

## FUENTES DEL DERECHO Y NORMAS DE ORIGEN JUDICIAL\*

Sources of Law and Norms of Judicial Origin

Recepción: 20/04/09

Aceptación: 7/05/09

Josep Aguiló Regla

*Doctor en Derecho. Profesor titular de la Universidad de Alicante, España, en  
Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado. josep.aguilo@ua.es.*

### Palabras clave

Fuentes del Derecho, Normas jurídicas, teorías del derecho.

### Key words

Sources of law, legal norms, theories of law.

Pp. 147-165

### Resumen

Resulta obvio que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial. Ello contrasta, sin embargo, con el carácter fuertemente controvertido de afirmaciones tales como “los jueces crean Derecho” o “la jurisprudencia o el precedente es fuente del Derecho”. El presente trabajo suministra una explicación del proceso de incorporación de las normas de origen judicial al orden jurídico. De igual forma, pretende explicar las dificultades que la teoría y la doctrina jurídicas han encontrado para dar cuenta de dichas normas, relacionadas con el manejo de dos conceptos diferentes de fuentes del Derecho. Por ello, el autor se detiene, en primer lugar, en “la cuestión de las fuentes del Derecho” para, a continuación, tratar de suministrar una explicación de las “normas de origen judicial”.

\* Este texto es un resumen y una revisión de ideas desarrolladas en Aguiló-Regla, Josep: Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel, Barcelona, 2000.

**Abstrac**

*Evidently within our legal orders there are general norms of judicial origin. This contrasts, however, with the strongly controversial character of statements such as “judges create Law” or “case law or precedent is a source of law”. This paper provides an explanation of the process of the incorporation of norms of judicial origin to legal order. Likewise, it aspires to explain the difficulties that legal theory and doctrine have encountered to account for such norms relating to the marshalling of two different concepts of sources of law. For this reason, the author first presents “the issue of the sources of law”, so as to then try to provide an explanation of the “norms of judicial origin”.*

**SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO****Un problema “demasiado básico”**

**E**n la cultura jurídico-académica el tema de las fuentes del Derecho tiende a considerarse “demasiado básico” como para que pueda resultar fructífero o interesante ocuparse de él. Ese “demasiado básico” encierra dos tipos de actitudes escépticas hacia el tema. Una primera consiste en pensar que el tema de las fuentes es el ABC del Derecho y que, por tanto, no tiene mucho sentido detenerse en él, es una cuestión que simplemente tiene que ser superada. Aquí el “demasiado básico” significa “demasiado elemental” y, en realidad, implica pensar que el tema de las fuentes solo puede cumplir una función propedéutica al Derecho, en general, o a sus diversas ramas, en particular. La otra actitud escéptica consiste en pensar que el tema de las fuentes tomado en serio lleva a plantearse un tipo de problema (el de la naturaleza del Derecho) que, ciertamente, no puede ser resuelto. Si eso es así, entonces el tema de las fuentes está llamado más bien a ser sorteado que superado. Aquí “demasiado básico” significa “demasiado fundamental”.

En cualquier caso, sea “demasiado elemental” o “demasiado fundamental”, el tema de las fuentes resulta, en mi opinión, ineludible y está en el centro de los problemas que la teoría del Derecho tiene que abordar. No es posible construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídica sin integrar la cuestión de las fuentes. Además, parece que las fuentes del Derecho (su determinación y su papel) están necesariamente vinculadas con los valores jurídicos por excelencia: la certeza, la previsibilidad y/o la seguridad.

**Dos formas de entender las fuentes del Derecho**

*El origen de la juridicidad de las normas.* Las fuentes del Derecho, como sugiere la metáfora<sup>1</sup>, son el origen de las normas jurídicas. Son aquellos “hechos y actos jurídicos” Crea-

1. La metáfora de las fuentes del Derecho está construida sobre la base de la siguiente analogía, entendida como semejanza de relaciones: “Las fuentes son a las aguas que fluyen lo que el origen de las normas es al Derecho”.

dores de normas jurídicas generales<sup>2</sup>. El Derecho está compuesto por normas generales y abstractas que son el resultado de “hechos y actos jurídicos”. Esta noción de fuente del Derecho se corresponde con la noción de fuentes formales del Derecho (conjunto de factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas) y proyecta una imagen sistemática del Derecho. En efecto, se utiliza un criterio intrasistemático y típicamente recursivo: si hay normas jurídicas es porque hay “hechos y actos jurídicos” que las crean; y si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que regulan y/o constituyen tales hechos y actos jurídicos. A modo de ilustración de esta forma de entender las fuentes del Derecho puede considerarse el siguiente párrafo de Kelsen:

“Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados [legislación y costumbre], sino toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula. [Se denomina ‘fuente’ pues al] fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción [...] Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira” (Kelsen, 1982: 243).

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

### ***Las normas jurídicas vistas por su origen***

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

2. “Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento hace depender la producción de normas jurídicas”, (Bobbio, 1987: 158).

“Por fuentes del Derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas ‘fuentes’ que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita” (Ross, 1973: 75).

Esta manera de concebir las fuentes del Derecho implica tres cosas diversas: a) Hablar de fuentes del Derecho supone hablar de un catálogo de orígenes de las normas jurídicas pero donde no todos ellos son “hechos y actos jurídicos”<sup>3</sup>. b) La juridicidad de algunas normas deriva de su origen (hechos y actos jurídicos) pero la de otras proviene de la determinación de su relevancia o necesidad para el caso que se trata de resolver. c) En abstracto no es posible determinar de manera precisa el conjunto de normas jurídicas. Esto es lo que sugiere Ross con la frase “la norma que [el juez] necesita”.

#### **La oposición entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático. Las fuentes desde el sistema y las fuentes desde el problema (caso)**

Estas dos maneras de entender las fuentes del Derecho que acabamos de ver mantienen entre sí una forma de oposición (tensión) que recuerda mucho (y tiene connotaciones muy semejantes) a la que Viehweg, siguiendo a Hartmann, trazaba entre el “pensamiento sistemático” y el “pensamiento problemático”. En efecto, Viehweg venía a sostener que toda disciplina surge de determinados problemas y da lugar a un cierto sistema de ideas generales; pero lo interesante no radica en eso, sino en determinar dónde se pone el acento, a qué se le atribuye más peso. El “pensamiento sistemático” —decía Viehweg— pone el acento en el sistema y acaba realizando una selección de problemas, de suerte que los problemas que el sistema no resuelve son apartados y quedan sin resolver. Por el contrario, el “pensamiento problemático” pone el acento en el problema (las aporías son problemas que no pueden ser soslayados) y, por tanto, lo que hace es una selección de sistemas en busca de la solución del problema (Viehweg, 1964: 49 y ss). No quiero extenderme en esta cuestión, pero grosso modo la oposición entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático corre paralela a la que aquí estamos contemplando a propósito de las fuentes. Según dónde pongamos el acento vemos las “fuentes desde el sistema” o vemos las ‘fuentes desde el problema (caso)’.

#### **La identificación del Derecho y la unidad del Derecho: dos problemas recurrentes en la construcción de la imagen del Derecho**

La teoría de las fuentes ha jugado un papel central dentro del discurso de la teoría del Derecho. En efecto, la teoría del Derecho, en su tarea de construir un concepto de Derecho

3. En este sentido, por ejemplo, Alf Ross suministra un catálogo de fuentes del Derecho donde las clasifica por el grado de objetivación que presentan. Así, distingue: 1. Fuente completamente objetivada: las formulaciones revestidas de autoridad (la legislación en el sentido más amplio). 2. Fuente parcialmente objetivada: costumbre y precedente. Y 3. Fuente no objetivada, “libre”: “la razón” (Ross, 1973: 77).

adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. En realidad, ha tomado dos problemas básicos de la experiencia cotidiana de los juristas (el de la identificación del Derecho y el de la unidad del Derecho), los ha vinculado con el problema del concepto de Derecho y, en gran medida, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. Pero vayamos por partes: detengámonos brevemente a explicar estos dos problemas básicos de la experiencia de los juristas, apuntando qué papel se ha atribuido a la teoría de las fuentes en relación con cada uno de ellos.

### ***La identificación del Derecho***

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

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

### ***La unidad del Derecho***

El problema de la unidad del Derecho ha estado también permanentemente presente en la conceptualización del Derecho. En efecto, la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central del quehacer cotidiano de los juristas. Todo jurista sabe que la solución de

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

Los autores entre cuyas preocupaciones centrales ha estado la cuestión de la justificación de las soluciones jurídicas, es decir, la justificación de “la solución según el Derecho” han tendido a adoptar la concepción de las fuentes desde el problema<sup>4</sup>. En los casos relevantes no resueltos no es cierto que todas las razones para decidir sean razones extrajurídicas y, por tanto, jurídicamente equivalentes; no es verdad que el Derecho no tenga nada que decir. Las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión que toma. Desde esta perspectiva, la unidad del Derecho puede postularse porque el Derecho no es cerrado respecto del conjunto de razones relevantes para la resolución de los casos.

Si la teoría del Derecho trata de articular un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, la teoría de “las fuentes construida desde el caso” suministra una respuesta mucho más potente al problema inserto en la práctica jurídica de la unidad del Derecho. Por el contrario, la respuesta que ofrece la teoría de “las fuentes construida desde el sistema” es mucho menos satisfactoria, porque es una teoría

4. Tratando de dar cuenta del punto de vista interno, escribe Alf Ross en el apartado de las fuentes relativo a la razón y/o tradición de cultura: “La ausencia de toda norma con autoridad es vivida como un defecto o una laguna en el derecho que el juez debe suplir. Este lo hará decidiendo la concreta cuestión planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión [...] Lo que llamamos “razón” o “consideraciones prácticas” es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa [...] Una doctrina realista de las fuentes del Derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de “formalmente establecido” (Ross, 1973: 97-98). Compárese esta cita de Ross con esta otra de Viehweg relativa al acento en el pensamiento problemático: “Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema [...] sería necesario otro sistema para encontrar la solución. Lo mismo podría decirse en el caso de que existieran varios sistemas A, B, C, etcétera. Si ninguno de ellos permitiera encontrar la solución, sería necesario otro nuevo sistema y otro más en que quedara afirmado el carácter de problema. Con otras palabras: el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no se demuestra” (Viehweg, 1964: 51).

resignada: si no hay solución (si el Derecho para un caso determinado no es unitario), entonces solo hay decisión. Las razones alegadas en la justificación son extrajurídicas y, por tanto, jurídicamente equivalentes entre sí. En este sentido, si como decía al comienzo, las fuentes del Derecho están necesariamente unidas a los valores y/o principios de certeza y seguridad, parece que, en relación con el problema de la unidad del Derecho, la teoría de las “fuentes desde el caso” es mucho más satisfactoria que la teoría de las “fuentes desde el sistema”.

### ***La tensión entre la identificación del Derecho y la unidad del Derecho***

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

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

Por el contrario, si se resuelve satisfactoriamente el problema de la unidad del Derecho, de forma que la solución de un caso nunca sea una pura cuestión de decisión, sino de justificación jurídica<sup>5</sup>, ello se hace al coste de perjudicar la claridad de la distinción entre estándares jurídicos y no jurídicos. La justificación jurídica de la solución de todos los casos (es decir, la persecución de la certeza frente a la pura decisión de los casos) perjudica la distinción entre estándares jurídicos y no jurídicos. En este sentido, la certeza, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias conductas, padece por cuanto no se puede determinar *a priori* el conjunto de estándares jurídicos, el catálogo de razones jurídicas para decidir.

Planteada así la cuestión, parece que el dilema no tiene solución y que la certeza, la previsibilidad, tiene siempre que salir perjudicada por alguna de las alternativas de la disyun-

5. En realidad no habría casos no regulados sino casos difíciles. Me he ocupado del alcance de la sustitución del par “caso regulado/caso no regulado” por el par “caso fácil/caso difícil” en Aguiló Regla, Josep: “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” (*Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2000: 665 y ss).

ción. Pero esta conclusión no es necesaria porque, en mi opinión, es posible conciliar ambos conceptos de fuentes del Derecho. Lo que hay es, me parece, un error de planteamiento.

### *El Derecho como práctica*

La certeza, la previsibilidad y/o la seguridad (en definitiva la erradicación del decisionismo) es el principio y/o valor que parece estar detrás de, por un lado, estas dos formas de entender las fuentes del Derecho y, por otro, de encarar los problemas de la identificación y de la unidad del Derecho. Ahora bien, a pesar de esta unidad de principios y/o valores no cabe confiar en la eliminación permanente de la referida tensión, no es posible resolverla en abstracto. La persistencia de la discusión dentro de la teoría del Derecho es buena prueba de ello. En mi opinión, lo único que procede es entender el Derecho como una práctica guiada por el ideal de la certeza jurídica. Es decir, verlo como una práctica orientada a tratar de erradicar los términos indeseables de “decisión libre de los casos no regulados” y de “no diferenciación entre estándares jurídicos y no jurídicos”. En este sentido, tomarse en serio el principio y/o valor de la certeza del Derecho presupone tomarse en serio la erradicación de los términos indeseables del referido dilema. La práctica jurídica guiada por el ideal de la certeza es una práctica que trata de minimizar el decisionismo en la resolución de los problemas jurídicos y, en consecuencia, necesita operar con ambos conceptos de fuentes; y ello es así porque necesita, por un lado, distinguir entre estándares jurídicos y estándares que no lo son y, por otro, necesita también justificar la solución según el Derecho. No es posible entender la práctica del Derecho sin percatarse de que el valor del propio Derecho proviene tanto de su dimensión institucional (lo que supone necesariamente distinguir al Derecho de su ambiente) como de su dimensión sustantiva (lo que supone que las soluciones a los casos nunca sean simplemente decididas). Por ello, la tensión entre la identificación del Derecho y su unidad es ineliminable en abstracto, de dónde no se sigue, por cierto, que la práctica del Derecho sea irracional<sup>6</sup>. Lo que procede, en realidad, no es elegir uno de estos dos conceptos de fuentes, sino darse cuenta de que un concepto interesante de fuentes tiene que lidiar con la tensión entre la identificación y la unidad del Derecho<sup>7</sup>.

6. En mi opinión, la sustitución de la dicotomía “caso-regulado/caso-no-regulado” por la de “caso-fácil/caso difícil” y la distinción dworkiniana en la aplicación del Derecho entre fase preinterpretativa (identificación y/o determinación de los materiales), fase interpretativa (determinación de las concepciones posibles) y fase postinterpretativa (solución correcta) conforman una muy adecuada base para la reconstrucción de esa práctica jurídica guiada por los valores de la certeza, la previsibilidad y/o la seguridad (Dworkin, 1984; 1986).

7. En mi libro sobre las fuentes del Derecho partía del primero de estos conceptos (las fuentes desde el sistema) para acabar desembocando en el segundo (las fuentes desde el caso). Así, por ejemplo, empezaba estudiando y analizando las fuentes-acto y las fuentes-hecho y concluía con un capítulo dedicado a las “Normas provenientes de la elaboración racional del propio Derecho: Método jurídico y Derecho implícito”. En este capítulo puede leerse lo siguiente: “Quien ponga en duda la relevancia de la noción de Derecho implícito para la teoría de las fuentes que piense en la cantidad de veces que los juristas hacen uso indirectamente de la misma. Considere el lector, por ejemplo, el uso frecuente que los juristas hacen de expresiones como las siguientes: ‘... en consecuencia, debe presumirse que el legislador ha ordenado...’; ‘...habrá que concluir que también está permitido...’; ‘... deberá considerarse incluido en la norma...’; ‘... tácitamente se ha dispuesto que...’; etcétera. Estos ejemplos de frases hechas empiezan y acaban con unos puntos suspensivos: a la izquierda de la misma se situaría una argumentación jurídica y a la derecha una norma de las llamadas implícitas, es decir, a la izquierda el proceso (de creación o, a estas alturas mejor, de justificación) y a la derecha el resultado. Si se acepta lo anterior entonces es fácil darse cuenta de que para la teoría de las fuentes, donde lo fundamental es poner en conexión las normas con los procesos de los que ellas son un resultado, es indiferente hablar de Derecho implícito (resultado) o de método jurídico, elaboración racional del propio Derecho o argumentación jurídica (proceso)” (Aguiló Regla, 2000: 130-131).

Al comienzo de este apartado he dicho que había una larga tradición en el ámbito jurídico-académico de mantener una actitud escéptica hacia el tema de las fuentes, porque intelectualmente resultaba bien “demasiado elemental” (era el ABC del Derecho), bien “demasiado fundamental” (acababa enfrentando la cuestión de la “naturaleza del Derecho”). Mi opinión, sin embargo, es la opuesta. Lo particularmente interesante del concepto de fuentes del Derecho es precisamente que presenta esa peculiar combinación de “elementalidad” y “fundamentalidad”<sup>8</sup>.

## **SOBRE LAS NORMAS DE ORIGEN JUDICIAL**

### ***¿Qué hay que explicar y de dónde provienen las dificultades?***

Como ya dije, la afirmación de que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial me parece simplemente incontrovertible. Si ello es así ¿por qué entonces resulta tan problemática la aceptación del precedente y/o de la jurisprudencia como fuentes del Derecho? En mi opinión, a la hora de explicar las normas de origen judicial se entrecruzan dificultades de dos tipos: las primeras son ideológicas y las segundas, teóricas. Apuntémoslas brevemente.

La discusión sobre las normas de origen judicial o sobre la creación judicial de normas generales se halla permanentemente interferida por la discusión sobre el modelo ideal de juez y, en particular, sobre el grado de vinculación que el juez debe mostrar a la ley.<sup>9</sup> Sin embargo, ambas cuestiones pueden y deben independizarse. La cuestión de las normas de origen judicial tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del propio Derecho objetivo; y el problema para la teoría de las fuentes es precisamente explicar cómo se produce esa contribución y a qué responde. Obviamente una explicación satisfactoria tiene que resultar compatible con diferentes modelos razonables de juez; también, por ejemplo, con el modelo de juez “legalista”. El punto de partida de la explicación no puede situarse, pues, en la discusión sobre el ideal de juez.

8. Según Hart “muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos [...] surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás [...] Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario, que enuncia hechos, o de discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo ...” (Hart, 1991: 122). Pues bien, en mi opinión, lo peculiar del aspecto interno del concepto de fuentes del Derecho es precisamente la conexión que permite establecer en términos de certeza entre la cuestión de la identificación de las normas jurídicas y la de la unidad del Derecho.

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

Las dificultades teóricas tienen que ver con lo siguiente. Dar una explicación satisfactoria de las normas de origen judicial que tienen que desbordar necesariamente el marco de los meros “hechos y actos jurídicos creadores de normas”. No es posible explicar las normas de origen judicial sin entrar a dar cuenta de los componentes de coherencia y de justificación presentes, respectivamente, en el Derecho y en la sentencia. Es decir, presupone un movimiento desde el primer concepto de fuentes del Derecho hacia el segundo, por cuanto hay que tomar en consideración cuánto hay de justificación en la decisión judicial. Ahora bien, tampoco hay que caer en el otro extremo porque si uno toma exclusivamente el segundo concepto de fuentes del Derecho puede acabar sosteniendo cosas que resultan disolutorias, por ejemplo, de la propia doctrina del *stare decisis*; pues el segundo juez, el que aplica el precedente, acaba siendo el que determina si **necesita** o no del precedente. Pero vayamos por partes, no adelantemos conclusiones y empecemos analizando las sentencias judiciales.

#### ***Las sentencias judiciales***

En efecto, cualquier explicación de la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas de origen judicial en el orden jurídico pasa por una cabal comprensión de la sentencia. Las sentencias pueden ser vistas como resultados institucionales y como documentos normativos.

#### ***Las sentencias como resultados institucionales***

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

#### ***La sentencia como documento normativo***

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

#### **Dos modelos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo: el precedente y la jurisprudencia**

A grandes rasgos puede hablarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos de *common Law*) y el modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas de *civil Law*). Es importante darse cuenta de que ambos modelos pueden estar presentes

en ambos tipos de sistemas jurídicos: el modelo del precedente no es completamente extraño a los sistemas de *civil Law* y el apoyo institucional que un precedente recibe en los sistemas de *common Law* genera también líneas jurisprudenciales.

La doctrina del *stare decisis* o del precedente puede definirse del siguiente modo: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión...”<sup>10</sup>. Es decir, la *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: a) declarar y aplicar el precedente ya existente (*declare*); b) distinguir el caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y c) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo (*overrule*).

En la tradición jurídica del *civil Law* se habla de “jurisprudencia” para referirse al conjunto de las sentencias judiciales; pero lo importante es que no se las ve sólo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales (Guibourg, en: Garzón Valdés. y Laporta, 1996: 183 y ss.). Es decir, que en esos documentos se contiene parte del Derecho objetivo. Este modelo supone que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan (y que no se han incorporado por otra vía) se produce por la **reiteración** de decisiones que recurren a un mismo criterio o estándar. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión “línea jurisprudencial” en lugar de la de “precedente”. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. La jurisprudencia “obligatoria” se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, los situados en la cúspide judicial. A estos tribunales se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia, sino además y principalmente para unificar “doctrina jurisprudencial”. Los criterios que ellos utilizan para resolver los casos individuales tienen, pues, una dimensión de generalidad vinculada no sólo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y de competencia.

## **CONFORME AL PRIMER CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO... ¿FUENTES-HECHO O FUENTES-ACTO?**

### ***Algunos pares de opuestos conceptuales***

Si por fuentes del Derecho se entiende hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas, es evidente que las fuentes pueden clasificarse en fuentes-hecho y fuentes-acto. Si ello es así, surge inmediatamente la pregunta de en cuál de las dos categorías ubicamos

10. Tomo esta definición atribuida a Chamberlain de Iturralde Sesma (1995: 31).

las normas de origen judicial y también la de si hay alguna diferencia a este respecto entre el precedente y la jurisprudencia. Como ya he adelantado, las normas de origen judicial, tanto en el modelo del precedente como en el de la jurisprudencia, desbordan tanto esta clasificación como el concepto de fuentes que está en la base de la misma. Para mostrarlo tratemos de encajarlas en la oposición fuente-hecho/fuente-acto y de seguir otras oposiciones conceptuales asociadas a ella. Me refiero a estas dos líneas de opuestos:

Fuente-acto (paradigma: la legislación)	Der. de creación deliberada	Derecho delegado	Derecho prescrito
Fuente-hecho (paradigma: la costumbre)	Der. de creación espontánea	Derecho recibido.	Der. no prescrito

**¿Fuente-hecho o fuente-acto? (Pizzorusso, 1984: 153 y ss.)**

La sentencia es un “acto jurídico” (un resultado institucional deliberado) y los jueces son autoridades jurídicas (tienen poder para determinar cómo deben comportarse ciertos sujetos —las partes del proceso y los órganos de ejecución- sin el concurso de su voluntad). Ahora bien, la cuestión importante es aclarar si las sentencias en cuanto generadoras de normas generales son fuentes-acto o fuentes-hecho o ninguna de ambas. El modelo del precedente, en la medida en que el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir directamente normas generales, parece aproximarse bastante, en este aspecto, al modelo de las fuentes-acto. El juez que crea un precedente dicta una norma general. Hay una conexión directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional “precedente”. Por el contrario, en el modelo de la jurisprudencia las cosas no parecen ser así. La incorporación de las normas generales no se produce como consecuencia directa de la realización del acto jurídico de dictar sentencia, sino como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos (que son independientes entre sí y que, por tanto, no pueden constituir un procedimiento). De esta forma, mientras que la producción del resultado institucional “sentencia” se halla bajo el control del juez, la creación de una doctrina jurisprudencial, no. Los actos normativos del juez son meramente contribuyentes a la producción del resultado “jurisprudencia”. El requisito de la acumulación de sentencias parece, pues, aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho que al de las fuentes-acto. En realidad, si se repasa la literatura al respecto se verá que no han faltado explicaciones de la jurisprudencia que la han concebido como una “costumbre judicial”.

Sea como fuere, la aproximación del precedente a las fuentes-acto plantea algún problema. El resultado “precedente” (y de manera aún más manifiesta el resultado “doctrina jurisprudencial”) difiere de los resultados de las fuentes-acto en que éste no puede ser visto como una “disposición”. Para apreciar la diferencia entre el resultado “precedente” y las disposiciones tal vez sea suficiente con tomar en consideración una distinción típica del Derecho del *common Law*: la oposición entre *obiter dicta* (manifestaciones contenidas

en la sentencia que van más allá de lo necesario para resolver el caso) y *ratio decidendi* (el principio o regla que resuelve el caso). Ella muestra algo fundamental: que las palabras usadas por el juez en la sentencia no vinculan<sup>11</sup>.

### **¿Derecho de creación deliberada o Derecho de creación espontánea?<sup>12</sup>**

Lo último, sin duda, constituye un escollo para seguir adelante con la aproximación del precedente a las fuentes-acto y de la jurisprudencia a las fuentes-hecho, pero tal vez no sea suficiente para abandonarla. Si se sigue adelante con ella parece que hay que concluir también que las normas que responden al modelo del precedente se presentan como Derecho de origen deliberado mientras que las que responden al modelo de la jurisprudencia no (porque la reiteración requerida tiene un componente de espontaneidad que hace muy forzado hablar de normas de origen deliberado).

### **¿Derecho delegado o Derecho recibido? (Bobbio, 1987: 153 y ss.)**

El intento, incluso forzando un tanto las cosas, de hacer encajar nuestros pares de opuestos conceptuales, se topa sin embargo con escollos insalvables. Por ejemplo, para ser congruentes con las dos líneas de opuestos conceptuales creadas, habría que presentar al Derecho jurisprudencial como Derecho recibido, en lugar de Derecho delegado. Pero ello choca con algo bastante obvio: Las autoridades jurisdiccionales, al igual que el resto de autoridades jurídicas, son autoridades delegadas. Es más, tal como se ha dicho, el propio orden jurídico determina qué autoridades de todas las que conforman la jurisdicción tienen poder para crear jurisprudencia obligatoria. Las dificultades en este caso provienen de algo que resulta un tanto paradójico, pero que es así: en el modelo de la jurisprudencia ciertas autoridades tienen “poder” o competencia para generar “Derecho jurisprudencial” y, sin embargo, no disponen de ningún acto normativo cuya realización suponga directamente la producción de ese resultado.

11. A propósito de las diferencias entre las palabras de la ley y las de la sentencia, escribe Edward H. Levi: “En el campo del Derecho jurisprudencial los conceptos pueden ser creados a partir de ejemplos particulares. Los nuevos ejemplos, empero, tendrán que ser apreciados en relación con los anteriores, y la reelaboración de la palabra misma que expresa el concepto se hará evidente. Ella no sólo puede llegar a tener nuevos significados, sino que incluso puede cambiar o desaparecer. La aplicación de una ley parece presentar un gran contraste con esto. Las palabras están dadas. Ellas no pueden ser tomadas con ligereza. La diferencia se advierte con nitidez cuando nos damos cuenta de que las palabras de una ley no son dictum”. Levi, Edward, 1971: 41-42).

12. Nino distingue entre “fuentes de creación deliberada” “fuentes de creación espontánea” (Nino, 1987: 148 y ss).

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

12. Nino distingue entre “fuentes de creación deliberada” “fuentes de creación espontánea” (Nino, 1987: 148 y ss).

**¿Derecho prescrito o Derecho no prescrito?**<sup>13</sup>

Dificultades semejantes se presentan si se toma en consideración la oposición entre Derecho prescrito y Derecho no prescrito. En el caso de la jurisprudencia, por ejemplo, resulta realmente difícil hablar de prescripción cuando la autoridad no cuenta con poder para realizar un acto normativo capaz de producir directamente el resultado “doctrina jurisprudencial” y cuando, además, ninguna formulación concreta de esa misma doctrina está dotada de autoridad.

Esta relación de problemas y dificultades es lo que aconseja no empeñarse en hacer pasar todas las fuentes del Derecho por la oposición entre fuentes-hecho y fuentes-acto.

**Conforme al segundo concepto de fuentes del Derecho... ¿qué juez genera el precedente?**

Si, conforme al segundo concepto de fuentes del Derecho, por fuentes hay que entender aquellos factores que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión, entonces es evidente que quien “crea” el precedente no es el Juez1, sino el juez2. Es decir, el precedente lo establece no el primer juez que resuelve un caso de manera original y que supuestamente “establecía el precedente”; sino el segundo, el que recurre a esa decisión porque le resulta persuasiva a los efectos de formular (y justificar) la regla con la que decidirá el caso. En otras palabras, conforme a esta manera de entender las fuentes del Derecho no son los actos del primer juez los que generan el precedente (de ahí que no tenga sentido llamarle fuente-acto) sino los del segundo.<sup>14</sup> El problema de este planteamiento no está en su encaje en alguna categoría teórica, sino en que en realidad resulta disolutorio de la propia doctrina del *stare decisis*. La teoría de las fuentes está vinculada con el problema de la identificación del Derecho, con la identificación del conjunto de normas que un juez tiene “el deber de aplicar” y aquí, al sostener que es el segundo el que determina el precedente se está renunciando a este aspecto del problema. Además, si se es coherente con este planteamiento, hay que llegar a la muy “realista” conclusión (aplicable no sólo al precedente y a la jurisprudencia, sino a todas las fuentes) de que es el propio juez el que determina sus propios deberes.

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

14. En este sentido, por ejemplo, escribe Taruffo: “No es apropiado decir que el precedente de *common law* es vinculante, en el sentido de que se derive una verdadera y propia obligación para el segundo juez de atenerse al precedente. Es sabido que incluso en el sistema inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas [...] con el fin de no considerarse vinculados a los precedentes que no pretenden seguir. Sigue siendo cierto que en ese ordenamiento el precedente está dotado de una notable fuerza, en cuanto que se tiene la expectativa de que el juez sucesivo lo siga [...] pero esta fuerza es siempre *defeasible*, dado que el segundo juez puede desatender el precedente cuando lo considere oportuno a los fines de formular la solución más justa del caso que tiene que decidir. En el sistema americano, la fuerza del precedente existe, pero en un grado menor: los jueces americanos aplican los precedentes con gran discrecionalidad, o sea -por así decir- cuando no encuentran razón suficiente para no hacerlo. El *stare decisis* sigue existiendo y, en consecuencia, los jueces solo explican por qué pretenden no seguir el precedente: parece claro, sin embargo, que **el precedente tiene eficacia solo cuando el segundo juez lo comparte**” (Taruffo, 2007: 22-24).

## UNA EXPLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ORIGEN JUDICIAL

### *De nuevo sobre la fundamentación del fallo*

Para entender cómo se produce la incorporación al Derecho objetivo es necesario tener claros algunos presupuestos de la idea misma de justificación. En relación con la fundamentación del fallo suelen reiterarse dos lugares comunes. El primero es que, dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (el Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas. El segundo lugar común es que el razonamiento justificativo sigue el esquema del llamado “silogismo judicial”. Este silogismo consta de una premisa mayor o normativa, que es una norma general, de una premisa menor o fáctica, que es un enunciado que describe los hechos del caso, y de una conclusión normativa, que es un enunciado de deber que expresa una norma particular (la solución del caso). Estos dos lugares comunes no es que sean falsos, pero combinados entre sí e interpretados de manera ligera pueden acabar por ocultar diferencias fundamentales entre las normas del Derecho objetivo (**las normas que el juez tiene el deber de aplicar**) y la norma que el juez aplica (**la norma que sirve de premisa mayor o normativa** de su razonamiento) y, en consecuencia, no dejar ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas.<sup>15</sup>

### *De las normas del Derecho objetivo a la norma que el juez aplica*

Las normas del Derecho objetivo (las normas generales que el juez tiene el deber de aplicar) presentan algunas propiedades sobresalientes: 1) Son normas condicionales que correlacionan un caso genérico con una solución normativa;<sup>16</sup> 2) Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas que pertenecen también al Derecho objetivo; 3) Las consecuencias jurídicas previstas en las normas del Derecho objetivo son siempre *prima facie*, siempre pueden ser derrotadas por otras normas en el momento de su aplicación.

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

15. José Puig Brutau (1951, 34) inspirándose fundamentalmente en autores del llamado “realismo americano”, mostrando una apertura mental del todo punto elogiable y, en cierto sentido, en el contexto español adelantándose a su tiempo, ha criticado estos dos lugares comunes. En efecto, en los epígrafes titulados “La falacia de la forma lógica” y “La acción recíproca entre la norma general y el caso particular” se pueden leer párrafos como los siguientes: “La consecuencia [la solución del caso] resultará, no de la confrontación entre una premisa mayor y una premisa menor, sino de la tarea previa a esta operación supuestamente lógica, de elegir cuáles habrán de ser tales premisas. En términos generales, ‘la selección de las premisas constituye la tarea más importante del pensador’ [Frank].”

“Muchos juristas prácticos [...] albergan en su mente la más ingenua confianza sobre el valor del método deductivo. Dada la regla general, creen que por deducción, mediante adaptar las circunstancias concretas a la hipótesis genérica, ya han logrado resolver el caso particular sometido a su consideración. Pero en realidad, pierden de vista que no se trata propiamente de concretar una norma abstracta, sino de crear la regla concreta que resuelva el problema planteado y que, por razón de su propia eficacia, pueda tener el valor de precedente [...] Incluso, pues, en el caso de que una sentencia afirme que existe ley aplicable al caso controvertido, se tratará de la solución de un caso particular que reaccionará sobre la regla general proyectando sobre ésta una luz que antes no existía” (Puig Brutau, 1951: 51 y 52).

16. La afirmación de que todas las normas del Derecho objetivo responden a una estructura condicional debería matizarse con una explicación relativa a la diferencia entre reglas y principios pero que desborda el marco de este trabajo.

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

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

#### *Justificar presupone universalizar*

En el contexto de aplicación del Derecho —aunque no sólo en él— justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, formulable mediante un cuantificador universal en la forma de “para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c...”). Este requisito debe satisfacerse tanto si la norma en cuestión la proporciona directamente el Derecho objetivo (caso sencillo) como si se trata de una construcción realizada por el juez a partir de ciertas normas del Derecho objetivo. Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro.

O dicho en otros términos, la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea este teórico o práctico. El segundo, supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: “Si se aplica un predicado F a un hecho (objeto u evento) a se debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro hecho igual a en todos los aspectos relevantes” (Alexy, 1989: 185). Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como “X es rojo” implica la proposición “todo lo que es como X en los aspectos relevantes es rojo”, porque, en otro caso, la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta

como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto, pues, el compromiso que la universalidad supone hacia el futuro es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo).<sup>17</sup>

Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido. Por ello, puede decirse que, en la medida en que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; y c) mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, sino otra alternativa.<sup>18</sup>

### **Resumen**

Lo anterior puede resumirse del siguiente modo:

- a) En muchas ocasiones los jueces, de acuerdo con su función de hacer efectivo el Derecho objetivo, tienen que realizar transformaciones de las propias normas del Derecho objetivo para poder resolver los casos que se les presentan. Ello supone tomar decisiones.
- b) Los jueces deben justificar esas decisiones; deben hacer explícitas las razones que les llevan a tomarlas.
- c) Para que una decisión se nos presente como justificada debe ser universalizable; esto es, debe fundarse en un criterio universal.

17. Escribe MacCormick a este respecto: "El concepto de universalizabilidad que propongo como esencial para la justificación en el Derecho es un concepto limitado por las exigencias de la legalidad y del Estado de Derecho, a pesar de que es un concepto compartido con los filósofos morales que siguen a Kant y R. M. Hare. Los jueces tienen que universalizar regulando lo mejor que ellos puedan dentro del contexto de un orden jurídico existente y establecido. La existencia de este contexto de argumentación convierte en razonable y realmente posible una tarea que podría ser vista como sobrehercúlea si se la contemplara enteramente en el vacío" (MacCormick, 2005: 149-150).

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

- d) La universalidad tiene implicaciones hacia el futuro; supone el compromiso de tomar la misma decisión bajo las mismas circunstancias.
- e) De lo anterior se sigue que las normas del Derecho objetivo (las que el juez tiene el deber de aplicar) cambian una vez que el juez ha tenido que tomar decisiones para poder aplicarlas. La nueva norma (la que es un producto de las transformaciones realizadas) junto con los criterios utilizados para justificarla, se incorporan al conjunto de normas que el juez tiene el deber de aplicar, que no es otra cosa que el propio Derecho objetivo.
- f) Ello supone que para las autoridades jurisdiccionales la unidad de contenidos del Derecho no se reduce a una mera cuestión estática de jerarquía normativa, sino que tiene también una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro. Ello se explica porque su función no es la de modificar el Derecho, sino la de hacerlo efectivo, aplicable. Desarrollar esta función puede suponer la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio del sistema jurídico.

El lector que haya llegado hasta aquí tal vez piense que todo lo anterior está construido sobre un suelo muy endeble; porque al partir de un supuesto tan específico y “peculiar” de precedente horizontal como es el “autoprecedente”<sup>19</sup> se están dejando fuera los aspectos más relevantes. Es decir, puede considerarse que una explicación de las normas de origen judicial que toma como base el autoprecedente sólo puede resultar parcial e ideológica. Sin embargo, la elección de este punto de partida no ha sido azarosa ni casual, sino totalmente pretendida. La razón ha sido doble. Por un lado, he pretendido evitar que la explicación se enredase —como suele ocurrir cuando se habla de normas de origen judicial— en *legal technicalities* que ponen el acento en particularismos de cada orden jurídico e impiden ver cuánto hay de común en todos ellos. Y, por otro, porque el autoprecedente está en la base de todas las ideas legitimadoras de la jurisdicción entendida como práctica. Sin su aceptación ideas como “igualdad ante la ley”, “legalidad de la decisión”, “independencia” o “imparcialidad” carecen por completo de sentido práctico; y, una vez que estas ideas entran en juego, el paso del autoprecedente a una práctica judicial dotada de sentido está simplemente dado.<sup>20</sup> ■

19. Tomo la expresión “autoprecedente” (Taruffo, 2007: 28).

20. Me he ocupado en extenso de estas nociones legitimadoras de la jurisdicción en: Aguiló-Regla, 2003.

**BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN**

- AGUILÓ REGLA, Josep: *Teoría General de las Fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000.
- , “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Jueces para la democracia*, nº 46, marzo, 2003.
- ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005.
- CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.
- DOXA. *Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 30, 2000.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- , *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- GUIBOURG, Ricardo A: “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (Eds.): *El Derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II, 1996.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., Reim., 1991.
- ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
- KELSEN, Hans: *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), UNAM, Mexico, 1982.
- LEVI, Edward H.: *Introducción al razonamiento jurídico* (trad. de Genaro Carrió), EUDEBA, Buenos Aires, 1971.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho constitucional* (trad. de J. Jiménez Campo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- PUIG BRUTAU, José: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (interpretación creadora y arbitrio judicial), Bosch, Barcelona, 1951.
- ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), EUDEBA, Buenos Aires, 1973 (2ª Ed.).
- TARUFFO: *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007.
- VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964.
- WRIGHT, Georg Henri, Von: *Norma y acción* (trad. Pedro García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970.
- MACCOMICK, Neil: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 149-150.