en principio, suponer ningún problema. Lo que ocurre es que la forma nominal, que designa el resultado, y la forma verbal, que designa la acción, guardan entre sí una relación de tipo analítico, se implican recíprocamente. De donde se sigue que, en realidad, tanto una como otra nos informan exactamente de lo mismo. Un ejemplo ayudará a comprender lo que se quiere decir. Imaginemos que alguien nos pregunta qué hay que hacer para hacer testamento (esto es, para producir el resultado institucional «testamento»), y que nuestra respuesta consiste en informarle que lo que hay que hacer es «testar». ¿Qué es lo más probable que ocurra a continuación? Que nuestro interlocutor cambie la pregunta y nos interrogue ahora sobre lo que hay que hacer para testar. Imaginemos que le contestamos que hay que hacer una declaración de última voluntad en presencia de ciertos testigos... Si bien se considera, esta última respuesta es pertinente no sólo para la última pregunta, sino que lo es también y en la misma medida para la primera; porque, en realidad, se trata de la misma pregunta. Las dos preguntas demandan exactamente la misma información. ¿Qué quiere decir todo ello y qué consecuencias pueden extraerse para los fines de nuestro discurso? Pues sencillamente que cuando hablamos de actos jurídicos es indiferente que optemos por la forma nominal o por la forma verbal del *nomen iuris*. Pero —y esto es lo importante, es decir, a donde quería llegar— la forma verbal del *nomen iuris* no es —como pudiera parecer a primera vista— la acción que aparece descrita en el antecedente de la regla que confiere poderes. Esa acción no puede guardar una relación analítica con el resultado institucional. Si así fuera, la regla que confiere poderes no informaría absolutamente de nada.[2] Darse cuenta de ello es muy importante porque en el discurso sobre los actos jurídicos es muy común que inadvertidamente se acabe identificando la acción del antecedente de la regla que confiere poderes (lo que realmente hay que hacer si se quiere producir el resultado institucional) con la forma verbal del *nomen iuris* y ello produce enredos conceptuales que conviene prevenir.[3]

2. Cfr. Caracciolo, Ricardo: «Due tipi di potere normativo», en *Analisis e diritto*, 1995.

3. En realidad lo que se acaba de decir no es nada peculiar de los *nomen iuris* o del mundo jurídico. Más bien se trata de algo enteramente común. Imaginemos, por ejemplo, que alguien ha perdido las llaves de su casa y que nos pregunta qué debe hacer para entrar en ella (o lo que es lo mismo cómo puede dar lugar al resultado «haber entrado en la casa»). Nuestra respuesta no puede consistir en simplemente informarle de que debe «entrar». Respuestas adecuadas

Volvamos a la distinción entre actos jurídicos y fuentes-acto. Los actos jurídicos —como ya se ha dicho— presuponen una *regla que confiere poderes* a ciertos *sujetos* para que mediante la realización de ciertas acciones produzcan determinados *resultados institucionales*. Pues bien, cuando hablamos de fuentes-acto nos encontramos con que llamamos *regla de competencia* a la regla que confiere poderes; *autoridades*, a los sujetos titulares de esos poderes; y *disposiciones jurídicas, documentos normativos dotados de autoridad o fuentes del Derecho*, a los resultados institucionales. Desarrollemos algo las especificaciones que estos cambios de términos tratan de significar y obtendremos, creo, bastante claridad.

Que la regla que confiere poderes 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. O dicho de otra forma: se trata de lo que generalmente llamamos poderes públicos basados en el principio de heteronomía y no de poderes privados fundamentados en el principio de autonomía. En ello radica una de las razones por las que decimos que, mientras que la legislación es una fuente-acto, un negocio jurídico no lo es, aunque naturalmente se trate de un acto jurídico.[4]

Ahora bien, resulta asimismo obvio que no todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia es una fuen-

---

serán «forzar la cerradura», «romper el cristal de una ventana», «llamar a un cerrajero» o «volar la puerta con dinamita», etc. Lo mismo ocurre si al día siguiente nosotros le preguntamos a él qué hizo finalmente para entrar en la casa. Las respuestas adecuadas serán del mismo tipo aunque en esta ocasión formuladas en tiempo pasado. En términos generales, las preguntas sobre «cómo hacemos acciones» (o, lo que es lo mismo, sobre «qué hay que hacer para dar lugar a un resultado que da nombre a una acción») las respondemos haciendo referencia a otras acciones. Cfr. González Lagier, Daniel: «Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y las normas de fin)», *Doxa*, 20, 1997. Este autor propone llamar a la acción por la que se pregunta «acción final» y a la acción con la que se responde «forma de la acción final». La relación entre una y otra puede ser causal (como en el ejemplo que acabamos de ver) o convencional (como ocurre en el marco institucional del Derecho).

4. En este punto no quiero dejar pasar la ocasión de llamar la atención sobre las potencialidades explicativas y sistematizadoras que tiene la noción de regla que confiere poderes tal como la estamos usando. En efecto, en ella encontramos una estructura común que nos permite recorrer las tres grandes ramas en que suele dividirse el Derecho: el Derecho privado, el Derecho público y el Derecho procesal. Esta estructura permite mostrar las semejanzas (y, en consecuencia, perfilar mejor las diferencias) entre los poderes normativos de cada una de esas ramas: capacidad jurídica (poder para realizar actos jurídico-privados, negocios jurídicos), competencia (poder para realizar actos jurídico-públicos) y legitimación (poder para realizar actos procesales).

te-acto. Tomemos el siguiente ejemplo para mostrarlo. El Gobierno tiene competencia para presentar proyectos de ley ante el Congreso de los Diputados. La presentación de un proyecto de ley es un acto jurídico: consiste en el ejercicio de una competencia y da lugar a un cambio en la situación normativa de algunos sujetos; en particular, la Mesa del Congreso cuenta con una nueva obligación, la de tramitar dicho proyecto de ley. Sin embargo, y a pesar de dicho cambio normativo, nadie considera que ese acto jurídico sea una fuente-acto. Ello puede explicarse analizando brevemente la noción de autoridad. Es común considerar que las autoridades jurídicas son los sujetos titulares de los poderes públicos. Nosotros mismos así lo hemos afirmado algunas líneas más arriba. No obstante, ello no es del todo cierto. En los sistemas jurídicos desarrollados, las autoridades no son sólo los sujetos, sino los sujetos más los procedimientos. O dicho en otras palabras, la autoridad de un resultado normativo proviene de que cierto sujeto haya seguido un determinado procedimiento. Ello se puede mostrar de una manera sencilla considerando el siguiente ejemplo: la diferente autoridad entre una resolución aprobada como conclusión de un debate parlamentario y una ley aprobada como consecuencia de su tramitación parlamentaria no radica en los sujetos que han llevado a cabo la aprobación parlamentaria (en ambos casos se trata del mismo sujeto), sino en el procedimiento seguido. Ello, entre otras cosas, quiere decir que un mismo sujeto puede producir diferentes tipos de resultados institucionales. Si bien se considera, un procedimiento no es más que una secuencia de actos jurídicos en la que los actos anteriores se configuran como condición necesaria o suficiente de los inmediatamente posteriores; ordenados de esta forma, el último de esos actos jurídicos, el que cierra el procedimiento, presupone la realización de los anteriores. En este sentido, no está de más mostrar que 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), y recordar que lo que hemos llamado fuentes-acto, tomando como referencia el último acto jurídico, bien podríamos haberlo denominado fuentes-procedimiento.[5] Conviene,

5. El criterio que se ha 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 poderes. El antecedente de esta regla contiene todas las condiciones necesarias y suficientes

pues, no olvidar que en muchas ocasiones recurrimos de forma abreviada a atribuir a un único sujeto la potestad de dictar fuentes-acto cuando en realidad ello no es así. Por ejemplo, en España es común afirmar que las Cortes Generales detentan la potestad legislativa, cuando en realidad las Cortes como tales no realizan ningún acto jurídico. En el procedimiento legislativo, generalmente el acto que se considera más importante es la aprobación; y en los sistemas jurídicos que cuentan con veto del jefe del Estado, la aprobación y la sanción.

Pero lo dicho hasta aquí no es suficiente para caracterizar a las fuentes-acto, dado que no es cierto que todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia y que concluye un procedimiento sea una fuente-acto. Tomemos, por ejemplo, el procedimiento iniciado para la concesión de una licencia de obras. Sin duda, los actos jurídicos que componen ese procedimiento son el ejercicio de una competencia y, sin embargo, el último de ellos, el que cierra el procedimiento, otorgando o denegando la licencia, no es una fuente-acto. La razón de ello es que dicho acto jurídico no tiene eficacia general y los que llamamos fuentes-acto sí la tienen. Esta última nota, la eficacia general, es la que explica por qué suele decirse que el resultado de las fuentes-acto es un documento normativo, publicado oficialmente y dotado de autoridad. La eficacia general de las fuentes-acto exige no que el resultado sea comunicado a

---

para la producción del resultado institucional de que se trate. Cuando damos el salto de los actos a los procedimientos, en realidad, la situación no cambia demasiado. Para individualizar un procedimiento partimos también de un resultado institucional, lo único que ocurre es que entre las condiciones necesarias y suficientes para su producción incluimos la realización de diferentes actos jurídicos que, naturalmente, pueden implicar a diferentes sujetos. Por regla general y como forma abreviada de referirse al procedimiento, suelen aislarse algunos de esos actos como los más representativos. Así, es común resumir un procedimiento refiriéndose exclusivamente al acto que lo inicia (por ejemplo, la presentación de un proyecto de ley), al que más claramente representa una manifestación de voluntad (la aprobación del proyecto de ley) y al que lo cierra (la promulgación o la sanción de la ley). En cualquier caso, para un esclarecimiento completo de la noción de procedimiento, probablemente haya que introducir junto a las nociones de «acción final» y de «formas de la acción final», que han sido explicadas hace poco, la de «fases de la forma de acción final». Si se recuerda el ejemplo que hemos utilizado en esa explicación, podríamos decir ahora que la acción de «comprar dinamita» es una fase de la forma de acción «volar la puerta con dinamita» de la acción final «entrar en la casa». No quiero detenerme en ello, para un análisis pormenorizado de estos conceptos véase González Lagir, Daniel: ob. cit.

los interesados como ocurre con muchos otros actos jurídicos, sino que sea hecho público.

En resumen: las fuentes-acto son disposiciones —documentos normativos dotados de eficacia general— resultado del ejercicio de una competencia.

2. La validez de las fuentes-acto

2.1. Existencia y legitimidad

La noción de validez es altamente controvertida. Aquí no quiero ni por asomo referirme a los infinitos vericuetos que la discusión en torno a ella ha abierto. Por tanto, en cierto sentido, lo que voy a decir puede ser visto como una reducción excesiva de complejidad. Esperemos que la claridad en la exposición justifique el recorte.

La validez predicada de los resultados institucionales que hemos llamado actos normativos o jurídicos puede significar dos cosas distintas: existencia de dicho resultado institucional o legitimidad del mismo. Donde el segundo sentido presupone al primero pero no a la inversa. El análisis que a continuación voy a intentar se centrará exclusivamente en los actos jurídicos que he llamado fuentes-acto, pues no quiero apartarme de lo que es el objetivo central de este trabajo, pero podría extenderse sin demasiadas dificultades a todo el género.

Para entender esta disociación del juicio de validez respecto de las fuentes-acto hay que considerar la diferencia entre lo que «es posible hacer» y lo que «está permitido hacer». Como es bien sabido, sólo tiene sentido ordenar, prohibir o permitir (regular la conducta de) lo que está dentro del ámbito de lo posible en términos aléticos. Carece de sentido pretender ordenar la conducta en el ámbito de lo imposible o en el ámbito de lo necesario. Si ello es así y, como hemos dicho, las llamadas reglas que confieren poderes crean la posibilidad de producir resultados institucionales, no se trata tanto de que, por ejemplo, a mí, que no soy legislador, me esté prohibido dictar leyes, cuanto que ello me resulta sencillamente imposible. Si no tengo la posibilidad de producir el resultado institucional no tiene sentido que se me prohíba producirlo. La posibilidad de producir los resultados que hemos llamado fuentes-acto la tienen exclusivamente ciertas autoridades jurídicas: el

constituyente puede (en el sentido de que le es posible) promulgar normas de rango constitucional; el legislador ordinario, leyes; el gobierno, decretos, etc.[6]

Llegados a este punto, hagamos un ejercicio de imaginación. Supongamos que el Derecho estuviera compuesto exclusivamente por fuentes-acto (esto es, no tomemos en cuenta las normas jurídicas que tienen orígenes diversos a los considerados en este capítulo). Hecha esta restricción, mirémoslo ahora desde la perspectiva de lo que le es posible hacer a cada una de las diferentes autoridades. Bajo estas condiciones, la imagen que se obtiene del Derecho es algo muy parecido a la siguiente. Alguien es una autoridad porque otra autoridad le ha conferido el poder para producir cierto tipo de fuente-acto. Sin norma que confiere poderes —según se ha dicho— no hay autoridad jurídica posible, luego en el interior del orden jurídico todas las autoridades y todos los poderes normativos se nos presentan como delegados. Salvo —claro está— una última autoridad —a la que llamaremos suprema y que será titular de un último poder normativo también supremo— que ya no podrá ser explicada con el criterio de la delegación. El criterio de la delegación es interno al orden jurídico; en consecuencia, habrá que acudir necesariamente a algún criterio extrajurídico. En cualquier caso, lo importante es que visto desde esta perspectiva el orden jurídico se nos representa como un conjunto de autoridades, cada una de las cuales tiene competencia para producir ciertas fuentes-acto. El hecho de que todas las autoridades, salvo la suprema, sean delegadas es lo que nos permite afirmar que ese conjunto de autoridades constituye una unidad, un sistema. Con estas restricciones, la unidad del Derecho queda reducida a la unidad de autoridades. Naturalmente todo ello resulta extraordinariamente parcial, pero nos vale para resaltar el papel que juega la noción de delegación en la construcción de la unidad del Derecho.

Ahora bien, hace ya bastantes páginas sugerí que la idea de un poder conferido (o delegado) e ilimitado encerraba una contradicción. No quiero extenderme en ello, pero piense el lector

6. Naturalmente, alguien podría objetar a lo dicho que siempre cabe la «posibilidad» de un golpe de Estado, de que el Gobierno o un grupo armado decida erigirse en constituyente o cosas por el estilo. Obviamente, eso es así, pero lo importante es que esa «posibilidad» rompe el marco institucional creado por el orden jurídico, se sitúa en el ámbito puramente fáctico, no en el institucional.

en lo siguiente: predicar de un determinado poder que es delegado, quiere decir que ese poder no es soberano; y predicar de un poder que es soberano, significa afirmar que es ilimitado. De todo ello se sigue que el poder delegado para ser tal, debe ser más limitado que el poder delegante. En otras palabras, que el ámbito de lo que le está permitido hacer al poder delegante debe ser más amplio que el ámbito de lo que le está permitido hacer al poder delegado. Ello nos lleva inexorablemente de la unidad de autoridades a la unidad de contenidos.

En cualquier caso, y al margen de este último argumento, es un hecho que el Derecho aspira no sólo a la unidad de autoridades por vía de la delegación, sino también a la unidad de contenidos normativos. Desarrollar 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. Veámoslo. Cuando decimos de una ley que es inconstitucional o de un reglamento que es ilegal, estamos, por un lado, reconociendo que aquello de lo que predicamos la inconstitucionalidad o la ilegalidad es una ley o un reglamento, esto es, que existen como ley o reglamento (fueron dictados de manera conforme a los requisitos establecidos en las respectivas reglas que confieren poderes). Pero, por otro lado, estamos afirmando que el contenido de esos resultados institucionales es ilegítimo porque contradice el contenido de normas consideradas superiores; en nuestro caso la constitución o la ley. Nótese en este punto lo siguiente: 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.[7]

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 los resultados institucionales que lla-

7. Sobre el problema de la unidad de contenidos se volverá cuando en el capítulo relativo a las normas provenientes de la elaboración racional del propio Derecho estudiemos el postulado del método jurídico de la unidad del Derecho.

mamos fuentes, esto es, quién es autoridad (sujeto más procedimiento), de aquellos otros criterios que nos permiten determinar si la autoridad en cuestión violó o no algunos de sus deberes al producir un determinado resultado institucional. Como muestra la experiencia, la respuesta a la pregunta de si le es posible al Parlamento dictar una ley inconstitucional, sólo puede ser positiva; la respuesta a la de si eso le está permitido, obviamente es negativa.

La teoría jurídica ha solido dar cuenta de estos dos sentidos de validez, como existencia y como corrección, distinguiendo entre validez formal y validez material de las normas. Los juicios de validez formal, suele decirse, 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 en cuestión con otras normas superiores. Como puede verse, ello es perfectamente compatible con lo dicho hasta aquí. La opción terminológica no es importante; lo relevante es darse cuenta del alcance que tiene esta disociación. En cualquier caso, se opte por unas u otras palabras, lo anterior no es suficiente para explicar la distribución de poderes normativos entre autoridades jurídicas.

2.2. Los conflictos de poder y los juicios de validez: entre la inexistencia y la ilegitimidad o la incorrección

En realidad, lo dicho hasta ahora sólo vale para dar cuenta de los conflictos entre una fuente-acto dictada por una autoridad delegada y otra fuente-acto dictada por una autoridad delegante. Este tipo de conflictos se resuelven declarando la ilegitimidad o la incorrección (nulidad) de la fuente-acto delegada. Pero, según lo visto, por ejemplo, entre «ley ordinaria» y «ley autonómica» no hay conflicto posible: al Parlamento español le resulta imposible producir el resultado «ley autonómica» y al Parlament de Catalunya, el resultado «ley ordinaria». Pero, obviamente, ello no es así: esos conflictos no son sólo posibles sino, además, frecuentes. Lo que ocurre es que para dar cuenta de ellos debemos introducir matices hasta ahora ignorados. En realidad, la distribución de poderes normativos tiene, en efecto, como hemos visto, una dimensión formal que es a la que nos hemos referido a través de la idea

de delegación para producir cierto tipo de resultados institucionales, las fuentes-acto (leyes ordinarias, leyes autonómicas, decretos, etc.); pero tiene también otras dimensiones como son 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 que resulta más difícil de precisar.[8]

En general, podría decirse que se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales que hemos llamado 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** en términos aléticos) regular. Así, por ejemplo, se puede tener competencia para regular el tráfico marítimo, la ordenación del territorio, el impuesto sobre bienes inmuebles, las relaciones de comercio, etc. Al regular estas materias, naturalmente, 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; esto es, 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 tiene competencia formal: la inexistencia de la fuente-acto. ¿Ocurre realmente así? ¿Es ésa una buena reconstrucción? Me parece que sí, lo único que pasa, la única diferencia apreciable (aunque no irrelevante) entre ellas es que en la determinación material de la competencia los problemas de penumbra conceptual se multiplican: determinar cuál sea el alcance de las expresiones con las que las materias vienen referidas es algo potencialmente conflictivo. Naturalmente cada una de ellas puede tener una amplia zona de claridad, pero sus límites son generalmente problemáticos. Imaginemos, por

8. Nótese que acabamos de dar entrada a un nuevo uso de la oposición formal/material que no se corresponde exactamente con los usos que de la misma hemos hecho hasta ahora. Como ya se advirtió hace bastantes páginas, en el uso del lenguaje jurídico dicha oposición muestra multitud de oscilaciones en su significación: todas esas significaciones están muy próximas entre sí pero presentan matices nada despreciables.

ejemplo, que el Parlament de Catalunya decide aprobar una «ley autonómica» (actúa dentro de su competencia formal) para regular la emisión de moneda (actúa claramente fuera de su competencia material). La pregunta a resolver es la de si ese resultado institucional no se produce (inexistencia) o sí se produce pero es ilegítimo o incorrecto. Conforme con la distinción que hemos establecido entre «lo que es posible hacer» y «lo que está permitido hacer», creo que estamos ante un caso de inexistencia del resultado institucional. Desde la perspectiva del orden jurídico ese resultado carecería de existencia en la misma medida en que el Parlament fracasaría si pretendiera producir el resultado «ley ordinaria». El alcance de todo ello es 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. Éstos son los conflictos de competencias reales, los que dirimen los tribunales, pero ello no altera el que la competencia material se nos presente, al igual que la competencia formal, como condición necesaria para la existencia del resultado institucional. Para percatarse de ello, lo único que hace falta es abandonar la penumbra conceptual y situarse en la zona de claridad.

Ahora bien, si ello es así y queremos que nuestra explicación resulte coherente debemos dar cabida a los nuevos ámbitos de competencia que ahora estamos contemplando dentro de nuestro esquema de las reglas que confieren poderes. Para ello, debemos recuperar un elemento de la estructura de dichas reglas del que hace ya algunas páginas hemos prescindido. Me refiero al estado de cosas. Pues bien, la estructura completa de las reglas que confieren poderes en el caso de las fuentes-acto respondería a lo siguiente: «Si sobre las materias *M* y *Q*, en el ámbito territorial *T* y/o en el personal *P* (todo ello conforma el estado de cosas), el sujeto *Z* (la autoridad) realiza la acción *Y* entonces se produce el resultado institucional *R* (la fuente-acto).» Naturalmente, en el estado de cosas se pueden incluir circunstancias que van más allá de los ámbitos de competencia 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, las de tratarse de un caso de «extra-

ordinaria y urgente necesidad». Otra cosa es, y aquí no voy a entrar en ello, cuáles sean los límites de la «extraordinaria y urgente necesidad».

Lo importante de todo lo anterior y a modo de conclusión podría ser lo siguiente:

1. Las reglas de competencia recogen en su antecedente las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de las fuente-acto.
2. Dentro de estas condiciones podemos distinguir entre la competencia formal (la autoridad y la acción), la material (el conjunto de materias sobre el que le es posible regular), la personal (los sujetos a los que le es posible afectar con su regulación), la territorial (el territorio sobre el que le es posible regular) y otras condiciones que generalmente suelen referirse a la oportunidad.
3. Del hecho de que se configuren como condiciones necesarias del resultado institucional, de la fuente-acto, se sigue que la no satisfacción de cualquiera de ellas hace que no se produzca el resultado institucional; es decir, que no exista la fuente-acto. No es difícil encontrar ejemplos en los que todo llevaría a pensar que, en efecto, el resultado institucional no se produciría. Pensemos por un momento en los siguientes:

— El Parlamento español (fuera de su ámbito formal de competencia) trata de producir el resultado «ley autonómica».

— El Parlament de Catalunya (dentro de su competencia formal y fuera de su competencia territorial) trata de «ordenar el territorio andaluz».

— El Parlament de Catalunya (dentro de su competencia formal y material y fuera de su competencia personal) trata de extender el régimen económico-matrimonial de la separación de bienes a aquellos que no están sujetos al Derecho foral catalán.

— El Parlament de Catalunya (dentro de su competencia formal y territorial y fuera de su competencia material) trata de regular la emisión de moneda.

— El Gobierno (fuera de las circunstancias de oportunidad requeridas) trata de regular ahora, en 1999, por Decreto-ley las retransmisiones de partidos de fútbol correspondientes a la liga de los años 2025-2026.

En todos estos casos, parece bastante claro que las autoridades en cuestión fracasarían en su pretensión de producir los resultados institucionales que llamamos fuentes-acto. El efecto jurídico de esos intentos sería, como en otros tantos casos en los que se pretende usar poderes normativos que no se tienen, la inexistencia del resultado institucional. Ese efecto jurídico se traduciría en que los operadores jurídicos no tomarían esos documentos como fuentes-acto, sencillamente no los reconocerían como resultados institucionales.

4. A pesar de ello, 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 legitimidad o 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 del mismo. 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, a parte de existir como fuente-acto, sería legítima o correcta.

3. Derecho de origen deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito

En los apartados anteriores he tratado de caracterizar a las fuentes-acto. Si tomamos en consideración todo lo dicho no es difícil advertir que el Derecho creado por las fuentes-acto puede calificarse como Derecho deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito.

La expresión «Derecho de origen deliberado» se opone a la de «Derecho espontáneo»[9] y se recurre a ella para significar que se trata de Derecho creado intencionalmente. Para darse

9. Nino distingue entre «fuentes de creación deliberada» y «fuentes de creación espontánea», cfr. Nino, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 148-150.

cuenta de lo que se quiere decir, tal vez baste con recordar lo dicho a propósito del carácter necesariamente intencional que tienen los resultados que hemos llamado actos jurídicos (recuérdese que podían ser vistos como declaraciones de voluntad). Otra forma de decir lo mismo, es que la producción de esos resultados institucionales se halla bajo el control de la autoridad titular del poder normativo.

«Derecho delegado» se opone a «Derecho reconocido» o «Derecho recibido».[10] Se habla de Derecho reconocido o recibido cuando lo que existe es un hecho social productor de reglas de conducta anterior al sistema jurídico de referencia o independiente de él y éste reconoce *a posteriori* su juridicidad. Las fuentes-acto naturalmente no son Derecho recibido. Si se recuerda lo dicho a propósito de la unidad de autoridades y del papel que jugaba la noción de delegación, entonces el Derecho que tiene su origen en una fuente-acto es, sin duda, Derecho delegado.

Y, finalmente, es también Derecho prescrito. Si se recuerdan los criterios que hemos dado para distinguir a las fuentes-acto de los otros actos normativos, es fácil darse cuenta de que es perfectamente posible explicar las fuentes-acto como actos de prescribir: en el contexto de una relación de autoridad, una manifestación de voluntad de que otros se comporten de una determinada manera lo quieran o no. A eso es precisamente a lo que llamamos una prescripción.[11]

4. Las normas provenientes de autoridades políticas

El modelo de las fuentes-acto que acabamos de diseñar se corresponde con lo que al final del capítulo anterior he llamado normas provenientes de autoridades políticas. Si se recuerda lo dicho allí, la noción de autoridades políticas se nos presentaba como opuesta a la de autoridades jurisdiccionales. Cuando estudiemos las normas provenientes de estas últimas, veremos que

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

11. 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*, ob. cit., p. 27.

sólo algunos de los rasgos que hemos destacado de las fuentes-acto les serán aplicables, y que presentarán otros diferentes. Por el momento, nos conformaremos con mostrar la correspondencia del modelo de las fuentes-acto con las normas provenientes de autoridades políticas; pero el objetivo final, aunque habrá que esperar aún algunos capítulos, es que quede nítidamente trazada la distinción entre uno y otro tipo de autoridades. Podría pensarse que ese objetivo es ridículo por cuanto nadie las confunde, porque todo el mundo sabe distinguir entre unas y otras. Naturalmente ello es así por lo que se refiere a la extensión de los conceptos de «autoridad política» y de «autoridad jurisdiccional», pero me parece que, una vez más, la cosa ya no está tan clara cuando nos preguntamos por su intensión. Los juristas han solido trazar la distinción entre unas y otras a partir de la diferencia que va entre la función de crear normas (autoridades políticas) y la función de aplicar normas (autoridades jurisdiccionales). Sin embargo, es obvio que en el contexto de una teoría de las fuentes del Derecho, donde el problema central es el de la **creación** de normas jurídicas, ese criterio difícilmente puede utilizarse para algo más que para negar que haya normas generales creadas por autoridades jurisdiccionales. Y eso, desde luego, está muy lejos de mis propósitos. Por otro lado y por influencia de Kelsen, la teoría del Derecho ha desdibujado completamente las diferencias entre la creación y la aplicación de normas jurídicas. En efecto, como es sabido, Kelsen sostenía que todos los actos normativos, salvo los situados en la cúspide de la pirámide (que eran puramente creativos) y los situados en la base (que eran puramente aplicativos), eran simultáneamente creativos y aplicativos. Como consecuencia de ello todas las autoridades jurídicas creaban y aplicaban normas. En mi opinión, este análisis es completamente acertado. Si bien se considera, lo único que hace es mostrarnos que, por un lado, en el interior del orden jurídico todas las autoridades, sean políticas o jurisdiccionales, son delegadas; y que, por otro, el orden jurídico aspira a la unidad de contenidos normativos.

A continuación, me voy a referir exclusivamente a las autoridades políticas. Algunos capítulos más adelante trataré de remarcar las diferencias entre éstas y las autoridades jurisdiccionales. Por el momento, será suficiente con lo siguiente: para restablecer la distinción entre unas y otras autoridades hay que abandonar el paradigma representado por la oposición entre creación y aplicación de normas.

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). Partiendo de esta idea, puede decirse que 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, como acabamos de ver, no quiere decir otra cosa que en el fondo 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.

Debido a ello, su poder normativo, que está orientado a satisfacer esa función, puede ser explicado en términos de promulgación y derogación. La promulgación y la derogación son actos jurídicos complementarios que están situados en un plano horizontal, de forma que quien tiene el poder de promulgar tiene el poder de derogar.[12] Ello es así, porque la competen-

12. Para un análisis detallado de la promulgación y la derogación puede verse Aguiló Regla, Josep: *Sobre la derogación...*, ob. cit. No es éste 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. A propósito de las diferencias entre una y otra 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.

»Las diferencias entre ambas instituciones se muestran claramente en las diferentes connotaciones que tiene el juicio de que una norma es nula y el de que una norma ha sido derogada. Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo que, básicamente, se traduce en la idea de que, desde un punto de vista interno, la norma en cuestión no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Ésta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene

cia de las autoridades políticas no se agota con su ejercicio puntual: el legislador, por ejemplo, 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, y ello, como se verá, no ocurre con otras autoridades jurídicas.

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 en el ejercicio de su poder normativo. Las normas superiores no tratan tanto de determinar positivamente el contenido de las normas que ellas vayan a dictar (aunque puedan, naturalmente, fijarles objetivos que deben perseguir), 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 ininteligible, la hipótesis tantas veces discutida a propósito de las autoridades jurisdiccionales de si existe una única respuesta correcta para cada caso.

Finalmente, las autoridades políticas, a diferencia de las jurisdiccionales, no tienen un deber de independencia. En efecto, para que puedan desempeñar su función de cambio, de adaptación del sistema jurídico a las necesidades del sistema social, las autoridades políticas pueden (e incluso tienen que) representar intereses sociales extraños al orden jurídico: siempre que no se vulneren los límites, su función no resulta afectada jurídicamente 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.

---

también connotaciones críticas en relación con la autoridad qué dictó la norma, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber de sumisión al orden jurídico en su conjunto. Nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma *debe* seguir siendo aplicada en la resolución de casos pendientes. Y si lo prescrito por ella *debe ser* quiere decir que ella sigue siendo válida. Por otro lado, dicho juicio no tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo» (p. 104).

CAPÍTULO V

FUENTES-HECHO, COSTUMBRE JURÍDICA Y NORMAS PROVENIENTES DE CIERTAS PRÁCTICAS SOCIALES

1. Hechos jurídicos, fuentes-hecho y costumbres jurídicas

Conforme a lo visto en el capítulo III, los hechos jurídicos presuponen una regla puramente constitutiva. La forma canónica de estas reglas es la siguiente: «Si se da el estado de cosas *X*, entonces se produce el resultado institucional *R*.» Ello puede representarse del siguiente modo:

$$X \rightarrow R$$

El ejemplo paradigmático de fuente-hecho —ya se ha dicho— es la costumbre jurídica; y sobre ella proyectaremos nuestro análisis. El problema que deberemos resolver es el de determinar cuál pueda ser el contenido de esa *X*; o dicho en otras palabras, cuál pueda ser el supuesto de hecho que da lugar al resultado institucional «costumbre jurídica». Pero antes que nada, quiero hacer un par de aclaraciones previas. La primera, que tal vez resulte innecesaria a estas alturas, es la siguiente: el aluvión, la usucapio, el nacimiento, el hallazgo del tesoro, etc., son hechos jurídicos; esto es, son resultados institucionales que cambian la situación normativa de algunos sujetos. Pero ninguno de ellos es candidato a ser fuente-hecho. Para poder hablar de fuente-hecho debemos encontrarnos con un resultado institucional que tenga eficacia general.[1] Y ello

1. En este sentido, recuerde el lector la vinculación que se ha establecido entre el concepto de Derecho objetivo (entendido como conjunto de normas generales) y el de fuentes del Derecho.

nos remite directa y, en principio, exclusivamente a la 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 o, dicho en otras palabras, de las relaciones entre reglas sociales y reglas jurídicas. A ello vamos a dedicar la mayor parte de este capítulo. Ahora bien, al hacerlo debemos ser capaces de deslindar fenómenos diferentes y de tratar al que nos interesa de una forma congruente, por una parte, con la imagen que hoy tenemos de las sociedades desarrolladas y de los órdenes jurídicos contemporáneos semejantes al nuestro, y, por otra, con el propósito general del libro (aclarar el concepto de fuentes del Derecho). Todo ello viene a cuento de lo siguiente (y ahí va la segunda aclaración): En la literatura jurídica relativa a las fuentes del Derecho, en general, y a la costumbre jurídica, en particular, es relativamente común encontrar referencias a la costumbre que quedan fuera del ámbito del discurso que tratamos de construir. Un primer tipo de esas referencias tiene que ver con lo que dije anteriormente a propósito del llamado «principio de efectividad del Derecho» y su utilización en el interior del orden jurídico a través de la noción de fuentes *extra ordinen*. Conforme con ese esquema conceptual, que ya ha sido criticado, puede decirse que cualquier hecho social que acaba imponiéndose es una fuente del Derecho. De esta forma, son fuentes del Derecho desde los golpes de Estado y las revoluciones hasta la desobediencia generalizada y las costumbres *contra legem*. Cualquier hecho social, por inconstitucional que sea, es fuente del Derecho si acaba por imponerse. Todo ello constituye un error conceptual cuyo origen radica en confundir dos papeles distintos que las reglas sociales juegan en relación con el Derecho.[2] El resultado de ello es que se mezclan (se confunden en lugar de hacerse compatibles) dos imágenes distintas pero muy asentadas del orden jurídico: la que lo ve como un orden social cuya existencia depende de la aceptación por parte del grupo y que, en este sentido, remite a reglas sociales; y la que lo ve como un orden formalmente estructurado, en el que el

2. Un ejemplo de este tipo de planteamientos lo constituye la visión kelseniana de la costumbre (como fuente necesaria del Derecho) y de la desuetudo (como costumbre negativa, es decir, como el efecto derogatorio de la costumbre). Para una exposición y crítica puede verse Aguiló Regla, Josep: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995, pp. 18 y ss.

origen de las normas determina de manera fundamental su existencia jurídica. La manera de hacer compatibles esas dos imágenes remite a lo dicho en el capítulo primero a propósito de la confusión entre el todo y las partes. En mi opinión, aunque no quiero detenerme en ello, la compatibilidad se consigue por la vía de explicar el anclaje social del Derecho a partir de nociones semejantes a la de la regla de reconocimiento hartiana, cuyo contenido consiste en ordenar la obediencia a las normas independientes (o supremas) y a las derivadas del sistema jurídico.[3] Nuestro tratamiento de la costumbre, en consecuencia, debe hacer compatible la incorporación de reglas sociales al orden jurídico con el marco sistemático en el que hemos situado la cuestión de las fuentes.

Otro tipo de referencias relativas a la costumbre que abundan en la literatura jurídica y que no nos van a interesar hacen alusión al conflicto entre costumbre y ley. Este tipo de discusiones, que fueron muy importantes en todo el proceso de transición del antiguo al nuevo régimen, hoy nos resultarán realmente superfluas para detectar cuál pueda ser el papel de la costumbre en los órdenes jurídicos modernos. Lo mismo ocurre respecto de las polémicas sobre la codificación y las discusiones sobre el criterio justificativo subyacente: la tradición frente a la razón o la voluntad. La imagen de una sociedad premoderna caracterizada por la ósmosis entre reglas sociales y jurídicas y en la que el papel de las autoridades jurídicas consiste fundamentalmente en la aplicación de reglas sociales está muy alejada de nuestras sociedades contemporáneas, más bien complejas, pluralistas y conflictivas.

Finalmente, una última aclaración: el análisis de la costumbre jurídica que sigue a continuación se centrará en los sistemas de Derecho codificado y con constitución rígida y, en consecuencia, dejará fuera los problemas relativos a los órdenes jurídicos que cuentan con una constitución consuetudinaria y otros fenómenos semejantes.

2. La costumbre jurídica

Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta en circunstancias semejantes, solemos decir que ese modelo

3. Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas...*, ob. cit., pp. 143 y ss.

constituye en él un hábito. 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.[4] Si se acepta esta sencilla estipulación es fácil darse cuenta de que el problema que se trata de resolver aquí es el de determinar cuándo una regla social o norma consuetudinaria puede ser considerada como una **costumbre jurídica**.

Ahora bien, antes de entrar en ello conviene afinar algo más nuestro objeto de atención. 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*. Detengámonos en ellos brevemente. La costumbre *contra legem* es la costumbre contraria a la ley. Naturalmente el tipo de fenómenos a los que se refiere esta expresión quedan fuera de nuestro interés. Y ello es así por lo siguiente: en primer lugar, porque la costumbre *contra legem* está positivamente excluida como fuente del Derecho. Y, en segundo lugar, porque su reconocimiento como fuente, fundamentalmente a través de la figura de la desuetudo, como han hecho algunos autores, lleva irremisiblemente a tomar en consideración la autocontradictoria expresión de «fuentes *extra ordinem*».

La costumbre *secundum legem* es la costumbre a la que remite directamente la ley. Por ejemplo, el artículo 1.574 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 1.171; 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

4. Cfr. Guibourg, Ricardo: «Fuentes del Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* II, 1996, pp. 181 y ss.

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. Éste es el tipo de costumbre jurídica al que se alude cuando los órdenes jurídicos reconocen a la costumbre como fuente del Derecho. Pues bien, en él se sitúa nuestro problema: ¿cuándo una regla social puede ser considerada una costumbre jurídica?

La principal dificultad para responder a esta pregunta radica en que las normas jurídicas que reconocen a la costumbre como fuente del Derecho se limitan a eso, a reconocerla, pero no especifican los elementos del supuesto de hecho que dá 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 el que de hecho la determinación de esos criterios haya quedado en manos de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. Hasta donde yo sé, lo anterior no es una peculiaridad del orden jurídico español, sino que es común a los órdenes semejantes al nuestro. Empecemos pues el análisis por ahí.[5]

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).[6] Estos dos elementos son altamente problemáticos, pues no es difícil advertir que sus perfiles son realmente vaporosos. Respecto del primer elemento piense el lector en preguntas del siguiente tenor: ¿durante cuánto tiempo debe producirse la reiteración de una conducta para hablar de práctica social? ¿Qué criterios podemos utilizar para determinar la identidad

5. Para la elaboración de este apartado he tenido muy en cuenta el trabajo de Celano, Bruno: «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996. Ello no obstante, las conclusiones a las que en él se llega difieren considerablemente de las que aquí se propondrán.

6. Por todos véase Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho constitucional* II, CEC, Madrid, 1984, pp. 391 y ss.

de circunstancias que nos permitan identificar la reiteración de la conducta? ¿Cuántos sujetos deben participar en esa práctica para considerar que alcanza el grado de «práctica social»?, etc. Todas estas preguntas son de difícil o, tal vez, imposible respuesta; pero, en cualquier caso, no me voy a detener a intentar arrojar algo de claridad por cuanto esas dificultades son comunes a todas las reglas sociales, no son específicas de las costumbres jurídicas: tienen que ver con los criterios que permiten, primero, identificar una práctica y, segundo, calificarla de social. Más interesante para la teoría de las fuentes resulta el análisis del segundo elemento, la *opinio*.

La existencia de la *opinio* o conciencia de obligatoriedad se muestra en las reacciones críticas de los participantes en la 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 como resulta obvio 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 a unas de otras. Para resolver este problema 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»; y ello realmente es decir poco. La solución, creo, 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. Ello es así por varias razones: La primera, porque se supone que los jueces deben resolver los casos aplicando las normas que se siguen del sistema de fuentes, es decir, aplicando normas jurídicas preexistentes. Y la segunda, porque 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.

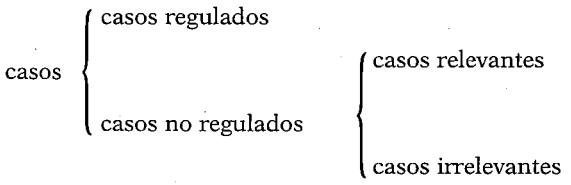
Retornemos a nuestro problema. La pregunta por el supuesto de hecho que da lugar al resultado «costumbre jurídica» es la pregunta por los criterios que nos permitan distinguir los hábitos sociales (las meras regularidades), las reglas sociales y las reglas sociales que son costumbres jurídicas. El siguiente cuadro permitirá —creo— ver con claridad qué es lo que andamos buscando:

	Uso	*Conciencia de obligatoriedad*	*¿?*
Hábitos sociales	+	−	−
Reglas sociales	+	+	−
Costumbres jurídicas	+	+	+

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 existente 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:



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 relevante jurídicamente. Si fuera irrelevante no razonaría por analogía. 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.[7]

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 resolverán bastantes de las perplejidades que la costumbre jurídica ha suscitado.

7. Cfr. MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

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.[8] Aquí me propongo tan sólo apuntar algunas ideas que nos permitan entender el juicio de relevancia que subyace a la costumbre jurídica. No espere, por tanto, el lector que de estas primeras líneas sobre la coherencia salga una idea nítida con los perfiles bien trazados. Aparte de ser un concepto de esos que a uno se le escapan entre los dedos, probablemente su esclarecimiento requiera previamente haber aclarado el papel que los principios juegan en el interior del orden jurídico; y para ello aún nos faltan unos capítulos.

En el capítulo anterior dije que el Derecho aspira no sólo a la unidad de autoridades, sino también a la unidad de contenidos normativos. Nuestro problema girará en torno a esta última pretensión. 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 lo observemos como una unidad de deberes. En este contexto y con el fin de reconstruir la unidad de conteni-

8. Para una visión panorámica y una crítica de estas versiones véase Pintore, Anna: *Il Diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996.

dos 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 especialis* (la norma especial prevalece sobre la general). En resumen, predicar del Derecho que es consistente quiere decir que podemos verlo como una guía de la conducta unitaria, 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. Más allá de todo esto, en lo que no quiero entrar ahora, 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 promoción 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) o como coherencia (como unidad de propósitos, como unidad práctica). No me voy a extender más sobre la noción de coherencia; sobre ella volveremos cuando estudiemos los principios generales del Derecho y el método jurídico. Por ahora retenga el lector 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; 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.

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 deben ser probadas. ¿Qué deberá probar quien alega una costumbre jurídica? o ¿qué deberá verificar quien reconoce una costumbre jurídica? Si recordamos el cuadro reproducido anteriormente, deberá probar, en primer lugar, que nos encontramos ante una regla social, lo que supone mostrar la concurrencia del *usus* y de la *opinio*. En segundo lugar, que dicha regla social no es inconsistente con otras normas jurídicas. Y, en tercer lugar, deberá mostrar que es relevante para el Derecho. Lo que supone 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 Derecho (podrá tratarse de una relación civil, mercantil, laboral, etc., pero, por ejemplo, las relaciones de amistad, que, sin duda, constituyen el contenido de múltiples reglas sociales, no son candidatas a generar costumbres jurídicas) y que 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.

3. La validez de las fuentes-hecho

En el capítulo anterior, al estudiar las fuentes-acto resaltamos como una característica de las mismas el que se producía una disociación del juicio de validez. En efecto, una cosa era el juicio sobre la existencia del resultado institucional y otra el juicio sobre la legitimidad o corrección de ese mismo resultado institucional. Una consecuencia de esa disociación es que podíamos encontrarnos con resultados institucionales susceptibles de ser calificados como ilegítimos o incorrectos. Éste era el caso de las leyes inconstitucionales, los reglamentos ilegales y cosas por el estilo. Para explicarlo, recurrimos a la diferencia que va entre «lo que es posible hacer» y «lo que está permitido hacer». Y, finalmente, mostramos que todo ello estaba relacionado con la distinción que habíamos trazado entre la unidad de autoridades y la unidad de contenidos.

Pues bien, una característica de las fuentes-hecho, en general, y de la costumbre, en particular, es la ausencia de autoridades. Y una consecuencia de ello es que el juicio de validez no se disocia. Decir de una regla social que es una costumbre jurídica implica decir que ella es coherente, legítima, 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. Si ello es así, es fácil darse cuenta de que sólo es posible hablar de costumbre jurídica *contra legem* desde una concepción de la costumbre completamente desfasada (e incompatible con nuestra visión actual del Derecho) que se enmarca en la tensión entre dos criterios diferentes de justificación del Derecho: la tradición frente a la razón o la voluntad. Comoquiera que esa tensión está resuelta, no tiene sentido seguir abordando el problema de la costumbre como fuente del Derecho desde esos parámetros.

4. 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. Obviamente, 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 jurídi-

cas y que en ella no hay nada parecido a una acción normativa, no tiene sentido tratar de explicarla en términos de prescripciones.

5. Una cuestión terminológica: entre las fuentes-hecho y las fuentes-coherencia

A quien acepte todo lo anterior puede parecerle que la expresión «fuentes-hecho» no es del todo afortunada. Puede pensar que tiene la ventaja de que sitúa en primer plano la idea de hecho jurídico con todo lo que ello implica: la necesidad de una regla que constituya el hecho social en jurídico. Es decir, que resalta uno de los elementos necesarios de la concepción de la costumbre jurídica que se ha tratado de explicar. Pero que, a su vez, presenta el inconveniente de que oculta el otro elemento que hemos considerado también necesario; pues la expresión «fuentes-hecho» parece sugerir que la simple observación del mundo (la conducta y las creencias de la gente) es suficiente para decir que se ha producido el resultado institucional «costumbre jurídica». En definitiva, puede pensar que la expresión resalta un elemento necesario pero no suficiente y que enmascara otro elemento también necesario que tampoco es suficiente. Naturalmente, y por las mismas razones, hablar de fuentes-coherencia no puede parecerle una buena alternativa, pues sugiere que la mera coherencia de un estándar social con el orden jurídico es suficiente para su consideración como jurídico, y ello está muy lejos de lo que aquí se ha tratado de sostener. Sin embargo, en mi opinión, la expresión «fuentes-hecho» es adecuada. Es cierto que en todos los fenómenos de recepción de normas por parte del sistema jurídico se produce esa combinación de una regla puramente constitutiva que reconoce el hecho productor de normas (ya sea la generación espontánea de reglas sociales —como en la costumbre—, ya sea la producción deliberada de reglas por parte de otro orden jurídico distinto del orden de referencia, etc.) y un juicio normativo de relevancia fundado en la idea de coherencia; pero el papel que juega la idea de coherencia normativa en el Derecho no se agota en eso. En efecto, ella juega un papel central en la reconstrucción unitaria —como una unidad— de todo el orden jurídico, pero no ha llegado todavía el momento de referirnos a ello.

CAPÍTULO VI

LAS NORMAS PROVENIENTES DE AUTORIDADES JURISDICCIONALES

1. ¿Qué hacen los jueces?

1.1. LA POLÉMICA SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS JURÍDICAS

Hace ya bastantes años, en un texto que en mi opinión constituye un modelo a seguir, Genaro Carrió analizó algunos aspectos centrales de la discusión que los juristas mantienen «desde siempre» a propósito de la verdad o la falsedad del enunciado «los jueces crean Derecho».[1] En ese trabajo, Carrió mostraba varias cosas. En primer lugar, que aunque 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. O dicho en otros términos, que el análisis conceptual puede contribuir a enfrentar mejor el problema pero no puede aspirar a disolverlo. En segundo lugar, que aunque la discusión versa sobre la verdad o la falsedad de un enunciado aparentemente descriptivo, lo que se discute no es una cuestión de hechos; los hechos son manifiestos, patentes, lo que hacen los jueces está a la vista de todo el mundo. En realidad —decía Carrió— sólo se comprende la persistencia de la discusión cuando se la interpreta como expresión no de un desacuerdo de creencias (desacuerdo sobre cómo han de ser correctamente descritas las cosas), sino como un desacuerdo de actitudes (sobre cómo han de ser preferidas las cosas). En efecto, al margen de la cuestión —que ahora no viene al caso— de si

1. Carrió, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2.ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, pp. 105 y ss.

caben otros tipos de desacuerdos aparte de los mencionados (u otras formas de interpretar esos mismos desacuerdos), lo importante es darse cuenta de que la polémica en cuestión, tal como ha sido planteada por los juristas, ha versado más sobre el modelo de juez ideal (lo que comporta discutir el grado de vinculación de los jueces al Derecho objetivo) que sobre el proceso de creación judicial de normas jurídicas (lo que comporta aclarar si en el Derecho objetivo hay o no normas de origen judicial). Comoquiera que estoy plenamente convencido de que ambas cuestiones pueden y deben separarse, y de que tienden a confundirse, antes de proseguir el desarrollo de este capítulo quiero introducir algunas precisiones que nos permitan evitar enredos gratuitos.

1. La discusión sobre el modelo ideal de juez puede independizarse de la cuestión de la creación de normas de origen judicial.

2. La discusión sobre el juez ideal tiene que ver con la tensión entre Derecho y justicia; entre el deber de aplicar el Derecho objetivo y el deber de impartir justicia; si prima la justicia a través del Derecho o la justicia en abstracto. No es difícil darse cuenta de que lo que está en el trasfondo de todo ello tiene bastante que ver con las cuestiones vistas en el capítulo primero sobre la génesis social y/o la fundamentación moral del Derecho. Por el momento no podemos entrar en esta discusión. En este lugar tan sólo quiero llamar la atención sobre lo siguiente. En muchas ocasiones el problema tiende a plantearse como una cuestión política de distribución de poder entre el legislativo y el judicial, de forma que todo el problema se reduce a la vinculación del juez a la legislación. Sin embargo, desde la perspectiva teórica el problema es más amplio y afecta a todas las fuentes del Derecho, no sólo a la legislación. En este sentido conviene llamar la atención sobre el hecho de que exactamente el mismo problema puede plantearse con las normas jurídicas de origen judicial. No se requiere mucha imaginación para representarse mentalmente la imagen de un juez que se halla en la tesitura de aplicar o no una determinada doctrina del Tribunal Constitucional que considera equivocada o injusta. Si este conflicto es posible, y es obvio que lo es, pueden extraerse dos conclusiones. Una, que la creación judicial de normas es independiente de la cuestión del modelo ideal de juez: en nuestro ejemplo se trata de una doctrina del Tribunal

Constitucional (normas de origen judicial) frente a la que nos podemos plantear el grado de vinculación que debe mostrar nuestro ideal de juez. Dos, que el problema del juez ideal afecta a todo el Derecho objetivo y no sólo a la legislación: en realidad lo que se discute es la vinculación de los jueces a las normas jurídicas que preexisten a sus decisiones.

3. La creación judicial de normas tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo. El problema para la teoría del Derecho y para la teoría de las fuentes será precisamente explicar cómo se produce esa contribución. Como tantas veces se ha dicho, hay dos posiciones teóricas que eluden este problema. La primera es la representada por lo que podríamos llamar el judicialismo extremo. La nota característica sería el escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, de forma que las decisiones judiciales sólo resultan explicables en términos de actos de voluntad. Si bien se considera, esta visión de la decisión judicial hace superflua la noción misma de Derecho objetivo y, en consecuencia, también la de normas de origen judicial entendidas como guías para las decisiones judiciales futuras. La otra posición teórica que elude la cuestión es la que podríamos convenir en llamar el deductivismo extremo. Su característica central sería la de considerar que el Derecho objetivo es completo y cerrado, de forma que suministra todos los criterios necesarios para resolver todos los casos posibles. Para esta posición teórica aplicar, pues, el Derecho es algo así como deducir; y, en consecuencia, del mismo modo que la conclusión no aporta nada a las premisas, la aplicación de normas no aporta nada al Derecho objetivo. No quiero detenerme en la crítica de estas dos construcciones teóricas. Sí vale la pena, sin embargo, llamar la atención sobre algo cuyo alcance quedará claro dentro de algunas páginas. Para estas dos posiciones la argumentación judicial destinada a justificar el fallo de una sentencia es superflua. Para el judicialismo radical la justificación es sencillamente imposible, pues se trata de una pura cuestión de voluntad; y, en consecuencia, las justificaciones que de hecho los jueces incorporan a sus decisiones son vistas como meras racionalizaciones. Para el deductivismo extremo, la argumentación resulta inútil; es algo tan vano como pretender argumentar en favor de una operación aritmética: con los sumandos lo único que hay que hacer es sumarlos.

Pero volvamos sobre la pregunta con la que se iniciaba este capítulo: ¿qué hacen los jueces?

1.2. Los jueces dictan sentencias

La respuesta más obvia e inmediata a la pregunta de qué hacen los jueces es afirmar que dictan sentencias. Naturalmente, los jueces hacen también otras muchas cosas, pero parece que la propiedad de dictar sentencias es definitoria de su posición dentro del orden jurídico. Además, en cualquier caso, si existen normas jurídicas de origen judicial será como consecuencia de la actividad de dictar sentencias. Detengámonos, pues, en el análisis de la sentencia y veremos más claro lo que hacen los jueces. Miremos la sentencia desde dos perspectivas diferentes: una, como resultado institucional y, otra, como documento normativo.

a) La sentencia como resultado institucional. A estas alturas del libro confío en que no quepa ninguna duda de que la sentencia es un acto jurídico. En este sentido, tiene todas las propiedades que hemos atribuido a los actos jurídicos. Presupone una regla que confiere a ciertos sujetos (los jueces) poder para producir los resultados institucionales que llamamos sentencias. Estos resultados institucionales (las sentencias) son siempre intencionales y pueden ser vistos como declaraciones de voluntad de los sujetos titulares de esos poderes. Además, al igual que ocurre con los otros actos jurídicos, el juicio de validez sobre el resultado institucional «sentencia» se disocia también en términos de «existencia» y de «legitimidad o corrección». Si todo lo anterior es acertado, esto es, si es cierto —como se afirmó antes— que las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales son una consecuencia de la actividad de dictar sentencias y que las sentencias son actos jurídicos, entonces surge inmediatamente la cuestión de si las sentencias son o no fuentes-acto. La respuesta tendrá que esperar bastante. Por el momento, es suficiente con mostrar que los jueces, al igual que los titulares de los poderes normativos que hemos llamado fuentes-acto, son autoridades jurídicas. En efecto, lo que tienen en común las sentencias con las fuentes-acto es que los titulares de todos esos poderes normativos son autoridades: se les reconoce poder para decir a otros

cómo deben comportarse lo quieran o no, esto es, sin el concurso de su voluntad.

b) La sentencia como documento normativo. Naturalmente hay muchos y diferentes tipos de sentencias, pero haciendo abstracción de ellos puede decirse que toda sentencia consta 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.

En relación con la fundamentación del fallo suelen reiterarse dos lugares comunes. El primero de ellos afirma que dado que los jueces tienen el deber de fallar, de resolver los casos, aplicando las normas jurídicas preexistentes (el Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas. El segundo lugar común afirma que el esquema del razonamiento justificativo es el 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 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, pero combinados entre sí e interpretados de manera ligera pueden acabar por ocultar diferencias fundamentales entre las normas del Derecho objetivo (las que el juez tiene el deber de aplicar) y la norma que el juez aplica (la que le sirve de premisa mayor o normativa de su razonamiento) y, en consecuencia, no dejar ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas.[2] Detengámosnos por un momento en todo ello.

2. José Puig Brutau [en *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Bosch, Barcelona, 1951], inspirándose fundamentalmente en autores del llamado «realismo americano», mostrando una apertura mental del todo punto elogiable y, en cierto sentido, en el contexto español adelantándose a su tiempo, ha criticado estos dos lugares comunes. En efecto, en los epígrafes titulados «La falacia de la forma lógica» y «La acción recíproca entre la norma general y el caso particular» se pueden leer párrafos como los siguientes: «La consecuencia [la solución del caso] resultará, no de la confrontación entre una premisa mayor y una premisa menor, sino de la tarea

1.3. Del Derecho objetivo a la solución de un caso. La construcción de la premisa normativa

Las normas del Derecho objetivo, esto es, las normas generales que el juez tiene el deber de aplicar, presentan algunas propiedades sobresalientes: 1. Son normas condicionales que correlacionan un caso genérico con una solución normativa. O dicho en una terminología más tradicional, correlacionan un supuesto de hecho (que viene determinado por un conjunto de propiedades que conforman un caso genérico) con una o varias consecuencias jurídicas.[3] 2. Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas también pertenecientes al Derecho objetivo. Así, por ejemplo, mantienen relaciones genéticas, jerárquicas, cronológicas, semánticas, etc. 3. Finalmente, y como corolario de las dos propiedades anteriores, las consecuencias jurídicas que las normas del Derecho objetivo establecen son siempre *prima facie*, es decir, son siempre susceptibles de ser derrotadas en el momento de su aplicación. Ello puede ocurrir, por ejemplo, porque el conjunto de propiedades relevantes del caso lleve a tomar en consideración múltiples normas que entablen entre sí relaciones que supongan el desplazamiento de algunas de ellas. El carácter derrotable de estas normas

---

previa a esta operación supuestamente lógica, de elegir cuáles habrán de ser tales premisas. En términos generales, "la selección de las premisas constituye la tarea más importante del pensador" [Frank]» (p. 34). «Muchos juristas prácticos [...] albergan en su mente la más ingenua confianza sobre el valor del método deductivo. Dada la regla general, creen que por deducción, mediante adaptar las circunstancias concretas a la hipótesis genérica, ya han logrado resolver el caso particular sometido a su consideración. Pero en realidad, pierden de vista que no se trata propiamente de concretar una norma abstracta, sino de crear la regla concreta que resuelva el problema planteado y que, por razón de su propia eficacia, pueda tener el valor de precedente [...] Incluso, pues, en el caso de que una sentencia afirme que existe ley aplicable al caso controvertido, se tratará de la solución de un caso particular que reaccionará sobre la regla general proyectando sobre ésta una luz que antes no existía» (pp. 51 y 52). Estas reflexiones de Puig Brutau sobre la ingenua confianza de los juristas en el método deductivo presuponen una distinción que hoy es moneda corriente en la teoría de la argumentación jurídica. Me refiero a la distinción entre justificación interna y justificación externa de una decisión judicial. Por justificación interna se entiende la justificación del paso de las premisas a la conclusión (el silogismo); mientras que la justificación externa se refiere a la justificación de las premisas.

3. La afirmación de que todas las normas del Derecho objetivo responden a una estructura condicional será convenientemente matizada en el próximo capítulo cuando expliquemos la diferencia entre reglas y principios.

explica que se digan cosas tales como que en el nivel del Derecho objetivo no hay derechos ni deberes absolutos. En abstracto se habla de derechos y deberes por referencia a soluciones o consecuencias jurídicas previstas en normas susceptibles de ser derrotadas o desplazadas por otras. A diferencia de estas normas (las del Derecho objetivo que el juez tiene el deber de aplicar) la norma que el juez aplica (la premisa mayor de su razonamiento justificativo) no tiene ese carácter de *prima facie*, sino que es la norma aplicable «consideradas todas las cosas», esto es, 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.[4]

Esta diferencia entre unas y otras normas está siempre presente, subsiste incluso en el caso más sencillo que uno pueda imaginar: por ejemplo, un caso en el que el conjunto de propiedades relevantes remita exclusivamente a una única formulación normativa suministrada directamente por una fuente del Derecho y que además no plantee problemas de interpretación. El tránsito de norma del Derecho objetivo al de premisa normativa de un razonamiento justificativo comporta siempre como mínimo ese cambio de *prima facie* a «consideradas todas las cosas». O dicho en otras palabras, la decisión de usar una norma para resolver un caso implica ese cambio.

En el capítulo III hemos presentado distintos conceptos de norma jurídica que iban a ser relevantes para el discurso sobre las fuentes del Derecho. Entre ellos estaba el de «norma como premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado». De él se ha afirmado que es una construcción de los juristas, que contiene todos los factores relevantes para la solución del caso y que su finalidad es la de justificar las decisiones que toman. Asimismo se ha dicho que esta norma no tiene régimen jurídico. Con ello se trataba de significar precisamente lo anterior, que la consecuencia jurídica que esta norma prevé es absoluta,

4. Naturalmente el carácter absoluto de la norma que sirve de premisa normativa no tiene nada que ver con que la sentencia sea firme o no. La sentencia puede ser recurrible y el tribunal superior puede cambiar la decisión, pero lo que el juez que dicta sentencia establece es que «consideradas todas las cosas» la solución es *X*. Es más, eso es precisamente lo que se le exige que haga. Al resolver un caso, un juez no puede andar probando soluciones a ver si acierta, en la confianza de que otro tribunal, el superior, haga el balance definitivo de las razones en juego.

es vistas todas las cosas, tiene la fuerza del Derecho. La diversidad de normas del Derecho objetivo se transforma en el momento de su aplicación en la unidad del Derecho para el caso en cuestión: el carácter *prima facie* de las normas del Derecho objetivo se transforma en la unidad del Derecho una vez vistas todas las cosas. En esta transformación está la clave para entender la creación judicial de normas jurídicas. Detengámonos por tanto en ella.

Por lo general, los casos que los jueces tienen que resolver no son tan simples como el ejemplo de caso sencillo al que antes me he referido. Ello es debido a que se enfrentan con problemas de indeterminación de los hechos y del Derecho. Olvidémonos aquí de los problemas de indeterminación de los hechos del caso y centrémonos en los de indeterminación del Derecho. La resolución de las indeterminaciones del Derecho lleva a los jueces (o debería llevarles) a desplegar una intensa actividad argumentativa destinada a justificar los criterios que utilizan para resolverlas. Es obvio que pueden encontrarse con imprecisiones lingüísticas que les obliguen, por ejemplo, a formular y justificar enunciados interpretativos. También pueden toparse con imprecisiones sistemáticas a propósito de las relaciones que distintas normas mantienen entre sí; por ejemplo, tal vez tengan que determinar si una norma ha sido tácitamente derogada por otra o no, o si dos normas deben ser tratadas como incompatibles o si deben ser integradas como complementarias, etc. En ocasiones tendrán que explicitar los principios implícitos que informan una determinada institución con el fin de dotarla de sentido y valor para resolver un caso. Otras veces deberán realizar ponderaciones entre distintos valores jurídicos en conflicto. Y otras, en fin, tendrán que emitir juicios de relevancia jurídica fundados en la idea de coherencia del Derecho. Lo que trato de mostrar es que para aplicar el Derecho los jueces tienen que resolver esos y otros muchos problemas. Ahora bien, lo relevante es que ello no pueden hacerlo simplemente decidiendo. En el Estado de Derecho deben justificar esas decisiones, mostrar las razones en que se fundan.[5]

En resumen, los jueces utilizan múltiples y variados criterios para llegar a formular (y justificar) la norma que les

5. Cfr. Atienza, Manuel: «El Derecho como argumentación», en íd.: *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

resuelva el caso. Esos criterios que utilizan para construir la norma del caso, junto con esta misma, son los candidatos para llegar a ser normas de origen judicial. Cómo se produce esa incorporación al Derecho objetivo es lo que trataremos de mostrar en el epígrafe siguiente. Pero antes de entrar en ello quiero introducir algunas reflexiones vinculadas con la idea misma de justificación de una decisión, pues me parece que allí podremos encontrar el fundamento de la existencia de normas de origen judicial.

1.4. La universalidad de la premisa normativa como requisito necesario para la justificación de la decisión judicial

No es éste el lugar adecuado para, adentrándose en la teoría de la argumentación jurídica, llegar a determinar cuáles son todos los requisitos necesarios para considerar que una decisión judicial está justificada. Ahora bien, es una opinión prácticamente unánime la idea de que justificar una decisión en el contexto de la aplicación del Derecho requiere como condición necesaria —aunque no suficiente— la utilización como premisa de una norma universal. Esto es, de una norma que sea formulable en términos de un cuantificador universal (es decir, en la forma de «para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c...»).[6] Este requisito debe satisfacerse tanto si

6. El requisito de la universalidad puede entenderse en dos sentidos diferentes, uno formal o lógico y otro material. El primero de ellos es el que hemos utilizado en el texto. El segundo, el material, que es propio del discurso de los derechos humanos, supone una aplicación del primero de forma tal que exige que la única propiedad relevante que debe satisfacerse para ser titular de un derecho humano es la de ser un «ser humano». Éste es el sentido en que se usa la expresión «universalidad» cuando se afirma, por ejemplo, que los derechos humanos son universales. Sobre estos dos sentidos de universalidad véase Laporta, Francisco: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 32 y ss.

Nótese que como predicado de las normas jurídicas el requisito formal de universalidad no es equivalente al requisito de generalidad tal como lo utilizan los juristas. La diferencia estriba en que mientras que la universalidad no es graduable, la generalidad sí lo es. Ello tiene algunas consecuencias para el mundo del Derecho. Una de las principales manifestaciones de la diferencia se muestra en que la solución de un caso por equidad supone siempre, por un lado, una excepción a (o un atentado contra) la generalidad, mientras que, por otro, debe satisfacer el requisito de la universalidad; cfr. MacCormick, Neil: ob. cit., pp. 97 y ss.

la norma en cuestión, la que sirve de premisa del razonamiento justificativo, la proporciona directamente el Derecho objetivo (caso sencillo) como si se trata de una construcción realizada por el jurista 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 con 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 éste teórico o práctico. El segundo, 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 podemos expresarlo —recurriendo a las palabras utilizadas por Robert Alexy— del siguiente modo: «Si se aplica un predicado *F* a un hecho (objeto u evento) *a* se debe estar dispuesto a aplicar *F* a cualquier otro hecho igual a *a* en todos los aspectos relevantes.»[7] Ello es así porque, como diría Hare, la proposición «esto es rojo» implica la proposición «todo lo que es como esto en los aspectos relevantes es rojo», pues en otro caso la comunicación simplemente 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 aquellos que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto, pues, el compromiso que la universalidad supone hacia el futuro es el de la igualdad de trato.

Si lo anterior es cierto, esto es, si es cierto que para justificar una decisión un juez debe invocar una norma universal y que ello tiene las implicaciones hacia el futuro que acabamos de ver, entonces el juez que ha resuelto de una cierta manera un caso está comprometido a resolver del mismo modo los

7. Cfr. Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEC, Madrid, 1989, p. 185.

casos futuros iguales en todas las propiedades relevantes al caso ya decidido. Por ello, 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.

c) Mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se estableció sino otra alternativa, lo que supone resolver el nuevo caso de manera diferente.

Recapitulemos todo lo dicho:

1. 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 (las que tienen el deber de aplicar) para poder resolver los casos que se les presentan. Ello supone tomar decisiones.
2. Los jueces deben justificar esas decisiones; deben hacer explícitas las razones que les llevan a tomarlas.
3. Para que una decisión se nos presente como justificada debe ser universalizable; esto es, debe fundarse en un criterio universal.
4. La universalidad tiene implicaciones hacia el futuro; supone el compromiso de tomar la misma decisión bajo las mismas circunstancias.
5. 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.

6. Ello supone que para las autoridades jurisdiccionales la coherencia del Derecho no se reduce exclusivamente a una cuestión de jerarquía normativa (como sí parecía ocurrir con las autoridades políticas), sino que tiene también una dimensión de coherencia hacia el pasado y hacia el futuro. Ello se explica porque su función no es la modificar el Derecho, sino la de hacerlo efectivo, aplicable. Desarrollar esta función puede suponer, como se ha visto, la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio o modificación del sistema jurídico.

Si bien se considera, todo lo anterior trata de explicar en términos de racionalidad y corrección el proceso por medio del cual la aplicación del Derecho objetivo contribuye a su propia conformación. Pero es obvio que ello constituye una reducción de complejidad que puede suponer una deformación excesiva. En particular, es manifiesto que la cuestión de la aplicación judicial del Derecho no puede reducirse a una cuestión meramente individual: el juez que decide se halla inmerso en una determinada práctica que se desarrolla en un cierto marco institucional. Si tenemos en cuenta este tipo de consideraciones, entonces es obvio que la explicación que se ha dado en términos exclusivamente de racionalidad y corrección se queda inmediatamente coja. Como siempre ocurre cuando se trata de explicar el Derecho generado por autoridades jurídicas, aquí también hay que tomar en consideración elementos de poder. Éstos se traducirán en que no todos los jueces cuentan lo mismo y, en consecuencia, en que la incorporación al Derecho objetivo de normas de origen judicial no responde sólo a exigencias de racionalidad y corrección.

2. Las normas de origen judicial

2.1. Dos modelos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo

Hasta ahora he tratado de explicar la existencia de normas de origen judicial en términos de indeterminación del Derecho objetivo (aunque sólo sea por su carácter de *prima facie*) y de exigencias de racionalidad y de igualdad. Esta explicación está adaptada al marco de los sistemas jurídicos

de tipo continental; sin embargo, en el marco de los sistemas llamados del *Common Law* me parece que hubiera resultado superflua al menos por dos razones. La primera es que en ese contexto hablar de Derecho creado por los jueces genera muchas menos perplejidades que en el ámbito continental. Y la se-gunda, que obviamente está relacionada con la anterior, es que en el continente existe una fuerte tradición de reducir el Derecho objetivo al Derecho legislado, al Derecho que tiene su origen en fuentes-acto, cosa que no ocurre en el mundo anglosajón. En cualquier caso, a grandes rasgos puede ha-blarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo. Me refiero al modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos del *Common Law*) y al modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas del *Civil Law*). A continuación voy a tratar de dar una explicación muy somera de cada uno de estos modelos, pero antes de hacerlo conviene aclarar lo siguiente. En la explicación voy a seguir la caracterización estándar que se hace de cada uno de ellos a partir de la oposición entre sistemas jurídicos de *Common Law* y de *Civil Law*. Si lo hago así es exclusivamente para facilitar la explicación en el nivel de abstracción apropiado. Pero es importante darse cuenta de que ello responde exclusivamente a razones expositivas, porque en realidad en muchos sistemas de *Civil Law* la incorporación de algunas normas de origen judicial al Derecho objetivo responde más al modelo del precedente que al de la jurisprudencia (e, inversamente, lo mismo puede decirse de los sistemas de *Common Law*). Éste es el caso, por ejemplo, de las resoluciones del Tribunal Constitucional en el Derecho español. En efecto, al margen de la terminología utilizada por los juristas, lo cierto es que los jueces y tribunales ordinarios están directamente vinculados al «contenido constitucional» declarado en todo tipo de resoluciones por el Tribunal Constitucional.

a) El modelo del precedente. 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 subsiguien-

tes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión...»[8] 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. Como ya se indicó en páginas anteriores, esta doctrina deja tan sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: 1) declarar y aplicar el precedente ya existente; 2) distinguir el caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente *(distinguish)*; y 3) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo *(overrule)*.

En este punto, quiero llamar la atención sobre una clasificación que suele hacerse de los precedentes dentro de la doctrina del *stare decisis*. La importancia de esta distinción proviene de que ella permite mostrar (y más adelante así lo haremos) muy bien la doble naturaleza de las normas de origen judicial. En efecto, es común distinguir entre precedentes obligatorios y precedentes persuasivos. Los del primer tipo son aquellos que los jueces deben seguir los aprueben o no (esto es, con independencia de su juicio sobre la corrección de los mismos). Los del segundo tipo, los persuasivos, son aquellos que guían a los jueces en sus decisiones pero que éstos no tienen la obligación de seguir. El juez que sigue uno de estos últimos precedentes no puede lamentarse en su sentencia del resultado alcanzado como consecuencia de su aplicación. Si lo sigue es porque está convencido de su corrección. Por el contrario, cuando cita un precedente obligatorio, debe seguirlo aunque no se le exige convicción. Mientras que la obligatoriedad de un precedente depende fundamentalmente de la posición jerárquica de los dos tribunales implicados (el que estableció el precedente y el que debe decidir el nuevo caso), la fuerza de un precedente persuasivo depende fundamentalmente de elementos vinculados con el razonamiento jurídico y la unidad de contenidos del Derecho.

b) El modelo de la jurisprudencia. En la tradición jurídica de los sistemas de *Civil Law* se habla de «jurisprudencia» para referirse al conjunto de las sentencias judiciales. Pero lo importante es que cuando se habla de jurisprudencia se ve entonces a las sentencias no sólo como meros documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes

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

de normas individuales (dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales.[9] 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 para poder resolver los casos (y que no se han incorporado al Derecho objetivo por otra vía, como pueda ser, por ejemplo, la legislación) se produce no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. 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 en los casos individuales, sino además para unificar «doctrina jurisprudencial». Los criterios que 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 competencia. En el Derecho español, por ejemplo, suele decirse que dos sentencias concurrentes del Tribunal Supremo sientan jurisprudencia.

2.2. ¿Fuentes-hecho o fuentes-acto? ¿Derecho delegado o Derecho recibido?...

En el capítulo III ya advertí que la oposición entre fuentes-hecho y fuentes-acto resultaba útil en la medida en que se usara como la contraposición de dos modelos de fuentes y no como una clasificación de las fuentes. La oposición no sirve como clasificación por la sencilla razón de que no resulta exhaustiva ni excluyente. Los capítulos IV y V se han dedicado a exponer con cierto detalle los dos modelos referidos. En su desarrollo hemos introducido además otras oposiciones conceptuales asociadas a estos dos modelos. Resumiendo, se

9. Guibourg, Ricardo A.: ob. cit., pp. 183 y ss.

puede decir que hemos creado dos líneas simétricas de opuestos conceptuales, tal como se representa a continuación:

Fuente-acto → Derecho deliberado → Derecho delegado → Derecho prescrito
↓ ↓ ↓ ↓
↑ ↑ ↑ ↑
Fuente-hecho → Derecho espontáneo → Derecho recibido → Derecho no prescrito

Pues bien, el caso de las normas de origen judicial es uno de esos que hacen que estas oposiciones no puedan funcionar como clasificaciones. Tratemos de mostrarlo empezando por el principio.

No cabe duda de que la sentencia es un resultado institucional de los que hemos llamado «actos jurídicos». Tampoco cabe duda de que los jueces son autoridades jurídicas: se les reconoce poder para determinar cómo deben comportarse ciertos sujetos lo quieran o no; me refiero a las partes del proceso y a los órganos de ejecución. Ahora bien, en los apartados anteriores he tratado de mostrar que las sentencias generan también normas generales; es decir, que contribuyen a conformar el Derecho objetivo, el Derecho entendido como conjunto de normas generales. En este sentido, en cuanto generadoras de normas generales, es en el que debemos preguntarnos si son fuentes-hecho o fuentes-acto.

El modelo del precedente, en la medida en que el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir directamente normas generales, parece aproximarse bastante, en este aspecto, al modelo de las fuentes-acto. El juez que crea un precedente dicta una norma general. Hay una conexión directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional «precedente». Por el contrario, en el modelo de la jurisprudencia las cosas no parecen ser así. La incorporación de las normas generales no se produce como consecuencia directa de la realización del acto jurídico de dictar sentencia, sino como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos (que son independientes entre sí y que, por tanto, no pueden constituir un procedimiento). De esta forma, mientras que la producción del resultado institucional «sentencia» se halla bajo el control del juez, la creación de una doctrina jurisprudencial, no. Los actos normativos del juez son, en este aspecto, meramente contribuyentes a la producción del resultado institucional

«jurisprudencia». El requisito de la acumulación de sentencias parece, pues, aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho que al de las fuentes-acto. En realidad, si se repasa la literatura al respecto es fácil percatarse de que no han faltado explicaciones de la jurisprudencia que la han concebido como una «costumbre judicial».

Sea como sea, la aproximación que hemos hecho del precedente a las fuentes-acto plantea algún problema. El resultado «precedente» (y de manera aún más manifiesta el resultado «doctrina jurisprudencial») difiere de los resultados de las fuentes-acto en que éste no puede ser visto como una «disposición». Para apreciar la diferencia entre el resultado «precedente» y las disposiciones tal vez sea suficiente con tomar en consideración una distinción típica del Derecho del *Common Law*; me refiero a la oposición entre *obiter dicta* (manifestaciones contenidas en la sentencia que van más allá de lo necesario para resolver el caso) y *ratio decidendi* (el principio o regla que resuelve el caso), pues ella muestra algo fundamental: que las palabras usadas por el juez en la sentencia no vinculan. En este sentido, remarcando las diferencias entre el Derecho de origen judicial y el Derecho de origen legislado, ha escrito E. H. Levi:

> En el campo del Derecho jurisprudencial [*Case Law*] los conceptos pueden ser creados a partir de ejemplos particulares. Los nuevos ejemplos, empero, tendrán que ser apreciados en relación con los anteriores, y la reelaboración de la palabra misma que expresa el concepto se hará evidente. Ella no sólo puede llegar a tener nuevos significados, sino que incluso puede cambiar o desaparecer. La aplicación de una ley parece presentar un gran contraste con esto. Las palabras están dadas. Ellas no pueden ser tomadas con ligereza. La diferencia se advierte con nitidez cuando nos damos cuenta de que las palabras de una ley no son *dictum*.[10]

Esto último, sin duda, constituye un escollo para seguir adelante con la aproximación del precedente a las fuentes-acto y de la jurisprudencia a las fuentes-hecho, pero tal vez no sea

10. Levi, Edward H.: *Introducción al razonamiento jurídico* (trad. de G. Carrió), Universitaria, Buenos Aires, 1971, pp. 41 y 42.

suficiente para abandonarla. Si seguimos adelante con ella parece que, congruentemente, debemos concluir también que las normas de origen judicial que responden al modelo del precedente se nos presentan como Derecho de origen deliberado, mientras que las que responden al modelo de la jurisprudencia no. O por decirlo en otras palabras, las normas que se incorporan al Derecho objetivo como consecuencia de la reiteración de su uso por parte de los tribunales, parecen tener un componente de espontaneidad que hace que resulte realmente forzado hablar de normas de origen deliberado.

Hasta ahora, como se ve, forzando tal vez un poco las cosas, parece que todo puede encajarse dentro de nuestros pares de opuestos conceptuales. Pero si seguimos por esta línea empezarán a surgir problemas insalvables. Por ejemplo, para ser congruentes con las dos líneas de opuestos conceptuales que hemos creado, deberíamos presentar a continuación al Derecho jurisprudencial como Derecho recibido, en lugar de Derecho delegado. Pero ello choca con algo bastante obvio: las autoridades jurisdiccionales, al igual que el resto de autoridades jurídicas, son autoridades delegadas. Es más, tal como se ha dicho, el propio orden jurídico determina qué autoridades de todas las que conforman la jurisdicción tienen poder para crear jurisprudencia obligatoria. Las dificultades en este caso provienen de algo que resulta un tanto paradójico, pero que es así: en el modelo de la jurisprudencia ciertas autoridades tienen «poder» o competencia para generar «Derecho jurisprudencial» y, sin embargo, no disponen de ningún acto normativo cuya realización suponga directamente la producción de ese resultado. Este tipo de problemas son los que aconsejan no empeñarse en hacer pasar todas las fuentes del Derecho por la oposición entre fuentes-hecho y fuentes-acto.

Dificultades semejantes se nos presentan si tomamos en consideración la oposición entre Derecho prescrito y Derecho no prescrito. En el caso de la jurisprudencia, por ejemplo, resulta realmente difícil hablar de prescripción cuando la autoridad no cuenta con poder para realizar un acto normativo capaz de producir directamente el resultado «doctrina jurisprudencial» y cuando, además, ninguna formulación concreta de esa misma doctrina está dotada de autoridad. Pero las dificultades para calificar a las normas de origen judicial como Derecho prescrito no se acaban ahí. Hay al menos otra que dada su importancia y alcance merece un tratamiento

independiente de lo anterior. A ella nos vamos a referir inmediatamente.

3. De nuevo sobre la distinción entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales

3.1. Entre la voluntad y la razón

No cabe duda de que uno de los grandes dualismos que recorre la historia del pensamiento jurídico es la oposición entre voluntad y razón. En materia de fuentes del Derecho esta oposición se ha traducido en términos de si las normas jurídicas son un producto de la voluntad de ciertos sujetos o si por el contrario son un producto de la razón. Quienes toman como eje de la explicación de la génesis de las normas jurídicas el primer elemento, la voluntad, tienden a resaltar los elementos de poder presentes en el Derecho. Por el contrario, quienes hacen que su explicación gire en torno a la razón tienden a resaltar los aspectos de justificación (corrección) presentes también en el Derecho. La síntesis moderna de esa tensión se ha expresado en nociones tales como «voluntad racional», «poder legítimo» y otras semejantes. Conforme con este planteamiento, se ha dicho más arriba que la situación normativa de cualquier autoridad jurídica viene dada por la determinación de cuáles son sus poderes (lo que le es posible hacer) y por la determinación de cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes (lo que le está permitido hacer). La primera perspectiva trata de dar cuenta de los aspectos voluntaristas presentes en la génesis de las normas jurídicas; la segunda, de los aspectos racionales (la justificación gira en torno al cumplimiento de los deberes[11] en el ejercicio del poder). Por ello, el análisis detallado de los poderes y de los deberes de las diferentes autoridades normativas es lo que permite determinar cuál es su papel en el interior de un orden jurídico. Pues bien, todo ello viene a cuento por lo siguiente. En la explicación de la génesis de las normas de

11. La noción de «deber» quedará enriquecida en el capítulo siguiente cuando analicemos la dimensión regulativa del Derecho descomponiéndola en la dimensión directiva (guía de la conducta) y la justificativa (valoración de la conducta).

origen judicial habrá que dar cuenta tanto del aspecto de poder (voluntad) como del de justificación (razón). En ello no hay diferencias con lo dicho a propósito de las fuentes-acto o las normas provenientes de autoridades políticas. En consecuencia, parecería que aquí, al igual que ocurría con la normas provenientes de autoridades políticas, debería ser posible hablar también de Derecho prescrito. Pero ello choca con la visión que los juristas tienen de unas y otras normas. En efecto, la visión estándar de las normas provenientes de autoridades políticas resalta mucho más el aspecto voluntarista que el racional (de ahí que no haya dificultades para hablar de Derecho prescrito), mientras que, por el contrario, la visión estándar de las normas de origen judicial tiende a resaltar el aspecto racional frente al voluntarista (de ahí que resulte difícil hablar en este contexto de Derecho prescrito). En mi opinión, este cambio de acento no es, como muchas veces se ha afirmado, un producto meramente ideológico, sino que me parece que tiene una base normativa muy clara que a continuación trataré de explicar.

La base normativa para el cambio de acento se encuentra en que los deberes relativos al ejercicio de sus respectivos poderes están configurados de manera diferente. En efecto, los deberes de las autoridades políticas son fundamentalmente límites negativos al contenido de sus resultados institucionales (aunque, naturalmente, pueden tener el deber de proteger y/o promocionar ciertos bienes jurídicos). Ello supone que pueda decirse que centralmente las autoridades políticas gozan de discreción. Los deberes de las autoridades jurisdiccionales, sin embargo, son fundamentalmente obligaciones que tratan de determinar positivamente el contenido de sus resultados institucionales. Y ello implica que se considere que centralmente no gozan de discrecionalidad. Esta diferencia fundamental se manifiesta en otras dos que vendrían a ser corolarios suyos.

La primera tiene que ver con los juicios de validez material relativos a cada uno de esos resultados institucionales. Cuando un órgano jurisdiccional declara, por ejemplo, la invalidez de una ley o de un reglamento, ello no comporta que ese mismo órgano emita la «ley correcta» o el «reglamento correcto». Ello es así, porque el orden jurídico no pretende predeterminar en positivo el contenido de la ley ni del reglamento, sino sólo establecerle límites. Por el contrario, por lo general, la declaración de invalidez de una sentencia supone el dictado de

la «sentencia correcta». En ello se funda, en realidad, la jerarquía jurisdiccional.

La segunda diferencia está relacionada con las exigencias de fundamentación. Respecto de las autoridades jurisdiccionales estas exigencias son mucho más radicales. El juez debe mostrar que su decisión es «la jurídicamente correcta», no una de «tantas jurídicamente permitidas».

Si se acepta lo anterior, es fácil entender por qué en la explicación de las normas de origen judicial predominan los elementos racionales sobre los voluntaristas y de dónde provienen las dificultades para hablar de Derecho prescrito en este contexto. En el fondo, todo ello responde a que en realidad el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la «elaboración racional del propio Derecho». A aclarar qué se quiere significar con esta vaga expresión dedicaremos el capítulo VII.

3.2. Resumen de las diferencias entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales

Si retomamos tanto lo dicho en el capitulo IV como lo que acabamos de ver, a modo de conclusión podríamos extraer las siguientes diferencias relevantes:[12]

1. Las llamadas autoridades políticas tienen atribuida la función de cambiar (modificar) el contenido del Derecho. Las autoridades jurisdiccionales, la de hacer efectivo el contenido del Derecho.

12. Para un análisis exhaustivo de la distinción entre «jurisdicción» y «legislación», aunque realizado desde una perspectiva bastante diferente a la aquí asumida, véase Guastini, Riccardo: *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995. Manuel Atienza [en «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 250 y ss.] establece el núcleo de la diferencia entre el poder del legislador y el del juez en que para este último las alternativas de decisión están previamente determinadas: «el juez puede condenar o absolver, otorgar la propiedad de *A* a *B* o *C*, declarar el acto *O* válido o inválido, etc., pero nada más. Por el contrario, el legislador debe —o puede— él mismo, dentro de ciertos límites generalmente muy amplios, buscar también las alternativas posibles para resolver un determinado problema».

2. Las autoridades políticas pueden ejercer su poder normativo a instancias propias y no necesariamente externas. Las autoridades jurisdiccionales sólo pueden ejercer su poder a instancias externas a la misma autoridad.

3. La competencia de las autoridades políticas no se agota con su ejercicio puntual; por ello su poder normativo puede ser explicado como formado por dos poderes complementarios: el poder de promulgar normas y el poder de derogarlas. La competencia de las autoridades jurisdiccionales se agota con su ejercicio; la sentencia, aunque no sea firme, es siempre definitiva.

4. Las autoridades políticas no tienen un deber de coherencia hacia el pasado; para ellas las exigencias de coherencia se resuelven en el respeto a la jerarquía normativa. O dicho en otras palabras, para justificar el cambio de ciertas normas no necesitan mostrar que hubiera algo «jurídicamente incorrecto» en ellas. La irretroactividad de las normas legislativas, por ejemplo, no es —como pudiera parecer a primera vista— una exigencia de coherencia hacia el pasado, sino más bien un mecanismo de seguridad introducido como consecuencia de que el contenido de las normas legislativas puede ser incoherente con el pasado. Para las autoridades jurisdiccionales la coherencia no se resuelve exclusivamente en la jerarquía normativa, tiene una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro. Ello supone que, en la medida en que el Derecho que los jueces tienen que aplicar haya permanecido estable, deben justificar cualquier modificación de los criterios de aplicación hasta entonces utilizados. Esta justificación debe ir encaminada a mostrar que había algo «jurídicamente incorrecto» en los criterios de aplicación que ahora se rechazan.

5. Los deberes relativos al ejercicio de los poderes de las autoridades políticas se conforman fundamentalmente como límites negativos a los contenidos de sus resultados institucionales. Por ello, suele decirse que centralmente gozan de discrecionalidad. Por el contrario, los deberes relativos al ejercicio de los poderes de las autoridades jurisdiccionales tratan de predeterminar en positivo el contenido de sus resoluciones. En consecuencia, centralmente no gozan de discrecionalidad.

6. Las autoridades políticas no tienen un deber de independencia. Para poder desempeñar la función de cambio que tienen encomendada pueden (e incluso tienen que) representar intereses sociales extraños al orden jurídico. Las autorida-

des jurisdiccionales sí tienen un deber de independencia. Ello se traduce en que, por un lado, las únicas razones que pueden invocar para justificar sus decisiones tienen que venir suministradas por el propio orden jurídico y, por otro, en que no pueden actuar en representación de intereses sociales extraños al Derecho.[13]

13. Para una visión más detallada del deber de independencia de los jueces, véase: Aguiló Regla, Josep: «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, n.º 6, abril 1997.

Capítulo VII

NORMAS PROVENIENTES DE LA ELABORACIÓN RACIONAL DEL PROPIO DERECHO: MÉTODO JURÍDICO Y DERECHO IMPLÍCITO. LA DOCTRINA JURÍDICA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. Introducción

Si se repasa lo dicho hasta ahora, se verá que los tres últimos capítulos se han destinado a explicar diferentes orígenes de las normas jurídicas. Así, se ha dedicado respectivamente un capítulo a las normas provenientes de autoridades políticas, otro a las normas provenientes de prácticas sociales y otro a las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales. Ahora, a modo de presentación de un nuevo origen de normas jurídicas, me interesa resaltar la ambigüedad que —como todas las normas que provienen de autoridades jurídicas— presentan las normas de origen judicial. En efecto, por un lado, esas normas son el resultado del ejercicio de un poder normativo y, en este sentido, pueden verse como un producto de la voluntad de ciertos sujetos. Pero, por otro lado, esas mismas normas se nos presentan también como un producto de la razón: no en vano la explicación de la génesis de estas normas está permanentemente vinculada a la exigencia de que los jueces justifiquen las decisiones que toman al aplicar el Derecho.

Esta ambigüedad de las normas de origen judicial no puede sorprender demasiado; entre otras cosas porque en el capítulo anterior ya la pusimos sobradamente de manifiesto. En particular, se enfatizó que esos dos aspectos no podían ignorarse en la explicación del proceso de incorporación al Derecho objetivo de las normas generales de origen judicial.

En efecto, si se recuerda, se dijo que los elementos de poder normativo se manifestaban en que sólo determinados sujetos —los titulares de ciertos poderes normativos— podían dar lugar al resultado «norma jurídica de origen judicial» y que estos elementos de poder eran los que permitían establecer distinciones radicales, por un lado, dentro de la clase de los jueces (entre los que detentan ese poder y los que no) y, por otro, entre los jueces y los ciudadanos en general. Pero junto a ello también se trató de mostrar que la existencia de normas de origen judicial está estrechamente vinculada con la exigencia de que los jueces justifiquen las decisiones que toman y, en particular, con los compromisos hacia el futuro que el requisito de la universalidad implica. Pues bien, la relevancia de esta ambigüedad para nuestro discurso sobre las fuentes proviene de lo siguiente: si el poder jurídico (elemento voluntarista de la generación de normas de origen judicial) es exclusivo y excluyente (sólo lo tienen aquellos a quienes se les ha conferido) y, en consecuencia, separa a los jueces del resto de la comunidad jurídica y de los ciudadanos en general, la elaboración racional del propio Derecho (elemento racionalista de la generación de normas de origen judicial) 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. De todo ello se sigue lo siguiente: la posibilidad de extraer y/o justificar conclusiones normativas que van más allá de lo dispuesto por las normas provenientes de autoridades jurídicas no es privativa de ningún titular de ningún poder normativo.[1] Este capítulo se dedicará a mostrar la relevancia que para la teoría de las fuentes tienen lo que a partir de ahora llamaré el «método jurídico» y el «Derecho implícito». Si la exposición

1. 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 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.

del mismo es acertada, al final el lector debe estar en condiciones de entender las referencias que la literatura jurídica ha venido haciendo tradicionalmente a propósito del Derecho científico (Derecho creado por los dogmáticos del Derecho, los juristas-teóricos) y de los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho.

2. El método jurídico y el Derecho implícito

2.1. El método jurídico: ¿descubrir o justificar?

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. Vistos desde la perspectiva de las autoridades jurídicas, esos 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 que, por decirlo de algún modo, se sitúa en medio de esos dos procedimientos normativos, es el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones de los diferentes casos. Son las operaciones mediante las cuales se establece el vínculo entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas.[2] Ese vínculo es de extraordinaria importancia, pues

2. Es posible que algún lector considere que esta visión del método jurídico que acabo de exponer es excesivamente restrictiva. En efecto, 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 éste 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 sólo 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. Sobre la cuestión de la construcción de la unidad del Derecho volveremos más adelante.

todas las funciones normativas que supuestamente el Derecho debe cumplir no se realizan solas; requieren de operadores jurídicos, de sujetos que operen con las normas generales. En este sentido y a modo de ejemplo, piénsese simplemente en lo siguiente: el ideal de la certeza jurídica, de poder prever las consecuencias jurídicas de nuestras acciones, presupone no sólo contar con normas generales, sino también con una cierta estandarización de las operaciones que pueden hacerse con esas mismas normas generales.

En cualquier caso, lo que me interesa resaltar ahora es esto: desde el paradigma de la oposición entre creación y aplicación del Derecho, la cuestión del método jurídico se ha planteado en términos no muy afortunados. En efecto, el método jurídico ha sido visto fundamentalmente como un procedimiento (o conjunto de operaciones o de técnicas) para hallar, descubrir, reconocer, etc., las soluciones correctas para los casos particulares. La subsunción, la interpretación, la analogía y otras muchas operaciones del método jurídico han sido presentadas como eso: como instrumentos para hallar las soluciones correctas a los problemas concretos. Tomemos como ejemplo la teoría estándar de la interpretación jurídica. Es común presentar la actividad interpretativa como compuesta por cuatro momentos diferentes: los de la interpretación literal, la teleológica, la sistemática y la histórico-evolutiva. Estos cuatro momentos —se dice— son necesarios para hallar la interpretación correcta de la disposición de que se trate y, en consecuencia, una vez superados el jurista supuestamente dará con la misma. Lo interesante aquí es darse cuenta de que la reconstrucción que los juristas hacen de la «interpretación-proceso» es la de un conjunto de actividades (u operaciones) que les permiten hallar la «interpretación-producto» correcta.[3] Esta forma de presentar las cosas —que no es más que un reflejo del paradigma representado por la oposición creación-aplicación— me parece que contribuye a enredar bastante.

En efecto, en mi opinión, todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para jus-

3. La palabra «interpretación» padece la ya tantas veces mencionada ambigüedad proceso-producto. Con ella se designa tanto el proceso interpretativo (la actividad en que consiste la interpretación) como al resultado interpretativo (al enunciado producto de la interpretación).

tificar soluciones; si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría contemporánea 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. Así, volviendo sobre el ejemplo de la interpretación y mirándolo desde esta perspectiva, los llamados momentos de la interpretación jurídica dejan de ser procedimientos para hallar la «interpretación correcta» para pasar a ser esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados en favor de la interpretación considerada correcta. En definitiva, lo que quiero resaltar es la idea de que el problema del método jurídico no es el de hallar en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino el de justificar soluciones particulares usando normas generales.[4] Si se miran así las cosas y se admite que, en general, puede decirse que justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil entender por qué el llamado en términos teóricos «problema del método jurídico» no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas.

2.2. El método jurídico y la creación de normas jurídicas: el Derecho implícito y la doctrina jurídica

En el capítulo anterior ya traté de mostrar que para dar cuenta adecuadamente de la diferencia entre legisladores y

4. En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre el «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación» de una teoría. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desarrolla la ciencia, al proceso mediante el cual se produce un descubrimiento o se formula una teoría; y respecto del mismo suele decirse que no es susceptible de ser analizado en términos lógicos, pues no habría nada parecido a una lógica del descubrimiento. Frente a esta noción, la de «contexto de justificación» alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o un descubrimiento científicos; y, a diferencia de la anterior, sí es susceptible de ser analizada en términos lógicos. Esta actividad de validación viene gobernada por lo que se llama el «método científico». Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, CEC, 1991, Madrid, pp. 22 y ss. Si proyectamos esta distinción sobre nuestro discurso, entonces puede verse que el método jurídico no es un «protocolo» para el descubrimiento de ninguna solución jurídica, sino más bien para su justificación. En definitiva, lo que me parece importante en relación con todo ello es darse cuenta de que en el ámbito del descubrimiento de las soluciones jurídicas no hay reglas dadas y que, en cierto sentido, puede decirse que para el mismo es válido el dicho de que «cada maestrillo tiene su librillo». Obviamente ello no es así para el ámbito de la justificación de esas mismas soluciones, pues este ámbito está gobernado por el método jurídico.

jueces convenía abandonar —o como mínimo relativizar— el paradigma representado por la oposición creación-aplicación; entre otras razones, porque los órdenes jurídicos cuentan con normas generales cuyo origen hay que situarlo en actos normativos realizados por autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, abandonar ese paradigma no supone —como creo haber mostrado— renunciar a trazar diferencias claras entre unas y otras autoridades jurídicas. No voy a volver ahora sobre ello, tan sólo quiero recordar algo que 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, en definitiva y dicho en otras palabras, del método jurídico.

Si nos damos cuenta de ello, es fácil percatarse de que una teoría de las fuentes del Derecho no puede eludir el problema del llamado «Derecho implícito». Si por «Derecho explícito» entendemos aquel que es el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas, el Derecho implícito será aquel 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 que los juristas hacen uso indirectamente de la misma. Considere el lector, por ejemplo, el uso frecuente que los juristas hacen de expresiones 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...», etc.[5] Estos ejemplos de frases hechas empiezan y acaban con unos puntos suspensivos: a la izquierda de las mismas se situaría una argumentación jurídica y a la derecha una norma de las llamadas implícitas, es decir, a la izquierda el proceso (de creación o, a estas alturas mejor, de justificación) y a la derecha el resultado. Si

5. Cfr. Ernst, Carlos: *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner, ed., Córdoba, 1994, pp. 9 y ss.

se acepta lo anterior entonces es fácil darse cuenta de que para la teoría de las fuentes, donde lo fundamental es poner en conexión las normas con los procesos de los que ellas son un resultado, es indiferente hablar de Derecho implícito (resultado) o de método jurídico, elaboración racional del propio Derecho o argumentación jurídica (proceso).

Quien admita la relevancia del método jurídico para la teoría de las fuentes del Derecho estará en condiciones de entender por qué en muchas ocasiones se ha incluido a la «doctrina jurídica» o al «Derecho científico» (esto es, a la obra de los dogmáticos, de los juristas teóricos) dentro de los catálogos de fuentes del Derecho. Naturalmente, quienes han sostenido que la doctrina es fuente del Derecho no han afirmado nada semejante a que los juristas teóricos sean autoridades jurídicas en el sentido en que lo son los legisladores y los jueces. Sin pretender extenderme en la cuestión, piense el lector que la relevancia de la doctrina jurídica para la teoría de las fuentes proviene de que la labor teórica que realizan los dogmáticos consiste fundamentalmente en una mediación entre la generalidad de las normas jurídicas explícitas y las soluciones de los casos particulares; extraen y justifican conclusiones normativas que se presentan como explicitaciones del Derecho implícito; son (o pretenden ser) el resultado de la elaboración racional del Derecho explícito. Téngase en cuenta que, en definitiva, la utilidad de la dogmática radica en que su labor consiste precisamente en suministrar razones para resolver casos concretos más allá de las estrictamente suministradas por el Derecho explícito.

Este capítulo no pretende tan siquiera constituir un esbozo de teoría del método jurídico o de la dogmática jurídica; aspira tan sólo a aclarar algunos aspectos del Derecho que me parecen fundamentales para alcanzar una cabal comprensión de las fuentes del Derecho y, por tanto, de los procesos de generación de normas jurídicas. Para ello, a continuación nos vamos a detener a estudiar los «principios jurídicos». Su análisis nos va a permitir introducir ciertas distinciones a propósito de la dimensión regulativa del Derecho que resultarán fundamentales para entender algunos aspectos centrales del método jurídico, así como su papel en la producción jurídica.

3. Los principios jurídicos y la dimensión regulativa del Derecho

3.1. Una ambigüedad característica de la expresión «principios jurídicos»

Es relativamente común que los principios jurídicos, o principios generales del Derecho, aparezcan como una categoría autónoma dentro de los catálogos de fuentes del Derecho. Sin ir más lejos, el Código civil español en su artículo 1.1 dispone, por ejemplo, que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Conforme con ello, parece que analizar conceptualmente los principios jurídicos en el contexto de las fuentes del Derecho debe suponer aclarar, por un lado, qué tienen en común los principios jurídicos con las otras fuentes (por ejemplo, la ley —fuente-acto— y la costumbre —fuente-hecho—) y además, por otro, qué los diferencia de ellas. Este objetivo tropieza, sin embargo, con un primer y fundamental escollo. En efecto, si bien es cierto —como se ha dicho— que muchas enumeraciones de las fuentes del Derecho incluyen los principios como fuente autónoma, también lo es que en el uso que los juristas suelen hacer de los principios, éstos tienden a confundirse con las restantes fuentes. No es difícil constatar que con suma frecuencia se habla de «principios constitucionales», «principios legales» o «principios jurisprudenciales». En estos casos, se hace un uso de la expresión «principios jurídicos» que lejos de oponerse a las restantes fuentes del Derecho, parece referirse a un tipo de norma jurídica contenido en alguna de esas fuentes; o dicho en otras palabras, parece referirse a una especie dentro del género «norma constitucional», «norma legal» o «norma jurisprudencial». En resumen, en unas ocasiones se usa en el sentido de pauta de conducta, y entonces se presenta como opuesta a las reglas jurídicas, y en otras, en el de fuente del Derecho, y entonces se presenta como opuesta a las fuentes-acto y a las fuentes-hecho. A continuación me propongo aclarar la oposición entre principios y reglas para después tratar de mostrar cómo pueden integrarse o hacerse compatibles esos dos usos de la expresión «principios jurídicos».

3.2. Principios y reglas

Para aclarar la relevancia de los principios jurídicos para la teoría de las fuentes del Derecho conviene, en primer lugar, precisar a qué tipo de pauta de conducta se alude cuando se usa dicha expresión. Para ello voy a retomar la tipología de enunciados jurídicos de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que ya ha sido parcialmente presentada en el capítulo III. Si se recuerda, siguiendo a estos autores, allí hemos distinguido dos dimensiones del Derecho: la dimensión regulativa (de guía y valoración de la conducta) y la constitutiva (de creación de resultados institucionales). A su vez, dentro de esta última hemos diferenciado entre reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Ahora conviene que nos centremos en la otra dimensión, la regulativa, y que introduzcamos algunos nuevos tipos de normas jurídicas.

El análisis que Atienza y Ruiz Manero[6] nos proponen parte de una constatación bastante obvia: que los juristas prácticos y los teóricos del Derecho usan la expresión principios jurídicos con diversos sentidos. Así, realizan la siguiente enumeración de las acepciones más importantes:

a) Como norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades son muy generales.

b) Como norma redactada en términos particularmente vagos.

c) Como directriz o norma programática, esto es, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.

d) Como norma que expresa los valores superiores de un orden jurídico.

e) Como norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

f) Como *regula iuris*, esto es, como enunciado o máxima de la ciencia jurídica que tiene un considerable grado de abstracción y que permite la sistematización del orden jurídico o de una parte del mismo.

A partir de ahí, realizan diferentes clasificaciones de los principios jurídicos de las que a nosotros, por el momento,

6. Esta presentación de los principios jurídicos seguirá la exposición contenida en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: ob. cit., pp. 3 y ss.

sólo nos va a interesar la que opone lo que llaman principios en sentido estricto [la acepción *d*)] a directrices o normas programáticas [acepción *c*)]. Esta distinción —nos dicen— es exhaustiva y excluyente. Que sea exhaustiva supone que las características presentes en las acepciones *a*, *b*, *e* y *f* si bien en muchas ocasiones acompañan a los principios jurídicos, no valen por sí mismas para calificar una determinada pauta de conducta como un principio jurídico.

A continuación, Atienza y Ruiz Manero abordan la tarea de diferenciar entre reglas y principios. Para ello empiezan aclarando que adoptan el esquema de las normas jurídicas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin,[7] que considera a las normas como correlaciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades; o, en una terminología tradicional, supuestos de hecho) y soluciones normativas (calificaciones de conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas). Sin embargo, realizan algunas precisiones a este esquema. En primer lugar afirman que la solución normativa puede consistir bien en la calificación normativa de una conducta (una acción), bien en la calificación normativa de un estado de cosas (un fin). Ello les permite distinguir entre lo que llaman reglas de acción y reglas de fin. La otra aclaración es que el caso que constituye el antecedente de las normas regulativas puede estar configurado en forma abierta o cerrada. Y ello les va a permitir —según nos dicen— distinguir entre reglas y principios. En este sentido escriben:

> La diferencia [entre reglas y principios] estriba en que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las reglas lo hacen en forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra) (p. 9).

7. En Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Una vez que cuentan ya con el criterio que permite distinguir entre reglas y principios, retoman la oposición entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas con el fin de precisarla. Ambos tipos de pautas de conducta configuran en forma abierta sus condiciones de aplicación y en ello radica su diferencia con las reglas. La diferencia entre ellos, sin embargo, reside en el consecuente: mientras que los principios en sentido estricto determinan un modelo de conducta que incorpora una medida de cumplimiento (ordenan una acción que puede ser cumplida o no), las directrices incorporan sólo un objetivo, un fin (ordenan un estado de cosas) alcanzable en diferentes grados y por conductas de muy diverso tipo.

Si tomamos en consideración lo dicho hasta ahora a propósito de la dimensión regulativa del Derecho, podemos construir un cuadro en el que se representen las semejanzas y diferencias entre todos estos tipos de pautas de conducta.

CUADRO VII.1. *Normas jurídicas regulativas*

Normas regulativas	*Caso (supuesto de hecho)*	*Solución normativa*
Reglas de acción	Configurado en forma cerrada. Conjunto determinado de propiedades	La acción está configurada en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.
Reglas de fin	Configurado en forma cerrada. Conjunto determinado de propiedades	El estado de cosas debido (fin) está configurado en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.
Principios en sentido estricto	Configurado en forma abierta	La acción está configurada en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.
Directrices	Configurado en forma abierta	El estado de cosas debido (fin) está configurado en forma abierta. No incorpora una medida de cumplimiento.

Llegados a este punto quiero introducir algunas matizaciones al esquema conceptual propuesto por Atienza y Ruiz Manero. En efecto, si bien la presentación que hacen de los principios jurídicos me parece fundamentalmente acertada y nos va a resultar de gran utilidad, creo que ella es susceptible de ser simplificada sin pérdidas relevantes. Estas matizaciones tienen que ver con el criterio que utilizan para caracterizar los principios jurídicos; me refiero a la configuración del caso en forma abierta. El problema es que ello resulta extraordinariamente vago y no permite, al final, distinguir entre reglas vagas, aquéllas que describen un caso en forma vaga, y principios jurídicos que tienen configurado el caso de forma abierta. La «radicalidad en la vaguedad» —a la que se refieren nuestro autores— no parece ser una buena guía conceptual. En mi opinión, la mejor manera de caracterizar los principios jurídicos, mostrando de forma clara su diferencia con las reglas, consiste en afirmar que son un tipo de pauta de conducta en la que no se define caso, que no cuentan con supuesto de hecho. Dicho en otras palabras, su estructura responde al esquema de lo que Von Wrigth llamó normas categóricas; esto es, normas cuyas condiciones de aplicación se derivan exclusivamente de su propio contenido.[8] Ello, por cierto, está muy próximo al uso que los legisladores y los juristas hacen de los principios. En efecto, lo característico del uso de estas pautas de conducta es que generalmente se les asigna un nombre y adoptan una formulación categórica (en el sentido antes expuesto). Por ejemplo, bajo el nombre de principio de irretroactividad nos referimos a la norma categórica que prohíbe dictar normas retroactivas. Bajo el nombre de principio de igualdad, al deber de tratar igual o a la prohibición de discriminar. En otras ocasiones no se les asigna un nombre (sólo suelen tenerlo los principios en sentido estricto), pero siempre se res-

8. Von Wright define la condición de aplicación de una norma como «aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma». Así, serán categóricas —nos dice— las normas 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, estas últimas al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma «Si... entonces...». Cfr. Von Wright, G. H.: *Norma y acción*, ob. cit., pp. 91 y ss. Ahora bien, lo fundamental no radica en la referida estructura condicional porque es obvio que a cualquier norma categórica se le puede dar esta forma condicional por la vía de o bien explicitar alguna condición que se deriva del contenido (dando lugar a una norma redundante) o bien introduciendo alguna condición cuya ocurrencia sea necesaria.

peta la estructura categórica; así, se habla del deber de promocionar el pleno empleo, la salud o cualquier otro fin colectivo.

Ahora bien, lo anterior —el que los principios jurídicos sean normas categóricas, normas que incorporan un mandato incondicionado— no debe llevar a pensar que los principios sean normas absolutas. En efecto, tal como se dijo en el capítulo anterior, todas las normas del Derecho objetivo (sean principios o reglas) son siempre *prima facie*, ninguna de ellas contiene mandatos absolutos. El carácter derrotable *(prima facie)* de las normas jurídicas es independiente de que sean categóricas o hipotéticas; tiene que ver con otra cosa: con el hecho de que todas ellas mantienen entre sí una multiplicidad de relaciones sistemáticas. Como consecuencia de ello, sea cual sea su estructura, unas pautas de conducta desplazan a otras en la resolución de los casos particulares. Su estructura es relevante en el sentido de que determina la forma de conflicto entre unas y otras pautas de conducta, pero no afecta al carácter derrotable de todas ellas.[9]

9. La mejor prueba de que la estructura hipotética que nos proponen Atienza y Ruiz Manero es susceptible de ser simplificada la encontramos en los ejemplos que ellos mismos nos suministran. En efecto, a lo largo del libro hacen diferentes reformulaciones de principios del Derecho español con el fin de ilustrar su concepción de los principios. Estas reformulaciones consisten en adaptar dichos principios a la forma canónica condicional que ellos defienden. Si bien se considera, esa adaptación consiste siempre en, por un lado, reproducir la cláusula «a menos que, en un determinado caso (genérico o individual), sean aplicables principios que ordenen otra cosa y que, en relación con dicho caso, tengan un mayor peso» y, por otro, en explicitar algunas condiciones de aplicación que se derivan directamente del contenido del principio en cuestión. Una muestra de ello la encontramos en la reformulación que hacen del artículo 14 de la Constitución española (principio de igualdad) entendido —nos aclaran— «como disposición dirigida a los órganos de producción y aplicación del Derecho». Dicha reformulación dice lo siguiente: «Si un órgano jurídico ha de dictar una norma o aplicarla y sobre el caso genérico o individual de que se trate no incide otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» Conforme con lo dicho anteriormente esta reformulación está sobrecargada y puede ser simplificada. La cláusula «a menos que...» puede predicarse de todas las normas jurídicas (ya sean principios o reglas) y si ello es así, por razones de pura economía, puede ser eliminada de la estructura de cada una de ellas y ser considerada como una relación sistemática. Y al eliminarla, entonces resulta evidente que nos encontramos ante la formulación de una norma categórica aunque redundante. Dicha norma diría lo siguiente: «Si un órgano jurídico ha de dictar una norma o aplicarla, entonces a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Recapitulando todo lo anterior, podemos trazar la distinción entre reglas y principios en los siguientes términos: las reglas responden a una estructura condicional que correlaciona un caso (esto es, un conjunto de propiedades por genérico y vago que éste sea) con una solución normativa. Los principios, por el contrario, no tienen más condiciones de aplicación que las que se derivan de su propio contenido. En este sentido, son normas categóricas. A partir de ahí, podemos preguntarnos en qué se traduce esa diferencia estructural en términos funcionales para el razonamiento jurídico. Para aclararlo —y siguiendo a nuestros autores de referencia— podemos preguntarnos si la contribución de los principios al razonamiento jurídico justificativo es más o menos importante que la de las reglas. La respuesta a esta pregunta dependerá de la perspectiva que se adopte.

En un sentido puede decirse que los principios son menos importantes que las reglas. En efecto, los principios son un tipo de pauta de conducta que nunca resulta aplicable directamente. Al tener una estructura categórica, esto es, al ser un mandato incondicionado en el que no se define caso genérico o supuesto de hecho, no es posible realizar sobre los principios la operación de subsunción del caso particular en el caso genérico. Para poder aplicar un principio se requiere siempre la formulación de una regla que correlacione un caso genérico (construido a partir de seleccionar las propiedades consideradas relevantes del caso particular que se trata de resolver) con la solución normativa que establece el principio. La llamada ponderación de principios no es otra cosa que la selección de la solución normativa que debe resolver el caso conflictivo cuando sobre el mismo concurren varios principios. Se selecciona la solución normativa establecida por el principio que a la luz de las propiedades del caso tiene más peso. En este sentido, pues, los principios son menos importantes que las reglas: incorporan soluciones normativas (deber de tratar igual, deber de no dictar normas retroactivas, etc.) pero no indican cuándo (en qué casos) rigen esas soluciones.

Pero esto mismo, visto desde otra perspectiva, hace que los principios sean más importantes que las reglas. En efecto, al ser normas categóricas —sin caso—, entran en juego en un mayor número de situaciones que las reglas. Tienen una fuerza expansiva que no tienen las reglas, y ello hace que desempeñen un papel justificativo fundamental que se traduce en que

entran en juego siempre que se trata de realizar operaciones aplicativas del Derecho no estrictamente subsuntivas. O por decirlo de otro modo, y retomando la terminología utilizada en el capítulo anterior: los principios intervienen en todas las operaciones destinadas a transformar el Derecho objetivo con el fin de construir la premisa normativa del razonamiento jurídico justificativo.

Al abordar la cuestión de la mayor o menor importancia de los principios y las reglas en el razonamiento jurídico, parece ineludible responder a la pregunta siguiente: en caso de conflicto entre una regla y un principio ¿cuál de los dos tipos de pautas de conducta prevalece? No quiero detenerme mucho en este punto, pero sí llamar la atención sobre algunos aspectos. En muchas ocasiones la discusión generada en la resolución de este problema está distorsionada por el hecho de que se ignora el contexto de jerarquía normativa en el que se desenvuelve el razonamiento jurídico. Es obvio que cuando una ley incorpora reglas que violan un principio constitucional o que ponderan de manera errada varios principios constitucionales, entonces los principios desplazan a las reglas (no hace falta entrar ahora en las diferentes técnicas particulares que un orden jurídico puede prever para proceder a ese desplazamiento; me refiero, por ejemplo, al poder concedido a los jueces para inaplicar directamente esas reglas o para formular la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o cualquier otra). Lo importante, sin embargo, es darse cuenta de que en estos casos el desplazamiento (que se traduce en la nulidad de la disposición que contiene esa regla) es el resultado de la jerarquía normativa y no de la mayor importancia en el razonamiento justificativo de los principios frente a las reglas. No olvidarse de ello es muy importante porque es obvio también que en el mismo nivel de jerarquía normativa las reglas pueden desplazar a los principios. Por ejemplo, en la Constitución española las reglas que regulan la sucesión a la Corona (y son reglas y no principios) prevalecen sobre el principio de igualdad. ¿Significa ello que debe abandonarse la tesis de que en caso de conflicto entre un principio y una regla siempre prevalece el principio? En mi opinión no, sino sólo que para seguir sosteniéndola hay que dar entrada a más elementos que los hasta ahora considerados. En efecto, para poder afirmar que los principios prevalecen siempre sobre las reglas hay que ver a estas últimas como el desarrollo, la con-

creción o la especificación de principios. De esta forma, cuando una regla exceptúa o desplaza a un principio, lo que ocurre en realidad no es que ella prevalezca sobre el principio desplazado, sino que el principio que la regla concreta o especifica prevalece sobre el principio que resulta desplazado. Ello supone que el conflicto entre una regla y un principio es siempre aparente, se trata más bien de un conflicto entre principios. Por ello puede decirse que jamás ocurre que una regla prevalezca sobre un principio. Para desarrollar esta idea (y dotarla de sentido) debemos entrar de lleno en la dimensión valorativa del Derecho. A ello se va a dedicar el siguiente epígrafe.

3.3. Normas y valores

En el epígrafe anterior he tratado de mostrar las diferencias entre reglas jurídicas y principios jurídicos como especies del género norma regulativa. Es decir, nos hemos movido en el marco de la función regulativa del Derecho, esto es, de guía y valoración de la conducta. Pues bien, lo que me interesa mostrar ahora es lo siguiente: todos los enunciados jurídicos que llamamos normas regulativas presentan un doble aspecto: uno directivo (de guía de la conducta) y otro valorativo (de valoración de la conducta). En este sentido escriben Atienza y Ruiz Manero:

> Estos dos elementos están normalmente superpuestos, y de ahí que de ordinario no se advierta su dualidad. Vienen a constituir algo así como una y otra cara de la misma realidad. Pero hay ocasiones en que esos dos lados parecen escindirse. Podríamos decir, entonces, que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere, normativo en sentido estricto, esto es de guía de conducta; y el valorativo o criterio de valoración (esto es de justificación o de crítica).[10]

A partir de ahí, se proponen mostrarnos que entre enunciados valorativos, principios y reglas hay, en cierto sentido,

10. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 131. Si el lector tiene dificultades para distinguir esas dos funciones o aspectos de las normas regulativas, piense en el uso que se hace de las mismas *ex ante* y *ex post* de la acción. Hacia el futuro se usan fundamentalmente como guías de la conducta; hacia el pasado —dado el carácter inexorable del mismo— ese uso carece de sentido, hacia el pasado se usan como criterios para la valoración de las conductas realizadas.

un continuo. En todos esos tipos de enunciados están presentes los dos aspectos pero resaltados de manera diferente. Vayamos por partes y tratemos de explicarlo siguiendo el proceso argumentativo que nos proponen Atienza y Ruiz Manero.

Consideremos los siguientes enunciados:

1. La vida es un bien.
2. No se debe matar.
3. Está prohibido matar, a no ser que concurra una causa de justificación.
4. El juez debe condenar a la pena de reclusión menor a quien haya matado a otra persona, si no ha concurrido alguna causa de justificación y si el autor es un sujeto a quien se puede reprochar su acción.

Según nuestros autores 1 expresa un juicio de valor, 2 un principio y 3 y 4 son reglas que tienen dos destinatarios diferentes, los ciudadanos en general y los jueces respectivamente. En relación con 1, vienen a decir que suscribir ese juicio de valor implica que en principio se consideran justificadas las acciones u omisiones encaminadas a mantener a la gente con vida e injustificadas las que producen la muerte y, en consecuencia, que se está dispuesto a realizar o que se espera de los demás que realicen las acciones u omisiones encaminadas a preservar la vida. Pero —continúan— 2 no parece ser muy diferente de 1. Aceptar 2 como una norma (principio) de conducta significa estar dispuesto a preservar la vida de los demás y que, llegado el caso, se encontrarían justificadas las acciones consistentes con ese principio, e injustificadas, criticables, las que se le oponen. Ambos enunciados vienen a decir lo mismo; la diferencia entre ellos radica en que el primero resalta más el aspecto valorativo (o axiológico) y el segundo el aspecto directivo; 3 y 4 son, como se ha dicho, reglas y presentan también ese aspecto bifronte: quien las acepta tiene una razón para hacer lo que ellas establecen y para considerar justificada la conducta que se adapta e injustificada la que se desvía. En realidad —nos dirán— lo que se produce de 1 y 2 a 3 y 4 es un proceso de concreción, pero en todos esos enunciados están presentes tanto el aspecto de guía como el de valoración o justificación de la conducta.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, se sigue que: *a*) en todas las normas regulativas (ya sean principios o reglas)

encontramos tanto el aspecto valorativo como el directivo; *b*) la diferencia de los principios con los juicios de valor radica en que en aquéllos se resalta más el aspecto directivo y en éstos el aspecto valorativo; y *c*) la diferencia de ambos (juicios de valor y principios) con las reglas se encuentra en que éstas son una concreción de aquéllos. Ahora bien, la tesis de nuestros autores no se limita a eso, sino que sostienen algo más. Afirman que el aspecto valorativo tiene una prioridad justificativa sobre el directivo. Esta prioridad justificativa resulta manifiesta cuando uno se da cuenta de que mientras que tiene pleno sentido afirmar que está prohibido matar porque la vida es un bien, no lo tiene afirmar que la vida es un bien porque está prohibido matar. En el trasfondo de todo ello se encuentra una determinada concepción de los valores que ve la relación entre éstos y las normas del siguiente modo: los valores son anteriores a las normas y, en cierto sentido, independientes de ellas; las normas son más bien instrumentos para la protección y la promoción de los valores. En este sentido escriben:

> Los valores incorporados a los enunciados jurídicos pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas) sobre ciertas acciones y estados de cosas. Esto no quiere decir que atribuyamos a las autoridades (pongamos, al legislador) la capacidad de crear valores, sino que nos interesan únicamente los valores asumidos por las autoridades jurídicas. Quienes aceptan esos juicios de valor de las autoridades aceptan también que existe una razón para considerar justificado (o, en su caso, injustificado) realizar determinadas acciones o procurar determinados estados de cosas.

A partir de todo lo anterior quisiera extraer algunas conclusiones y realizar algunas estipulaciones relevantes para nuestro discurso de las fuentes del Derecho.

1. Por valores jurídicos hay que entender ciertos estados de cosas que el Derecho reconoce como valiosos y que, en consecuencia, merecen ser protegidos y/o promocionados, esto es, bienes jurídicos. Las expresiones «valores jurídicos» y «bienes jurídicos» son en este contexto sinónimas: decir que la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad, etc., son valores jurídicos quiere decir que el orden jurídico los considera bienes que debe proteger y/o promocionar.

2. Todas las normas regulativas (ya sean principios o reglas) están orientadas hacia la protección y/o promoción de bienes jurídicos. Por ello, nos suministran no sólo una guía de la conducta, sino también un criterio para su valoración.

3. No hay gran diferencia entre valores jurídicos (bienes jurídicos) y principios jurídicos. No hay gran diferencia entre proclamar que la igualdad ante la ley es un valor o bien jurídico y prohibir discriminar (proteger la igualdad ante la ley).

4. Si se acepta todo lo anterior, parece que debe aceptarse también que todas las reglas jurídicas pueden ser vistas como el resultado o el producto de un determinado balance o ponderación de valores y/o principios jurídicos para el caso genérico que tratan de regular.

5. Si todas las normas regulativas presentan un aspecto directivo (de guía de la conducta) y un aspecto valorativo (de justificación de la conducta) entonces, a efectos analíticos, la que hemos llamado dimensión regulativa del Derecho puede ser descompuesta (analizada) en otras dos: la dimensión directiva y la dimensión valorativa.

Ahora bien, es perfectamente posible que algunos (o muchos) de esos valores o bienes (o los principios que directamente ordenan su protección o promoción) a los que nos venimos refiriendo no hayan sido formulados en el orden jurídico. Que ninguna autoridad jurídica (como, por ejemplo, el legislador) los haya proclamado como tales; que no haya promulgado ninguna fuente-acto que los formule. Cuando ése es el caso, hablamos de valores y/o principios jurídicos implícitos y su determinación es el resultado de atribuir a las reglas formuladas un sentido, un propósito protector o promocional de ciertos bienes. Los principios y valores explícitos, obviamente, serán aquellos que sí han sido declarados. Una vez introducida esta distinción, podría pensarse que ya estamos en condiciones de resolver uno de los problemas que nos planteábamos al comienzo de este epígrafe, cuando empezamos a hablar de principios jurídicos. Me refiero a cómo entender la oposición que, por ejemplo, hace el Código civil español entre ley, costumbre y principios generales del Derecho. En efecto, tal vez podría decirse que para que esta oposición funcione como tal haya que entenderla del siguiente modo: la ley alude a los enunciados jurídicos que son el producto de una fuente-acto, ya sean estos principios, valores, reglas, etc.; la costumbre, a

reglas sociales incorporadas al orden jurídico; y los principios generales del Derecho, a lo que hace nada hemos llamado valores y/o principios implícitos. Así, mientras que de acuerdo con la terminología usada por el Código los principios jurídicos explícitos serían ley, los principios implícitos serían los que el Código llama «principios generales del Derecho». Pero esta forma de ver las cosas no acaba de ser satisfactoria; no es tanto que esté equivocada cuanto que resulta empobrecedora. En el fondo, se basa en la reducción de todo el Derecho implícito a los principios implícitos y ello resulta parcial. Si nos resistimos a esa fácil reducción tal vez consigamos explicar con mayor precisión el papel que los valores y/o principios jurídicos (explícitos o no) juegan en la generación del llamado Derecho implícito.

4. De nuevo sobre el método jurídico y el Derecho implícito

Hace algunas páginas dije que si por Derecho «explícito» entendíamos las normas jurídicas que eran un producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas, por Derecho «implícito» habría que entender aquellas normas jurídicas que eran un producto de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico. Asimismo dije que para la teoría de las fuentes del Derecho, donde lo fundamental es poner en conexión las normas jurídicas con los procesos de los que ellas son un producto, da lo mismo hablar de Derecho implícito (producto) o de método jurídico, elaboración racional del propio Derecho o argumentación jurídica (proceso). En pocas palabras, lo que pretendo resaltar es que creo que no es posible desarrollar un concepto de Derecho implícito sin referirse a una concepción del método jurídico. En este sentido y dibujando con trazos muy gruesos, puede decirse que hay dos grandes nociones de Derecho implícito o de norma jurídica implícita que se corresponden con dos grandes formas de concebir el método jurídico.

La primera consiste en entender que la expresión «norma jurídica implícita» designa una norma que es una consecuencia lógica de las normas formuladas. De esta forma, el Derecho (el sistema jurídico) está compuesto por las normas formuladas, las que son el producto de actos de promulgación

—lo que hemos llamado Derecho explícito— y por las normas derivadas, esto es, las que son consecuencias lógicas de las primeras. La concepción del método jurídico que podríamos asociar a esta forma de concebir el Derecho implícito podríamos llamarla deductivista. En realidad, todas las corrientes que conciben el sistema jurídico como un sistema normativo y deductivo, en el que los criterios de pertenencia de las normas al sistema son los de legalidad (promulgación) y deducibilidad (consecuencia lógica) presuponen la visión del Derecho implícito y del método jurídico que aquí he esbozado.[11]

Ahora bien, esta noción de Derecho implícito no nos va a interesar y ello por varias razones:

1. La primera es que ese uso de la expresión «norma implícita» resulta artificioso y dista mucho del que me parece que los juristas hacen de la misma. En efecto, un rasgo central de lo que he llamado la concepción deductivista del método jurídico es que toma en consideración sólo la dimensión directiva de las normas jurídicas, las ve sólo como guías de la conducta. La dimensión valorativa o bien es sencillamente ignorada o bien está completamente subordinada a la directiva. Por el contrario, en mi opinión, para dar cuenta del uso que los juristas hacen de la noción de Derecho implícito hay que entrar de lleno en la dimensión valorativa del Derecho.

2. La segunda razón por la que este concepto de Derecho implícito no nos interesa es la siguiente: como es sabido, las consecuencias lógicas tienen carácter necesario respecto de las premisas; ello en nuestro caso supone que las normas implícitas tienen carácter necesario respecto de las normas formuladas, se siguen necesariamente de ellas. Ello hace que este concepto resulte sencillamente irrelevante para la teoría de las fuentes, porque para ella las normas jurídicas son siempre productos contingentes, no necesarios. Para la teoría de las fuentes la explicación de las normas que son consecuencia lógica de otras normas jurídicas no puede ser diferente de la explicación de las normas de las que ellas son una derivación. En realidad, la concepción deductivista del método jurídico y, en particular,

11. Especialmente relevante por su influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo y por el grado de desarrollo y sofisticación alcanzados es la concepción del sistema jurídico que encuentra su origen en la obra de Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción...*, ob. cit.

la concepción del Derecho implícito como Derecho necesario han contribuido (y siguen contribuyendo) a suministrar una imagen del Derecho que convierte en invisibles (por irrelevantes) a los juristas y eso es algo que este trabajo trata de combatir y sobre lo que más adelante se habrá de volver.

3. La tercera razón es que tras una rotunda apariencia de rigor conceptual y metodológico lo que en realidad hacen estas concepciones del sistema jurídico es sencillamente sortear todos los problemas que la aplicación del Derecho plantea a los juristas. Una muestra de ello puede ser, por ejemplo, el hecho de que para estas concepciones la base del sistema jurídico, esto es, el conjunto de normas formuladas por el legislador a partir del cual se produce la derivación, está compuesto por formulaciones de normas dotadas ya de significado. Ello supone sortear directamente el problema de la interpretación[12] y asumir algo que es radicalmente ficticio: que los problemas con que se encuentran los juristas a la hora de aplicar el Derecho son de derivación en lugar de determinación de las premisas.

La noción de norma implícita que sí nos va a interesar es la de aquellas normas que invocan los juristas, que no son el significado de una formulación de normas dada por una autoridad (es decir, no son una norma explícita) y que no son meras consecuencias lógicas de las mismas. Como se ve, la idea de norma implícita que estamos barruntando se sitúa entre lo que podríamos llamar «pura decisión» (donde la explicación estaría simplemente en un acto de voluntad) y la «pura racionalidad» (consecuencia lógica). Esta imagen intermedia del Derecho implícito es congruente con la crítica que en el capítulo anterior se dirigió tanto contra el «judicialismo extremo» (las decisiones judiciales sólo son explicables en términos

12. Téngase en cuenta que la interpretación constituye uno de los núcleos de problemas de la teoría del Derecho. Para percatarse de la extraordinaria dificultad que entraña dar cuenta de ella tal vez baste pensar que los juristas utilizan la misma expresión para referirse tanto a la actividad orientada a determinar el significado de un enunciado, como a la actividad orientada a modificar ese significado. Para evitar los enredos que de ello pueden derivarse, tal vez fuera conveniente asumir la siguiente estipulación: reservar la expresión «significado» para aludir al producto de lo que tradicionalmente se ha llamado «interpretación literal» (es decir, al producto de aplicar reglas semánticas sobre el enunciado que se trata de interpretar) e «interpretación» al producto de los restantes argumentos interpretativos (sistemático, teleológico, histórico-evolutivo, etc.).

de pura voluntad) como contra el «deductivismo extremo» (en realidad no hay decisiones, se trata simplemente de conclusiones) en la medida en que ambas corrientes excluían la posibilidad de hablar de normas de origen judicial. En el fondo, esa exclusión es el resultado de una visión muy empobrecida de la argumentación jurídica o del método jurídico.

En cualquier caso, no es este el lugar para detenerse en extenso en la teoría de la argumentación o del método. Cualquier intento de ello supondría en este contexto, por un lado, apartarnos demasiado de nuestro objetivo principal y, por otro, una improvisación injustificable. Tan sólo quiero llamar la atención sobre lo siguiente: uno, la argumentación jurídica juega un papel central en todas las operaciones de aplicación del Derecho que no son meramente subsuntivas, es decir, aquellas que suponen la extensión (argumentación por analogía), restricción (argumentación a contrario) o selección (reducción al absurdo) del Derecho explícito. O dicho en otras palabras, el método jurídico consta también de operaciones consistentes en justificar premisas, no sólo conclusiones.[13] Dos, la noción de Derecho implícito o de normas que son un producto de la elaboración racional de otras normas ya existentes sólo tiene sentido en los contextos en los que se trata de resolver casos usando normas jurídicas. En efecto, si bien se considera, los contextos «naturales» en los que se recurre a esta noción son el de la aplicación del Derecho llevada a cabo por operadores jurídicos (resolución de casos individuales) y el del análisis del Derecho realizado por los dogmáticos (resolución de casos genéricos). Y tres, las nociones de consistencia y coherencia del Derecho suelen usarse como criterios centrales para la aceptación (justificación) de normas implícitas (premisas normativas que deben ser justificadas). Como se ve,

13. En este punto puede resultar interesante una distinción debida a J. Wróblewski y que hoy es de uso corriente en la literatura sobre argumentación jurídica. Me refiero a la distinción entre «justificación interna» y «justificación externa». La primera expresión alude a la justificación del paso de premisas a conclusiones, aquella que trata de mostrar que ese paso es válido. La segunda, la «justificación externa», se refiere a la justificación de las premisas, aquella que trata de mostrar que las premisas son aceptables. La justificación interna —suele decirse— es una cuestión de lógica deductiva; la externa va más allá de la lógica deductiva; cfr. Atienza, Manuel: *Las razones...*, ob. cit., pp. 46 y ss. Pues bien, las operaciones del método jurídico que hemos llamado «subsuntivas» se corresponden con lo que aquí se ha denominado «justificación interna»; y las destinadas a formular y/o justificar la premisa normativa (las genuinamente argumentativas), justificación externa.

estas nociones reaparecen de nuevo; tratemos ahora de dotarlas de la claridad que no fuimos capaces de ofrecer en el capítulo IV.

5. Consistencia y coherencia normativas: más sobre la unidad del Derecho

Si se recuerda, al comienzo del libro formulé el problema de la unidad del Derecho en los siguientes términos. Bajo el rótulo de la unidad del Derecho se ha planteado la cuestión de cómo podemos explicar que si el Derecho es un conjunto de normas con orígenes muy diversos, la solución de un caso sea la solución según el Derecho; es decir, el problema es el de cómo se pasa de la diversidad normativa a la unidad del Derecho en la solución de los casos particulares. O dicho en otras palabras, cómo es posible que al final de un razonamiento jurídico acabado, la solución propuesta no sea la solución según tal o cuál norma jurídica, sino la solución según el Derecho. Pues bien, la idea de que el Derecho es unitario es un postulado esencial del método jurídico. Este postulado, naturalmente, no excluye la posibilidad de que contingentemente para un caso concreto el Derecho resulte ser no unitario (esto es, indeterminado), lo que sí exige es que cuando eso ocurre entonces ello sea visto como un problema (o un defecto) que puede y debe ser resuelto (o subsanado). Lo que me interesa resaltar ahora es que ese postulado del método jurídico supone que la aplicación del Derecho no se agota en la aplicación de alguna de sus normas, sino que la aplicación de éstas requiere reconstruir el Derecho como una unidad.[14]

Ahora bien, hace nada en relación con la dimensión regulativa del Derecho hemos dicho que a efectos analíticos podíamos descomponerla en otras dos: la dimensión directiva (de guía de la conducta) y la dimensión valorativa (de justificación de la conducta). A partir de ahora vamos a echar mano de esta distinción porque ella nos permitirá entender la oposición que

14. En este punto quiero adelantar algo a lo que me referiré en el capítulo próximo. Un dato común a las llamadas «teorías críticas del Derecho» es que ven al Derecho como centralmente indeterminado y, en consecuencia, sostienen que el postulado de la unidad es fundamentalmente ideológico, dado que presenta como predeterminado lo que no es sino un producto de la voluntad de ciertos sujetos, es decir, enmascara el puro ejercicio del poder.

la doctrina ha trazado entre las nociones de consistencia y coherencia normativas como criterios esenciales para la justificación de premisas normativas (normas jurídicas implícitas). Lo que voy a tratar de sostener es lo siguiente: Aunque el uso que la doctrina ha hecho de esas nociones ha sido oscilante y en multitud de ocasiones muy oscuro, la clave para entender esta oposición radica en darse cuenta de que, en realidad, se ha recurrido a la noción de consistencia para aludir a la unidad del Derecho desde la dimensión directiva (de guía) de la conducta; y que se ha recurrido a la de coherencia para aludir a la unidad del Derecho desde la dimensión valorativa (de justificación) de la conducta. Para tratar de mostrarlo, empecemos intentando desarrollar las implicaciones que el postulado de la unidad puede tener en relación con cada una de esas dimensiones.

a) La unidad del Derecho y la dimensión directiva o de guía de la conducta. Desde esta perspectiva, las nociones jurídicas fundamentales probablemente sean las de norma de conducta y de deber. Por ello, y dada la necesidad de distinguir al Derecho de su ambiente, se concibe al Derecho como un conjunto de normas de conducta o de deberes. Pero como ya se ha dicho, la idea de conjunto no agota nuestra imagen del Derecho: ese conjunto de normas de conducta o de deberes constituye además un sistema, una unidad. En efecto, es una unidad porque, a pesar de que puede haber múltiples deberes prescritos por múltiples normas, en cada ocasión relevante el Derecho suministra una guía para la conducta. El Derecho es sistema, unidad, en la medida en que, a pesar de estar compuesto por muchas y diferentes normas, habla con una sola voz: dice cuál es el deber. En general, y en términos un tanto imprecisos, puede decirse que los juristas y la teoría del Derecho han recurrido a las nociones de validez y de jerarquía normativas para construir el sistema de normas, la unidad en la guía de la conducta. Ahora bien, el postulado de la unidad del Derecho, concretado aquí en la unidad de deberes, no excluye naturalmente que puedan darse casos de indeterminación, bien porque dentro del conjunto haya normas inconsistentes (antinomias), bien porque haya conductas respecto de las cuales no está clara su situación normativa (lagunas). Lo que sí exige el postulado de la unidad es que esos casos sean vistos como defectos del sistema de deberes y que, en consecuencia, deben

y pueden ser resueltos. Concretando, desde esta perspectiva unidad significa guía de la conducta; indeterminación, ausencia de guía cuyo origen está bien en las inconsistencias, bien en las lagunas.

Aclarado lo anterior, centrémonos ahora en tratar de determinar qué puede querer significar que la consistencia es un requisito esencial para la justificación de las normas jurídicas implícitas (premisas normativas que requieren justificación). En primer lugar, conviene tener presente que el predicado «consistencia» —tal como es usado por la doctrina jurídica— es relacional; de este modo, se dice que dos normas son consistentes entre sí cuando son compatibles en términos de guía de la conducta: el cumplimiento de una de las normas no implica el incumplimiento de la otra y viceversa. Si ello es así, el requisito de la consistencia para la justificación de normas jurídicas implícitas parece que sólo puede significar que la norma llamada implícita debe ser compatible (consistente) con todas las normas explícitas del orden jurídico (aquellas que no requieren justificación). Ahora bien, en este punto me interesa llamar la atención sobre lo siguiente: cuando se dice que el Derecho es unitario en términos de guía de la conducta —o se sostiene la validez del postulado de la unidad en este ámbito—, no se está afirmando que todas y cada una de las normas explícitas sean consistentes entre sí, sino que a la luz de las propiedades del caso que se trata de resolver, el Derecho guía la conducta con una única voz; dice lo que hay que hacer.[15] En efecto, el postulado de la unidad del Derecho no presupone que todas sus normas sean consistentes, sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico, por ejemplo, aplicando el principio de *lex posterior derogat priori*) puede reconstruirse la unidad: es posible hacer hablar al Derecho con una sola voz. Pues bien, cuando se dice que la consistencia es condición necesaria para la justificación del uso de una norma de las llamadas implícitas (es decir, de una norma que no es el producto de un acto de promulgación) me parece que se es demasiado exigente y que se están confundiendo algunas cosas. El problema no es la consistencia de

15. Quien entienda esto está en condiciones de entender por qué para autores como Kelsen, por ejemplo, los problemas de indeterminación del orden jurídico, las lagunas y las antinomias, eran, en realidad, problemas aparentes; cfr. Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 53 y ss.

todas las normas entre sí (explícitas o no), sino el de la reconstrucción unitaria del Derecho. Cómo se construye esa unidad —y si esa reconstrucción es posible— es algo que requiere un estudio desprejuiciado sobre el método jurídico y que, sin duda, excede los límites del presente trabajo.

b) La unidad del Derecho y la dimensión valorativa o justificativa. Desde esta perspectiva, el Derecho es visto como un conjunto de valores, de bienes jurídicos, de estados de cosas considerados valiosos que merecen ser protegidos y/o promocionados. Por ello, visto desde esta perspectiva, el Derecho permite justificar (evaluar) normas y conductas en cuanto que ellas —teleológicamente consideradas— pueden contribuir a promocionar o erosionar esos estados de cosas. Ahora bien, lo importante para nosotros es darnos cuenta de que nuestra imagen del Derecho no se agota en la idea de conjunto; ese conjunto de valores constituye, además, un sistema de valores, una unidad práctica. En efecto, puede haber múltiples valores jurídicos que pueden resultar más o menos compatibles entre sí, pero el postulado de la unidad del Derecho desde la perspectiva valorativa lo que presupone es que el Derecho es una unidad práctica, esto es, que a pesar de esa multiplicidad de valores y/o bienes jurídicos, en cada ocasión relevante habla con una única voz: evalúa la conducta de que se trate. El criterio básico que los juristas utilizan para construir el sistema de valores, la unidad práctica, es la idea de jerarquía axiológica, en virtud de la cual no todos los bienes jurídicos están situados al mismo nivel. Naturalmente, el postulado de la unidad del Derecho, concretado ahora en la idea de unidad práctica, no excluye que puedan darse casos de indeterminación, bien porque para un caso concreto se produzca un conflicto de valores y/o bienes jurídicos (incoherencia: el Derecho persigue propósitos protectores y/o promocionales incompatibles entre sí), bien porque no esté claro cuáles son los valores o bienes que se trata de proteger o promocionar en una situación jurídica concreta. Lo que sí exige el postulado de la unidad es que estos casos pueden y deben ser resueltos. Piénsese, por ejemplo, en operaciones del método jurídico como la llamada «ponderación de principios» (que consiste en tratar de determinar la prevalencia de un principio sobre otro en relación con un caso concreto) o como la «explicitación de principios implícitos» (que consiste en tratar de dotar a las reglas de sentido en términos de protección y/o promoción de ciertos bie-

nes); si bien se considera, estas operaciones son formas de superar aquellas indeterminaciones. Pues bien, lo que me parece importante resaltar en este punto es que el postulado de la unidad desde la perspectiva valorativa no exige que todas las normas explícitas del orden jurídico sean coherentes entre sí, esto es, que sus propósitos protectores y/o promocionales sean compatibles; sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) puede reconstruirse como una unidad práctica.

Por ello, igual que ocurría en el caso anterior, me parece que poner como requisito necesario para la justificación de una norma de las llamadas implícitas su coherencia con todas las normas explícitas (esto es, su compatibilidad en términos protectores y promocionales de bienes) me parece demasiado exigente. En realidad, el problema aquí no es tampoco la coherencia de todas y cada una de las normas entre sí, el problema es reconstruir el Derecho como una unidad práctica. Cómo se construye esa unidad —y si ello es posible— es un problema que está más allá de los propósitos de este trabajo.

Todo lo anterior podría resumirse en las siguientes conclusiones:

1. Para la teoría de las fuentes del Derecho, donde lo fundamental radica en poner en conexión a las normas jurídicas con los procesos de los que ellas son un producto o un resultado, da lo mismo hablar de método jurídico (proceso) o de Derecho implícito (resultado).
2. Por Derecho implícito hay que entender normas que no son meras consecuencias lógicas, ni meros productos de actos de voluntad.
3. No es posible dar cuenta de manera satisfactoria de las normas jurídicas implícitas (ni de las operaciones del método jurídico destinadas a justificarlas) si no se toma en consideración la dimensión valorativa del Derecho.
4. Dos normas son consistentes entre sí cuando son compatibles en términos de guía de la conducta: cumplir con una no implica incumplir la otra, y viceversa. Dos normas son coherentes entre sí cuando son compatibles en términos de evaluación de la conducta: realizando la conducta justificada por una de las normas no se lesiona el bien que trata de proteger o promocionar la otra, y viceversa.

5. Lo relevante para el método jurídico no es que todas las normas del Derecho objetivo sean consistentes y coherentes entre sí —que, por supuesto, no siempre lo son—, sino que en relación con un caso el Derecho resulte unitario en términos de guía y de valoración de la conducta. En efecto, el postulado de la unidad del Derecho no presupone que todas sus normas sean consistentes, sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) es posible hacer hablar al Derecho con una única voz. Lo mismo ocurre con la coherencia: el postulado de la unidad no exige ni presupone que todas las normas jurídicas sean coherentes entre sí, sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) puede reconstruirse esa unidad: es posible hacer hablar al Derecho con una sola voz. Ello explica por qué muchos autores han sostenido que los problemas de indeterminación (las quiebras de la unidad) eran en realidad problemas aparentes.

6. Es común considerar que la consistencia y la coherencia son requisitos necesarios para la justificación (aceptación) de las normas que hemos llamado «implícitas». Si esos predicados se entienden en términos relacionales, es decir, que la norma que se trata justificar sea consistente y coherente con todas las normas explícitas del orden jurídico, entonces esas exigencias resultan ser desmesuradas. Lo relevante es la compatibilidad de la norma implícita con la unidad del Derecho en cuanto guía y valoración de la conducta.

No es difícil darse cuenta de que el tratamiento que he dado de la dimensión directiva y de la dimensión valorativa es parcial por cuanto he tomado en consideración exclusivamente los que podríamos llamar conflictos internos a cada una de esas dimensiones. Así la inconsistencia aludía al conflicto de deberes, y la incoherencia al conflicto de valores. Sin embargo, nada impide que puedan darse conflictos entre una y otra dimensión; por ejemplo, que lo que aparece como ordenado se presente simultáneamente como injustificado.[16] Estos

16. En este punto quiero llamar la atención del lector sobre ciertas situaciones en las que determinadas conductas aparecen simultáneamente como conformes y desviadas en relación con el Derecho. Piénsese, por ejemplo, en las huelgas de celo como las que suelen llevar a cabo los controladores aéreos. En estos casos la conducta de los huelguistas consiste en cumplir escrupulosamente todos los deberes que reglamentariamente tienen prescritos, ello acaba por producir importantes retrasos en las entradas y salidas de los vuelos y, en consecuencia, se convierte en un medio de presión considerable. Más allá de cualquier

conflictos son extraordinariamente importantes porque en función de cómo se resuelvan se obtienen imágenes del Derecho bastante diferentes entre sí. Si se hace prevalecer la dimensión de guía sobre la de justificación, entonces se ve al Derecho como una institución primariamente orientada hacia la obtención de obediencia; por el contrario, si se hace prevalecer la dimensión justificativa, entonces se lo ve como una institución primariamente orientada hacia la protección de ciertos bienes. Sobre las diferentes imágenes del Derecho vamos a volver inmediatamente, no en vano el siguiente —y último— capítulo de este libro está dedicado al origen (la naturaleza) del orden jurídico.

---

consideración relativa a la justificación o no de este tipo de huelgas, la pregunta interesante para la teoría del Derecho es la de si los huelguistas cumplen o no con el Derecho; o, mejor, cuándo cumplen con el Derecho: cuando están en huelga y «cumplen» con todos y cada uno de sus deberes o cuando no lo están y no «cumplen» tan escrupulosamente con sus deberes. En mi opinión, estas supuestas paradojas se disuelven cuando se acepta que para el Derecho la conducta ritualista es también una forma de conducta desviada y para ello lo que hace falta es aceptar que todos los deberes están orientados a la consecución de ciertos fines situados más allá de la simple obediencia. En nuestro ejemplo, los deberes de los controladores están orientados a alcanzar el fin de la ordenación del tráfico aéreo y, en consecuencia, deben ser interpretados como eso, como medios para garantizar ese fin. Cuando el «cumplimiento» se convierte en un instrumento para la desordenación del tráfico aéreo, entonces evidentemente algo no funciona. Si bien se considera y esto es lo importante para nosotros, la huelga de celo es perfectamente explicable en términos de un conflicto entre la dimensión directiva y la valorativa del Derecho. Otro ejemplo típico de conducta ritualista en la que, en principio, parece difícil determinar si se cumple o no con el Derecho es el caso de la conducta del burócrata: lo característico y paradójico de esta conducta radica en que se «incumple cumpliendo». En efecto, si se acepta que lo característico del burócrata es que, estando bien parapetado detrás del «cumplimiento escrupuloso» de algún reglamento, olvida que los procedimientos son medios para garantizar ciertos fines, entonces es fácil darse cuenta de que su conducta se parece mucho a la del caso anterior: tal vez, incluso, se podría definir al burócrata como un funcionario en huelga de celo permanente. En cualquier caso, más allá de todas estas curiosidades, lo importante es que si no distinguimos entre la dimensión directiva y la valorativa no estamos en condiciones de dar cuenta de la «huelga de celo» o de la «burocracia» como formas de conducta desviada.

Capítulo VIII

EL ORIGEN (LA NATURALEZA) DEL DERECHO

1. Del origen de las normas jurídicas al origen del orden jurídico

En los primeros capítulos del libro he insistido bastante en la idea de que las fuentes del Derecho presentan menos peculiaridades conceptuales de lo que la lectura de cierta literatura jurídica pudiera llevar a pensar. Es más, en no pocas ocasiones he dicho que, en realidad, las fuentes del Derecho no son otra cosa que instituciones jurídicas y que, en consecuencia, la forma adecuada de tratarlas no puede diferir mucho de la del resto de instituciones. Según ello, estudiar las fuentes no puede ser algo muy diferente a estudiar, por ejemplo, los negocios jurídicos. Ahora bien, para poder llegar a realizar este planteamiento de la cuestión, esto es, para poder llegar a tratar el problema de las fuentes del Derecho como una cuestión puramente interna al orden jurídico, ha sido necesario desbrozar algo el camino. En particular, hemos tenido que distinguir entre el problema del «origen de las normas jurídicas» y el problema del «origen del orden jurídico» y hemos circunscrito la cuestión de las fuentes del Derecho al primero de estos problemas. Sin embargo, ello —que puede que haya resultado ser un buen recurso expositivo— no es en realidad conceptualmente viable. En efecto, por más que nos empeñemos resultará insatisfactorio cualquier intento de independizar nociones tales como «fuente-acto» (o legislación), «norma jurídica implícita», etc., de la noción de orden jurídico; de una u otra forma esta última estará permanentemente presente. Ello no puede, sin embargo, hacer nacer de nuevo la creencia en la peculiaridad de la doctrina de las fuentes, pues exactamente lo mismo ocurre con todas las instituciones jurídicas: la imagen que obtene-

mos de las diferentes instituciones jurídicas (no sólo de las fuentes del Derecho) depende de la imagen que tenemos del orden jurídico y viceversa, a medida que estudiamos instituciones vamos componiendo la imagen del Derecho.[1] Pues bien, el propósito de este capítulo es precisamente el de abordar el problema de la imagen del Derecho, el de tratar de componer la imagen del Derecho. Ello va a suponer, por un lado, recuperar el problema que al comienzo del libro he referido bajo el rótulo de «el origen del orden jurídico» y, por otro, abordar los viejos retos de la teoría del Derecho, pues supondrá, en definitiva, afrontar el problema del concepto (la naturaleza) del Derecho.

Ahora bien, si se repasa lo dicho hasta ahora, es fácil darse cuenta de que los diferentes orígenes de las normas jurídicas nos pueden llevar a construir imágenes del Derecho inconsistentes entre sí. En efecto, los cuatro últimos capítulos se han destinado a explicar diferentes orígenes de normas jurídicas: hemos comenzado con las normas provenientes de autoridades políticas; a continuación, nos hemos detenido en las normas provenientes de prácticas sociales; y, finalmente, hemos analizado tanto las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales como las normas que son un producto del método jurídico. A partir de todo ello, es posible que el lector se haya llevado la impresión de que mirando al Derecho desde cada uno de esos orígenes de normas jurídicas se obtienen imágenes del Derecho diferentes entre sí. Ello en parte explicaría la pluralidad de imágenes que la teoría jurídica ha generado, así como la parcialidad de muchas de ellas, pues estarían tomando la parte por el todo. Pero, en cualquier caso, es obvio —y esto es lo que me interesa resaltar aquí— que en el interior del orden jurídico coexisten elementos que se hallan en una cierta

1. No ha sido infrecuente trazar los límites entre las disciplinas «Teoría general del Derecho» y «Teoría del Derecho» afirmando que la primera estudia los conceptos jurídicos generales, es decir, se mueve dentro de los confines internos del Derecho, mientras que la segunda estudia el concepto de Derecho y se preocupa fundamentalmente de los límites de lo jurídico. Al margen de que esta convención pueda resultar útil a la hora de ordenar la literatura jurídica, me parece que la conexión entre ambas disciplinas es manifiesta, de forma que, en mi opinión, resulta imposible hacer una «Teoría general del Derecho» coherente sin referencia, explícita o implícita, a un concepto de Derecho o de orden jurídico. O, como decíamos en el capítulo I cuando distinguíamos entre el problema del origen de las normas jurídicas y el problema del origen del orden jurídico, consciente o inconscientemente la respuesta del segundo es un presupuesto necesario para la solución del primero.

tensión interna y que si se expanden para caracterizar al orden jurídico suministran imágenes del Derecho incompatibles entre sí. En efecto, cualquier explicación de las normas que provienen de autoridades políticas precisa echar mano de las nociones de poder normativo (o competencia) y de sujeción. A partir de ahí, se puede construir una imagen del Derecho que lo muestra como un orden normativo cuyo contenido depende fundamentalmente de la voluntad de ciertos sujetos, las autoridades jurídicas. Por esta razón, allí hemos hablado de Derecho prescrito y delegado. Esta imagen es radicalmente diferente de la que se obtiene si se mira al Derecho desde la perspectiva de la explicación que hemos dado para la costumbre jurídica; no en vano, al hacer tanto hincapié en la noción de regla social, el Derecho puede aparecer como un orden social en el que no se observan fuertes diferencias entre normas sociales y normas jurídicas, es decir, que entre unas y otras normas en realidad no hay un corte radical, sino que más bien se produce una cierta continuidad. Por ello, allí hemos hablado de Derecho no deliberado, no prescrito y recibido. A su vez esta imagen del Derecho difiere bastante de la que se obtiene cuando se lo observa desde la perspectiva de las normas de origen judicial. Cualquier explicación de éstas pasa por enfatizar la idea de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a su propia conformación y ello puede transmitir la imagen de que el Derecho es un orden normativo extraordinariamente abierto y dinámico en el que la distinción entre los procesos de creación y los de aplicación queda enteramente desdibujada. Y, finalmente, las explicaciones relativas al método jurídico, al resaltar mucho la dimensión justificativa, valorativa y práctica del Derecho, pueden suministrar la imagen de que se trata de un orden normativo de naturaleza moral, pues todo en él parece estar orientado a la protección y promoción de estados de cosas considerados moralmente valiosos.

Todas estas imágenes del Derecho son parciales, pero relevantes; y nuestro problema es el de componer con todas ellas «la imagen del Derecho». Este capítulo, sin embargo, no llegará tan lejos. En él me propongo tan sólo explicar de la forma más clara de que soy capaz las claves a partir de las cuales se puede obtener el mapa de algunas (desde luego no todas) las imágenes del Derecho que hoy pugnan dentro de la teoría y la literatura jurídicas. Para ello, me voy a detener a explicar a

grandes rasgos, pero procurando mostrar las alternativas ofrecidas por la teoría del Derecho, dos notas centrales de la conceptualización contemporánea del Derecho: me refiero a la idea de que el Derecho es un orden normativo y a la idea de que es un orden social. Pero antes de entrar en ello, quiero explicar algunas cosas relativas a la pregunta por el concepto de Derecho. En estas explicaciones encontraremos algunas de las claves para trazar el mapa de las imágenes del Derecho que tratamos de construir.

2. Sobre la pregunta por «el origen del orden jurídico»

2.1. La identificación del Derecho y la unidad del Derecho: dos problemas de los juristas que se proyectan sobre el concepto de Derecho

Como creo haber dicho ya en diversas ocasiones, la finalidad del discurso de la teoría del Derecho es desarrollar un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas. Este hecho, esta determinada orientación del discurso de la teoría del Derecho, explica por qué las conceptualizaciones que se han hecho del Derecho han tratado de resolver dos problemas con los que recurrentemente se encuentran los juristas en su práctica cotidiana.

a) El primero de estos problemas es el de determinar qué normas son jurídicas y qué normas no lo son. En efecto, forma parte de la experiencia de todo jurista el dato de que no toda norma o estándar socialmente disponible es susceptible de ser usado para resolver un caso de Derecho; ello supone que la práctica jurídica dispone de algunos criterios de distinción entre unas y otras normas. La teoría del Derecho, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, no ha ignorado este problema de los juristas, sino que lo ha situado en el centro de sus preocupaciones bajo los rótulos de «la identificación del Derecho» o de «los límites de lo jurídico». Esta idea de límite —de que no toda norma socialmente existente *vale* (es válida) para resolver casos, sino sólo algunas— es lo que explica la fortuna de las conceptualizaciones que han presentado al Derecho como un *conjunto* de normas. Esta imagen del Dere-

cho, la que lo presenta como un conjunto de normas, permite explicar algunos aspectos centrales de la práctica jurídica; en particular, los referidos a la distinción entre normas jurídicas y no jurídicas. Sin embargo, y como es obvio, aceptar esta imagen del Derecho no implica negar que puedan darse casos de penumbra, de indeterminación; es decir, casos en los que —aplicando los criterios de validez (de pertenencia)— no quede claro si una determinada norma pertenece o no al Derecho, al conjunto. Lo importante de todo ello es darse cuenta de que detrás de las conceptualizaciones del Derecho como conjunto de normas se esconde el problema de distinguir entre normas jurídicas y normas no jurídicas, de distinguir al Derecho de su ambiente.

b) El segundo problema permanentemente presente en la práctica jurídica y que la teoría del Derecho ha vinculado a la cuestión del concepto de Derecho es el de cómo hacer hablar al Derecho con una sola voz; es decir, el problema de cómo pasar del «conjunto de normas» a la «solución según el Derecho». En efecto, todo jurista sabe que para resolver un caso de Derecho —aplicar el Derecho— cuenta con múltiples normas jurídicas, pero que la solución del caso no es la solución «según tal o cual norma», sino la «solución según el Derecho», pues las soluciones jurídicas no tienen jerarquía. La teoría del Derecho, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, no ha ignorado este problema de los juristas, sino que lo ha situado en el centro de sus preocupaciones bajo el rótulo de «la unidad del Derecho». Esta idea de unidad —de que la aplicación del Derecho no se agota en la aplicación de alguna de sus normas— es lo que explica la fortuna de las conceptualizaciones que han presentado al Derecho no sólo como un conjunto de normas, sino fundamentalmente como un *sistema* de normas. Donde la idea central consiste en que todas las normas mantienen ciertas relaciones entre sí, de forma tal que la norma que finalmente resulta aplicable habla —por decirlo en forma metafórica— en nombre del Derecho. Las operaciones que realizan los juristas para construir la unidad del Derecho —el sistema que permita hacer hablar al Derecho con una sola voz— a veces están fuertemente estandarizadas y producen resultados unívocos, pero naturalmente nada excluye que puedan producirse casos de indeterminación; esto es, casos en los que no esté claro cuál es «la solución» según el Derecho.

En resumen, estos dos problemas —el de la identificación del Derecho (del ámbito o de los límites de lo jurídico) y el de la unidad del Derecho— han estado permanentemente presentes en la discusión de la teoría del Derecho; y, en este sentido, como se verá dentro de algunas páginas, el tratamiento dado a la indeterminación[2] será una de las claves para marcar las diferencias entre teorías del Derecho.

2.2. Las tres dimensiones del Derecho: recapitulación

A lo largo del libro, de forma más o menos declarada hemos ido distinguiendo tres grandes dimensiones del Derecho. Tratemos de recordar los procesos que se han seguido. En primer lugar, la distinción entre normas regulativas (las que ordenan, prohíben o permiten la realización de acciones o la producción de estados de cosas) y normas constitutivas (las que establecen las condiciones necesarias para la existencia y/o producción de resultados institucionales) nos ha permitido —como ya se ha dicho— distinguir dentro del Derecho entre una dimensión regulativa (de guía y valoración de la conducta) y una dimensión constitutiva (de generación de resultados institucionales). En segundo lugar, en el capítulo anterior hemos analizado la dimensión regulativa descomponiéndola en una dimensión directiva (de guía de la conducta) y una dimensión valorativa (de justificación de la conducta). De ahora en adelante, vamos a echar mano de esta distinción. En tercer lugar, en relación con la dimensión constitutiva, en el capítulo IV nos hemos centrado en el estudio de las reglas de competencia (que eran una especie dentro del género «reglas que confieren poderes»). Ello nos ha permitido explicar algunos elementos y rasgos esenciales de las fuentes-acto. Allí han sido centrales las nociones de poder normativo y de competencia; por ello, y para los fines de la exposición posterior, reduciremos la genérica dimensión constitutiva a la más concreta (y más relevante para nuestros fines) dimensión de poder o competencia.

2. Soy perfectamente consciente de que la noción de «indeterminación» que estoy usando resulta extraordinariamente imprecisa y que requiere de un análisis detallado. Sin embargo, me parece que detenernos ahora en él nos apartaría demasiado del objetivo central del capítulo.

A continuación, voy a tratar de proyectar sobre cada una de estas tres dimensiones los dos problemas de la práctica jurídica que la teoría del Derecho ha incorporado a la discusión sobre el concepto de Derecho; me refiero —como acabamos de ver— al problema de la identificación del Derecho (o del ámbito y/o los límites de lo jurídico) y al de la unidad del Derecho. Ello comportará un cierto esfuerzo de imaginación pues no se trata de ver todo el Derecho desde cada una de esas dimensiones, sino de mirar cada vez sólo una de esas dimensiones. Llevando al límite la metáfora de las dimensiones, se trata de mirar separadamente la altura, la anchura y la profundidad del Derecho, para después ver cómo se puede componer con todo ello la imagen del Derecho.

a) La dimensión de poder o competencia. Si miramos exclusivamente esta dimensión del Derecho vemos un conjunto de normas de competencia o un conjunto de autoridades jurídicas. Las autoridades jurídicas son las personas designadas por las normas de competencia a las que les es posible dar lugar a los resultados institucionales (cambios normativos) previstos en las mismas. Pero esta dimensión no se agota en la idea de un conjunto de autoridades; pues ese conjunto constituye un sistema, una unidad de autoridades. El criterio central que se utiliza para construir la unidad del Derecho (en este caso, la unidad de autoridades) es el de la jerarquía de autoridades a partir de la noción de delegación. En el interior del orden jurídico todas las autoridades son delegadas; pues son autoridades en virtud de una regla que les confiere el poder o la competencia. Ello conforma la jerarquía de autoridades: en la idea misma de delegación está la consideración de que el poder normativo de cada autoridad delegada es menor que el poder normativo de la autoridad delegante. De esta forma el sistema de autoridades acaba (o empieza) en una autoridad suprema que ya no lo es en virtud del criterio de la delegación. A esa autoridad, la que lo es no en virtud de un acto de delegación, la llamamos soberana. Finalmente, el conjunto, la unidad o sistema de autoridades es un orden que pretende obtener y/o provocar el sometimiento, la sumisión de los individuos a través de la figura jurídica de la sujeción: esto es, los individuos están sujetos a los dictados que provengan de esa estructura de autoridades y por el hecho de que provengan de ella. En resumen: la unidad de autoridades normativas es lo

que llamamos «soberanía»; la pretensión de sujetar a los ciudadanos sin acto de delegación (al margen del sistema de autoridades) «usurpación de poder»; y el no reconocimiento por parte de un ciudadano de una autoridad a la cual está normativamente sujeto, «insumisión» o «desacato».

b) La dimensión directiva del Derecho o de guía de la conducta. Ahora lo que vemos es un conjunto de normas regulativas o un conjunto de deberes. Pero, como ya sabemos, la idea de conjunto no agota nuestra imagen del Derecho: ese conjunto constituye además una unidad de deberes, una unidad en la guía de la conducta. El criterio central al que los juristas suelen recurrir para construir la unidad en la guía de la conducta es el de jerarquía normativa, de forma que las normas inferiores no pueden contradecir a las superiores. El sistema de normas regulativas o de deberes se acaba en una norma suprema cuya aplicabilidad no depende ya de su consistencia con ninguna otra norma. Finalmente, cuando miramos esta dimensión del Derecho, vemos un conjunto o un sistema de deberes, un orden que pretende obtener y/o provocar conducta conforme de las personas a través de la figura jurídica del «deber»: esto es, que sus destinatarios se comporten de una determinada manera. En resumen: la unidad de deberes —tal como se explicó en el capítulo anterior— es lo que llamamos consistencia normativa; las conductas lícitas son las conformes (en correspondencia) con el contenido de los deberes y las ilícitas, las desviadas.

c) La dimensión valorativa del Derecho o de justificación de la conducta. Desde esta dimensión vemos un conjunto de valores, de bienes jurídicos, de estados de cosas valiosos que merecen ser protegidos y/o promocionados. El Derecho permite justificar (evaluar) normas y acciones en cuanto que pueden contribuir a promocionar o erosionar los estados de cosas valiosos. Pero —como ya sabemos— no vemos sólo un conjunto de valores, sino también un sistema de valores, una unidad práctica: a pesar de la multiplicidad de valores presentes en el Derecho, éste permite en cada ocasión relevante realizar la evaluación pertinente. El criterio central al que los juristas suelen recurrir para construir el sistema de valores es el de jerarquía axiológica de forma que no todos los bienes jurídicos están situados en el mismo nivel. Finalmente, cuando se mira esta dimensión del Derecho se ve un orden que pretende obtener y/o provocar «consenso», «aceptación» de las personas res-

pecto de las conductas correctas a través de la figura de los bienes jurídicos. En resumen: la unidad valorativa o práctica —tal como se estableció en el capítulo anterior— es lo que llamamos la coherencia valorativa; las conductas correctas, aceptables o justificadas son las respetuosas con los bienes jurídicos; y las incorrectas, inaceptables o injustificadas son las lesivas de bienes jurídicos.

El cuadro VIII.1 resume todo lo anterior.

Naturalmente, aunque estas tres «dimensiones» son relevantes a la hora de componer la «imagen» del Derecho, aisladamente consideradas ninguna de ellas suministra una imagen mínimamente aceptable. El problema fundamental será pues el de cómo armarlas entre sí. No ha llegado todavía el momento de referirnos a ello, pero sí quiero en este punto hacer un par de observaciones. En primer lugar, repare el lector en que por regla general, como es obvio, las discrepancias entre las diferentes teorías del Derecho tendrán básicamente dos fuentes: una, el que algunas teorías ignoran alguna de estas dimensiones, no la toman en consideración o simplemente le atribuyen un papel completamente subalterno; otra, el que las diferentes teorías arman, componen u ordenan de formas distintas las referidas dimensiones. En segundo lugar, si bien lo anterior es cierto, me parece que la dimensión de guía de la conducta a través de la figura del deber jurídico tiene un «peso gravitacional» superior a las otras dos. Ello probablemente no pueda verse con claridad hasta más adelante cuando nos detengamos a explicar la nota de la normatividad del Derecho, pero creo que en general puede decirse que tanto la dimensión de poder como la dimensión justificativa cumplen una función subordinada a la dimensión directiva. La imagen moderna de autonomización del Derecho hace que esas dos dimensiones sean tomadas en cuenta desde un punto de vista jurídico como funcionalmente orientadas hacia la determinación del deber jurídico.

2.3. Del «concepto de Derecho» a la «naturaleza del Derecho»

Al comienzo del libro he dicho que bajo el rótulo «fuentes del Derecho» se habían discutido dos problemas diferentes aunque relacionados entre sí: el de «el origen de las normas

CUADRO VIII.1. *Las tres dimensiones del Derecho*

Problemas y soluciones	*Dimensiones del Derecho*		
	Dimensión de poder o de competencia	*Dimensión directiva o de guía de la conducta*	*Dimensión valorativa o de justificación de la conducta*
El problema de la identificación del Derecho (los límites de lo jurídico) lleva a verlo como...	... un conjunto de autoridades	... un conjunto de normas de conducta o un conjunto de deberes	... un conjunto de valores y/o de bienes jurídicos
El problema de la unidad del Derecho lleva a verlo como...	... un sistema o una unidad de autoridades	... un sistema o una unidad de normas de conducta o de deberes	... un sistema o una unidad de valores y/o bienes jurídicos
El criterio al que los juristas recurren para construir la unidad es el de...	... jerarquía de autoridades	... jerarquía de normas	... jerarquía de valores y/o bienes
En la cúspide del sistema o unidad aparece la noción de...	... autoridad no delegada	... norma independiente	... valor o bien no derivado
La satisfacción de las exigencias de unidad se denomina...	... soberanía	... consistencia normativa	... coherencia valorativa
El Derecho pretende obtener de los ciudadanos...	... sometimiento a través de la figura jurídica de la sujeción	... conducta conforme a través de la figura jurídica del deber	... consenso o aceptación a través de la figura del bien jurídico
La conducta resistente a las pretensiones del Derecho es vista como...	... insumisión o desacato	... desviación o ilícito	injustificada o incorrecta

jurídicas» y el de «el origen del orden jurídico». En relación con este último prácticamente me he limitado a decir que su tratamiento implica discutir el concepto de Derecho; que tras él se esconde el problema central que da sentido a la teoría del Derecho. A continuación, voy a realizar algunas acotaciones a propósito de la cuestión del concepto de Derecho que después resultarán útiles a la hora de trazar el mapa de teorías (imágenes) del Derecho.

Más allá del lugar común que afirma —no sé si acertadamente— que el Derecho es un fenómeno demasiado complejo como para poder ser encerrado en una breve definición, parece que la pregunta por el concepto de Derecho reclama como respuesta la enumeración de un conjunto de propiedades que lo caractericen. Obviamente, algunos subconjuntos de esas propiedades permiten adscribir el Derecho a diferentes géneros; y otros subconjuntos permiten mostrar sus especificidades. Como siempre ocurre, el acierto de una conceptualización del Derecho dependerá fundamentalmente de la finalidad del discurso que se trata de construir y de ciertas convenciones. De ello se sigue que caben múltiples conceptualizaciones del Derecho: como mínimo tantas como discursos pertinentes puedan construirse sobre el mismo. Eso es indiscutible. Ahora bien, cuando la teoría del Derecho aborda el problema del concepto de Derecho no lo hace en esos términos tan amplios. En realidad, la discusión central gira en torno a «*el* concepto de Derecho». El que ello sea así —que se discuta «el» concepto de Derecho— no implica que dicha discusión esté impregnada de esencialismo conceptual. No se incurre necesariamente en esencialismo por la sencilla razón de que el discurso de la teoría del Derecho está orientado a dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas; y, en consecuencia, no es que se discuta «el concepto de Derecho» verdadero, sino «el concepto de Derecho» adecuado para ese determinado discurso. Es precisamente en este sentido en el que puede decirse que toda teoría del Derecho —todo discurso destinado a explicar la práctica y la doctrina jurídicas— participa en la discusión sobre «el» concepto de Derecho. No voy a extenderme aquí sobre las especificidades del discurso de la teoría del Derecho; lo único que me interesa resaltar ahora es lo siguiente: *a*) la pregunta por el concepto de Derecho formulada por la teoría del Derecho requiere como respuesta la enumeración de un conjunto de propiedades; *b*) algunos subconjuntos del conjunto de pro-

piedades permiten adscribir el Derecho a diferentes géneros; y *c*) los respectivos subconjuntos complementarios muestran las especificidades del Derecho.

Ahora bien, el discurso de la teoría del Derecho es algo más complicado de lo que lo anterior pudiera sugerir, pues en realidad no se trata sólo de responder a la pregunta por el concepto de Derecho en los términos que acabo de indicar, sino de responder además a la pregunta por la «naturaleza» del Derecho. ¿Qué entraña ese cambio? ¿Qué implica el paso del problema del «concepto» al problema de la «naturaleza»?[3] Es lo que voy a tratar de explicar a continuación.

Como ya se ha dicho repetidamente a lo largo del libro y como trataré de mostrar más adelante, en el interior del orden jurídico coexisten múltiples elementos que se hallan en una cierta tensión. El paso del problema «del concepto de» al problema de «la naturaleza de» puede explicarse, me parece, como el paso de la constatación de las tensiones internas del Derecho a la propuesta de un criterio para la superación de las mismas. En consecuencia, la determinación de la naturaleza del Derecho, la elección del criterio que permita construir una imagen consistente del Derecho, tiene —en mi opinión— siempre un componente valorativo. Por ello, en realidad, el discurso de la teoría del Derecho nunca puede ser —por más que así se declare en muchas ocasiones— puramente descriptivo. En cualquier caso, no ha llegado todavía el momento de referirnos a ello. Ahora, si se acepta —aunque sea provisionalmente— que el discurso sobre la naturaleza del Derecho trata de incorporar al discurso sobre el concepto de Derecho un criterio de resolución de ciertas tensiones internas, conviene detenerse a mostrar los dos frentes en lo que me parece que se ventila esta discusión.

El primer frente consiste en determinar cuál es género rector en el Derecho. Como ya he dicho, distintos subconjuntos de propiedades permiten adscribir el Derecho a diferentes géneros; pues bien, un punto central de la discusión sobre la naturaleza del Derecho consiste en establecer cuál de esos

3. En este punto me interesa llamar la atención sobre lo siguiente. La distinción que voy a trazar entre el «concepto de...» y «la naturaleza de...» corre paralela en sus aspectos centrales a la distinción —muy en uso dentro de la comunidad de los teóricos del Derecho— entre el «concepto de...» y la «concepción de...». He optado, sin embargo, por la primera para mantener la proximidad con el lenguaje de los juristas.

géneros rige en el Derecho; revela mejor su esencia. En segundo lugar, una vez determinado el género rector —el género al que «pertenece» el Derecho— la discusión sobre la naturaleza del Derecho se desplaza a otro punto: se trata ahora de determinar si tienen más «peso» las propiedades que permiten ubicar al Derecho dentro del género considerado rector o las propiedades que permiten establecer las diferencias con las otras especies de ese mismo género. En otras palabras, en este segundo frente la cuestión de la naturaleza acaba resolviéndose en dos líneas argumentativas divergentes: *a simili* para justificar que la naturaleza del Derecho viene determinada por la pertenencia al género rector; o *a contrario* para justificar que la naturaleza del Derecho viene determinada por lo que de específico tiene en relación con otras especies de ese mismo género.[4]

Algunos ejemplos triviales pueden ayudar a comprender lo que trato de decir. Empecemos por el primer frente. Imaginemos que nos hallamos en la situación de tener que dar cuenta

4. Aunque tal vez no se vea su alcance hasta algo más adelante, en este punto me parece importante llamar la atención sobre lo siguiente. La discusión sobre la naturaleza del Derecho, como problema referido a todo el orden jurídico, presenta las mismas peculiaridades que las discusiones sobre la naturaleza de las diferentes instituciones jurídicas. En primer lugar, en ambos casos se ha tendido a presentar la cuestión como no valorativa, ocultando que, en realidad, se trata de optar por un criterio que permita resolver argumentativamente ciertas tensiones internas al orden jurídico o a la institución de que se trate. En segundo lugar, la discusión se ventila en los mismos frentes: establecer primero el género que rige (al que pertenece) el orden jurídico o la institución de que se trate para, a continuación, determinar si su «naturaleza» viene dada por su pertenencia a ese género rector (razonando *a simili*) o por su diferencia específica (razonando *a contrario*). Si todo lo anterior es acertado pueden extraerse algunas conclusiones: *a*) La discusión sobre la naturaleza del orden jurídico o de una institución nunca puede ser una cuestión descriptiva. Para darse cuenta de ello basta con percatarse de que tanto describen unas propiedades como otras, las que permiten adscribir a diferentes géneros como las que permiten establecer diferencias específicas. Lo fundamental aquí no es describir nada, sino optar por un criterio para resolver tensiones internas al orden o a la institución de que se trata. *b*) Si bien se considera, no resulta sorprendente que la discusión sobre la naturaleza del orden jurídico corra paralela a la discusión sobre la naturaleza de las diferentes instituciones, pues, en realidad, la relación entre el orden jurídico y las diferentes instituciones es la relación entre un sistema y sus diferentes subsistemas. En este sentido, no debe olvidarse que la relación entre el orden jurídico y las normas jurídicas es completamente diferente a la relación entre el orden jurídico y las instituciones jurídicas. Como ya dije anteriormente, la acumulación de imágenes de las diferentes instituciones permite componer la imagen del Derecho, y a la inversa, la imagen del orden jurídico nos determina la imagen de las diferentes instituciones.

de la práctica social del diseño y de la fabricación de muebles; que estamos «armando» una teoría del mobiliario. Imaginemos también que en el contexto de este discurso la siguiente es una definición adecuada de mueble: «cada uno de los enseres móviles que sirven para los *usos necesarios* o para *decorar* casas, oficinas y todo género de locales». Conforme con este conjunto de propiedades, es obvio que los muebles pueden ser adscritos a diferentes géneros. De entre ellos consideremos dos: el de los objetos útiles y el de los objetos decorativos. Es obvio que la mayoría de los muebles son (o alguien ha pretendido que sean) ambas cosas; por tanto, es obvio también que ningún teórico del mueble (salvo que sea un reduccionista) renunciará a considerar esos dos géneros, pues son representativos de dos «dimensiones» relevantes del mobiliario. Ahora bien, una cosa es eso, decir que la práctica social de la fabricación de muebles consiste en fabricar objetos útiles y bellos; y otra muy distinta negar que entre esos dos géneros puedan surgir tensiones. A partir de la constatación de casos conflictivos, los teóricos del mobiliario empezarán a discutir sobre la naturaleza del mueble; y —aquí es donde quería llegar— esa discusión se ventilará en términos del género rector: si la naturaleza del mueble es la utilidad o la decoración. Quien afirme que el mueble tiene naturaleza de objeto útil no estará diciendo que la decoración no pinta nada, sino que en caso de conflicto la utilidad rige, prevalece, predomina sobre la decoración. Es decir, no niega la posibilidad de la tensión (en otro caso sería un reduccionista), sino que suministra un criterio para la superación de la misma.

Vayamos ahora con otro ejemplo trivial que nos aclare el segundo frente en el que se desarrollan las discusiones sobre la naturaleza de algo. Imaginemos que para un cierto discurso se considera que el concepto adecuado de «ser humano» es el de «animal racional» y que, por tanto, no tenemos, como en el caso anterior, problemas para determinar el género rector. Ello no implica que no pueda surgir la discusión en torno a la «naturaleza» del ser humano. Aquí, esa discusión busca como respuestas bien «la animalidad» (razonando *a simili*), bien «la racionalidad» (razonando *a contrario*). De nuevo puede decirse que la cuestión de la naturaleza sólo se planteará en la medida en que se observe alguna tensión entre la «animalidad» (el género) y la «racionalidad» (la especie); y que la opción por la animalidad o por la racionalidad dependerá de cuestiones de

actitud. En efecto, dependerá: *a*) del valor que atribuyamos a la animalidad; *b*) del valor que atribuyamos a la racionalidad, y *c*) del valor que atribuyamos a los seres humanos. El lector convendrá conmigo en que generalmente quien construye su discurso partiendo de un cierto optimismo antropológico tiende a destacar la racionalidad; mientras que quien parte del pesimismo, destaca sobre todo la animalidad. Estrictamente a eso me refiero cuando digo que detrás de las respuestas a la pregunta por la «naturaleza» de algo se esconden siempre actitudes.

Otro ejemplo de este segundo frente más próximo al mundo del Derecho puede ser el siguiente. Muchos juristas han definido a la dogmática jurídica como la ciencia (género) que estudia la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (diferencia). Pues bien, si a ellos se les preguntase por la naturaleza de la dogmática jurídica probablemente sus respuestas tenderían a resaltar como esencial la «cientificidad» de la misma. La explicación de ello probablemente sea sencilla: el estatus científico de la dogmática jurídica ha sido largamente cuestionado y los juristas han tendido a creer que sólo las actividades teóricas susceptibles de ser calificadas como científicas eran valiosas; en consecuencia, a partir de considerar valiosa su propia actividad teórica han enfatizado como esencial el género supuestamente dotado de prestigio.

Todo lo anterior no pretende invalidar, arrojar al mundo de la irracionalidad, las discusiones generadas por la pregunta acerca de la naturaleza de algo. Mis tesis se limitan a sostener lo siguiente: *a*) el problema de la «naturaleza» de algo sólo se plantea en la medida en que se observe una cierta tensión interna entre las propiedades que conforman el concepto; *b*) la determinación de la naturaleza viene dada bien por la determinación de un género rector frente a otros géneros, bien por la determinación de si «pesan» más las propiedades que conforman el género o a las propiedades que conforman la diferencia específica; *c*) la opción entre géneros o la opción entre el género y la diferencia específica en que consiste la naturaleza de algo sólo puede venir dada por cuestiones de valoración o de actitud, pues todas las propiedades describen por igual; y *d*) la «naturaleza» no es otra cosa que el criterio que permite superar las tensiones internas referidas en *a*.

Todo lo anterior va a resultar central para el mapa de teorías del Derecho (imágenes del Derecho) que estoy tratando de

construir. En él tienen que quedar reflejadas las diferentes opciones que los teóricos del Derecho han hecho en favor de los diferentes géneros rectores y en favor de atribuir más o menos peso a géneros y diferencias. Para hacer aflorar todos esos elementos suscitados en torno a la naturaleza del Derecho me voy a detener a explicar dos propiedades del Derecho que han sido consideradas esenciales por gran parte de la teoría del Derecho contemporánea. Me refiero a las notas de que el Derecho «es un orden normativo» y de que «es un orden social».

3. El Derecho es un orden normativo

3.1. El deber jurídico: entre las autoridades jurídicas y los bienes jurídicos

La teoría del Derecho contemporánea admite de forma prácticamente unánime la idea de que el Derecho es un orden normativo. Esta idea pone inmediatamente de manifiesto que el Derecho es visto como un orden compuesto por normas de conducta. A ello me refería páginas atrás cuando decía que la dimensión de guía de la conducta tenía un mayor «peso gravitacional» que la dimensión de competencia y que la dimensión valorativa; que, por seguir con la metáfora, giran en torno a ella. Pero la idea de orden normativo no se agota en eso. La discusión actual parte, puede decirse, de la aceptación prácticamente unánime también de las críticas que se han dirigido a las concepciones del Derecho que, como la de Kelsen, por ejemplo, han situado la coactividad en el centro de la juridicidad. «Orden normativo» se opone —en este contexto— a «orden coactivo» y se recurre a esa idea para expresar que el Derecho es un orden que trata de guiar primariamente la conducta de la gente mediante el establecimiento de deberes, no de sanciones. De esta forma, la noción de deber jurídico pasa a ser anterior a la noción de coacción. La coacción será una propiedad relevante del Derecho, pero tendrá la consideración de «carácter jurídico secundario, no primario». Como es obvio, ello tiene una extraordinaria importancia de cara a componer la imagen del Derecho.

Ahora bien, una vez que la teoría del Derecho ha dado este paso, es decir, que ha arrojado la coacción a un segundo

plano, se le plantea inmediatamente una pregunta fundamental: ¿cómo y por qué obliga el deber jurídico? En efecto, si el deber jurídico es anterior a (y, por tanto, independiente de) la coacción, entonces no vale como explicación de la obligatoriedad del Derecho la referencia a la amenaza de sanciones; es decir, la respuesta no puede consistir en afirmar que el Derecho obliga porque si se incumplen sus requerimientos de conducta entonces están previstos actos coactivos. Esta respuesta a la pregunta por la obligatoriedad del Derecho situaría de nuevo la coacción como carácter jurídico primario. En realidad, una vez que se ha abandonado la coacción como respuesta, me parece que sólo queda una vía abierta, y es la de considerar que el deber jurídico obliga por el valor que se le atribuye.[5] Si ello es así, entonces hay que cambiar la pregunta anterior y sustituirla por esta otra: ¿cómo se atribuye valor al deber jurídico?

Con todas las matizaciones que se quiera, me parece que la respuesta a esta nueva pregunta sólo puede venir de alguna de estas vías, que, por cierto, según creo, son las que ha recorrido la teoría del Derecho. Una vía consiste en atribuir valor al deber jurídico a partir de reconocer valor al origen de la norma que lo expresa; es decir, de reconocer valor al proceso del que la norma es un resultado. De ahora en adelante, dentro de esta primera vía, me voy a centrar exclusivamente en la atribución de valor al deber jurídico a partir de reconocérselo a los autores de las normas, esto es, a las autoridades jurídicas. Naturalmente de esta restricción no se sigue la afirmación de que haya sido el único origen o proceso que haya sido valorado; piénsese, por ejemplo, en lo que ha supuesto la tradición como criterio de justificación de deberes. La otra vía consiste en reconocer valor a aquello que los deberes jurídicos tratan de proteger o promocionar, esto es, a los llamados «bienes jurídicos». O dicho en otras palabras, desde esta vía el valor del deber jurídico depende del valor reconocido a los bienes jurídicos. En resumen, el valor del deber jurídico proviene o bien del valor que cabe atribuir a su origen (en nuestro caso a las autoridades jurídicas) o bien del valor que cabe atribuir

5. Nótese que aceptar esto no implica adoptar necesariamente una actitud justificativa hacia el Derecho: es posible aceptar que el Derecho se resuelve principalmente en el ámbito ideológico y/o justificativo y simultáneamente afirmar que se trata de un fenómeno de falsa conciencia. Pero, ahora, esto no nos importa.

a sus consecuencias (la protección y/o promoción de bienes jurídicos).

La alternativa a propósito de la obligatoriedad del Derecho es clara: los deberes jurídicos obligan porque son aceptados; y son aceptados bien porque provienen de aquellos que se considera que están legitimados para obligar (las autoridades legítimas), bien porque protegen y promocionan aquello que se considera que debe ser protegido y promocionado. Esta alternativa marca —creo— una de las grandes dicotomías dentro de las concepciones del Derecho que no rehúyen la cuestión de la normatividad: el deber jurídico obliga porque se está *sujeto* a la autoridad o porque ordena lo correcto.[6]

Es posible que algún lector piense que lo anterior es correcto, pero que, en realidad, no se está ante ninguna alternativa; que, en general, los aceptantes del Derecho (los aceptantes de los deberes jurídicos, los que se sienten obligados por él) aceptan tanto el sistema de autoridades (lo consideran legítimo) como el sistema de bienes y/o valores (lo consideran correcto). Es decir, que en la aceptación del deber jurídico intervienen ambos aspectos. Si ello es así entonces, al no estar en presencia de una alternativa, habrá que proceder a su integración: habrá que complementar la dimensión de guía de la conducta (los deberes) con la dimensión de poder (la sujeción) y la dimensión valorativa (la corrección). Es obvio que quien piense de esta forma lleva gran parte de razón. Como cuestión de hecho es más que probable que ello sea así; y como cuestión teórica tal vez pueda pensarse que la teoría del Derecho que prescinda de alguno de esos dos aspectos incurrirá en reduccionismo. Sin embargo, me parece que este planteamiento sólo resulta factible en el ámbito de los llamados casos claros, aquellos en los que el contenido del deber está determinado. Porque en los casos difíciles, aquellos en los que por la

6. Naturalmente, aunque no me voy a detener en ellas, hay diversas formas de sortear esta alternativa. Sí quiero, sin embargo, mencionar la que consiste en tratar a las autoridades jurídicas como autoridades teóricas (es decir, como sabios) en asuntos prácticos en lugar de como autoridades prácticas a las que se está sujeto. El resultado de ello es algo así como que hay que hacer lo que dicen las autoridades porque es la forma más segura de acertar respecto de qué debe ser protegido y/o promocionado. Naturalmente quienes han dado ese paso lo que han tratado de hacer es justificar por el resultado ciertas formas de autoridad. Pero, si bien se considera, en última instancia, aunque se haya dado ese paso, en caso de indeterminación o conflicto surgirá la alternativa de si el deber obliga por provenir del «sabio» o por ordenar lo correcto.

razón que sea el contenido del deber no está claro, ocurre que el jurista se encuentra con alternativas metodológicas que resultan realmente incompatibles entre sí y que, *grosso modo*, responden a las dos vías de atribución de valor al deber jurídico que aquí estamos contemplando. Piénsese, por ejemplo, en la alternativa representada por la oposición entre *mens legislatoris* y *mens legis* a propósito de la interpretación de la ley.[7]

La alternativa que estamos presentando a propósito de la normatividad del Derecho es una manifestación más de la tensión entre voluntad y razón en la génesis de las normas jurídicas que a lo largo del libro se ha venido poniendo de manifiesto. Ahora bien, hay una diferencia importante entre las referencias que se han hecho cuando se estudiaban los procesos de creación de las normas jurídicas y lo que ahora se está tratando de explicar. Allí se trataba de mostrar, por un lado, que no podían ignorarse los elementos de poder (voluntad) ni de corrección (razón) presentes en cada uno de los modos de crear normas jurídicas y, por otro, que algunas de las diferencias fundamentales entre los distintos modos de crear normas jurídicas —por ejemplo, entre las normas provenientes de autoridades políticas y las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales— resultan del diferente peso que se atribuye a cada uno de estos elementos. Aquí, sin embargo, no se trata sólo de eso, sino de responder a la pregunta por la «naturaleza» del Derecho. Y para ello no es suficiente con afirmar que el Derecho consiste en un sistema de deberes que es el

7. En este punto no quiero dejar de referirme al resurgimiento de una vieja discusión que se ha producido en los últimos años; me refiero a la cuestión del papel que cabe atribuir a la intención del legislador en la interpretación del Derecho y que tradicionalmente se ha formulado en términos de teorías subjetivas y objetivas de la interpretación. Piénsese, por ejemplo, en la polémica suscitada a partir de la crítica que Andrei Marmor ha dirigido al modelo de interpretación jurídica de Ronald Dworkin. No pretendo aquí dar cuenta de esta discusión; lo que me interesa en realidad es llamar la atención sobre la conexión existente entre concepciones del Derecho y concepciones de la interpretación jurídica. Así, para Dworkin —que cuenta con un modelo de Derecho dependiente de valores— la interpretación jurídica no puede consistir en descubrir la voluntad o la intención de los creadores de las normas; sino en presentar la mejor versión de la norma a la luz de los valores en juego. Por el contrario, Marmor —cuyo modelo de Derecho es deudor del modelo de la autoridad de Raz— sostiene que un enunciado interpretativo no es otra cosa que un enunciado sobre las *intenciones* comunicativas del hablante. Lo interesante en este contexto —repito— no es tanto aclarar aquí la «naturaleza» de la interpretación jurídica, sino simplemente mostrar la conexión que existe entre esta cuestión y la cuestión más general de la «naturaleza» del Derecho.

producto de un sistema de autoridades y que está orientado a la protección de un sistema de valores o bienes, y que esos tres sistemas se hallan en una cierta tensión interna. La insuficiencia proviene de que la respuesta que reclama la pregunta por la «naturaleza» del Derecho se encuentra un paso más allá: no se trata sólo de constatar la tensión interna entre los diferentes elementos que componen el Derecho, sino de suministrar el criterio que permita resolver dichas tensiones. En el fondo, como ya he señalado, el paso de la pregunta por el «concepto de Derecho» a la pregunta por la «naturaleza del Derecho» es el paso de la constatación de la tensión interna a la determinación del criterio de resolución de la misma. Decir, por ejemplo, que el Derecho tiene naturaleza autoritativa (que todo él se reconstruye como dependiente del poder normativo), o que el Derecho tiene naturaleza axiológica (que todo él se reconstruye como dependiente de valores) no es otra cosa que incorporar al concepto de Derecho el criterio de resolución de la referida tensión[8] (o, como se explicará más adelante, el criterio a partir del cual las teorías críticas o escépticas frente al Derecho proponen su superación).

3.2. El género que rige en el Derecho: la política o la moral

Hace poco he dicho que la discusión sobre la naturaleza de cualquier institución jurídica sigue un cierto íter y que la discusión sobre la naturaleza del Derecho recorre los mismos pasos. Congruentemente con ello, en primer lugar, trataré de mostrar las alternativas generadas a propósito de cuál es el género que rige en el Derecho; y, en segundo lugar, procuraré exponer las opciones que dentro de cada una de estas alternativas se generan en función de que se considere que lo «esencial» (lo que más pesa) en la caracterización del Derecho viene dado por las

8. Quien tenga dificultades para ver la tensión entre autoridades y valores en la aceptación de los deberes piense, por ejemplo, en el conflicto que se produce en el interior de los llamados Estados constitucionales entre los dos grandes criterios de legitimación y/o justificación de los deberes jurídicos: el principio democrático, por un lado, y los derechos fundamentales, por otro. Este conflicto explica la pervivencia en el interior de dichos Estados de dos corrientes de pensamiento que difieren en la importancia que cabe otorgar a cada uno de estos principios en la resolución de los casos difíciles o de penumbra. Me refiero, respectivamente, a las corrientes democrática y liberal.

propiedades que permiten vincularlo al género rector o por las propiedades que componen su diferencia específica.

Si aceptamos como punto de partida que el Derecho es un orden normativo (en el sentido aquí asumido) y que la obligatoriedad de sus requerimientos de conducta sólo puede provenir de alguna de las vías antes referidas, entonces parece que hay dos géneros relevantes a los que el Derecho puede quedar vinculado. El primero de ellos es la política. Si lo determinante en la obligatoriedad del Derecho es la relación de sujeción y/o la relación de autoridad, entonces el problema de la obligatoriedad del Derecho queda prácticamente reducido o disuelto en el problema de la legitimidad de la autoridad. El segundo género al que el Derecho puede quedar vinculado es la moral. Si lo determinante en la obligatoriedad del Derecho es la protección o promoción de ciertos bienes o valores, entonces el problema de la obligatoriedad del Derecho se disuelve en el problema de la justificación de los bienes jurídicos o, dicho en otras palabras, en la cuestión de la congruencia de los bienes jurídicos con los valores morales. Si bien se considera, esta alternativa no es más que el resultado de darse cuenta de que es posible reconstruir todo el Derecho como dependiente de la autoridad (y entonces el género rector es la política) o como dependiente de los valores (y entonces el género rector es la moral). Pero como ya se ha dicho, la cuestión de la naturaleza del Derecho no se agota en la determinación del género rector. Queda por establecer si lo determinante, «lo esencial», radica en la pertenencia a dicho género o en la diferencia específica respecto del mismo.

Dentro de la primera alternativa (el género rector es la política porque la relación de autoridad o de sujeción es la determinante) no es difícil identificar dos tipos de juristas cuyas actitudes resultan ser radicalmente opuestas y que en el discurso teórico se manifiestan en la medida en que resuelven el problema de la naturaleza del Derecho de forma también opuesta. Considere el lector, en primer lugar, todas las corrientes de pensamiento jurídico que podrían agruparse bajo el rótulo de «corrientes críticas del Derecho». Todas ellas —aunque, como siempre ocurre, lo que voy a decir aquí podría matizarse muchísimo— aceptarían como idea básica que desvela el núcleo esencial del Derecho el lema de que «el Derecho es política». La crítica frente al Derecho proviene fundamentalmente de considerar que el método jurídico enmas-

cara, oculta, mistifica, la «verdadera naturaleza» de la relación jurídica; y, en este sentido, proponen la apertura del método jurídico hacia el género al que consideran que el Derecho está vinculado: el jurista esclarecido debe razonar en términos políticos y ello, hablando de manera muy general, suele desembocar en diferentes formas de «instrumentalismo». La radicalidad de las posturas críticas vendrá determinada fundamentalmente por el grado de indeterminación que atribuyan al Derecho objetivo y el grado de escepticismo que mantengan frente a la capacidad de las normas de guiar la conducta. Los más radicales acentúan naturalmente el ámbito estrictamente político de la actividad jurídica. Los más moderados, los que atenúan su escepticismo frente a las reglas y que, por tanto, circunscriben la indeterminación del Derecho, reconocen un ámbito político (instrumental) de la actividad jurídica, pero no reducen el Derecho a la política.

La actitud jurídica opuesta a la anterior se manifiesta en el plano teórico en la corriente de pensamiento que podríamos llamar «formalismo jurídico». El formalismo jurídico es simétrico al pensamiento crítico en el sentido de que reconstruye también el Derecho como dependiente del poder o de la autoridad: la relación de sujeción es la relación jurídica fundamental. No en vano el criterio al que suelen recurrir los formalistas para determinar el conjunto de normas jurídicas es el criterio de la autoridad. Ahora bien, la diferencia con los críticos radica en dos puntos. En primer lugar, en el diagnóstico que hacen de la indeterminación del Derecho. Los formalistas tienden a negarla o a reducirla a mínimos: por ello el método jurídico responde al esquema del razonamiento deductivo y, en caso de indeterminación (si es que la admiten), lo importante es saber quién (qué autoridad) está llamado(a) a solventarla ejerciendo el poder de manera discrecional. En cualquier caso, aquí también la cuestión de la indeterminación del Derecho permitiría graduar a los autores formalistas: los más radicales negarían absolutamente la existencia de casos de indeterminación y los más moderados los circunscribirían al ámbito de la excepcionalidad. En segundo lugar, los formalistas discrepan de los críticos en la valoración que hacen del género y de la especie. Si lo característico del crítico era la propuesta de desvelar el Derecho y por tanto de abrirlo hacia la política (es decir, instrumentalizarlo en términos políticos), para el formalista se trata de todo lo contrario. El Derecho viene a represen-

tar algo así como un plus civilizatorio respecto de la política. Para el formalismo el método jurídico acaba resolviéndose en alguna forma de obediencia a las autoridades jurídicas; pero ello representa una superación de la política en la medida en que la relación de sujeción jurídica está presidida por el valor de la certeza, por la previsibilidad, lo que supone la superación de la arbitrariedad (instrumentalidad) que —en opinión del formalista— caracterizaría a las relaciones de sujeción no juridificadas. En este sentido, para el jurista formalista lo esencial en el Derecho, lo que determina su naturaleza, es la negación de la arbitrariedad y, por tanto, su diferenciación respecto del género, la política.

En resumen: las diferentes corrientes que reconstruyen el Derecho como dependiente del poder, es decir, las que toman la política como género, pueden ordenarse linealmente dentro de un segmento cuyos extremos vienen delimitados por lo que podríamos llamar respectivamente el «formalismo extremo» y la «crítica radical». Dentro del segmento podrían graduarse todas aquellas actitudes que moderan las tesis extremas representadas por las dos referidas corrientes. En particular, un extremo vendría determinado por las tesis de que el Derecho es completo, que el método jurídico es el deductivo y que el jurista esclarecido es el que es consciente de que el Derecho (la certeza que representa el Derecho) es una superación de la política (de la arbitrariedad que representa la política); y el otro, por las tesis de que el Derecho es radicalmente indeterminado, que el llamado método jurídico tiende a ocultar dicha indeterminación y que el jurista esclarecido es el que es consciente de la naturaleza política de la decisión jurídica. Si bien se considera, la ordenación dentro de este segmento de las diferentes actitudes a propósito de la relación entre el Derecho y la política podría responder, *grosso modo*, a estos tres lemas. El formalista diría «El Derecho es una superación de la política»; el moderado, «bajo ciertas circunstancias el Derecho (el método jurídico) tiene que abrirse a la política (al razonamiento político)»; y, finalmente, el crítico, «el Derecho es política».

Naturalmente, no se trata ahora de detenerse a analizar si éste es el segmento adecuado para captar la naturaleza del Derecho ni, en el caso de que lo sea, cuál es el punto apropiado para situarse en su interior. Lo realmente interesante para nuestro mapa radica en lo siguiente: *a*) Cuando se reconstruye todo el Derecho como dependiente del poder (o de la autori-

dad), entonces se acaba sosteniendo que el género rector del Derecho es la política. *b*) Dentro de lo anterior, quienes valoran negativamente el Derecho (los críticos frente al Derecho) insisten en la naturaleza política del mismo, lo que supone proponer su apertura hacia el género rector (la «politización o instrumentalización» del método jurídico). Por el contrario, quienes valoran negativamente el género (los críticos frente a la política), los que consideran que el Derecho es una superación (una negación) de la política, insisten en la naturaleza «jurídica» del Derecho y del razonamiento jurídico; para ellos cualquier apertura hacia el género es vista como un defecto del sistema, una cesión a la arbitrariedad, y, en cierto sentido, como un retroceso civilizatorio.

Por lo que se refiere a la segunda alternativa que la tesis de la normatividad del Derecho nos brinda (donde lo «esencial» es la orientación de los deberes a la protección de bienes y/o valores jurídicos) tampoco es difícil identificar dos modelos de jurista que representan actitudes diametralmente opuestas, lo que se traduce en el plano teórico en que se producen respuestas al problema de la naturaleza del Derecho que resultan también opuestas. Considere el lector, por ejemplo, las corrientes de pensamiento jurídico susceptibles de ser agrupadas bajo el rótulo de «iusnaturalistas». Prescindiendo de bastantes matices, puede decirse que aceptarían como idea que revela la «esencia» del Derecho el lema de que «el Derecho es moral». Lo característico de estos planteamientos es que parten de una valoración completamente positiva del género, que es el que transmite el valor a la especie: el Derecho es valioso en cuanto que es una realización, una concreción, una determinación, etcétera, de la moral. Hasta tal punto ello es así, que negarán carácter jurídico a aquellos órdenes sociales que no puedan ser vistos de esa forma. Por ello, quienes así piensan, proponen la apertura del Derecho hacia la moral y del método jurídico (el razonamiento jurídico) hacia el razonamiento práctico general o moral, pues el primero viene a ser una prolongación del segundo. Los autores que aceptan estos planteamientos tienen naturalmente una visión positiva del género (la moral) en términos cognoscitivos: todos ellos son cognoscitivistas, en el sentido de que piensan que el razonamiento moral permite hallar las soluciones correctas a los diferentes problemas prácticos que puedan plantearse. Ahora bien, la radicalidad de estos planteamientos dependerá fundamentalmente del grado

de cognoscitivismo moral: los más radicales negarán toda entidad al Derecho que quedará prácticamente fundido en la moral. Estas tesis, sin embargo, van moderándose a medida que se va reconociendo valor al Derecho. De esta forma, los más moderados propondrán la apertura del Derecho a la moral cuando el Derecho esté afectado de indeterminación, cuando no esté claro qué prescribe. Propondrán, en definitiva, la apertura del método jurídico al razonamiento moral como forma de superación de la indeterminación del Derecho.

La actitud jurídica diametralmente opuesta a la anterior vendría representada por lo que se ha convenido en llamar «positivismo ideológico». El positivismo ideológico es, por un lado, simétrico a las corrientes que acabamos de tomar en consideración por cuanto sostiene que el Derecho tiene capacidad justificativa y, en consecuencia, lo reconstruye también como dependiente de valores o de bienes jurídicos; pero, por otro lado, se opone a ellas en dos puntos fundamentales. En primer lugar, el positivismo ideológico es escéptico hacia las posibilidades de conocimiento moral. Frente al cognoscitivismo y al sustantivismo anteriores, los positivistas ideológicos propenden al relativismo, lo que acaba traduciéndose en convencionalismo moral: frente a la idea de que hay verdades morales sustantivas, tienden a ver «lo correcto» incorporado al Derecho como una cuestión de convención. En segundo lugar, como consecuencia de la diferencia que acabamos de reseñar, el positivismo ideológico tiene una concepción del método jurídico completamente diferente. En efecto, los autores cognoscitivistas sostienen (aunque en diferentes grados) la tesis de la apertura del razonamiento jurídico al razonamiento moral; ello resultará especialmente importante en relación con los casos difíciles, los casos de indeterminación del Derecho. Su —llamémoslo así— «optimismo moral» en términos cognoscitivos hace que esa apertura sea concebida cuando menos como la forma de superar los déficit que pueda presentar el Derecho. En este sentido, a pesar de todas las diferencias de grado que puedan establecerse entre ellos, todos admitirían la tesis de la naturaleza moral del Derecho. Frente a ello, el positivismo ideológico vendría a sostener lo siguiente: más allá del Derecho, de la convención, las posibilidades de fundar juicios valorativos son nulas; en este sentido, el Derecho viene a ser una superación de la moral, pues los valores jurídicos expresan algo más que una pura preferencia subjetiva, expresan convenciones sociales respecto de lo correcto y lo

incorrecto. Congruentemente con este planteamiento, sostienen que cuando en el Derecho se producen casos de indeterminación, lejos de abrirse hacia la valoración moral (hacia supuestos valores sustantivos «verdaderos»), el método jurídico debe proceder a la autointegración del Derecho, es decir, debe tratar de hallar la solución sin salirse del Derecho mismo, sin salirse de la convención valorativa.

En resumen. Las diferentes corrientes de pensamiento jurídico que reconstruyen el Derecho como dependiente de valores acaban por tomar la moral como el género que rige en el Derecho. Todas ellas pueden ordenarse en el interior de un segmento cuyos extremos vienen delimitados respectivamente por el positivismo ideológico (el convencionalismo radical en materia valorativa) y por el iusnaturalismo (el objetivismo y/o sustantivismo absolutos en materia moral). Dentro de este segmento podrían graduarse todas aquellas actitudes que moderan las tesis extremas representadas por estas dos corrientes. A partir de ahí puede decirse, creo, lo siguiente. En el extremo del positivismo ideológico (de los no cognoscitivistas o convencionalistas) viene a sostenerse que el Derecho es una superación de la moral, pues los juicios valorativos fundados en el Derecho expresan convenciones fuertemente aceptadas y, en consecuencia, su «valor» es superior a la simple valoración moral que no expresa más que puras preferencias subjetivas. Por ello proponen cerrar el Derecho y el razonamiento jurídico sobre sí mismos: cualquier apertura al género y al supuesto «razonamiento práctico general» supondría —en su opinión— simplemente un incremento de la indeterminación. Frente a este planteamiento, en el otro extremo —el de los cognoscitivistas y sustantivistas— tiende a verse el Derecho como una mera concreción o determinación de la moral; en consecuencia, para ellos es fundamental la apertura del Derecho (y del método jurídico) a la moral (y al razonamiento práctico general). Si bien se considera, la ordenación dentro de este segmento de las diferentes actitudes a propósito de la relación entre Derecho y moral podría responder a estos tres lemas. El positivista ideológico sostendría que «el Derecho es una superación de la moral»; el moderado, que «bajo ciertas circunstancias el Derecho (el método jurídico) debe abrirse a la moral (al razonamiento práctico general)»; y, finalmente, el iusnaturalista afirmaría que «el Derecho es moral».

El cuadro VIII.2 resume todo lo anterior.

CUADRO VIII.2. *El Derecho y sus géneros rectores*

Derecho	*Política*	*Moral*
El problema jurídico es el de la determinación del deber.	Lo esencial en la determinación del deber jurídico es la relación de sujeción.	Lo esencial en la determinación del deber jurídico es la orientación a la protección de bienes.
Para los autores que representan uno de los extremos de los dos segmentos considerados, la solución consiste en abrir completamente el Derecho hacia el género rector; en diluir el Derecho en el género.	Corrientes críticas del Derecho: «El Derecho es política.»	Corrientes iusnaturalistas: «El Derecho es moral.»
Para los moderados —los que se distancian de los extremos de los segmentos— sólo bajo ciertas circunstancias (en los llamados casos de indeterminación) el Derecho (la especie) debe abrirse al género rector.	Bajo ciertas circunstancias, el Derecho (el método jurídico) debe abrirse a la política (al razonamiento político a través de la figura de la discrecionalidad).	Bajo ciertas circunstancias, el Derecho (el método jurídico) debe abrirse a la moral (al razonamiento práctico general).
Para los autores que representan el otro extremo de los dos segmentos, la solución consiste en cerrar el Derecho (la especie) al género rector: el Derecho es una superación del género.	Formalismo jurídico: «El Derecho es una superación de la política»; de la arbitrariedad que representa la política.	Positivismo ideológico: «El Derecho es una superación de la moral»; de la indeterminación y la subjetividad de la moral.

3.3. De nuevo sobre «la identificación del Derecho» y «la unidad del Derecho»: la unidad desde arriba («El Derecho como orden jurídico») y la unidad desde abajo («El Derecho del caso»)

Unas pocas páginas atrás destaqué dos problemas con los que los juristas prácticos se topan inevitablemente y que los teóricos del Derecho generalmente hemos incorporado a la discusión sobre el concepto de Derecho. Me refiero a «la identificación del Derecho» y a «la unidad del Derecho». Sin embargo, lo dicho allí —una vez más— no estaba suficientemente matizado, ya que, en realidad, estos dos problemas no son independientes entre sí; están completamente vinculados, la respuesta a uno de ellos condiciona la respuesta al otro. Para explicarlo trataré de mostrar dos imágenes del Derecho opuestas entre sí, que son el producto de dos formas diferentes de abordar los referidos problemas.

Si se repasa la literatura jurídica no es difícil darse cuenta de que la cuestión de la unidad del Derecho puede abordarse —y de hecho se ha abordado— desde dos perspectivas diferentes. A la primera la voy a llamar «la unidad desde arriba» (desde las normas) y a la segunda «la unidad desde abajo» (desde las soluciones a los casos). Las teorías que han abordado el problema de la unidad desde arriba han tratado de responder fundamentalmente a la pregunta de qué constituye la unidad del conjunto de normas que llamamos orden jurídico o, si se prefiere, qué constituye la unidad del Derecho cuando nos encontramos con que éste cuenta con una pluralidad de fuentes o de formas de producir normas jurídicas. En este sentido, no está de más recordar que, por ejemplo, la norma básica de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart son contribuciones a la teoría de la unidad del Derecho visto como orden jurídico. Lo interesante, en cualquier caso, es percatarse de que de una u otra forma las teorías del orden jurídico, las teorías que construyen la unidad del Derecho por arriba, sitúan en el centro de sus preocupaciones la distinción entre estándares jurídicos y estándares no jurídicos, de forma tal que la cuestión de la validez jurídica de una norma acaba resolviéndose siempre en términos de pertenencia o no al conjunto que llamamos orden o sistema jurídico. Desde esta perspectiva, decir que el Derecho es unitario equivale a decir que es cerrado, que está

compuesto por un número finito y relativamente determinado de estándares.

Ahora bien, la cuestión de la unidad del Derecho se plantea también en el contexto de la resolución de casos, en el ámbito de lo que en términos muy generales podríamos llamar el «método jurídico». Y aquí el problema ya no es si tal norma pertenece o no al orden, porque no se trata de hallar la solución según tal o cual norma, sino de hallar «la» solución según el Derecho. En este nuevo contexto el problema parece ser el de qué hace que algo sea «la» solución según el Derecho. Por ello, la teoría del método jurídico puede ser vista como una teoría de la unidad del Derecho construida «desde abajo» (esto es, desde las soluciones a los casos). Desde esta otra perspectiva, la de las teorías que han abordado así el problema de la unidad, afirmar que el Derecho es unitario significa sostener que no es indeterminado, es decir, que suministra una solución para cada caso: si ante un caso concreto ofreciese diferentes respuestas correctas entonces no sería unitario. Unidad, en este sentido, equivale a no discrecionalidad en la resolución de los casos, a completitud.

Llegados a este punto no es difícil percatarse de que a partir de la idea de unidad del Derecho, la teoría del Derecho ha suministrado dos imágenes del Derecho opuestas entre sí. La primera, que se correspondería con la construida por las teorías del orden jurídico, presenta al Derecho como una pirámide: el vértice superior es el depositario de toda la juridicidad y a partir de él —a medida que se va descendiendo— el Derecho se va abriendo hacia el mundo y la realidad (los casos). La otra imagen, la construida desde «el método jurídico», invierte la pirámide[9] de forma tal que la unidad viene representada por la solución correcta y la pirámide se va abriendo a medida que se asciende en busca de los estándares que permiten hallar o justificar la solución correcta. Ésta es la imagen del «Derecho del caso».

En principio, cabría pensar que la teoría del orden jurídico (el Derecho como orden jurídico, la unidad desde arriba) y la

9. François Ost (en «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», *Doxa*, n.º 14, 1993, pp. 169 y ss.) opone el modelo de juez al que llama Júpiter, y que lo representa mediante las imágenes del código (el Derecho objetivado por las normas) y la pirámide (la unidad construida desde arriba) al modelo que llama Hércules, representado por las imágenes del dossier (en el se incorporan todos los elementos relevantes para la resolución del caso) y el embudo (la pirámide invertida, la unidad desde abajo).

teoría del método jurídico (el Derecho del caso, la unidad desde abajo) deben complementarse, pero, en realidad, resultan —creo— incompatibles: las dos imágenes del Derecho que acabamos de referir representan teorías del Derecho incompatibles entre sí. Detengámonos por un momento a tratar de explicarlo. La teoría del orden jurídico y la teoría del método jurídico pueden ser vistas, en efecto, como teorías complementarias, como las dos caras de un mismo problema: el de la unidad del Derecho. En este sentido, puede decirse que a toda teoría del orden jurídico le corresponde (aunque tal vez no esté explícitamente formulada) una teoría del método jurídico y viceversa; toda teoría del método jurídico presupone alguna teoría del orden jurídico. El problema surge porque cuando se unifica el Derecho desde arriba, éste acaba abriéndose por abajo y cuando se unifica desde abajo, acaba abriéndose por arriba. De forma tal que las mejores teorías del orden jurídico tienden a suministrar una imagen empobrecida del método jurídico y las mejores teorías del método tienden a ignorar o a minusvalorar el problema del orden jurídico. En efecto, las teorías del Derecho que presentan al Derecho como un orden jurídico, es decir, aquellas que suministran una explicación de la unidad del Derecho desde las normas, acaban cerrando al Derecho por arriba. El método jurídico, en consecuencia, acaba consistiendo en un conjunto de operaciones para resolver con un número finito y determinado de normas jurídicas un número potencialmente infinito de casos. El resultado de ello es que para poder hablar de unidad del Derecho por abajo hay que aceptar —dar por buena— la idea de que en muchos —o algunos— casos «la solución según el Derecho» es la que se adopte discrecionalmente, porque los estándares jurídicos disponibles simplemente no resuelven el caso. En este sentido, las teorías del orden jurídico —las que unifican el Derecho desde arriba— acaban abriendo el Derecho por abajo, acaban dejando espacios para la discrecionalidad; y ello, en términos de una teoría del Derecho construida desde abajo (desde el método jurídico) resulta siempre insatisfactorio. Pero estas últimas teorías no se libran tampoco de las dificultades. En efecto, al plantear el problema en términos de hallar «la» solución para el caso que se trata de resolver y de rechazar la discrecionalidad como respuesta, se enfrentan a la tarea de razonar hasta dar con el estándar que les permita resolver correctamente el caso. Y ello acaba suponiendo la apertura del De-

recho por arriba: que el conjunto de estándares aplicables no esté cerrado, no esté determinado *a priori*.[10]

Esta tensión entre teorías que construyen la unidad del Derecho desde arriba (o teorías del orden jurídico) y teorías que construyen la unidad desde abajo (o teorías del método jurídico) demarca uno de los ámbitos realmente relevantes en la discusión contemporánea de la teoría del Derecho. Ahora bien, si ponemos en contacto esto que acabamos de decir con el mapa de teorías del Derecho (o de corrientes de pensamiento jurídico) que hemos trazado en el epígrafe anterior cuando se trataba de presentar la discusión sobre «la naturaleza del Derecho», podrán extraerse algunas conclusiones relevantes.

La primera conclusión puede ser ésta: las corrientes de pensamiento que diluyen el Derecho en el género considerado rector se marginan de la discusión anterior. En efecto, tanto las corrientes críticas («el Derecho es política») como las iusnaturalistas («el Derecho es moral») no participan en esta discusión porque en realidad no asumen ninguno de los dos problemas que están en la base de la misma: ni el de la identificación, ni el de la unidad. Ello es así porque para asumirlos hay que haber aceptado previamente un cierto positivismo mínimo, una relativa autonomización del Derecho moderno y eso es precisamente lo que rechazan; para ellos el Derecho se diluye en el género rector, bien en la política, bien en la moral. Esta idea de positivismo mínimo es la que trataba de expresar hace algunas páginas cuando decía que la dimensión directiva del Derecho —la construida en torno a la idea de deber— tenía «un peso gravitacional» superior a las otras dos dimensiones, la de poder

10. Esta tensión es la que creo que trataba de expresar Th. Viehweg cuando trazaba la oposición entre «pensamiento sistemático» y «pensamiento problemático». En efecto, en su opinión, toda disciplina surge de determinados problemas y da lugar a un cierto sistema; pero la oposición entre las dos formas de pensamiento se genera como una cuestión de acento en uno u otro. El pensamiento sistemático 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 (o en el caso del Derecho —puede decirse— son resueltos discrecionalmente). Por el contrario, el pensamiento problemático pone el acento en el problema (las aporías son problemas que no pueden ser soslayados) y por tanto lo que hace es una selección de sistemas en busca de la solución del problema [cfr. Theodor Viehweg: *Tópica y jurisprudencia* (trad. L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964]. No me quiero extender en esta cuestión, pero *grosso modo* la oposición entre pensamiento sistemático y problemático corre paralela a la que aquí estamos contemplando entre la unidad desde arriba (desde las normas) y la unidad desde abajo (desde las soluciones de los casos).

—la construida en torno a la idea de sujeción— y la valorativa —la construida en torno a la noción de bien jurídico—.

La segunda conclusión es que las corrientes que representan los otros dos extremos de los dos segmentos tomados en consideración tampoco pueden participar de manera relevante en esta discusión. Ello es así porque, en realidad, tampoco asumen ninguno de los dos problemas prácticos de los juristas que están en la base de toda esta discusión. El formalismo extremo y el positivismo ideológico representan algo así como un positivismo máximo, por cuanto sostienen la absoluta autonomización del Derecho. En este sentido, las teorías en que se manifiestan estas corrientes transmiten de manera muy clara una determinada actitud hacia el Derecho pero tienen un muy bajo valor explicativo. Para ellas el carácter cerrado y completo del Derecho no es una cuestión contingente que dependa del sistema de normas y de los casos que se trata de resolver, sino que adquiere los rasgos de un presupuesto necesario del Derecho. En este sentido, creo que pueden calificarse de teorías puramente ideológicas: transmiten actitudes, pero su valor explicativo de la práctica jurídica es ciertamente nulo. Al pretender resolver el problema de la práctica jurídica mediante un postulado de definición, lo único que hacen es deformar, mistificar o escapar de la práctica misma.

La tercera conclusión resulta a estas alturas manifiesta. Existe una estrecha relación entre las dos alternativas moderadas que presenté en el epígrafe anterior y las dos imágenes del Derecho que se acaban de esbozar. Estas dos imágenes pueden resumirse así: la primera, la que corresponde a las teorías del orden jurídico, es una pirámide cerrada por arriba y abierta por abajo; la segunda, la que corresponde a las teorías del método jurídico, es una pirámide invertida, abierta por arriba y cerrada por abajo. Pero, cerradas y abiertas ¿a qué? La respuesta a esta pregunta creo que no deja lugar a dudas: abiertas al género considerado rector y cerradas al género considerado subalterno. Las teorías del orden jurídico, las teorías que han unificado el Derecho desde arriba (desde las normas), han asumido que el género rector en el Derecho es la política y han situado como núcleo central de sus preocupaciones la separación entre estándares jurídicos y no jurídicos, es decir, entre estándares jurídicos y estándares morales. O dicho en otras palabras: han procurado cerrar el Derecho al género considerado subalterno, la moral. Congruentemente estas teo-

rías han recurrido a un expediente típicamente político para resolver los casos de indeterminación que de forma inevitable se les presentan en la resolución de los casos; me refiero a la discrecionalidad. Y, a la inversa, las teorías del método jurídico, las que han unificado al Derecho por abajo (desde las soluciones a los casos), han asumido que el género rector en el Derecho es la moral y han situado en el centro de sus preocupaciones la búsqueda de «la» solución correcta de los casos, es decir, han tratado de erradicar la discrecionalidad. Dicho en otras palabras, su propósito es cerrar el Derecho a la política, al género considerado subalterno. Congruentemente con ello, con el objetivo de marginar la política, han ampliado la noción de estándar jurídico mucho más allá de la de norma que es el resultado del ejercicio del poder por parte de las autoridades jurídicas y ello ha supuesto la apertura del «razonamiento jurídico» al razonamiento típico del genero rector, al razonamiento moral.

El cuadro VIII.3 resume todo lo anterior.

4. El Derecho es un orden social

4.1. El Derecho entre la convergencia y la convención; y la teoría del Derecho entre la participación y la observación

La afirmación de que el Derecho es un orden social pretende transmitir la idea de que la existencia, el contenido y la estructura del Derecho dependen de la conducta de la gente. O, dicho de otra forma, el Derecho, el orden jurídico, no es otra cosa que el uso que la gente hace del mismo; es decir, es una práctica social. Vistas así las cosas, el Derecho se parece bastante al lenguaje natural: del mismo modo que no hay oposición entre el uso del lenguaje y el lenguaje mismo (el lenguaje consiste precisamente en el uso que de él se hace), el Derecho depende también del uso que de él se hace. Tanto el Derecho como el lenguaje son susceptibles de ser objetivados a partir de la observación de la práctica en que consisten; por ello, pueden ser analizados, enseñados y, en general, presentados como si se trataran de algo distinto de la práctica misma. Esta dependencia del Derecho de la práctica (del uso) parece que debería permitir tratarlo como un fenómeno histó-

CUADRO VIII.3. *Dos imágenes del Derecho*

El Derecho como orden jurídico	*El Derecho del caso*
Imagen del Derecho Normas /\ Casos	Imagen del Derecho Normas \/ Caso
El Derecho es unitario porque es cerrado; permite distinguir entre estándares jurídicos y no jurídicos.	El Derecho es unitario porque suministra una solución correcta para cada caso.
Los estándares jurídicos son básicamente el producto de actos de poder realizados por autoridades jurídicas.	El Derecho no está formado sólo (ni fundamentalmente) por estándares que son el producto de actos de poder realizados por autoridades jurídicas.
Las teorías del orden jurídico suministran una imagen empobrecida del método jurídico. Los límites de la racionalidad jurídica dejan siempre un espacio para la discrecionalidad.	Las teorías del Derecho del caso suministran una imagen empobrecida de las fuentes del Derecho. El origen de las normas no determina su validez.
El género rector en el Derecho es la política. El origen del deber jurídico es la relación de sujeción; los estándares jurídicos son el producto de actos de poder; y las indeterminaciones se resuelven discrecionalmente.	El género rector en el Derecho es la moral. El sentido del deber jurídico es la protección de bienes moralmente valiosos y el razonamiento jurídico es una prolongación institucional del razonamiento moral.
El género subalterno en el Derecho es la moral: el carácter jurídico de un estándar puede independizarse de su calidad moral.	El género subalterno en el Derecho es la política: el carácter jurídico de un estándar puede independizarse de los actos de poder realizados por autoridades jurídicas.

rico y contingente, susceptible de ser descrito sin más. Pero esta característica del Derecho, que, en principio, parece bastante obvia e indiscutible, lejos de resultar pacífica, constituye una de las principales fuentes de polémica para la teoría del Derecho. Las dificultades tienen que ver con cómo articular el discurso teórico de forma que «haga justicia», respectivamente, a las notas de la normatividad y de la socialidad (o positividad) del Derecho. Aquí nuevamente nos vamos a encontrar con un segmento cuyos extremos representarán modelos de teoría del Derecho incompatibles entre sí. Pero no adelantemos acontecimientos y tratemos de explicar el origen de las tensiones.

Una teoría del Derecho que responda adecuadamente a la idea de que el Derecho es un orden social cuyo contenido y estructura depende del uso que la gente hace del mismo, parece que debe resolverse en términos de observación de esa conducta. Ahora bien, ¿qué conducta hay que observar?, ¿qué conducta es relevante? En la respuesta a estas preguntas empezarán los problemas de la teoría del Derecho, pues aparecerán las interferencias entre la nota de la normatividad y la de la socialidad (o positividad). Según se ha explicado en el epígrafe anterior, decir que el Derecho es un orden normativo supone afirmar que para algunos el Derecho obliga genuinamente, esto es, que obliga al margen de (y anteriormente a) la presión que la presencia de sanciones pueda suponer. Si la normatividad —frente a la coactividad— es el «carácter» jurídico primario y la socialidad del Derecho reclama observación, la teoría del Derecho deberá primar a un determinado usuario del Derecho frente a otros; deberá centrar su observación sobre los que podemos convenir en llamar «usuarios primarios» del Derecho, aquellos que conforman su naturaleza normativa, que consideran que el Derecho, los deberes jurídicos, les obligan genuinamente. La observación girará, pues, en torno a la conducta, actitudes y creencias del llamado «aceptante» del Derecho: un sujeto que usa el Derecho porque lo considera obligatorio. El Derecho que se obtiene de esa observación será, en consecuencia, el resultado de la convergencia o concurrencia de esas conductas y de esas creencias normativas. Naturalmente, para estos aceptantes del Derecho no tiene sentido distinguir entre el «Derecho que es» y el «Derecho que debe ser». Su compromiso con el Derecho es tal que hace que la pregunta por el «Derecho que es» resulte inescindible

de la pregunta por el «Derecho que debe ser». No se trata de sujetos resignados o escépticos que hayan claudicado ante la realidad, que se limiten a hacer concesiones ante la realidad social (el «Derecho que es» es el «Derecho que debe ser»), cuanto de sujetos que mantienen una actitud o un compromiso normativo (el «Derecho que debe ser» es el «Derecho que es»). De esta forma, para ellos el punto de encuentro social (el lugar común) que representa el Derecho es el resultado de la normatividad, es más el producto de una concurrencia o convergencia de conductas y de creencias normativas que de una convención social. Y ahora viene la cuestión problemática para la teoría del Derecho. Las dificultades para la teoría del Derecho no provienen de la existencia social de este tipo de usuarios, ni tampoco de que ellos deban ocupar lugares privilegiados en la observación de la conducta relevante para construir la imagen del Derecho, sino de determinar si el propio discurso de la teoría del Derecho debe estar igualmente comprometido con el Derecho. Del mismo modo que el «aceptante» nunca adopta una actitud descriptiva que le permita oponer el «Derecho que es» al «Derecho que debe ser», la cuestión problemática es si el teórico del Derecho debe adoptar la misma actitud justificativa que el aceptante, si debe adoptar la actitud que la propia naturaleza normativa del Derecho parece reclamar. La teoría del Derecho que responde afirmativamente a esta cuestión no prescinde naturalmente de la nota de la socialidad (o positividad), lo que ocurre es que ahora —desde esta perspectiva— dicha nota ya no exige del teórico «observación», sino participación: el discurso del teórico del Derecho se inserta dentro de la práctica normativa en que consiste el propio Derecho; no se trata ya de «observar» para «describir» el Derecho, sino de «participar» para «construir» el Derecho. Este modelo de teoría del Derecho, que podemos convenir en llamar «teoría del Derecho del participante», constituirá uno de los extremos del nuevo segmento que tratamos de mostrar. En resumen, bien podría decirse que desde este extremo del segmento la nota de la socialidad (o positividad) del Derecho acaba reduciéndose a la de la normatividad por la vía de la participación.

Frente a este modelo de teoría del Derecho, nos encontramos con otro —su opuesto— que responde negativamente a la pregunta que antes formulábamos a propósito de si el teórico del Derecho debe adoptar la actitud justificativa que la norma-

tividad parece reclamar. Para este nuevo modelo, cuyas pretensiones son puramente descriptivas, la nota de la socialidad del Derecho se resuelve en la observación de la conducta social y de las creencias normativas, de los usos «primarios» y «secundarios» que la gente hace del Derecho. Su observación puede ser más o menos rica, fina o sutil, pero su objetivo es el de llegar a describir la convención (el lugar común) en que acaba siempre consistiendo el Derecho. Desde esta perspectiva, naturalmente, es perfectamente posible distinguir entre el «Derecho que es», producto de la descripción de la convención social vigente, y el «Derecho que debería ser», la convención que se consideraría justificada. Para esta forma de hacer teoría del Derecho, que constituirá el otro extremo del segmento, bien puede decirse que la nota de la normatividad del Derecho acaba siempre disuelta en la de la socialidad.

Ya tenemos los dos extremos de un nuevo segmento de opciones para la teoría del Derecho. Uno, el de la teoría jurídica del participante, caracterizado por: *a*) generar un discurso justificativo; *b*) considerar la socialidad del Derecho como la concurrencia o convergencia de creencias y actitudes normativas (reduciendo así la socialidad a la normatividad), y *c*) concebir al teórico como un participante en la práctica social en que consiste el Derecho. El otro extremo, el de la teoría jurídica del observador, caracterizado por: *a*) generar un discurso descriptivo; *b*) considerar la normatividad del Derecho todo lo más como un criterio para llegar a determinar la convención social en que consiste el Derecho (disolviendo así la normatividad en la socialidad), y *c*) concebir al teórico del Derecho como un observador cuyo objetivo es describir la referida convención. Entre estos dos extremos habrá que situar naturalmente todas las teorías que les han hecho matizaciones. Sin embargo, me interesa dejar claro que estos dos extremos que he tratado de reflejar se encuentran ya bastante matizados (representan, por decirlo de algún modo, versiones moderadas); ya que las teorías del participante aquí recogidas son las que han dado pasos hacia la socialidad a través de lo que frecuentemente se ha llamado la «reconstrucción racional de las prácticas sociales»; y las teorías del observador representadas se han aproximado a la normatividad por la vía de enriquecer la observación, de forma que alcance no sólo conducta social, sino también creencias y actitudes normativas. Ahora bien, por más que se aproximen entre sí, por más matices que se

introduzcan en el discurso, estos dos modelos de teoría del Derecho resultan irreductiblemente incompatibles entre sí: en un caso, se trata de construir un discurso justificativo, y en el otro, un discurso descriptivo.

Como tantas veces ha ocurrido a lo largo del libro, aquí tampoco voy a tratar de resolver esta oposición. Además, probablemente el lector ya se haya dado cuenta de que a lo largo del libro he andado sorteando esta cuestión. No en vano, por ejemplo, hablando de las funciones de la teoría del Derecho en ocasiones he dicho que su tarea era la de «reconstruir» la práctica de los juristas (con las connotaciones justificativas que ello supone) y en otras que era la de «dar cuenta» de esa práctica (con las connotaciones descriptivas que ello implica). Mi propósito aquí se agota en la simple exposición del mapa de imágenes del Derecho. Sin embargo, a pesar de esta autorrestricción, a continuación voy a detenerme en dos cuestiones que me parecen importantes. La primera tiene que ver con las pérdidas que supone optar por un discurso puramente descriptivo; y la segunda, que puede verse como un corolario de la anterior, tiene que ver con las dificultades que presenta la pretensión, por otro lado bastante extendida, de considerar que ambos discursos teóricos, lejos de ser incompatibles, resultan ser complementarios.

El discurso sobre el Derecho con pretensiones puramente descriptivas presenta limitaciones graves que tienen que ver con su utilidad (el para qué) y sus destinatarios (el para quién). En efecto, una teoría del Derecho así concebida se detiene allí donde, en realidad, empiezan los problemas de los juristas prácticos. Es, puede decirse, una teoría construida sobre las regularidades observadas en torno a los llamados casos claros, los que no plantean problemas a los juristas. Pero allí donde las cosas no están claras, allí donde el jurista se topa con un problema normativo (del tipo de «¿cómo hay que interpretar el artículo x de la ley y?», «¿constituye la acción r un caso de abuso de derecho?», «¿cae la acción z dentro del alcance de la norma p?») la teoría del Derecho se calla, no tiene nada que decir. Alguien podría pensar que una teoría con pretensiones puramente descriptivas no tendría, en realidad, por qué callarse, pues lo que procedería hacer ante un caso difícil no es distinto de lo que habría que hacer ante un caso fácil: en ambos casos se trataría de describir. Pero aquí es donde radica su punto débil, porque en realidad no

hay nada que describir. En efecto, si el Derecho es una práctica social entonces obviamente no es sólo algo que simplemente ya está dado, sino que también es algo en construcción. Para solucionar casos difíciles, problemas jurídicos como los antes mencionados, el jurista práctico se encuentra con alternativas metodológicas cuya elección está íntimamente relacionada con las alternativas vistas en el apartado anterior a propósito de la naturaleza normativa del Derecho. Una teoría del Derecho que no haya abordado el problema de la naturaleza del Derecho difícilmente podrá suministrar algo más que el mapa de alternativas. El coste tremendo que tiene limitarse a describir es que nunca se puede orientar. La orientación sólo es posible desde la «participación»: **participar** en una práctica social no es sólo **reproducir** la conducta en que consiste esa práctica, es también **construirla**. Y esto último es precisamente lo que les queda vedado a las teorías con pretensiones puramente descriptivas. Sólo las teorías que hayan resuelto en algún sentido la cuestión de «la naturaleza del Derecho» pueden constituir guías para el jurista práctico.

Detengámonos ahora brevemente en la segunda de las cuestiones planteadas, la de la complementariedad o no entre la teoría del Derecho descriptiva y la participativa o justificativa. En el apartado anterior, he afirmado que la pregunta por la «naturaleza» del Derecho se encontraba un paso más allá que la pregunta puramente conceptual, pues para responderla no era suficiente con decir que en el Derecho había determinados elementos internos que se hallaban en una cierta tensión, sino que había que suministrar el criterio de resolución de esas tensiones. Así, por ejemplo, sostuve que cuando se afirma que el Derecho tiene naturaleza axiológica en lugar de autoritativa no se está describiendo nada, sino que se está suministrando un criterio para resolver una determinada tensión interna al Derecho, y que, por tanto, a ello no se llega mediante observación. La tensión —que es lo que resulta observable— naturalmente es susceptible de ser descrita, pero la elección del criterio de resolución de la tensión lo que reclama no es descripción, sino justificación.

Llegados a este punto conviene llamar la atención sobre lo siguiente: todas las alternativas que hemos contemplado en el apartado anterior a propósito de la cuestión de la normatividad y de la naturaleza del Derecho son estrictamente incompatibles con un discurso puramente descriptivo. Cierto es que

algunas de ellas tradicionalmente se han presentado a sí mismas como teorías puramente descriptivas, pero en realidad todas ellas implican una actitud normativa y valorativa en relación con el «¿qué hacer?» del jurista; todas suministran guías para la superación de ciertas tensiones internas del Derecho. Y ello, si bien se considera, no es otra cosa que participar. Ninguna de ellas, en definitiva, puede ser calificada de teoría descriptiva. Si ello es así, y aceptamos que ése es el ámbito relevante para nosotros, entonces parece que uno de los extremos del segmento que hemos mostrado a partir de la nota de la socialidad (el puramente descriptivo) se nos está desplazando.

En mi opinión, la pregunta central de la teoría del Derecho, la que le da sentido filosófico, es la de la «naturaleza» del deber jurídico. Su respuesta, que puede verse como un corolario o un presupuesto de la respuesta a la pregunta por la naturaleza del Derecho, nunca puede ser el producto de discursos puramente descriptivos. Las teorías que realmente lo han intentado, que se han propuesto únicamente la descripción a partir de la observación, lo han hecho al alto precio de eludir la pregunta fundamental —la de la naturaleza del deber jurídico— y, por tanto, de no responder a ninguno de los problemas y retos que la práctica y la doctrina del Derecho presentan.

4.2. A MODO DE CONCLUSIÓN: DOS GRANDES MODELOS DE TEORÍA DEL DERECHO

Si se ponen en conexión algunas de las cosas que se han venido diciendo hasta ahora, me parece que a modo de conclusión pueden mostrarse dos grandes modelos de teorías del Derecho. Estos modelos son el producto de enfatizar, remarcar o resaltar algunas propiedades presentes en el Derecho. Como se trata de modelos «moderados» no es que cada uno de ellos niegue o ignore las propiedades que el otro toma en consideración, sino que la oposición entre ellos resulta de dotar de mayor o menor peso a algunas de esas propiedades del Derecho. En este sentido, no son teorías reduccionistas. Lo que caracteriza a las teorías reduccionistas es haber negado algunas propiedades relevantes del Derecho con el fin de suministrar una imagen integrada del mismo: han pretendido resolver

la cuestión de la «naturaleza del Derecho» por la vía de negar las tensiones internas al Derecho. Los dos modelos que aquí presentaré no son, en este sentido, teorías reducionistas; no rehúyen el problema de la «naturaleza del Derecho», sino que precisamente son el producto de haber asumido que ése es el problema central de la teoría del Derecho. Por ello, como tantas veces se ha dicho ya, la opción por uno o por otro no puede ser el resultado de ninguna descripción: dicha opción tiene consecuencias normativas y lo que reclama, por tanto, es fundamentalmente justificación. A continuación, voy a dibujar con trazos muy gruesos el boceto de cada uno de estos dos modelos; para ello voy a prescindir de cualquier explicación.

El primer modelo se corresponde con las que he llamado teorías del orden jurídico y entre sus características centrales pueden citarse las siguientes. Son teorías que construyen la unidad del Derecho desde las normas («la unidad desde arriba») y que asumen que el género rector en el Derecho es la política. En consecuencia, consideran que internamente el legislador (autoridad política por excelencia) es el protagonista central del Derecho; que el origen del deber jurídico se halla en la relación de sujeción y/o de autoridad; que el Derecho tiene naturaleza autoritativa; y que los estándares jurídicos son básicamente el producto de actos realizados por las autoridades jurídicas. Estas teorías han considerado que el género subalterno en el Derecho es la moral, han tratado de cerrar el Derecho (y el razonamiento jurídico) a la moral (al razonamiento moral). En consecuencia, han enfatizado la distinción entre estándares jurídicos y no jurídicos, es decir, entre estándares jurídicos y estándares puramente morales. Es más, han tendido a sostener que el carácter jurídico de un determinado estándar puede independizarse de su calidad moral. Para poder «cerrar (unificar)» el Derecho por abajo recurren a un expediente típicamente político, me refiero a la discrecionalidad: las indeterminaciones del Derecho son vistas básicamente como delegaciones de poder para que las autoridades jurisdiccionales actúen como legisladores (como autoridades políticas). Para estas teorías resulta central la idea de que el orden jurídico es un orden social: la estructura y el contenido del orden jurídico dependen del uso que la gente hace del mismo; en este sentido, el Derecho es una práctica social. Esta práctica social incorpora los criterios últimos de validez de las normas jurídicas (de pertenencia al orden jurídico) y suele desem-

bocar en el reconocimiento de ciertas autoridades últimas, es decir, no delegadas formalmente (las autoridades soberanas —por ejemplo, el pueblo en las constituciones democráticas— no son delegadas, sino que son simplemente reconocidas). A partir de ahí, puede decirse que mientras que el reconocimiento de las autoridades consideradas legítimas es el producto de la concurrencia o convergencia de actitudes y creencias normativas, el punto de encuentro social que representa el Derecho sustantivo tiende a considerarse más bien como una convención social. Como se ve, no es que estas teorías hayan negado la dimensión valorativa del Derecho (no son, en este sentido, teorías reduccionistas), sino que han considerado que ésta tiene un carácter interno al orden jurídico. En este sentido, no tienen problemas para hablar de una moralidad incorporada al Derecho. Lo importante, sin embargo, radica en la ordenación que hacen: lo básico en el Derecho es la **convergencia** en el **reconocimiento** de la legitimidad de las autoridades últimas; todo lo demás ya es secundario, interno, derivado, relativo o, en definitiva, convencional. En consecuencia, cuando estas teorías han abordado la cuestión del papel que debe desempeñar el jurista práctico han enfatizado, por un lado, la función de sostenedor y guardián de las «esencias del Derecho», es decir, de las estructuras legítimas de poder normativo y, por otro, de reproductor de la convención social que es el producto de aquéllas. En relación con el Derecho sustantivo la tarea del jurista no puede ir más allá de la simple reproducción de la convención, porque en otro caso acabaría asumiendo un rol político que debe quedar reservado a las autoridades legítimas.

El segundo modelo se corresponde con las que he llamado teorías del Derecho del caso o del método jurídico y entre sus características centrales pueden considerarse las siguientes. Se trata de teorías que construyen la unidad del Derecho desde las soluciones a los casos («la unidad desde abajo») y que asumen que el género rector en el Derecho es la moral. En consecuencia, sostienen que internamente el juez (autoridad aplicadora del Derecho por excelencia) es el protagonista central de Derecho; que el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes y/o valores morales; que el Derecho tiene naturaleza axiológica; y que son jurídicos aquellos estándares que proveen la solución correcta y coherente para el caso que se trata de resolver. En este sentido, han tendido a desdibujar la

distinción entre estándares jurídicos y estándares morales: el razonamiento jurídico es algo así como una prolongación del razonamiento moral. Estas teorías han considerado que el género subalterno en el Derecho es la política y coherentemente con ello han tratado de cerrar el Derecho (la decisión jurídica) a la política, a la discrecionalidad. Las supuestas indeterminaciones del Derecho y lagunas normativas (insuficiencias del sistema) no son tales; los estándares jurídicos no son sólo aquellos que son un resultado de actos de poder realizados por autoridades; el Derecho se «cierra (unifica)» por arriba a través de un expediente típicamente axiológico: la idea de coherencia o unidad valorativa es el criterio central para la identificación de los estándares jurídicos. El carácter jurídico de un estándar no puede independizarse de su calidad moral. Estas teorías ven al Derecho como una práctica social; no hay oposición entre el Derecho y la práctica en que consiste el Derecho: el Derecho depende del uso que la gente hace del mismo. En este sentido, el lugar común (el punto de encuentro) que es el Derecho es el resultado de la concurrencia o convergencia de la gente en torno al reconocimiento de ciertos bienes y/o valores morales básicos. Estos bienes y/o valores básicos (últimos) no son **constituidos** por el Derecho, sino simplemente **reconocidos** por el Derecho. Lo que sí es constituido (y, en este sentido, puede verse como secundario) en el Derecho son las estructuras de poder normativo; por ello, tienden a ver estas estructuras más como una cuestión de convención social que de convergencia o concurrencia en torno a ciertas creencias normativas. Como se observa, no es que estas teorías hayan ignorado la dimensión política (de poder normativo) del Derecho, no es que sean teorías reduccionistas. Lo importante, de nuevo, es la ordenación que realizan: lo básico en el Derecho es la **convergencia** en el **reconocimiento** de ciertos bienes y/o valores últimos; todo lo demás ya es secundario, interno, derivado, relativo o, en definitiva, convencional. Por ello, cuando estas teorías han abordado la cuestión del papel que debe desempeñar el jurista práctico han enfatizado, por un lado, el papel de sostenedor y guardián de las «esencias del Derecho», es decir, de los valores y/o bienes morales últimos y, por otro, el de constructor (no simple reproductor) del Derecho sustantivo: la invocación de estándares jurídicos fundados en la idea de coherencia valorativa del Derecho no es algo privativo que pueda quedar reservado a ciertas autoridades jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis: «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», en *Doxa*, n.º 8, 1990.
— *Lo racional como razonable* (trad. de E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1991.
Aguiló Regla, Josep: «Lenguaje jurídico, lenguaje documental y tesauro», en *Theoria*, segunda época, año V, n.os 12-13, noviembre 1990.
— «Sobre "Definiciones y normas"», en *Doxa*, n.º 8, 1990.
— «Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales», en *Doxa*, n.os 15-16, 1994.
— *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Ed. Fontamara, México, 1995.
— «Fonti del diritto, atti di promulgazione, e atti di abrogazione» (trad. de R. Guastini), en *Analisi e diritto*, 1996.
— «Nullity, Derogation and Normative Powders», en Aarnio, A., Pietilä, K. y Uusitalo, J. (eds.): *Interests, Morality and the Law*, Research Institut for Social Sciences, Tampere, 1996.
— «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», en *Isonomía*, n.º 6, abril 1997.
Albadalejo, Manuel: *Curso de Derecho civil español I*, Bosch, Barcelona, 1987, 4.ª ed.
Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
— *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia, 1979.
— *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
Alexy, Robert: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, n.º 5, 1988.
— *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEC, Madrid, 1989.
— *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1993.
— «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional», en *Isonomía*, n.º 1, 1994.
Andrés Ibáñez, Perfecto: «¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo», en *Doxa*, n.os 15-16, 1994.
— «No conviene "matar" al "notario". A propósito de jurisdicción y

Derecho dúctil (en España)», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996.
Añón, M.ª José: «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», en *Doxa*, n.os 15-16, vol. II, 1994.
Aparisi Miralles, Ángela: «Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992.
Atienza, Manuel: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
— *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.
— *Las razones del Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
— *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.
— «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995.
— *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1993.
— *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
Atiyah, P. S. y Summers, Robert: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Clarendon, Oxford, 1987.
Balaguer Callejón, Francisco: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.
Bayón Mohíno, Juan Carlos: *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991.
— «Razones y reglas: Sobre el concepto de "razón excluyente" de Joseph Raz», en *Doxa*, n.º 10, 1991.
— «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», en *Doxa*, n.º 19, 1996.
— «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996.
— «Deber jurídico», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Betegón, J., Gascón, M., Páramo, J. R. de, y Prieto, L.: *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
Bergholtz, Gunnar: «*Ratio et Auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas» (trad. de J. Aguiló Regla), en *Doxa*, n.º 8, 1990.
Beyleved, Deryck y Brownsword, Roger: *Law as a Moral Judgment*, Sheffield Academic Press, Sheffield, 1994 (reimp.).
Bobbio, Norberto: «La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)» (trad. A. Ruiz Miguel), en *Doxa*, n.º 2, 1985.
— *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.
— *Contribución a la teoría del Derecho* (trad. de A. Ruiz Miguel), Debate, Madrid, 1990, 2.ª ed.
Bulygin, Eugenio: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa*, n.º 9, 1991.
Calsamiglia, Albert: «La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español», en *Doxa*, n.º 11, 1992.

— «El concepto de integridad en Dworkin», en *Doxa*, n.º 12, 1992.
— «Geografía de las normas de competencia», en *Doxa*, n.os 15-16, vol. II, 1994.
— «Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.
Calvo García, Manuel: *Introducción al Derecho. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1990.
Caracciolo, Ricardo: «Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva», en *Doxa*, n.º 4, 1987.
— *El sistema jurídico. Problemas actuales*, CEC, Madrid, 1988.
— «Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento», en *Doxa*, n.º 9, 1991.
— «Entrevista a Eugenio Bulygin», en *Doxa*, n.º 14, 1993.
— «El concepto de Autoridad Normativa. El modelo de las Razones para la Acción», en *Doxa*, n.º 10, 1991.
— «Due tipi di potere normativo», en *Analisis e diritto*, 1995.
— «Sistema jurídico», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F.(eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Carrino, Agostino: «Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los "Critical Legal Studies"» (trad. de E. Beltrán Pedreira), *Doxa*, n.º 10, 1992.
Carrió, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 4.ª ed.
Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. I, Reus, Madrid, 1978.
Castro y Bravo, Federico de: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1986.
Celano, Bruno: «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996.
Chiassoni, Pierluigi: «Notas para un análisis del discurso judicial» (trad. de J. M. Vilajosana), en *Doxa*, n.º 20, 1997.
Cicerón, Marco Tulio: *Las leyes* (traducción, introducción y notas de Álvaro d'Ors), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.
Comanducci, Paolo: «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en *Doxa*, n.º 21, vol. II, 1998.
Cueto Rua, Julio: *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982 (reimp.).
De Giacomo, Claudio: *Fonti diritto e regole*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990.
Delgado Pinto, José: «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, n.º 7, 1990.
— «Normatividad del Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
— «La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo», en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 419, 1996.

Díaz, Elías: «Legalidad y justicia: la Constitución, zona de mediación», en *Doxa*, n.º 4, 1987.
— *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, CEC, Madrid, 1990.
— «El Derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón», en *Derechos y Libertades*, n.º 1, 1993.
Diciotti, Enrico: «Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces» (trad. J. Ferrer), en *Doxa*, n.º 20, 1997.
Díez Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1975 (reimp.).
— «La Doctrina de las Fuentes del Derecho», en *Anuario de Derecho civil*, 1984.
Dworkin, Ronald: *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
— *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
— *Los derechos en serio* (trad. M. Guastavino), Ariel, Barcelona, 1989.
Endicott, Timothy: «Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad» (trad. de J. J. Moreso y de P. Navarro), en *Doxa*, n.º 19, 1996.
Ernst, Carlos: *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner ed., Córdoba, 1994.
Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: «Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional», en *Isonomía*, n.º 1, 1994.
— *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.
Ferrajoli, Luigi: «El Derecho como sistema de garantías», en *Jueces para la Democracia*, n.ºs 16-17, 1992.
— *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995.
Finch, John: *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. F. Laporta), Labor, Barcelona, 1977.
García Amado, Juan Antonio: *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
— «Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», en *Doxa*, n.º 11, 1992.
— «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996.
García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1997, 8.ª ed.
García Pascual, Cristina: «Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces Profesores y legisladores», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1997.
Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
— «Moral y política», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.

Gascón Abellán, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
— «Igualdad y respeto al precedente», en *Derechos y libertades*, n.º 2, 1994.
— «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994.
— «Cuestiones sobre la derogación», en *Doxa*, n.os 15-16, 1994.
— «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes», en *Doxa*, n.º 20, 1997.
Giacomo, Claudio de: *Fonti diritto e regole*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990.
Gianformaggio, Letizia: «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio» (trad. J. A. Pérez Lledó), en *Doxa*, n.º 4, 1987.
González Lagier, Daniel: *Acción y norma en G. H. von Wright*, CEC, Madrid, 1995.
— «Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y las normas de fin)», en *Doxa*, n.º 20, 1997.
González Vicén, Felipe: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979.
Guastini, Riccardo: *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992, 2.ª ed.
— *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995.
— «Normas supremas» (trad. de J. Ferrer), en *Doxa*, n.os 17-18, 1995.
— «Derecho dúctil, Derecho incierto», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996.
— *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998.
Guibourg, Ricardo: «El papel de la norma en la despersonalización del poder», en *Doxa*, n.º 4, 1987.
— «Fuentes del Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Günther, Klaus: «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica» (trad. de J. C. Velasco Arroyo), en *Doxa*, n.os 17-18, 1995.
Haba, Enrique P.: «Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible?» (I y II), en *Doxa*, n.os 7 y 8, 1990.
Habermas, Jürgen: «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?» (trad. de M. Jiménez Redondo), en *Doxa*, n.º 5, 1988.
— *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.
Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Editora Nacional, México, 1980.
— «El nuevo desafío al positivismo jurídico» (trad. de F. Laporta y J. R. de Páramo), en *Sistema*, n.º 36, 1980.
— «Commands and Authoritative Legal Reasons», en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

— *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
Hernández Marín, Rafael: *El Derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984.
— «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1995.
— «Autoridad-competencia», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Hierro, Liborio L.: «El imperio de la ley y la crisis de la ley», en *Doxa*, n.º 19, 1996.
— «Realismo jurídico», en Laporta F. y Garzón Valdés, E. (eds.): *El Derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, CSIC-BOE-Trotta, Madrid, 1996.
Hoecke, Mark van: «El uso de principios jurídicos no escritos por los Tribunales» (trad. de J. Aguiló Regla), en *Doxa*, n.º 19, 1996.
Igartua Salaverría, Juan: «La moral en la justificación de las decisiones judiciales», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 28, 1988.
— *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*, Librería Carmelo, San Sebastián, 1992.
Iturralde Sesma, Victoria: «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 1988.
— «Argumentación y razonamiento judicial», en *Theoria*, n.os 16, 17, 18, T. B, 1992.
— *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
Kelsen, Hans: *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1982.
Kennedy, Duncan: «Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos», en *Doxa*, n.º 11, 1992.
Laporta, Francisco: «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, n.º 4, 1987.
— *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.
— «Imperio de la ley (Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz)», en *Doxa*, n.os 15-16, 1994.
— «Poder y Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
— «Vindicación del precedente judicial en España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1997.
Larenz, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. de la 4.ª ed. alemana de M. Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.
Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, 5.ª ed.
Levi, Edward H.: *Introducción al razonamiento jurídico* (trad. de G. Carrió), Universitaria, Buenos Aires, 1971.
Lifante Vidal, Isabel: *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, CEC, Madrid, 1999.
López Ruiz, Francisco: «Autoridad normativa y normas de competen-

cia», en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 7, 1992.
— «Regla formal de justicia, valores y principios», en *Derechos y Libertades*, n.º 4, 1995.
— *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
Lucas, Javier de (ed.): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, 2.ª ed.
Luzzati, Claudio: «Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto», en *Analisi e diritto*, 1990.
MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
MacCormick, Neil y Weinberger, Otta: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.
Malem Seña, Jorge: «Obediencia al Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Marmor, Andrei: *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
— «Autoridades y personas» (trad. de J. J. Moreso y P. Navarro), en *Doxa*, n.ºs 17-18, 1995.
Mazzarese, Tecla: «Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista», en *Doxa*, n.º 19, 1996.
Mendonça, Daniel: *Introducción al análisis del lenguaje normativo*, CEC, Madrid, 1992.
— *Exploraciones normativas. Hacia una teoría General de las normas*, Fontamara, México, 1995.
— «Aplicación del Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Mendonça, Daniel, Moreso, José Juan y Navarro, Pablo: «Intorno alle norme di competenza», *Analisi e diritto*, 1995.
Montoro Ballesteros, Alberto: *Las fuentes del Derecho*, Ediciones Universidad de Murcia, 1993.
Moreso, José Juan: «Sobre normas inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 38, 1993.
— *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1997.
Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, CEC, Madrid, 1993.
Moreso, José Juan, Navarro, Pablo E. y Redondo, M.ª Cristina: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en *Doxa*, n.º 11, 1992.
Navarro, Pablo E.: *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la Existencia y Funcionamiento de los Sistemas jurídicos*, CEC, Madrid, 1990.
— «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho», en *Doxa*, n.º 14, 1993.
— «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en Garzón Valdés, E.

y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Navarro, Pablo E. y Redondo, M.ª Cristina: «Permisiones y actitudes normativas», en *Doxa*, n.º 7, 1990.
Nino, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
— *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
— «La Constitución como convención», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 6, 1990.
— *Fundamentos de derecho constitucional (Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional)*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
— *Derecho, moral y política (Una revisión de la teoría general del Derecho)*, Ariel, Barcelona, 1994.
— «Justicia», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoaméricana de Filosofía II*, 1996.
Ost, Francoise: «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez» (trad. de Isabel Lifante), en *Doxa*, n.º 14, 1993.
Otto, Ignacio de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995 (4.ª reimp.).
Páramo, Juan Ramón de: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, CEC, Madrid, 1984.
— «Entrevista a H. L. A. Hart», en *Doxa*, n.º 5, 1987.
Peces-Barba Martínez, Gregorio: «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder judicial*, n.º 6, 1983.
Peczenik, Aleksander: «Dimensiones morales del Derecho» (trad. de J. A. Pérez Lledó), en *Doxa*, n.º 8, 1990.
— «Coherence, Truth and Rightness in the Law», en Patrick Nerhot (ed.): *Law, Interpretation and Reality*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990.
Perez Lledó, Juan Antonio: *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Tecnos, Madrid, 1996.
— «Teorías críticas del Derecho», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Pérez Luño, Antonio-Enrique: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho* (discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia), Sevilla, 1993.
— «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 25, Valparaíso, 1993.
— «Derecho, Moral y Política: tensiones centrípetas y centrífugas», en *Doxa*, n.os 15-16, 1994.
— «Seguridad jurídica», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Pérez Luño, A. E., Alarcón Cabrera, C., González-Tablas, R. y Ruiz de la Cuesta, A.: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

Pérez Royo, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
Pintore, Anna: *Il Diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996.
— «Consenso y verdad en la jurisprudencia» (trad. J. Aguiló Regla), en *Doxa*, n.º 20, 1997.
Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de Javier Jiménez Campo), CEC, Madrid, 1984.
— *Curso de Derecho comparado* (trad. de J. Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1987.
Postema, Gerald J.: «Implicit Law», en *Law and Philosophy*, n.º 13, 1994.
Prieto Sanchís, Luis: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
— *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.
— «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Jueces para la Democracia*, n.º 26, 1996.
— «El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito del "Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996.
Puig Brutau, José: *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Bosch, Barcelona, 1951.
— «Actos jurídicos», en Mascareñas, Carlos-E.: *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo II, Francisco Seix, Barcelona, 1983.
— «Hecho jurídico», en Mascareñas, Carlos-E.: *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo X, Francisco Seix, Barcelona, 1985.
Puigpelat Martí, Francesca: «Principios y normas», en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 6, 1990.
Ramos Pascua, José Antonio: «El fundamento del vigor de los principios jurídicos. Dworkin frente a Esser», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992.
Raz, Joseph: *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), CEC, Madrid, 1991.
— «La intención en la interpretación» (trad. de J. J. Moreso y P. Navarro), en *Doxa*, n.º 20, 1997.
Redondo, M.ª Cristina: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», en *Doxa*, n.º 20, 1997.
— «El carácter práctico de los deberes jurídicos», en *Doxa*, n.º 21, vol. II, 1998.
Redondo, M.ª Cristina y Navarro, Pablo E.: «Aceptación y funcionamiento del Derecho», en *Doxa*, n.º 9, 1991.
Ródenas, Ángeles: *Sobre la justificación de la autoridad política*, CEC, Madrid, 1996.
Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1970.
— *Tû-Tù* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, 1976.
Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid, 1990.
— «Entrevista con Joseph Raz», en *Doxa*, n.º 9, 1991.
Ruiz Miguel, Alfonso: «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo I, 1984.

— «Del dúctil Derecho y la virtuosa necesidad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 13, 1996.
— «Derecho y punto de vista moral», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1997.
Saavedra López, Modesto: «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad», en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n.º 1, 1988.
— «Jurisdicción», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996.
Sandulli, Aldo M.: «Fonti del diritto», en *Novissimo digesto italiano*, VII, Turín, 1961.
Savigny, M. F. C. von: *Sistema del Derecho romano actual*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 2.ª ed., tomo I.
Schauer, Frederick: *Playing by Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
Soper, Philip: *Una teoría del Derecho* (trad. de R. Caracciolo), CEC, Madrid, 1993.
Vernengo, Roberto: «Moral y Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 28, 1988.
— *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988 (3.ª reimp. de la 2.ª ed.).
— «Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 77, 1992.
Viehweg, Theodor: *Tópica y jurisprudencia* (trad. L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964.
Vilajosana, Josep M.ª: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», en *Doxa*, n.ºs 17-18, 1995.
Wilhelmsson, Thomas: «¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado?» (trad. de J. Aguiló Regla), en *Doxa*, n.º 5, 1988.
Wright, Georg Henrik von: *Norma y acción* (trad. de Pedro García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970.
Wroblewski, Jerzy: *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, 1992.
Zagrebelski, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. M. Gascón), Trotta-Com. de Madrid, Madrid, 1995.
Zapatero Gómez, Virgilio: «De la jurisprudencia a la legislación», en *Doxa*, n.ºs 15-16, 1994.

ÍNDICE

Prólogo 5

Presentación 13

CAPÍTULO I. **El mapa conceptual de las fuentes del Derecho** 21

1. La metáfora y el desorden conceptual 21
2. El todo y las partes 23
3. Tres enfoques típicos 24
4. La unidad y la diversidad 26
5. De nuevo sobre el desorden conceptual 30

CAPÍTULO II. **Oposiciones y dilemas conceptuales** 37

1. Introducción y delimitación del campo de trabajo 37
2. Crítica de algunas oposiciones conceptuales 39
   2.1. Fuentes formales *versus* fuentes materiales 39
   2.2. Fuentes legales *versus* fuentes *extra ordinem* 42
   2.3. Fuentes de conocimiento *versus* fuentes normativas 43
3. Crítica de dos supuestos dilemas conceptuales 45
   3.1. Modos de producir normas jurídicas *versus* formas de exteriorización de las normas jurídicas. De la ambigüedad antecedente/consecuente 45

3.2. Métodos de producción *versus* normas que regulan la producción de normas. De la relación entre lo constitutivo y lo constituido 48

CAPÍTULO III. **El concepto de fuentes del Derecho. Los hechos y los actos jurídicos** 51

1. Un punto de partida: una definición de fuentes del Derecho 51
2. Análisis del género: los hechos y los actos jurídicos 52
   2.1. Una reconstrucción de la doctrina estándar de los hechos y los actos jurídicos 52
   2.2. De nuevo sobre la ambigüedad antecedente/consecuente 54
   2.3. La dimensión constitutiva del Derecho y los tipos de normas jurídicas 57
   2.4. Revisión de la definición de fuentes del Derecho. Una ¿clasificación? de las fuentes del Derecho: fuentes-hecho y fuentes-acto 62
3. Análisis de la diferencia específica: «creación de normas jurídicas» 64
   3.1. Diferentes significados relevantes de «norma jurídica» 64
   3.2. Un catálogo de normas jurídicas clasificadas por su origen y un plan de trabajo 67

CAPÍTULO IV. **Fuentes-acto, legislación y normas provenientes de autoridades políticas** 69

1. Actos jurídicos y fuentes-acto 69
2. La validez de las fuentes-acto 75
   2.1. Existencia y legitimidad 75
   2.2. Los conflictos de poder y los juicios de validez: entre la inexistencia y la ilegitimidad o la incorrección 78

3. Derecho de origen deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito 82
4. Las normas provenientes de autoridades políticas 83

CAPÍTULO V. **Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas provenientes de ciertas prácticas sociales** 87

1. Hechos jurídicos, fuentes-hecho y costumbres jurídicas .. 87
2. La costumbre jurídica 89
3. La validez de las fuentes-hecho 97
4. Derecho espontáneo, Derecho recibido y Derecho no prescrito 98
5. Una cuestión terminológica: entre las fuentes-hecho y las fuentes-coherencia 99

CAPÍTULO VI. **Las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales** 101

1. ¿Qué hacen los jueces? 101
   1.1. La polémica sobre la creación judicial de normas jurídicas 101
   1.2. Los jueces dictan sentencias 104
   1.3. Del Derecho objetivo a la solución de un caso. La construcción de la premisa normativa 106
   1.4. La universalidad de la premisa normativa como requisito necesario para la justificación de la decisión judicial 109
2. Las normas de origen judicial 112
   2.1. Dos modelos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo 112
   2.2. ¿Fuentes-hecho o fuentes-acto? ¿Derecho delegado o Derecho recibido?... 115
3. De nuevo sobre la distinción entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales 119
   3.1. Entre la voluntad y la razón 119

3.2. Resumen de las diferencias entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales 121

CAPÍTULO VII. **Normas provenientes de la elaboración racional del propio Derecho: método jurídico y Derecho implícito. La doctrina jurídica y los principios generales del Derecho** 125

1. Introducción 125
2. El método jurídico y el Derecho implícito 127
   2.1. El método jurídico: ¿Descubrir o justificar? 127
   2.2. El método jurídico y la creación de normas jurídicas: el Derecho implícito y la doctrina jurídica 129
3. Los principios jurídicos y la dimensión regulativa del Derecho 132
   3.1. Una ambigüedad característica de la expresión «principios jurídicos» 132
   3.2. Principios y reglas 133
   3.3. Normas y valores 140
4. De nuevo sobre el método jurídico y el Derecho implícito 144
5. Consistencia y coherencia normativas: más sobre la unidad del Derecho 148

CAPÍTULO VIII. **El origen (la naturaleza) del Derecho** 155

1. Del origen de las normas jurídicas al origen del orden jurídico 155
2. Sobre la pregunta por «el origen del orden jurídico» 158
   2.1. La identificación del Derecho y la unidad del Derecho: dos problemas de los juristas que se proyectan sobre el concepto de Derecho 158
   2.2. Las tres dimensiones del Derecho: recapitulación .. 160
   2.3. Del «concepto de Derecho» a la «naturaleza del Derecho» 163
3. El Derecho es un orden normativo 170

3.1. El deber jurídico: entre las autoridades jurídicas y los bienes jurídicos 170
3.2. El género que rige en el Derecho: la política o la moral 174
3.3. De nuevo sobre «la identificación del Derecho» y «la unidad del Derecho»: la unidad desde arriba («El Derecho como orden jurídico») y la unidad desde abajo («El Derecho del caso») 182
4. El Derecho es un orden social 187
4.1. El Derecho entre la convergencia y la convención; y la teoría del Derecho entre la participación y la observación 187
4.2. A modo de conclusión: dos grandes modelos de teoría del Derecho 194

Bibliografía 199

Impreso en el mes de enero de 2000
en HUROPE, S. L.
Lima, 3 bis
08030 Barcelona