TEORÍA DEL DERECHO

TEMA7
LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

Esquema:

1. Concepto de fuentes del Derecho
2. Criterios de clasificación de las fuentes del derecho
   - 2.1. Fuentes-hecho y fuentes-acto
   - 2.2. Fuentes legales o formales y fuentes materiales o *extra ordinem*
   - 2.3. Las fuentes según su fuerza jurídica
3. Clases de fuentes del Derecho
   - 3.1. Fuentes-acto, Legislación y normas provenientes de autoridades políticas
   - 3.2. Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas que provienen de ciertas prácticas sociales
   - 3.3. Normas provenientes de autoridades jurisdiccionales.
   - 3.4. Derecho implícito: doctrina jurídica y principios generales del derecho

1. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO

En el lenguaje jurídico, igual que en el lenguaje común, el término "fuente" designa tanto la idea de principio u origen, como los cauces por los que algo discurre. Esa pluralidad significativa, como pone de relieve Perez Luño (1993), es la responsable de numerosos equívocos surgidos del uso de una misma expresión para significar cosas distintas.

No obstante, es posible afirmar que la expresión "fuentes del Derecho", en términos generales, designa los factores que dan origen al Derecho. Sin embargo, con esta idea tampoco hemos conseguido precisar con exactitud a que cuestiones hace referencia.

Desde un punto de vista jurídico-formal se consideran fuentes del Derecho a los modos de producción del Derecho, esto es, a la idea de que son las propias

normas jurídicas las que establecen cómo se producen otras normas jurídicas. En este sentido se habla de fuentes formales del derecho.

Esta es la perspectiva que adoptaremos puesto que lo que nos preocupa es la identificación de los modos de producción del Derecho, las formas de expresión o exteriorización de las normas jurídicas y, por tanto del Derecho. Las fuentes del Derecho son un instrumento conceptual que permite la comprensión de la estructura del ordenamiento jurídico y la clasificación de las normas que lo componen (M. Gascón). Sin embargo, por un lado, el concepto de fuente es una variable dependiente del concepto de Derecho y, de otro lado el problema de fondo es un problema centralmente político, puesto que se trata de reconocer un ámbito de *poder* (poder de ordenar, poder de hacer cumplir lo ordenado o de hacerse obedecer) (Diez Picazo)

Cuando los juristas utilizan la expresión "fuentes del derecho" sin ninguna otra especificación normalmente están hablando de las fuentes de producción del Derecho. Por fuentes de producción o **fuentes normativas se entiende los hechos o actos jurídicos que, a partir de normas sobre la producción jurídica en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de las disposiciones o normas que lo integran** (Pizzoruso)
Hechos o actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas (Bobbio)
Las fuentes son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos (J. Aguiló, 2000, p. 63)

De ello puede concluirse que “las fuentes del derecho” no son las normas del Derecho objetivo, sino precisamente los hechos o actos a los que el ordenamiento atribuye la virtualidad de crear disposiciones o normas jurídicas, el hecho o acto que es la causa de tales normas y no el órgano habilitado para crear derecho, ni a las disposiciones que produce, y tampoco al resultado de interpretar tales disposiciones (M. Gascón).

Para comprender el alcance de este concepto de fuente hay que determinar la naturaleza de las normas sobre la producción jurídica en tanto que normas de segundo orden. La idoneidad de un acto o un hecho (un estado de cosas) para producir normas depende de la existencia de una norma sobre la producción de normas que conecte el cumplimiento de dicho acto o la realización de aquel hecho a una consecuencia jurídica: el nacimiento del Derecho o el nacimiento de normas jurídicas. Dicho de otra forma, para describir las fuentes del

Derecho hay que tener en cuenta las normas sobre la producción de normas y los hechos o actos (procedimientos) de los cuales, en virtud de las normas sobre la producción, depende la creación de nuevas normas.

Se trata pues de hechos o actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas.
Como vimos en el tema 5 las normas sobre la producción tienen las siguientes características:

- no son normas regulativas, que establecen una conducta en términos de obligatorio, prohibido, permitido)
- son normas constitutivas que establecen las condiciones de existencia de resultados institucionales
- no son normas puramente constitutivas, sino reglas constitutivas que confieren poderes
- la sanción por el incumplimiento de una norma sobre al producción supone la nulidad del acto jurídico al que afecte.
-

2. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Hemos de tener en cuenta que los criterios de distinción no son excluyentes y exhaustivos. Es decir, no permiten separar o clasificar a todas las fuentes y hacerlo únicamente en una de las vertientes o polos.

A continuación veremos algunas categorías de fuentes a las que se refiere la doctrina y que tienen mayor incidencia en la comprensión de la estructura del ordenamiento jurídico.

1. Fuentes-acto y fuentes-hecho

Este criterio clasificatorio sirve para distinguir el factor de producción de las normas, esto es, si la producción de normas se realiza conforme a determinados modelos de comportamiento preexistentes se habla de fuentes de hecho y si la producción normativa es resultado de la elaboración de disposiciones destinadas específicamente a ser observadas, a través de ellas se trata de crear o modificar el Derecho vigente, hablamos de fuentes acto. Se consideran fuentes-acto, la constitución, la ley y el reglamento, mientras que la costumbre sería un caso de fuentes hecho.
Con relación a las fuentes acto se afirma también que sólo son fuente si son una norma dotada de eficacia general, es decir, cuyos efectos jurídicos tienen

carácter *erga omnes*. En este sentido, por ejemplo, la ley sería fuente del Derecho porque obliga a todos sus destinatarios. Sin embargo, no serían fuentes, ni los contratos ni las sentencias que sólo tienen efectos para las partes. Serían fuentes, no obstante, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

2. Fuentes legales o formales y fuentes *extra ordinem* o fuentes materiales

En virtud de este criterio clasificatorio se atiende a las fuentes del Derecho reguladas por normas sobre la producción jurídica (fuentes legales) y aquellas fuentes cuyo fundamento de validez se encuentra fuera del sistema jurídico. Es decir que en el ordenamiento existen criterios de producción jurídica que no vienen regulados por normas del sistema y se denominan fuentes materiales o *extra ordinen*, para diferenciarlas de las fuentes formales previstas en el sistema jurídico. La constitución es el ejemplo más claro de este tipo de fuentes puesto que al ser la norma primera y fundamento normativo de todo el sistema, no puede encontrar su propio fundamento en otra norma jurídica (M. Gascón)

3. Las fuentes según su fuerza jurídica.

Este criterio clasifica las fuentes en virtud de su eficacia o fuerza normativa, su mayor o menor incidencia en el sistema jurídico. Este criterio permite establecer relaciones jerárquicas entre las fuentes y se entiende en el marco de una concepción gradual del ordenamiento. En este sentido se hablaría de fuentes constitucionales, fuentes primarias (con fuerza de ley) y fuentes secundarias (como los reglamentos).

De acuerdo con este criterio las fuentes estarían ordenadas de acuerdo con el principio de jerarquía normativa. Este criterio puede entenderse de dos formas: en el primer caso el contenido de una norma es la creación de otra norma. En el segundo caso, el Derecho establece una relación de subordinación (por ejemplo, el reglamento siempre está subordinado a una ley).

Sin embargo, el principio de **jerarquía normativa** es insuficiente para comprender las relaciones entre las fuentes de producción y, desde luego, no es el único principio que permite la clasificación de las fuentes. En este sentido, es imprescindible tener en cuenta también, el principio de competencia.

El **principio de competencia** que hace referencia a una distribución de competencia reservada a órganos determinados y de procedimientos también concretos, en función de la materia que se regula. En este caso, lo importante es el contenido que se atribuye a cada tipo de norma. (Por ejemplo, las leyes orgánicas se determinan por ciertas características específicas del órgano que las produce y el procedimiento que se debe seguir y por la materia que regulan).

La producción jurídica, por tanto, esta regulada por normas sobre la producción que pueden establecer: (a) qué órganos o qué sujetos tienen competencia o autoridad para producir ciertas normas, (b) el procedimiento o procedimientos que establecen la forma que debe seguir el ejercicio de la competencia atribuida y pueden regular también (c) los límites materiales o de contenido que deben ser regulados a través de determinadas formas normativas, es decir, normas que circunscriben el ámbito material en que puede ejercerse una competencia normativa.

No obstante, los criterios de clasificación anteriores no son exhaustivos y ello se debe, entre otras razones, a que lo que se consideran fuentes depende del concepto de Derecho que se sostiene. Así, para aquellas concepciones que afirman que el Derecho es un conjunto de normas generales y/o abstractas y susceptibles de una aplicación repetida a una pluralidad indefinida de casos concretos, son fuentes todos los actos que producen de un modo previo y con carácter general normas. (Guastini, Gavazzi). Sin embargo, si el Derecho es entendido como conjunto de prescripciones generales y prescripciones individuales son fuente tanto los actos jurídicos creadores de normas como los actos de aplicación de normas, es decir, las sentencias y los actos o procedimientos administrativos.

El análisis de las fuentes del Derecho conduce a pensar en un ordenamiento que a través de las normas sobre la producción jurídica tienen por objeto regular los elementos constitutivos de dicho ordenamiento y, en términos generales regulan dichos elementos a través de la determinación de la validez de las diversas fuentes. Sin embargo, cuando nos preguntamos por el fundamento de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, nos estamos interrogando acerca del fundamento de validez de la constitución en tanto que establece el poder normativo del sistema. La constitución, en cuanto norma primera del ordenamiento es, como hemos señalado, una fuente *extra ordinem,* porque no ha sido obtenida a partir de las reglas de producción

jurídica del sistema. Su validez, por tanto, no descansa en su pertenencia al ordenamiento sino en su correspondencia con la realidad política.

Es decir, el sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico, como hemos visto hace referencia a la atribución de poderes normativos a los distintos órganos y determina, a su vez, la relación existente entre las normas creadas por éstos, en ese sentido, como se ha señalado al comienzo, establece una estructura de poder normativo. Pero tal configuración responde a lo que de modo muy amplio podemos denominar el orden político (Perez Luño). Esto es, a la forma de Estado, a la organización de poder territorial, a la propia organización de los poderes políticos, al papel que desempeñan los ciudadanos, etc. De ahí, la relevancia en la ordenación y valoración de un sistema de fuentes, del modelo de Estado (por ejemplo, democrático o autoritario), de su organización (centralista, autonómico, federal, etc), de la forma de gobierno (presidencial o parlamentario). Estos aspectos, la incidencia de del orden político, en sentido amplio, y de criterios de legitimidad en la ordenación del poder normativo han sido abordados extensamente en el capítulo dedicado la examen de los tipos de estado de derecho, así como a las relaciones entre el derecho y otros factores sociales, aunque acentuando otras perspectivas de análisis.

3. TIPOS O CLASES DE FUENTES

3.1. Fuentes-acto, Legislación y normas provenientes de autoridades políticas
3.2. Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas que provienen de ciertas prácticas sociales
3.3. Normas provenientes de autoridades jurisdiccionales.
3.4. Derecho implícito: doctrina y principios implícitos

3.1. Fuentes-acto, Legislación y normas provenientes de autoridades políticas

Las fuentes-acto presentan cuatro elementos constitutivos (Guastini, 1993)

(a) una autoridad normativa, es decir, un sujeto investido de poder (o de competencia) para crear derecho: por ejemplo, el órgano legislativo
(b) en segundo lugar, un acto normativo, es decir, un acto productor de normas: por ejemplo, legislar
Los actos normativos son fundamentalmente actos lingüísticos o actos de lenguaje y, concretamente, actos lingüísticos de contenido prescriptivo, como por ejemplo: mandar, prohibir, autorizar y aunque simplificando mucho, también los actos que consisten en derogar órdenes precedentes. En última instancia, legislar consiste en realizar un acto o una pluralidad de actos lingüísticos prescriptivos.
Por tanto, todo "acto normativo" se presenta no ya como un acto individual, sino como un procedimiento normativo, es decir, como una secuencia de actos de comportamiento, que da lugar a la producción de un texto o documento normativo. Por ejemplo: legislar consta, al menos, de la iniciativa legislativa, la aprobación de la ley y la promulgación de la ley. Estos actos, en su conjunto, constituyen el procedimiento legislativo.
En este sentido, legislar no es propiamente "un" solo acto normativo, sino más bien un conjunto, una secuencia de actos.

(c) en tercer lugar, un texto o documento normativo, es decir, el producto o resultado de un procedimiento normativo. Por ejemplo, una ley (un documento legislativo).
Un documento normativo es un conjunto de enunciados del discurso con función prescriptiva. Los enunciados que constituyen un documento normativo se llaman disposiciones.
Lo que ocurre es que, en el lenguaje ordinario de los juristas a los documentos normativos se les denomina "actos normativos". Así cuando se habla de interpretación de los actos normativos, a lo que se hacer referencia es a la atribución de significado a documentos normativos. En este contexto, el vocablo "acto" designa no la acción (por ejemplo, legislar), sino el producto de la acción (por ejemplo, la ley). Esta ambigüedad podría evitarse no utilizando el término acto, sino distinguiendo entre procedimiento y documento.

(d) en cuarto lugar, el contenido de significado del documento normativo que resulta de la interpretación, por ejemplo, las normas de la ley.
Sin embargo, ocurre que el término "fuente" (de producción) se utiliza en relación con los actos o procedimientos, los documentos, y, con menor frecuencia, los sujetos que producen normas.

Si bien, es cierto que el término "fuente" no se utiliza para referirse a la norma en si misma. Ocurre lo contrario, es decir, que el término "norma" se utiliza para referirse a las fuentes.
En este caso no se distingue entre el documento normativo (la disposición o conjunto de disposiciones) y la norma, como si a cada texto correspondiera una y una sola norma y, por otra parte, a cada norma correspondiera un texto normativo. Por ejemplo, cuando se habla de "interpretación de las normas", se trata a las normas como si fueran un objeto preconstituido de interpretación y no el producto de la interpretación misma. En estos casos, el término norma designa el documento normativo.

Esta distinción puede ser entendida también a través de la estructura de las reglas que confieren poderes, cuya formulación sería:
Si se da el estado de cosas X y el sujeto Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional R
Siendo la autoridad Z, el acto o procedimiento Y y la norma o disposición R.

Los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poderes a ciertos sujetos para que mediante la realización de ciertas acciones produzcan determinados resultados institucionales (J. Aguiló, 2000, 72)
Las fuentes-acto son disposiciones –documentos dotados de eficacia general- resultado del ejercicio de una competencia.

Según Aguiló (2000, p. 84) en un orden jurídico todas las autoridades crean y aplican normas. Y todas las autoridades, sean políticas o jurisdiccionales, son delegadas y, por otro lado, el orden jurídico aspira a la unidad de contenidos normativos.
Respecto a las autoridades políticas conviene 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 (que le está permitido hacer)
Dentro del marco establecido por las normas superiores cada autoridad jurídica puede ir cerrando (determinando) el contenido del orden jurídico.

LA CONSTITUCIÓN.

Aproximación al concepto de Constitución

Como ocurre con muchas instituciones jurídicas una de las tareas más complejas es establecer una delimitación previa de su concepto. Todos los autores coinciden en este punto la señalar que no cabe una respuesta general a la idea de Constitución, puesto que este concepto depende de factores históricos. Como indica Aja las posiciones y fuerzas políticas, el país en cuestión, las estructuras económicas y culturales y las transformaciones de la sociedad de que se trate producen conceptos diversos de Constitución.

Abordaremos esta cuestión atendiendo básicamente a las características que se atribuyen a los diversos conceptos de constitución y a las funciones que desempeñan.

1. El carácter político o jurídico de la Constitución.

En este sentido se ha formulado dos concepciones distintas de la idea de Constitución. De un lado, la Constitución como documento con un significado básicamente político y de otro, la Constitución como institución o realidad normativa.

En virtud del primer planteamiento la Constitución es sólo una norma de organización de los poderes del Estado. Históricamente los textos constitucionales surgen en el siglo XVIII, tanto en estados Unidos como en Francia, como expresión de un pacto político y social que giraba en torno a la organización del estado y el reconocimiento de los derechos individuales. Por tanto, nacen con la finalidad de regular el funcionamiento institucional del Estado y las relaciones entre éste y sus ciudadanos. Pero la evolución posterior a lo largo del s. XIX devaluó esta pretensión normativa, lo que condujo a una comprensión de las constituciones como meros textos programáticos, cuya naturaleza no pasó de ser la de principios orientadores de la acción política.

Por consiguiente y aunque no ha sido un proceso uniforme, porque el constitucionalismo norteamericano, en este sentido, era una excepción, el constitucionalismo europeo atravesó durante todo el siglo XIX una fase en la que la Constitución se limitaba a ofrecer establecer un marco político y programático de pautas para los poderes del estado y no era considerada como una norma jurídica vinculante para dichos poderes (De Otto, García de Enterría)

Desde el segundo punto de vista la Constitución es además una auténtica norma jurídica que se impone a todas las demás directamente, sin necesidad

de *interpositio legislatoris* (García de Enterría). Afirmar que la Constitución es norma jurídica significa que es una norma que los poderes públicos encargados de aplicar el Derecho están obligados a seguirla. Por tanto, que la Constitución es auténtico derecho integrado en el ordenamiento jurídico y que debe ser aplicado como tal

Ahora bien, la idea de que la Constitución es una norma jurídica puede ir unida a una segunda característica que hace referencia a la posición de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico. Es decir, la Constitución puede ser norma jurídica y, además, la norma jurídica suprema. Esto es norma que se impone a todos y a la que todo el ordenamiento jurídico queda sometido. Sin perjuicio de que volvamos sobre este aspecto en el siguiente apartado, la posición superior de la Constitución deriva de ser una norma emanada directamente del poder constituyente. Esto es posible si se parte de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, es decir, entre un poder originario y absoluto y un poder limitado y, por tanto, el poder constituyente produce una Constitución a la que deben someterse todos los poderes institucionales, incluido el legislador.
Esta segunda concepción está hoy plenamente aceptada en el constitucionalismo europeo.

2. Constitución en sentido material y formal.

La constitución en sentido material se entiende en tanto que conjunto de normas fundamentales. Es decir, cuando la Constitución es fuente originaria del derecho puede afirmarse que ocupa una posición distinta y superior respecto de otras normas y tal superioridad puede ser entendida en sentido material.
Esto significa que uno de los sentidos que cabe atribuir a la Constitución es la idea de conjunto de normas fundamentales que identifican y caracterizan a cada sistema jurídico.
Así, pueden ser consideradas normas fundamentales:

(a) Las normas que disciplinan la organización y el ejercicio del poder estatal, la menos, en sus elementos básicos. La Constitución es así una norma que regula la estructura, competencias y procedimientos de las instituciones y poderes del Estado
(b) Las normas que regulan los derechos fundamentales. Esta es una característica exclusiva del constitucionalismo actual. En relación con los derechos fundamentales si bien su enunciado constitucional comienza a producirse en textos constitucionales anteriores, no será hasta después de la segunda guerra mundial cuando se articularán definitivamente. La

garantía constitucional de los derechos se produce indisolublemente unida a la atribución de rango normativo a la Constitución.

(c) las normas que expresan los valores o principios que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto.

(d) las normas que regulan la creación del derecho. Así se explica que las normas que regulan cómo se produce el Derecho se consideren materialmente constitucionales, aun cuando no se encuentren todas ellas reunidas en el texto de la Constitución. La Constitución, en este sentido, establece el sistema de fuentes del derecho y ella misma es la norma básica sobre la producción jurídica

Constitución en sentido formal significa que es la norma jerárquicamente superior de todo el ordenamiento. Desde el punto de vista formal se hace referencia a la Constitución en tanto que documento normativo especial y solemne, norma jurídica que ocupa el lugar más elevado de la jerarquía normativa, que no puede ser derogada o modificada por normas inferiores.

Teniendo en cuenta este punto de partida es posible afirmar que la Constitución que, en sentido formal, es la norma superior del ordenamiento jurídico lo es en dos sentidos. Según el primero, es superior de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, según el cual es superior la norma que condiciona la producción de otra y la Constitución es superior a cualquier otra. En virtud del segundo, la Constitución es superior por su fuerza o eficacia jurídica. Este principio significa que cada forma o tipo normativo tiene una capacidad para incidir en el ordenamiento jurídico creando o modificando Derecho (M. Gascón). El mayor o menor grado de fuerza normativa depende de la rigidez o flexibilidad, como veremos en el siguiente apartado.

El constitucionalismo europeo actual se caracteriza, en términos generales, por atribuir a la Constitución las dos características: ser la norma jerárquicamente superior del ordenamiento y la norma básica material. Pero puede ocurrir que también que un sistema jurídico no establezca diferencias formales entre la Constitución y las leyes.

Cuando la Constitución es la norma superior de un ordenamiento jurídico en sentido material y formal cumple dos condiciones: por un lado, es elaborada, como hemos señalado, por un poder distinto –el poder constituyente- a aquel que elabora las leyes que está instituido por la propia Constitución. Por otro lado, institucionaliza una jurisdicción constitucional que confronta la adecuación de las normas con fuerza de ley a la Constitución.

3. Constituciones rígidas y flexibles.

Como hemos señalado, la Constitución en sentido formal se distingue del resto de documentos normativos en virtud de un régimen jurídico especial.

Se denomina flexible a la Constitución formal que puede ser modificada por el poder legislativo ordinario y siguiendo el mismo procedimiento de formación de la ley.

En consecuencia, en los regímenes constitucionales flexibles la constitución y las leyes se encuentran en el mismo plano, están dotadas de la misma "fuerza" o "eficacia". Esto significa que los conflictos entre ellas se resuelven aplicando el principio cronológico, según el cual prevalece la norma posterior. Si la Constitución es flexible, una ley ordinaria cuyas disposiciones contravengan la constitución es considerada como una revisión o derogación de la constitución, pero no como una violación de la misma (Guastini).

La Constitución formal rígida hace referencia a su función de fuente de Derecho que se distingue del resto de las fuentes en virtud de su supremacía, de su posición en la jerarquía de fuentes y de su fuerza. Esto significa, de un lado que las normas constitucionales no pueden ser modificadas a través de las leyes, sino a través de un procedimiento más complejo ("agravado") que el procedimiento de formación de las leyes ordinarias.

De otro lado, significa que la conformidad con la Constitución es una condición necesaria de la validez de la ley. De forma que, una ley ordinaria que disponga algo contrario a la Constitución es considerada una ley inconstitucional, es decir, inválida.

En este caso, la rigidez hace referencia a las dos condiciones antes mencionadas: procedimiento especial de revisión de la constitución e institucionalización de una forma de control de constitucionalidad.

En este segundo supuesto, es posible establecer un control de dos tipos: bien institucionalizar un órgano investido de poder para controlar la conformidad de las leyes a la Constitución con carácter previo a su promulgación, de forma que si se declara inconstitucional la ley no puede entrar en vigor. O bien a través de un órgano de control investido de capacidad para controlar la conformidad de la ley a la Constitución después de la promulgación de la ley y autorizado a anular la ley contraria a la constitución con carácter general o *erga omnes* .

La Constitución española de 1978 es un ejemplo de Constitución rígida en tanto que está dotada de una doble garantía: prevé un especial procedimiento de revisión constitucional y, por otro lado, prevé un control de

constitucionalidad de la ley con posterioridad a su promulgación, a través de un órgano especial: el Tribunal Constitucional.

4. La Constitución como criterio de legitimidad.

La Constitución no sólo regula derechos y libertades fundamentales, así como los órganos y poderes del estado sino que plasma y proyecta hacia la realidad social un conjunto de ideas básicas que recorren todo el texto constitucional y explicitan el acuerdo básico de orden valorativo que se considera imprescindible y a la vez fundamental para la configuración misma del estado y la sociedad.

En este sentido, y siguiendo la tradición del constitucionalismo, la Constitución representa una toma de posición valorativa, un conjunto normativo coherente, cuya coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos principios comunes ordenadores. No es pues una norma neutra cuyos procedimientos pueden orientarse a cualquier fin.

Por el contrario, la Constitución en tanto que norma jurídica y norma suprema en sentido material y formal incorpora criterios de legitimidad formales y materiales. En el orden formal, básicamente a través del principio de constitucionalidad y el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se encuentra sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes. En el orden material, por la orientación de todos los poderes del estado la servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación en la Constitución de la prohibición de lesionar derechos de libertad y de la obligación de dar satisfacción a los derechos sociales. La primera de estas condiciones representa la fuente de legitimación formal de cada poder y la segunda, su fuente de legitimación sustancial (Ferrajoli).

3.2 Hechos jurídicos, fuentes-hecho y costumbres jurídicas

Los hechos jurídicos presuponen una regla puramente constitutiva:
"Si se da el estado de cosas X, entonces de produce el resultado institucional R"
Hay que resolver la cuestión del cuál puede ser el contenido de X.

Para poder hablar de fuente-hecho debemos encontrarnos con un resultado institucional que tenga eficacia general, puesto que hablamos de Derecho objetivo como conjunto de normas generales.
Por ello el paradigma de fuente-hecho es la costumbre jurídica.
Cuando hablamos de costumbre jurídica nos referimos a normas sociales, pero esto no significa que aceptemos como fuente cualquier hecho social, aun cuando sea inconstitucional, si consigue imponerse, a través del "principio de efectividad del Derecho"

La costumbre jurídica:
La repetición más o menos constante de un comportamiento por parte de un sujeto, se considera un hábito.
Cuando ese hábito es compartido durante un cierto tiempo por los individuos de una comunidad, se considera como un hábito social.
Cuando, como consecuencia del incumplimiento con respecto al modelo, se generan reacciones críticas y actitudes de rechazo, pues se considera que se frustran expectativas e intereses legítimos, se afirma que el modelo de conducta constituye una regla social. (R. Guibourg, (1996, 181)

El problema es determinar cuándo una regla social o norma consuetudinaria puede ser considerada una costumbre jurídica.

Tradicionalmente cuando se habla de la costumbre como fuente en relación con la ley da lugar a tres tipos de costumbre:

1. Costumbre *contra legem*: debemos excluirla como fuente del Derecho, pues sería un derecho contrario al derecho que sólo encontraría su justificación en el principio de eficacia del Derecho
2. Costumbre *secundum legem*, es la costumbre a la que hace referencia directamente alguna disposición legal expresa. Por ejemplo, el artículo 1.574 del Cc 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"

   En este caso la juridicidad de la costumbre viene establecida directamente por el la ley. Se trata de una remisión explícita que el orden jurídico hace a una normativa concreta.

3. Costumbre *praeter legem que* es la costumbre considerada como fuente del derecho diferenciada de las demás

En este caso es cuando nos preguntamos ¿cuándo una regla social puede ser considerada una costumbre jurídica? Pues las normas que se remiten a ella no establecen o determinan los criterios para saber cuándo la existencia de una regla social produce el resultado institucional "costumbre jurídica".

Esta imprecisión ha tenido como consecuencia que estos requisitos o criterios han quedado en manos de la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina jurídica propone dos elementos como constitutivos de la costumbre jurídica:

1. El usus o elemento externo y material. La repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta.
2. La opinio o elemento interno que hace referencia a la conciencia de obligatoriedad.

En tanto que conciencia de obligatoriedad este elemento es común a toda norma social, pues sin este elemento no lo sería. Para matizar esta idea se han introducido dos formas de interpretación:

La primera exige la conciencia de obligatoriedad jurídica. Pero esto supone sostener que el criterio de juridicidad es previo o anterior al sistema jurídico, pues la juridicidad no proviene del reconocimiento por el sistema de fuentes, sino del contenido mismo de la práctica.

La segunda consiste en afirmar que las costumbres jurídicas son aquellas reglas sociales a las que los jueces reconocen carácter jurídico. Aquí se modifican los sujetos de la opinio, puesto que el criterio de juridicidad no es la opinio de los sujetos que participan en la práctica social, sino los jueces.

Esto no modifica la cuestión principal que es esta: cuándo un juez tiene el deber de reconocer que una regla social es una costumbre jurídica.

Hemos de observar que a toda costumbre jurídica le subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa (Aguiló, 93)

El problema que plantea la costumbre exige separar o distinguir entre reglas sociales irrelevantes para el Derecho y las relevantes. Junto al usus y a la opinio hay que incluir un juicio de relevancia jurídica basado en la idea de coherencia.

El Derecho no aspira sólo a la unidad de autoridades, sino también a la unidad de contenidos normativos. Aquí encuentra su sentido el criterio de coherencia.
Primero hay que distinguir entre **consistencia normativa** y **coherencia normativa**
Dos normas son consistentes cuando entre ellas no se da una contradicción lógica. La contradicción lógica se produce cuando el cumplimiento de una de ellas supone necesariamente el incumplimiento de la otra.
La inconsistencia quiebra la unidad de contenidos del Derecho y los criterios de resolución de antinomias operan para restaurar o reconstruir dicha unidad

La idea de coherencia o congruencia no es una cuestión puramente lógica. Pensemos que las normas regulativas pueden ser vistas no sólo como guías de la conducta, sino también como instrumentos para la protección y/o promoción de ciertos bienes o valores jurídicos.
Las normas regulativas están dotadas de un sentido que no se agota en el establecimiento de deberes. Por tanto, nuestros juicios sobre la compatibilidad de las normas regulativas no se limita 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)
Cuando nos planteamos la unidad de contenidos del Derecho podemos verlo como consistencia (unidad de deberes) o como coherencia (unidad de propósitos, unidad práctica)
Características:
-La coherencia es una cuestión de grado, no de todo o nada
-La coherencia tiene que ver con aquello que nos permite ver el derecho como una unidad dotada de un sentido protector o promocional de ciertos bienes
-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.
Desde el punto de vista argumentativo, la coherencia remite a argumentos sustanciales y valorativo, no a argumentos formales.
Finalmente, cuando se alega una costumbre jurídica qué deberá probar quien la alega, qué deberá verificar quien reconoce una costumbre jurídica:
Primero: que nos encontramos ante una regla social (concurrencia de usus y opinio)
Segundo: que dicha regla no es inconsistente con otras normas jurídicas

Tercero: deberá mostrar que es relevante para el Derecho. Por lo tanto que el contenido de la relación social se refiere a una relación jurídica, a una relación ya constituida como jurídica por el Derecho y que es coherente con los principios y valores que trata de proteger el propio Derecho.
Se trata de mostrar que si no se tiene en cuenta la regla social en cuestión se frustraría un valor o un bien reconocido por el propio orden jurídico.

La costumbre es Derecho recibido y no es Derecho delegado. Es decir, no es el resultado del ejercicio del ningún poder normativo. Se trata más bien de un hecho social, de la generación espontánea de reglas de conducta independiente del Derecho, pero que este constituye como hecho jurídico.
La expresión fuentes-hecho expresa dos ideas importantes:
En cuanto es un fenómeno de recepción de normas por parte del sistema jurídico produce una 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.

Las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales.

La cuestión que se plantea aquí, como afirma Aguiló (p. 102 y ss) es la relativa a la creación de normas de origen judicial. Cuestión que hay que separar nítidamente de la que versa sobre el modelo de juez ideal.
Esto 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 explicar cómo se produce esta contribución.

Comencemos por afirmar que lo que hacen los jueces es dictar sentencias. La propiedad de dictar sentencias es definitoria de su posición dentro del orden jurídico y si existen normas de origen judicial lo serán, como consecuencia de dictar sentencias.

Podemos examinar la sentencia desde dos puntos de vista, como resultado institucional y como documento normativo.

La sentencia como resultado institucional:
La sentencia es un acto jurídico y tiene las propiedades de los actos jurídicos:

(a) presupone una regla que confiere a ciertos sujetos (los jueces) poder para producir los resultados institucionales que llamamos sentencias.
(b) Estos resultados institucionales son siempre intencionales u pueden ser vistos como declaraciones de voluntad de los sujetos titulares de esos poderes
(c) El juicio de validez sobre el resultado institucional "sentencia" se disocia en términos de "existencia" y de "legitimidad o corrección"

Los jueces, al igual que los titulares de los poderes normativos que hemos llamado fuentes-acto, son autoridades jurídicas.
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, sin el concurso de su voluntad.

La sentencia como documento normativo

Aunque hay muchos tipos de sentencia, haciendo abstracción de todas ellas podemos afirmar que tiene dos partes fundamentales: 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 en el 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 lo justifica.
Consta de Hechos probados y Fundamentos de derecho

Los jueces al adoptar el fallo y fundamentarlo proceden a servirse de normas jurídicas preestablecidas y a elaborar un razonamiento para el cual deben construir las premisas
(la norma de derecho objetivo no es directamente la premisa mayor del razonamiento. La idea de automatismo aquí oculta las diferencias entre las normas de derecho objetivo y la que el juez aplica, y no dejan ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas).

Propiedades de las normas de Derecho objetivo o normas generales que el juez debe aplicar:

(a) son normas condicionales que correlacionan un caso genérico con una solución normativa o un supuesto de hecho determinado por un conjunto de propiedades que conforman un caso genérico con una o varias consecuencias jurídicas.

(b) Son normas jurídicas que mantienen relaciones de diversa naturaleza con otras normas de Derecho objetivo
(c) Las consecuencias jurídicas que las normas de derecho objetivo establecen son siempre prima facie, esto es son siempre susceptibles de ser derrotadas en el momento de su aplicación. Por ejemplo porque a la luz del caso y teniendo en cuenta otras normas, algunas resultan derrotadas. Por ello se afirma que no hay derechos y deberes absolutos.

A diferencia de ello, la norma que el juez aplica (la premisa mayor de su razonamiento) no tiene carácter *prima facie*, sino que es la norma aplicable "consideradas todas las circunstancias", 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.

La decisión de usar la norma para resolver un caso implica siempre este cambio.

Problemas de indeterminación de los hechos y del Derecho. La resolución de las indeterminaciones exige una intensa actividad argumentativa destinada a justificar los criterios que se utilizan para resolverlas.

- imprecisiones lingüísticas
- imprecisiones semánticas
- explicitar los principios implícitos
- ponderación de valores jurídicos en conflicto
- juicios de relevancia fundados en la coherencia del Derecho

Los criterios que los jueces utilizan para construir la norma del caso, junto con ella misma, son los candidatos para llegar a ser normas de origen judicial.

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

Universalidad en sentido lógico o formal: una norma que sea formulable en términos de un cuantificador universal. Es decir, en la forma "para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c,...")

La universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido.

El **primer argumento** es porque la universalidad puede ser vista como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea este teórico o práctico

Alexy sostiene que "si se aplica un predicado F a un hecho (objeto o evento) *a* se debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro hecho igual a *a* en todos los aspectos relevantes" (Teoría argumentación, p. 185).
El **segundo argumento** es porque puede ser vista como condición de igualdad formal en el ámbito normativo.
La igualdad formal supone que todos aquellos que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera.

Si es cierto que para justificar una decisión un juez tiene que invocar una norma universal y que ello tiene implicaciones hacia el futuro, entonces el juez que ha resuelto un caso de cierta manera tiene que estar dispuesto a resolver del mismo modo los casos futuros iguales en sus propiedades relevantes al ya decidido.
Por ello el juez se encuentra, si el Derecho objetivo ha permanecido estable, ante tres posibilidades:

(a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior
(b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y, 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.

3.4. **Derecho implícito: doctrina jurídica y principios generales del derecho**

El método jurídico se caracteriza por ser una actividad desarrollada por todos los operadores jurídicos con el fin de justificar soluciones a casos, justificar soluciones particulares usando normas generales. No se trata de un método de hallazgo o descubrimiento de soluciones dadas.
Como hemos visto, la diferencia entre las normas generales producidas por el legislador y las normas generales producidas por los jueces radica en que las primeras son producto de la voluntad de ciertos sujetos y las segundas son percibidas como un producto de la razón, de la elaboración racional del Derecho (J. Aguiló. 130).
En este sentido, una teoría de las fuentes tiene que tener en cuenta tanto el Derecho explícito como el Derecho implícito, puesto que lo importante de una

teoría de las fuentes es poner en relación las normas con los procesos de los que ellas son un resultado:
Derecho explícito: aquel que es producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas
Derecho implícito: aquel que es resultado de la elaboración racional del Derecho, es decir, producto del método jurídico[1].

Cuando, en este contexto, se habla de la DOCTRINA JURIDICA no se habla de los teóricos del derecho como autoridades jurídicas, sino en la labor de mediación que realizan los dogmáticos entre la generalidad de las normas jurídicas explícitas y las soluciones a los casos particulares. En este sentido, extraen y justifican conclusiones normativas que se presentan como explicitaciones del Derecho implícito y son o pretenden ser el resultado de la elaboración racional del Derecho explícito. La utilidad de la dogmática consiste en justificar soluciones a partir de elaboraciones teóricas de forma que se resuelvan más casos y se resuelvan mejor que sin las teorías jurídicas en cuestión.

El método jurídico tiene una serie de rasgos que nos interesan aquí:

1. La argumentación juega un papel central en todas las operaciones de aplicación del derecho que no son meramente subsuntivas (extensión de las normas (analogía), restricción (a contrario), selección (reducción al absurdo). Es decir, el método jurídico consta de operaciones que consisten en justificar conclusiones y también en justificar premisas.
2. La noción de Derecho implícito o de normas que son producto de la elaboración racional, sólo tiene sentido en contextos en los que se trata de resolver casos usando normas jurídicas
3. 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)

La cuestión es que necesitamos poder explicar que si el Derecho es un conjunto de normas de orígenes diversos, la solución de un caso debe ser la solución según el Derecho, para el caso, el Derecho tiene que hablar con

[1] Expresiones utilizadas por los juristas cotidianamente ponen de relieve la presencia de Derecho implícito:
"…en consecuencia, debe presumirse que el legislador ha ordenado…"
"…habrá que concluir que también está permitido…"
"…deberá considerarse incluido en al norma…"
"…tácitamente se ha dispuesto que…"

una sola voz, se trata de reconstruir el derecho como una unidad práctica (orientadora de la conducta y de valor/justificación)

Algunas ideas resumen:

1. Para la teoría de las fuentes del Derecho, donde lo fundamental radica en poner en conexión 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 se puede dar cuenta de las normas implícitas de una manera satisfactoria, ni de las operaciones del método jurídico para justificarlas, sin tomar 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.
5. 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.
6. Lo relevante para el método jurídico no es que todas las normas de Derecho objetivo sean consistentes y coherentes entre sí, lo que no puede ocurrir, sino que en relación con un caso el Derecho resulte unitario en términos de guía y de valoración de la conducta. Es posible hacer hablar al Derecho con una sola voz.
7. La consistencia y la coherencia son requisitos para la justificación o aceptación de las normas implícitas. Pero no con todas y cada una de las normas explícitas, sino de la norma con la unidad del derecho como guía y valoración de la conducta.

****

Referencias bibliográficas:

AGUILÓ, J. Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico, Barcelona, Ariel, 2000

AJA, E, "Introducción la concepto actual de Constitución" en *¿Qué es una Constitución* de F. Lassalle, Barcelona, Ariel, 1987 (2ª)

DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, Ariel, 1987.
DIEZ PICAZO, L, *Experiencias jurídicas*
ERNST, C, Los derechos implícitos, Marcos Lerner ed, Córdoba, 1994
FERRAJOLI, *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 1995
GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981.
GAVAZZI, G. Elementi di Teoria del Diritto, Torino, Giappichelli, 1984
GUASTINI, R. *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Milano, Giuffrè, 1993
GUIBOURG, R. (1996) "Fuentes del Derecho", *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II,* Madrid, Trotta.
LÓPEZ GUERRA L. y otros, *Derecho constitucional,* vol. 1, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.
PEREZ LUÑO, A.E. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho,* Sevilla, 1993
PRIETO L. y otros, *Lecciones de Teoría del derecho,* Universidad de Castilla-La Mancha, 1995.