

NOTAS

CONCEPCIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO*

Riccardo Guastini**

1. Dos nociones de fuente del derecho.

En la literatura se encuentran fundamentalmente dos nociones de “fuente (de producción) del derecho”, o “fuente normativa” como también se suele decir¹ (aunque cada una de ellas presenta, en realidad, algunas variantes)².

Adoptando una pareja oposicional bastante común en el pensamiento jurídico, podríamos decir lo siguiente³:

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

La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y más en particular 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 fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado).

* Trad. del italiano por Miguel Carbonell.

** Universidad de Génova, Italia.

¹ Franco Modugno, “La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli” en VV.AA., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padua, 1992, p. 72, escribe: “Existen dos modos de entender las fuentes: para el primero, las fuentes son hechos o actos jurídicos *en cuanto que producen* normas, jurídicas y normativas por virtud propia, por una propiedad que llevan en sí mismas; para el segundo, las fuentes son tales *en cuanto que están disciplinadas* por normas, por normas sobre la producción, son productivas de normas en cuanto que son supuestos de hecho 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”*, Turín, 1989, pp. 11 y ss.

² Para un inventario de los diversos conceptos de fuente, cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 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.

La noción formal de fuente reenvía a las normas sobre la producción jurídica propias de los diversos ordenamientos.

En un sentido, la noción que hemos convenido en llamar material es también 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 ordenamiento moderno (en el sentido de evolucionado)— cuanto por la razón de que pretende determinar cuales sean las fuentes de cualquier ordenamiento, en modo del todo independiente del contenido positivo del ordenamiento de que se trate: prescindiendo por tanto, de los varios modos en que los diversos ordenamientos regulan la creación del derecho.

A su vez, la noción que hemos convenido en llamar “formal” constituye, en un sentido, un concepto “dogmático” de fuente: no ya porque pretenda también ella servir para cualquier ordenamiento posible, sino porque para determinar cuales son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se refiera al contenido positivo del ordenamiento en cuestión: en particular, a sus normas sobre la producción jurídica.

Que las dos nociones sean compatibles es por lo menos dudoso; sin embargo, sucede comúnmente que se les encuentra combinadas para formar 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 produzca derecho⁴, y más precisamente *normas generales y abstractas*. Sin embargo, en este contexto, la expresión “producir normas” debe ser entendida en sentido amplio.

En sentido literal, constituye producción de normas la actividad consistente en crear (nuevas) normas jurídicas⁵. En sentido amplio, constituye

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*, Berlín, 1988.

⁵ Son actos normativos aquellos “creadores de nuevo derecho; que modifican el orden jurídico existente; hacen surgir derechos y obligaciones que antes no existían; dan vida a relaciones jurídicas; constituyen, en suma, el ordenamiento jurídico” (V. Crisafulli, “Atto normativo”, *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milán, 1959, 241). Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padúa, 1937, 228.

producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la *modificación* del derecho existente en un cierto momento. El derecho —el conjunto de normas jurídicas— existente, por otro lado, puede ser modificado en por lo menos tres modos distintos:

- a) introduciendo nuevas normas (generales y/o abstractas),⁶
- b) derogando (o más bien “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 norma nueva).⁷

Por el contrario, no constituye producción del derecho: ni la mera repetición de normas preexistentes, ni la formulación de preceptos que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes.⁸

Se puede observar que, según la noción material de fuente, son fuentes todos los actos y hechos que, *de hecho*, producen normas jurídicas. De ahí que, en cualquier ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales solo *a posteriori*: para saber si un cierto acto o hecho es fuente del derecho hay que identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).

En este sentido, 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 el *nomen iuris*, su procedimiento de formación, y así por el estilo— si un cierto acto sea, o no, una fuente del derecho: hay que averiguar el contenido. Todo acto que esté provisto de contenido genuinamente normativo (es decir, de un contenido general y/o abstracto) constituye una fuente del derecho cualesquiera que sean sus connotaciones formales.⁹

⁶ Pero también derogando normas existentes (lo que incluso se puede hacer —debe notarse— introduciendo preceptos singulares y/o concretos): J. Salmond, *Jurisprudence*, 10 ed., por G. Williams, Londres, 1947, 39 ss.

⁷ E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Turín, 1995, 130 s.

⁸ E. Bulygin, “Sentenza giudiziaria e creazione di diritto” (1967), en P. Commanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, 1987; Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., cap. I.

⁹ “La idea de fuente, bien entendida, no puede ser disociada de la idea de norma... Entre una y otra subsiste una correlación lógica necesaria” (V. Crisafulli, “Fonti del diritto (diritto costituzionale)” en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milán, 1968, 927): esto equivale a decir que no solamente no pueden haber normas sin fuentes, sino que ni siquiera se dan fuentes sin normas.

3. Producción, aplicación, ejecución.

El concepto de producción jurídica ilustrado arriba es la piedra angular de la clasificación de las funciones estatales,¹⁰ la cual, 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 se dirija no a los ciudadanos particulares, 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 que consiste en crear preceptos singulares y concretos de conformidad a normas (generales y/o abstractas) preconstituidas.

Debe notarse, no obstante, que la distinción entre producción, aplicación y ejecución no es clara. De hecho, conviene 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 por aplicar no predetermine por completo el contenido del precepto singular y concreto que de ella emana. Esto sucede, típicamente, cuando la norma por aplicar tiene estructura teleológica, o sea que prescribe un fin a perseguir, dejando al órgano de la aplicación la elección de los medios idóneos para conseguirlo. De modo que muchos son los posibles preceptos que constituyen aplicación de la norma: tantos como son los medios utilizables para conseguir el fin prescrito. Es discrecional en este sentido la aplicación del derecho por parte de la administración pública.¹¹

b) La aplicación es vinculada –y se parece en esto a la ejecución– siempre que la norma por aplicar predetermina enteramente el contenido del precepto singular y concreto que emana de ella. De modo que existe un solo precepto que constituye aplicación de la norma. Es vinculada en este

¹⁰ R. Carré de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l'Etat*, Paris, 1920: L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., Paris, 1928, vol. III (Theorie generale de l'Etat), cap. II. Cfr. S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padúa, 1933, parte V; *Id.*, *Principii di diritto generale*, reimpr. de la II ed., Milán, 1947, cap. XXIV.

¹¹ La expresión común “Poder ejecutivo” es engañosa ya que denota un conjunto de actividades heterogéneas: algunas de ellas constituyen una mera ejecución del derecho; otras constituyen más bien una aplicación discrecional; otra incluso constituyen un ejercicio de poderes libres.

sentido la aplicación jurisdiccional del derecho (si se hace abstracción de la discrecionalidad inherente, por ejemplo, a la determinación cuantitativa de la pena).¹²

La aplicación jurisdiccional del derecho, de hecho, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria¹³, o sea como un razonamiento silogístico¹⁴—y por tanto como una operación puramente lógica y cognitiva— en el que: la premisa mayor es una norma preconstituida (“Todos los asesinos deben ser castigados”; la premisa menor es una aserción factual que subsume el supuesto de hecho concreto dentro de la clase de supuestos de hecho regulados por esa norma (“Tizio es un asesino”); la conclusión es un precepto singular y concreto (“Tizio debe ser castigado”)¹⁵.

4. Disociación entre norma y contenido.

La consecuencia más notable de este punto de vista es la siguiente¹⁶.

Normalmente, las leyes tienen contenido normativo (general y/o abstracto)—son actos productores de normas—y por tanto son fuentes del de-

¹² En este contexto conviene también trasladar toda consideración relativa a la “discrecionalidad” que es propia de toda actividad interpretativa.

¹³ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, IV.

¹⁴ Cfr. J. Wróblewski, “Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale”, 1974, en P. Comanducci, R. Guastini (eds). *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, cit.; P. Comanducci, “Osservazioni in margine [a J. Wróblewski]”, *ivi*; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, 149 ss.

¹⁵ Debe destacarse que, dentro de este universo conceptual, la jurisdicción *no* constituye, por una razón evidente, “producción” del derecho. El precepto pronunciado por el juez es fruto de una inferencia lógica y no sonaría apropiado calificar una inferencia lógica como un acto “productivo” de algo (E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., cap. I). Quien deduce no crea nada nuevo: se limita a explicitar lo que ya estaba contenido, aunque sea de forma implícita, en la conjugación de las premisas, y en este sentido no “produce” nada. Quien infiere un precepto singular y concreto de una norma preexistente, en suma, no crea derecho: no solo porque el derecho es, por definición, un conjunto de normas generales y/o abstractas, sino también, y con mayor razón, 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. Anshütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig, 1981, 26 ss.; H. Kelsen, “Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale” en *Id.*, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Nápoles, 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*, Padúa, 1966, vol. II). A propósito R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 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*, Milán, 1977, 50 ss.

recho. Pero puede también suceder que una ley no contenga de hecho normas, y contenga por el contrario preceptos singulares y concretos: pues bien, una ley de este tipo, 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 se excluye que un acto administrativo tenga por el contrario contenido genuinamente normativo, y sea por tanto una fuente del derecho. En suma, en dos actos dotados del mismo *nomen iuris*, adoptados por el mismo órgano, fruto del mismo procedimiento, y provistos del mismo régimen jurídico, puede suceder que uno sea fuente del derecho y el otro no.

En este sentido, el rasgo que destaca de la concepción material de las fuentes es la disociación entre “forma” y “contenido” de los actos. Precisamente de esta disociación surge 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 cualquiera que sea su forma; y
- b) las “leyes” en sentido formal que, en virtud de su contenido singular, no son para nada fuentes a pesar de su forma.

Quizá sea el caso de añadir que la concepción que se examina está indisolublemente ligada a una doctrina prescriptiva de la legislación (esto es, a una doctrina en torno a lo que la legislación debe ser). Según esta doctrina, la legislación debería consistir exclusivamente en una normación general y abstracta; los legisladores deberían abstenerse de adoptar preceptos singulares y concretos. A su vez, tal doctrina supone una ideología igualitaria (casos iguales deben ser regulados en forma igual¹⁷).

5. La noción formal de fuente.

Según la concepción formal (o teórico-general), la expresión “fuente (de producción) del derecho” denota todo acto o hecho no ya efectivamente productivo de normas, sino *autorizado* a producir normas: cualquiera que sea su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).¹⁸

¹⁷ Rousseau, *El Contrato Social*, libro II, cap. VI.

¹⁸ “En vez de decir que se tiene una fuente cuando se tiene (como consecuencia y efecto de ella) una norma de derecho objetivo”, se afirma que “se tiene derecho objetivo cuando existe una norma. Todo aquello que se disponga en las fuentes sería por tanto derecho... una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una exposición de motivos, una declaración exhortativa, aunque

De lo anterior se sigue que, en cualquier ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales *a priori*: para saber si un cierto acto o hecho es una fuente del derecho, no hace falta referirse a su contenido o resultado; es necesario y suficiente averiguar si en el ordenamiento de que se trata existe una norma –y precisamente una “norma sobre la producción jurídica”– que *autoriza* el acto o el hecho en cuestión para crear derecho.

Toda norma puede ser reconstruida en la forma de un enunciado condicional que conecte un supuesto de hecho condicionante a alguna consecuencia jurídica (“Si F, entonces G”). O bien, según la concepción formal de las fuentes, un cierto acto o hecho constituye una fuente del derecho si, y solo si, existe una norma que asume el acto o hecho en cuestión como supuesto de 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, y Y (consecuencia jurídica) es la producción de normas.¹⁹

Como se ve, según este punto de vista, 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 así por el estilo, prescindiendo completamente del contenido del acto mismo: en el sentido de que todo acto que esté autorizado para producir derecho, constituye una fuente del derecho aunque no tenga un contenido genuinamente normativo (es decir, general y/o abstracto).

Debe notarse que mientras la noción material de fuente parte 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 mismo concepto de derecho es un concepto no ya teórico-general, sino dogmático-positivo. Desde este punto de vista, de hecho, en cualquier ordenamiento constituye derecho lo que el ordenamiento mismo califica como derecho²⁰.

estuvieran privadas, como lo están –en sí mismas–, de cualquier carácter normativo, deberían sin embargo (en virtud del acto que las contiene) considerarse “como si” fueran otros elementos del orden normativo”, (V. Crisafulli, “Fonti del diritto”, *cit.*, 928-929).

¹⁹ Naturalmente, la disposición que contiene una norma como esa puede asumir las formas más variadas: entre ellas aquella –simplísima– del artículo 1 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano el cual establece que “Son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) los usos”.

²⁰ “Por escandaloso que pueda parecer, no es de las normas desde las que se debe ascender a las fuentes; sino de las fuentes desde desde las que se debe descender... hasta las normas mismas.

6. El criterio de la eficacia.

Una variante notable de la noción formal de las fuentes —que amerita una mención independiente— es aquella según la cual son fuentes del derecho todos los actos y hechos a los que una norma jurídica atribuye una peculiar eficacia, y precisamente una eficacia *erga omnes*²¹.

Desde este punto de vista, la ley constituye una fuente del derecho —tenga o no un contenido genuinamente normativo— en cuanto obliga a todos sus destinatarios (“Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y observar la Constitución y las leyes”, artículo 54 de la Constitución italiana; “Es obligatoria para todos los que tengan que observarla (la presente ley) y de hacerla observar como ley del Estado”, fórmula de promulgación de las leyes ordinarias, artículo 1 D.P.R. 1092/1985).

Por el contrario, no puede constituir una fuente del derecho el contrato porque vincula solamente a las partes (artículo 1372 del Código Civil italiano). Ni puede constituir fuente del derecho la sentencia porque —normalmente— causa estado solo entre las partes, entre sus herederos y entre quienes tengan causa con ellos (artículo 2909 del Código Civil italiano)²².

7. Un argumento a favor de la noción formal.

Se puede decir, conclusivamente, que —al menos en el ordenamiento italiano vigente— la noción formal de fuente del derecho puede tener a su favor un argumento al mismo tiempo banal pero decisivo.

Existe, de hecho, en el ordenamiento vigente una (y solo una) disposición que contiene un elenco expreso —si bien, por convicción común, in-

De modo que no existen —por definición— fuentes legales sin normas”, (L. Paladin, “Saggio sulle fonti del diritto italiano” en *Quaderni costituzionale*, 1993, 227): esto equivale a 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, Turín, 1991. Cfr. también S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., 274.

²² Se debe observar que, si se adopta esta noción de fuente, entonces, en el ordenamiento jurídico italiano, también las sentencias estimatorias de la Corte Constitucional son fuentes del derecho, ya que también ellas —en modo parecido a las leyes— despliegan no ya una eficacia circunscrita al caso decidido (como, por ejemplo, las sentencias civiles), sino una eficacia general, *erga omnes*. Lo mismo debería decirse de toda decisión de un órgano jurisdiccional administrativo (un tribunal administrativo regional, el Consejo de Estado), si anula 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.

completo— de las fuentes. Se trata, obviamente, del artículo 1 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil, el cual dispone que entre otras son fuentes del derecho: la ley, los reglamentos y los usos.

Ahora bien, dejando a un lado los usos (que requieren de un discurso para ellos solos), en virtud de esta disposición cualquier acto que presente las connotaciones formales de la ley o del reglamento es una fuente del derecho con total independencia de su contenido.

Lo anterior quiere decir en suma, y para hacer el ejemplo más obvio, que una ley constituye fuente del derecho tanto si tiene contenido normativo (general y/o abstracto), como si tiene contenido de medida —*provvedimento*— (singular y/o concreto). Dicho de otra forma: en virtud del artículo 1 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil, la ley es fuente del derecho cualquier cosa que ella disponga, y por otro lado, cualquier cosa que se regule por una ley —aunque fuera 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 del mismo modo clara. De hecho, la noción de fuente que ha sido largamente dominante en la doctrina jurídica parece ser ni puramente material, ni puramente formal, sino mixta²³. Lo anterior en el sentido de que, para identificar a las fuentes del derecho, los juristas utilizan a veces un criterio formal, a veces un criterio material.

Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuente del derecho todos los actos y hechos autorizados a crear normas aunque, de hecho, no tuvieran contenido normativo (como ocasionalmente sucede).

²³ Por ejemplo, Crisafulli (“*Fonti del diritto*”, *cit.*), después de haber dicho que “la idea de fuente, correctamente entendida, no puede... ser separada de la idea de norma” (p. 927), concluye que “en el ámbito y bajo el criterio de un ordenamiento dado, lo que importa de modo decisivo no es... el contenido normativo intrínseco de vez en cuando propio de los hechos asumidos entre las fuentes, como la valoración operada por el ordenamiento considerado... Las fuentes son entonces “hechos jurídicos”, porque son hechos calificados por otras normas (supuestos de hecho de normas), a los que les reconocen la aptitud para crear derecho objetivo”, (p. 932). *Cfr.* también V. Crisafulli, “*Atto normativo*”, *cit.*, 252.

Por otro lado (criterio material), tienden también a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que, de facto, producen normas, aunque no exista una norma sobre la producción jurídica que 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 (leyes-medida, las leyes llamadas meramente formales, etc.) 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 inclusive la doctrina), a pesar de que ninguna norma autoriza a los jueces (ni a los juristas) a producir derecho; es, incluso, en virtud de un criterio material de identificación que se consideran fuentes del derecho aquellos hechos, no previstos como hechos productivos de derecho por alguna norma sobre la producción jurídica, que se acostumbran llamar “fuentes *extra ordinem*”