

DISTINGUIENDO

*Estudios de teoría y
metateoría del derecho*

por

Riccardo Guastini

gedisa
editorial

I

Concepciones de las fuentes del derecho

1. Dos nociones de fuente del derecho

En la literatura se pueden encontrar fundamentalmente dos nociones de 'fuente (de producción) del derecho' o, como también se suele decir, de 'fuente normativa'¹ (aunque cada una de ellas presenta, en realidad, algunas variantes).²

Adoptando una pareja de opuestos bastante común en el pensamiento jurídico, podemos decir que:³

1) La primera es una noción "material" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos o hechos como fuentes del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado normativo (si son hechos).

La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y, más específicamente, de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta.

2) La segunda es una noción "formal" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuentes del derecho independientemente de su contenido (o resultado).

La noción formal de fuente remite a las normas sobre la producción jurídica propias de cada ordenamiento.

En algún sentido, la noción que hemos convenido en llamar "material" es además un concepto "teórico-general" de fuente, no tanto por la razón (genérica) de que pretende valer para todo ordenamiento jurídico posible —o al menos, para todo orde-

namiento moderno (en el sentido de desarrollado)— como por la razón de que pretende determinar cuáles son las fuentes de cada ordenamiento de un modo independiente del contenido positivo del ordenamiento en cuestión: prescindiendo, entonces, de los diversos modos como los diferentes ordenamientos regulan la creación del derecho.

Por su parte, la noción que hemos convenido en llamar “formal” constituye, en algún sentido, un concepto “dogmático” de fuente: no ya porque no pretenda, también, valer para todo ordenamiento posible, sino porque, para determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se tenga en cuenta el contenido positivo del ordenamiento en cuestión; en particular, sus normas sobre la producción jurídica.

Es al menos dudoso que las dos nociones sean compatibles; no obstante, a menudo se encuentran combinadas entre sí formando una noción mixta.

2. La noción material de fuente

Según la noción material (o teórico-general), la expresión ‘fuente (de producción) del derecho’ denota todo acto o hecho que, precisamente, produzca derecho⁴ y, más específicamente, *normas generales y/o abstractas*. No obstante, en este contexto, la expresión ‘producir normas’ debe ser entendida en sentido lato.

En sentido literal, producir normas es la actividad consistente en crear (nuevas) normas jurídicas.⁵ En sentido lato, es producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la *modificación* del derecho existente en un determinado momento. El derecho —el conjunto de normas jurídicas— existente puede ser modificado al menos de tres formas distintas:

- a) introduciendo nuevas normas (generales y/o abstractas),⁶
- b) derogando (o en cualquier caso “extinguendo”) normas existentes, y
- c) sustituyendo normas existentes (la sustitución consiste obviamente en la conjunción de la derogación de una norma existente y la introducción de una nueva norma).⁷

En cambio, no constituye producción de derecho la mera repetición de normas preexistentes ni la formulación de precep-

tos que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes.⁸

Debe advertirse que, según la noción material de fuente, son fuentes del derecho todos los actos y hechos que, *de hecho*, producen normas jurídicas. Por ello, en cualquier ordenamiento, las fuentes únicamente pueden ser identificadas como tales *a posteriori*: para saber si un cierto acto o hecho es fuente del derecho es necesario identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).

Es en este sentido, precisamente, que según esta noción, los criterios de reconocimiento de las fuentes son “materiales” o “sustanciales”. No se puede decidir *a priori* —sobre la base de elementos puramente formales, como por ejemplo su *nomen iuris*, su procedimiento de formación, o similares— si un cierto acto es, o no, una fuente del derecho; es necesario comprobar su contenido. Todo acto, que esté provisto de contenido genuinamente normativo (esto es, de un contenido general y/o abstracto) constituye fuente del derecho con independencia de sus connotaciones formales.⁹

3. Producción, aplicación, ejecución

El concepto de producción jurídica ilustrado hasta aquí es la piedra angular de la clasificación de las funciones estatales,¹⁰ que, a su vez, constituye el presupuesto conceptual de la doctrina de la división de poderes en sus diversas variantes.

1) En primer lugar, la producción del derecho se distingue de la ejecución del derecho. ‘Ejecución del derecho’ designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma (que no esté dirigida a los ciudadanos privados sino a los órganos del estado).

2) En segundo lugar, la producción del derecho se distingue de la aplicación del derecho. ‘Aplicación del derecho’ denota la actividad consistente en crear preceptos singulares y concretos de conformidad con normas (generales y/o abstractas) preconstituidas.

Debe señalarse que la distinción entre producción, aplicación y ejecución no es nítida. En efecto, es necesario distinguir al menos dos tipos de aplicación del derecho.

a) La aplicación es discrecional –y en esto se parece a la producción– siempre que la norma a aplicar no predetermine enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella. Esto sucede, típicamente, cuando la norma a aplicar tiene una estructura teleológica, es decir, prescribe la persecución de un fin, dejando al órgano aplicador la elección de los medios idóneos para conseguirlo. Así, son muchos los preceptos posibles que constituyen aplicación de la norma: tantos como medios disponibles para conseguir la finalidad prescrita. En este sentido, es discrecional la aplicación del derecho por parte de la administración pública.¹¹

b) La aplicación está predeterminada –y en esto se parece a la ejecución– si la norma a aplicar prevé enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella. De este modo, hay un sólo precepto que constituye aplicación de la norma. En este sentido, la aplicación jurisdiccional del derecho está predeterminada (si se hace abstracción de la discrecionalidad inherente, por ejemplo, a la determinación cuantitativa de la pena).¹²

La aplicación jurisdiccional del derecho, en efecto, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria,¹³ es decir, como un razonamiento silogístico¹⁴ –y en consecuencia como una operación puramente lógica y cognitiva– en el cual la premisa mayor es una norma preconstituida (“Todos los asesinos deben ser sancionados”); la premisa menor es una aserción empírica que subsume un supuesto de hecho concreto en la clase de los supuestos de hecho disciplinados por esa norma (“Ticio es un asesino”); y la conclusión es un precepto singular y concreto (“Ticio debe ser sancionado”).¹⁵

4. La disociación entre forma y contenido

La consecuencia más destacable de este modo de ver las cosas es la siguiente.¹⁶

Normalmente, las leyes tienen contenido normativo (general y/o abstracto) –son actos productores de normas– y por ello son fuentes del derecho. Pero puede también suceder que una ley no contenga en absoluto normas y contenga, en cambio, preceptos singulares y concretos: pues bien, una ley así, según la

concepción material de las fuentes, *no* sería fuente del derecho. Por otro lado, los actos administrativos normalmente contienen preceptos singulares y concretos y, por tanto, no son fuentes del derecho. Pero no puede excluirse que un acto administrativo tenga, en cambio, contenido genuinamente normativo y sea, por tanto, una fuente del derecho. En resumen, puede suceder que de dos actos dotados del mismo *nomen iuris*, adoptados por un mismo órgano, fruto de un mismo procedimiento y provisto del mismo régimen jurídico, uno sea fuente del derecho y el otro no.

En ese sentido, el rasgo saliente de la concepción material de las fuentes es la disociación entre la “forma” y el “contenido” de los actos. Precisamente, de esta disociación se obtiene la distinción entre dos tipos de “leyes”:

a) las “leyes” en sentido material (o sustancial) que, en virtud de su contenido general, son fuentes del derecho independientemente de su forma; y

b) las “leyes” en sentido meramente formal que, en virtud de su contenido singular, no son en absoluto fuentes a pesar de su forma.

Quizás valga la pena añadir que la concepción examinada está indisolublemente ligada a una doctrina prescriptiva de la legislación (esto es, a una doctrina acerca de lo que la legislación debe ser). Según esta doctrina, la legislación debería consistir exclusivamente en normativas generales y abstractas; los legisladores deberían abstenerse de adoptar preceptos singulares y concretos. A su vez, esa doctrina supone una ideología igualitaria (casos iguales deben ser regulados de igual modo).¹⁷

5. La noción formal de fuente

Según la concepción formal (o dogmática), la expresión ‘fuente (de producción) del derecho’ denota todo acto o hecho no ya efectivamente productor de normas, sino *autorizado* a producir normas: independientemente de su contenido (si es un acto) o resultado (si es un hecho).¹⁸

Así, en cada ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales *a priori*: para saber si un cierto acto o hecho

es una fuente del derecho, no es necesario atender a su contenido o a su resultado; es necesario y suficiente comprobar que en el ordenamiento de que se trate haya una norma –y específicamente, una “norma sobre la producción jurídica”– que *autorice* al acto o al hecho en cuestión a crear derecho.

Toda norma puede ser reconstruida en forma de enunciado condicional que vincule un supuesto de hecho con alguna consecuencia jurídica (“Si F, entonces G”). Ahora bien, según la concepción formal de las fuentes, un cierto acto o hecho constituye fuente del derecho si, y sólo si, hay una norma que asume al acto o hecho en cuestión como hecho condicionante de esa peculiar consecuencia jurídica que es la producción normativa: “Si *x*, entonces *y*”, donde *x* (supuesto de hecho) es un acto o hecho cualquiera, e *y* (consecuencia jurídica) es la producción de normas¹⁹.

Como puede verse, según esta concepción, los criterios de identificación de las fuentes son meramente “formales”. La cuestión de si un cierto acto es, o no, fuente del derecho debe ser decidida *a priori*, sobre la base de elementos formales, como el *nomen iuris* del acto, su procedimiento de formación y similares, prescindiendo completamente del contenido del acto mismo: en el sentido de que todo acto, que esté autorizado para producir derecho, constituye fuente del derecho incluso si, por casualidad, está desprovisto de contenido genuinamente normativo (esto es, general y/o abstracto).

Adviértase que mientras que la noción material de fuente surge de un concepto teórico-general de derecho (el derecho como conjunto de normas, las normas como prescripciones generales y abstractas), la noción formal de fuente supone que el propio concepto de derecho es un concepto (no ya teórico-general, sino) dogmático-positivo. Desde este punto de vista, en efecto, en cada ordenamiento es derecho aquello que el mismo ordenamiento califica como derecho.²⁰

6. El criterio de la eficacia

Una notable variante de la noción formal de fuente –merecedora de una mención independiente– es aquella según la cual son fuentes del derecho todos los actos y hechos a los que una norma jurídica atribuya una eficacia particular: específicamente, una eficacia *erga omnes*.²¹

Desde este punto de vista, la ley es una fuente del derecho –tenga o no un contenido genuinamente normativo– en la medida que obliga a todos sus destinatarios («Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y observar la Constitución y las leyes»: art. 54.1, const. it.; «Es obligación de todos sus destinatarios observarla [la presente ley] y hacerla observar como ley del Estado», fórmula de promulgación de las leyes ordinarias, art. 1.1, D.P.R. 1092/1985).

En cambio, un contrato no puede ser fuente del derecho porque vincula únicamente a las partes (art. 1372 cod. civ. it.). Tampoco la sentencia puede constituir fuente del derecho, ya que –de forma general– surte efectos sólo entre las partes, sus herederos y sus causahabientes (art. 2909 cod. civ. it.).²²

7. Un argumento en favor de la noción formal

A modo de conclusión, es necesario decir que –al menos en el ordenamiento italiano vigente– la noción formal de fuente del derecho puede esgrimir en su favor un argumento al mismo tiempo banal y decisivo.

Hay, en efecto, en el ordenamiento vigente, una (y sólo una) disposición que contenga un elenco expreso de las fuentes –si bien incompleto, según una convención comúnmente aceptada–. Obviamente, se hace referencia al art. 1 disp. prel. cod. civ., que dispone que son fuentes del derecho: las leyes, los reglamentos y las costumbres.

Ahora bien, dejando a un lado las costumbres (que requieren una atención específica), en virtud de esta disposición cualquier acto que presente las características formales de la ley o del reglamento es fuente del derecho con independencia de su contenido.

En fin, para tomar el ejemplo más obvio, se quiere decir que una ley constituye fuente del derecho, tanto si tiene contenido normativo (general y/o abstracto), como si tiene contenido de acto administrativo (singular y/o concreto). Dicho de otro modo: en virtud del artículo 1 disp. prel. cod. civ. it., la ley es fuente del derecho con independencia de lo que disponga y, por otra parte, cualquier cosa que sea establecida por una ley –quizás también una previsión metereológica o una invocación a los dioses– es derecho.

8. Una noción mixta

La alternativa entre la concepción material y la concepción formal de las fuentes es bastante clara. Pero la concepción de las fuentes efectivamente adoptada por los juristas no es tan clara. De hecho, la noción de fuente ampliamente dominante en la doctrina jurídica parece no ser puramente material ni puramente formal, sino mixta.²³ En el sentido de que, para identificar las fuentes del derecho, los juristas usan tanto un criterio formal como un criterio material.

a) Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que están autorizados para producir normas, también cuando, de hecho, no tienen contenido normativo (como ocasionalmente sucede).

b) Por otro lado (criterio material), tienden también a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que, de hecho, producen normas, incluso si no existe una norma sobre la producción jurídica que los autorice a producirlas.

Por ejemplo, es en virtud de un criterio formal de identificación que, en general, se consideran fuentes del derecho las leyes singulares y las llamadas leyes meramente formales, si bien están desprovistas de contenido normativo; es en virtud de un criterio material de identificación que algunos consideran fuente del derecho a la jurisprudencia (o incluso a la doctrina), a pesar de que ninguna norma autoriza a los jueces (y a los juristas) a producir derecho; es, finalmente, en virtud de un criterio material de identificación que se consideran fuentes del derecho aquellos hechos, no previstos como hechos productores de derecho por ninguna norma sobre la producción jurídica, que se suelen llamar "fuentes *extra ordinem*".

Notas

1. Escribe F. Modugno, "La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli", en AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1992, 72: «Hay dos modos de entender las fuentes: según el primero, las fuentes son hechos o actos jurídicos en cuanto producen normas, jurídicas y normativas por sí mismas, por una propiedad ínsita en ellas mismas; según el segundo, las fuentes son tales en cuanto disciplinadas por nor-

mas, por las normas sobre la producción, son productoras de normas en cuanto condiciones de aplicación de otras normas». Cfr. también, F. Modugno, "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1989; R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Torino, 1989, 11 ss.

2. Puede verse un inventario de los diversos conceptos de fuente en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. I.
3. R. Guastini, "An Inquiry into the Theory of Legal Sources", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1995, 2, 125-142.
4. Cfr. A. Pizzorusso, "The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity", en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, 1988.
5. Son actos normativos aquellos «creadores de nuevo derecho; que modifican el ordenamiento jurídico existente; hacen surgir derechos y obligaciones que antes no existían; dan vida a relaciones jurídicas; constituyen, en fin, el ordenamiento jurídico» (V. Crisafulli, "Atto normativo", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 241). Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 1937, 228.
6. Y también derogando tácitamente normas existentes (lo que puede ser hecho -advértase- también introduciendo preceptos singulares y/o concretos): J. Salmond, *Jurisprudence*, 10th ed., by G. Williams, London, 1947, 39 ss.
7. E. Bulygin, "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 476 ss.
8. E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho" (1967), ahora en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit.
9. «La idea de fuente, correctamente entendida, no puede entonces separarse de la idea de norma [...]. Entre una y otra hay una correlación lógica necesaria» (V. Crisafulli, "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 927): es decir, que no sólo no se dan normas sin fuentes sino que tampoco se dan fuentes sin normas.
10. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., Paris, 1928, vol. III (Théorie générale de l'Etat), cap. II. Cfr. también S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padova, 1933, parte V; Id., *Principi di diritto costituzionale generale*, reedición de la II ed., Milano, 1947, cap. XXIV.
11. La expresión habitual 'poder ejecutivo' es confundente ya que denota un conjunto de actividades heterogéneas: algunas de ellas constituyen meras ejecuciones del derecho; otras, constituyen más bien aplicaciones discrecionales; otras, en fin, constituyen ejercicio libre de poder.
12. En este contexto conviene omitir toda consideración relativa a la 'discrecionalidad' que es propia de toda actividad interpretativa.
13. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV; trad. cast., *De los delitos y de las penas*, a cargo de J. Jordá, Barcelona, 1983, § IV.
14. Cfr. J. Wróblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision" en *Rechtstheorie*, 1974, n. 1; P. Comanducci, "Osservazioni in margine [a J. Wróblewski]", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, cit; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 149 ss.
15. Advértase que, en este universo conceptual, la jurisdicción no constituye "producción" del derecho, por una razón evidente: el precepto pronunciado por el juez es fruto de una inferencia lógica, y no parece apropiado calificar una inferencia lógica como acto "productor" de algo (E. Bulygin, "Sentencia judicial y

creación de derecho", cit.). Quien deduce no crea nada nuevo; se limita a explicitar cuanto ya estaba contenido, quizás implícitamente, en la conjunción de las premisas y, en este sentido, no "produce" nada. Quien infiere un precepto singular y concreto de una norma preexistente, en fin, no innova el derecho: no sólo porque el derecho es, por definición, un conjunto de normas generales y/o abstractas, sino también, y sobre todo, porque el precepto en cuestión era ya virtualmente existente antes de que fuera pronunciado.

16. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen-Leipzig, 1911, II, 168 ss.; G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1887, 348 ss.; G. Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und Formellen Gesetz*, Leipzig, 1891, 26 ss.; H. Kelsen, "Zur lebre vom Gesetz mi formellem und materiellem Sim, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", en *Juristische Blätter*, 42, 1913; trad. it., "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale", en Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988; D. Donati, "I caratteri della legge in senso materiale", en *Rivista di diritto pubblico*, 1910, 298 ss. (ahora en Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II). Al respecto: R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931; I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, II ed., Barcelona, 1988, cap. VIII; A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 50 ss.
17. Rousseau, *Du contrat social*, libro II, cap. VI; trad. cast., *El contrato social*, a cargo de M.J. Villaverde, Madrid, 1988, libro II, cap. VI.
18. «En lugar de decir que se está ante una fuente, cuando se está (como consecuencia o efecto de ella) ante una norma del derecho objetivo», se afirma que «se está ante derecho objetivo cuando hay una fuente. Todo aquello que se disponga en las fuentes será entonces derecho [...]. Una invocación a la divinidad, una formula dedicatoria, una exposición de motivos, una declaración didascálica y exortativa, aún careciendo —en sí mismas— de cualquier carácter normativo, deben a pesar de ello (en virtud del acto que las contiene) ser consideradas "como si" fuesen otros tantos elementos del orden normativo» (V. Crisafulli, "Fonti del diritto", cit., 928-929).
19. Naturalmente, la disposición que expresa una norma de ese tipo puede asumir las formas más variadas: y no extrañamente la —simplísima— forma del art. 1, disp. prel. cod. civ. it., que establece que: «Son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) las costumbres». N. del T.: Cfr., en el mismo sentido, el art. 1.1 del Código Civil español, que establece que «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».
20. «Por escandaloso que esto pueda parecer, no se debe ir de las normas a las fuentes; sino que es necesario descender desde las fuentes [...] hasta las propias normas. Dado que no se dan —por definición— fuentes legales sin normas» (L. Paladin, "Saggio sulle fonti del diritto italiano", en *Quaderni costituzionali*, 1993, 227): es decir, que cualquier "cosa" que sea producida por un acto calificado como fuente constituye una norma.
21. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977; Id., "Fonti (sistema costituzionale delle)", en *Digesto*, IV ed. (Discipline pubblicistiche), VI, Torino, 1991. Cfr. también S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., 274.
22. Debe observarse que, si se adopta esta noción de fuente, entonces, en el ordenamiento jurídico italiano, también las sentencias estimatorias del Tribunal constitucional son fuentes del derecho, ya que también ellas —igual que las leyes— despliegan, no una eficacia circunscrita al caso resuelto (como, pongamos,

las sentencias civiles) sino una eficacia general, *erga omnes*. Lo mismo debería decirse de toda decisión tomada por un órgano jurisdiccional administrativo (un tribunal administrativo regional, el Consejo de estado) que anule un reglamento. Cfr. A. Pizzorusso, "Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto", en *Politica del diritto*, 1987, 139 ss.

23. Por ejemplo, Crisafulli ("Fonti del diritto", cit.), después de haber dicho que «la idea de fuente, entendida correctamente, no puede ser separada de la idea de norma» (p. 927), concluye que «en el ámbito y según un ordenamiento dado, aquello que destaca de un modo decisivo no es [...] el contenido intrínsecamente normativo propio de los distintos hechos asumidos como fuentes, sino cómo el ordenamiento considerado valora esos hechos. [...] Las fuentes son, entonces, "hechos jurídicos", en tanto que hechos calificados por otras normas (de las que son hechos condicionantes) que les reconocen aptitud para crear derecho objetivo» (p. 932). Cfr. también, V. Crisafulli, "Atto normativo", cit., 252.