

PROBLEMA

Anuario de Filosofía
y Teoría del Derecho **4**

CAUSAS DE INDETERMINACIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Juan Ramón PÉREZ CARRILLO

Resumen:

El tema de las fuentes del derecho sigue siendo de primer orden en la ciencia jurídica contemporánea, por lo cual resulta de gran utilidad para los juristas abordar las problemáticas que se generan en torno al mismo. Las causas de indeterminación de las fuentes del derecho —determinadas en unos casos por la falta de regulación por parte del legislador y en otros por la textura abierta del derecho que regula el sistema de fuentes— en el sistema jurídico, es una de dichas problemáticas. El objetivo: analizar las causas de indeterminación de las fuentes del derecho y su expresión en contextos jurídicos como el cubano.

Palabras Clave:

Sistema de fuentes del derecho, indeterminación jurídica, textura abierta, orden jurídico cubano.

Abstract:

In this article the focus is on the topic of indeterminacy of the sources of law. Indeterminacy in this domain may be a product of a lack of legislative regulation or open texture of law, this analysis of the causes of indeterminacy regarding the sources of law is applied to the Cuban legal system.

Key words:

Sources of Law, Legal Indeterminacy, Open Texture, Cuban Legal System.

SUMARIO: I. *Introducción: la utilidad para los juristas de seguir abordando la problemática de las fuentes del derecho.* II. *Indeterminación del sistema de fuentes “a causa de la ausencia de regulación por el legislador”: tres cuestiones conceptuales de las que no es posible prescindir para definir hoy las fuentes del derecho.* III. *Indeterminación del sistema de fuentes a causa de la “textura abierta” del derecho.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: LA UTILIDAD PARA LOS JURISTAS DE SEGUIR
ABORDANDO LA PROBLEMÁTICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Desde un punto de vista *general*, el estudio y análisis del sistema de fuentes del derecho, una de las más importantes instituciones jurídicas, son llevados a cabo por los juristas mayormente desde las tres siguientes áreas de conocimiento:

En primer lugar, el ámbito de la *teoría del derecho*, como ciencia que estudia la configuración interna y externa de las categorías jurídicas y el entramado que aquéllas conforman como sistema jurídico.¹

En segundo lugar, el campo del *derecho constitucional*, pues como afirma casi unánimemente la doctrina, del que Enrique Álvarez Conde es un buen ejemplo, hoy día parece comúnmente pacífico el hecho de que la regulación de las fuentes del derecho se sitúe también en el entorno de la teoría de la Constitución,² dada la naturaleza de fuente del derecho que ha adquirido la norma fundamental.

Finalmente, en tercer lugar, el espacio del *derecho civil* en los supuestos en los que éste ha seguido operando a modo de derecho *común supletorio* del resto del sistema jurídico.³

¹ Véase Peces-Barba, Gregorio *et. al.*, *Curso de teoría del derecho*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

² Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I: *El Estado constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 138.

³ Sirvan de ejemplos, el Código Civil de Napoleón y su influencia para la configuración de Códigos civiles en otros países europeos a partir del siglo XIX y latinoamericanos. Véase Fernández Rozas, J.C., “El Código de Napoleón y su influencia en

Aún lo dicho, también es admitido que abordar las fuentes del derecho desde las mencionadas tres dimensiones *no* es algo que tenga que ser *exclusivo* de estas ciencias jurídicas normativas específicas. En todo caso, estas páginas se despliegan en el ámbito de la *teoría general de las fuentes del derecho*. Sin que ello sea un impedimento para examinar igualmente —en el epígrafe de IV. Conclusiones— la *casuística* particular. Concretamente, en la parte final voy a traer a colación, de forma breve, algunas consideraciones sobre el *caso* del sistema cubano de fuentes del derecho. No hay que perder de vista que la problemática sobre las fuentes del derecho reviste gran trascendencia *ideológica y jurídica*, pues según sea su estimación así se configurará en cada sociedad la relevancia que se va a otorgar a una fuente (y no a otra), y/o al momento de su *aplicación e interpretación* por los operadores jurídicos.

Lógicamente, al afrontar la institución de las fuentes desde una perspectiva de la *teoría general* me voy a topar con otras cuestiones que tienen que ver con los *presupuestos* de lo jurídico, y en las que entraré únicamente en relación con la problemática aquí tratada, tal como la *naturaleza* del o el *contenido* del mismo, temas que, sin duda, son y serán siempre *controvertidos*. Ahora bien, con esto no quiero decir que la naturaleza y el contenido del sean ajenos —aunque ésta puede ser una creencia a veces generalizada— al ámbito discursivo y explicativo de las fuentes del derecho. Por el contrario, estos problemas iusfilosóficos están ahí y no es posible desvincularlos de la teórica de las fuentes del derecho. Por una elemental razón: porque en última instancia a lo que está aludiendo la institución jurídica de las fuentes del derecho es —utilizando la conocida expresión de R.v. Ihering— a la “lucha por el derecho”,⁴ o dicho con otras pa-

América Latina. Reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, en varios autores, *El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Fe-bres Pobeda*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Publicaciones del Vice-rectorado Académico, 2005, pp. 151-190.

⁴ Véase Ihering, R., *La lucha por el derecho*, traducción y prólogo de Diego A. de Santillán, Puebla, México, Editorial Cajica, 1957, pp. 140 y 141.

labras, a la supremacía de “lo jurídico” frente a cualquier otro tipo de instancias.⁵ Por lo que sigue teniendo gran utilidad para los juristas abordar aquellas problemáticas que se generan en el entorno de las fuentes del derecho.

Con esa finalidad me propongo examinar en los epígrafes II y III las *causas de indeterminación* de las que *a veces adolece* el sistema de fuentes del derecho: por un lado, la indeterminación que provoca la “falta de regulación” por el legislador de un sistema explícito de fuentes en el ordenamiento jurídico (epígrafe II); y, por otro lado, la indeterminación a causa de la “textura abierta” del (mismo) derecho que regula el sistema de fuentes (epígrafe III). Finalmente, en el epígrafe IV daré cuenta de algunas *conclusiones* relevantes que obtengo de mi exposición, y haré ciertas observaciones sobre la *casuística* latinoamericana, concretamente en relación con el ordenamiento jurídico *cubano*.

II. INDETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES “A CAUSA DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN POR EL LEGISLADOR”:
TRES CUESTIONES CONCEPTUALES DE LAS QUE NO ES POSIBLE PRESCINDIR PARA DEFINIR HOY LAS FUENTES DEL DERECHO

Para poder *describir* qué sucede cuando un sistema jurídico tiene indeterminado su sistema de fuentes, ya sea desde una perspectiva *general* en relación con *cualquier* modo de producción normativa o acotado a la dimensión de una de las ramas del ordenamiento jurídico, es necesario detenerse antes en el propio *concepto* de “fuentes del derecho”. Pues, en función del concepto que manejemos, serán unos (y no otros) los elementos que queden *indeterminados* en el sistema de fuentes según sean las consecuencias que se produzcan a raíz de que éste padezca indeterminación y vaguedad.

⁵ En este caso deben considerarse los planteamientos realizados por Bourdieu, P., *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000, a lo que el autor añade que “a su vez lo anterior confluye en la supremacía por el poder de los demás campos de la vida ordinaria de los sujetos dentro de una sociedad regida por normas jurídicas”.

Dada la multitud de significados de la expresión “fuentes del derecho”, que puede ser invocada desde múltiples ópticas en virtud de cómo sea el enfoque que de ella se nos quiera brindar, y dado que es imposible aludir a todos los significados, voy a observar únicamente los más útiles desde el punto de vista de mi exposición. Esto es, voy a tener en cuenta aquellas *acepciones* que tienen que ver con aquellas “dimensiones conceptuales” del sistema de fuentes que, desde un punto de vista generalista, *más y mejor* me permitan definirlo.

Con este propósito voy a tener en cuenta las siguientes tres dimensiones o cuestiones conceptuales sobre las fuentes del derecho:

1. La cuestión del “contenido” *formal y material* del sistema de fuentes del derecho: información sobre la “distancia” entre el sistema *formal* y el sistema *material* de fuentes del derecho o *cómo* se desarrolla en verdad la “práctica del derecho” de un determinado ordenamiento jurídico.

En primer lugar, aquí es muy ilustrativo traer a colación la aportación de Luis Legaz Lacambra acerca de la expresión “fuentes del derecho”. Según su parecer, se trata de una expresión multívoca capaz de asumir una variedad de significados. Pues, con el término *fuentes del derecho* se esta haciendo alusión tanto a las “fuentes de conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el derecho”, o a “la fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social”, o a “la autoridad creadora del derecho histórico”, o al “acto concreto creador del derecho”, o al “fundamento de validez jurídica de una norma concreta del derecho”, o a “la forma de manifestarse la norma jurídica”, o asimismo al “fundamento de validez de un derecho subjetivo”.⁶

Todos los anteriores contenidos susceptibles de encarnar la expresión fuentes del derecho, en opinión del catedrático de filosofía del derecho, pueden reducirse a dos categorías y

⁶ Legal Lacambra, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 487 y 488.

tres significados. Las dos categorías son las de “fuentes *internas*” y “fuentes *externas*”. Las “fuentes internas de derecho” serían “aquellos factores de los que proceden las normas jurídicas, es decir, la autoridad que las crea y, en general, las causas que suministran la materia de las normas”. Mientras que las “fuentes externas” se corresponderían con “las formas en que aparecen las normas, tanto las formas de manifestarse como las normas manifestadas”.⁷

Además de fuentes *internas* y *externas*, si algún concepto (o par conceptual) sobre las fuentes del derecho *no* es *prescindible* hoy en día a la hora de abordar el análisis de la problemática que va asociada a las fuentes del derecho, ese es el que alude a las fuentes “formales” y a las fuentes “materiales” del derecho. Esta *bifurcación conceptual* constituye una *herramienta* imprescindible para el jurista contemporáneo que quiera inmiscuirse con cierta garantía en el análisis en las cuestiones de teoría *general* de las fuentes, o asimismo en el examen de las fuentes *particulares* de una rama concreta del ordenamiento jurídico. Y, a este respecto, se trata de una categoría conceptual sobre las fuentes del derecho que posee una “dimensión comparativa” considerable, dado que posibilita el *cotejo* entre las fuentes (“formales”) del derecho que *declara* un sistema jurídico —de forma explícita o implícita— en su *legislación*, y las fuentes (“materiales”) del derecho que *verdaderamente* están funcionando en la *práctica* del derecho en la que se desarrolla la tarea de los operadores jurídicos. De modo que puede *contrastarse* a través de la observación de la casuística el *nivel de aproximación* entre un tipo de fuentes del derecho y el otro. Alberto Montoro Ballesteros nos brinda con especial claridad esta distinción. Él singulariza los factores de significación “ideal” *versus* de significación “fáctica” que sirven para dar cuenta de cuáles son las fuentes *materiales* que se en-

⁷ *Ibidem*, p. 488.

cuentran utilizando los operadores jurídicos en la práctica real del derecho.⁸

También el profesor Legaz alude relevantemente a esta pareja conceptual. Desde su óptica, los 3 “sentidos” (*legazianos*) de las fuentes del derecho recogerían también la variedad de contenidos que evoca la expresión “fuentes del derecho” —y que hemos referido más arriba— para hacer ahora mención:

Por un lado, al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* de “fundamento” (razón, voluntad, naturaleza humana, conciencia o sentimiento jurídico, etcétera), pero que desde el punto de vista estricto no se reduce a una cuestión de fuentes del derecho sino que también abarca el “problema de la esencia misma del derecho”.⁹

Por otro lado, también abarcaría al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* de “los grupos sociales en los que se originaría el derecho como forma vital de los mismos” (Estado, comunidad internacional, comunidades sindicales, económicas o profesionales, la sociedad civil, etcétera) y que es lo que él denomina “fuentes materiales” del derecho.¹⁰

Finalmente, asimismo también acogería al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* “técnico-jurídico”, con el que se haría referencia “al origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el derecho positivo que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta, por ejemplo, la forma de ley, de costumbre, sentencia, negocio jurídico, etc.”, y que es lo que él denomina “fuentes formales” del derecho”.¹¹ O, dicho con otras palabras, los 3 sentidos *legazianos* se resumen en: fuentes del derecho como *fundamento* del sistema jurídico y fuentes del derecho como modos (*materiales* y *formales*) de producción normativa.

⁸ Montoro Ballesteros, A., *Las fuentes del derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1993, pp. 8-12.

⁹ Legaz Lacambra, L., *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 488.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 488 y 489.

¹¹ *Idem*.

2. La cuestión “subjetiva”: información sobre la *autoridad* que genera la fuente y el procedimiento de su *competencia*.

En segundo lugar, tiene interés la perspectiva de las fuentes del derecho desde la “lógica jurídica”, tal como nos ha puesto de manifiesto el profesor Josep Aguiló Regla, dado que se trata de una orientación que nos proporciona información muy valiosa acerca de la cuestión de *quién* es la “autoridad” que genera la fuente y *cual* ha sido su “competencia” para hacerlo. Para ello este autor se sirve de un “par conceptual” que construye a partir de los siguientes dos presupuestos. Por un lado, el primer presupuesto es la definición de Norberto Bobbio sobre las fuentes del derecho, a modo de “aquellos *hechos* o *aquellos* actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.¹² Y, por otro lado, el segundo presupuesto de partida consiste en asumir la clasificación conceptual —introducida por la doctrina civilista— que cataloga a los supuestos de hecho de las normas jurídicas en *actos* y en *hechos* jurídicos. Desde estos dos presupuestos como punto de arranque, el autor elabora dos modelos conceptuales explicativos de las fuentes del derecho: las “fuentes acto” y las “fuentes hecho”.¹³

Esta perspectiva descarta las clásicas oposiciones doctrinales que dividen las fuentes del derecho en fuentes formales *vs.* fuentes materiales, fuentes legales *vs.* fuentes *extra ordinem*, fuentes de conocimiento *vs.* fuentes normativas. Y en su lugar, utiliza las nociones de *acto* y de *hecho* jurídicos como supuestos de hecho generadores ambos de normas jurídicas. En la dimensión de “actos jurídicos”, son “aquellos supuestos de hecho en los que para la generación de la consecuencia jurídica es relevante la voluntad del actor de provocarla”; mientras que en la dimensión de “hechos jurídicos”, son aquellos supuestos de hecho en los que la con-

¹² Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, trad. de Guerrero R., Jorge, Bogotá, Temis, 1999, p. 158.

¹³ Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, p. 51.

secuencia jurídica se genera *con independencia* de la voluntad del sujeto que trata de provocarla”.¹⁴ Desde esta óptica, son *fuentes-acto*: la legislación y las normas provenientes de autoridades políticas.¹⁵ Y son *fuentes-hecho*: la costumbre jurídica y las normas provenientes de ciertas prácticas sociales.¹⁶ Ahora bien, este par conceptual que obtiene el autor de aquella división *nuclear* entre actos y hechos jurídicos tiene utilidad si se usa como la contraposición de dos *modelos* de fuentes, y no como la clasificación de las mismas.¹⁷

3. La cuestión del carácter “constitucionalizado” del sistema de fuentes del derecho.

Finalmente, en tercer lugar, la cuestión de la *ubicación contemporánea* de la Constitución en el mismo sistema de fuentes del derecho es otra de los asuntos importantísimos que no pueden eludirse en cualquier análisis serio de las fuentes del derecho como institución jurídica. Aquí se discute la naturaleza esencialmente *privatista* o *pública* del sistema de fuentes del derecho, que tiene mucho que ver con la evolución que ha sufrido la mentalidad de los juristas respecto a la “naturaleza” de la Constitución. Esto ha ocurrido cuando la Constitución *deja* de ser reducida a la consideración de “programa político”, y abandona su carácter de mero sentido “directivo” para la sociedad civil, para asumir *también* una naturaleza “jurídica” (y no solo *política*) como “auténtica norma del derecho”.

Ha sido destacadamente Javier Pérez Royo quien ha puesto de manifiesto la idea de que “la Constitución pretende ordenar la génesis del derecho” y que esto lo trata de llevar a cabo de dos maneras: por un lado, “regulando... ciertas materias de manera directa”; y, por otro lado, “determinando qué órganos y con qué procedimientos regu-

¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 69-86.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 87-99.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 51-68.

larán aquellas materias que ella misma no ha regulado”.¹⁸ Ante lo cual, la Constitución se sitúa en una *doble* posición, en expresión categórica de este autor: “la Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma jurídica que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica”.¹⁹

En relación a la dimensión de la Constitución como norma jurídica que regula las fuentes del derecho, ha sido prácticamente aceptada por unanimidad por la doctrina que la Constitución asume la función *esencialísima* de “disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas”, concretando “los órganos competentes” para ello, las “categorías jurídicas básicas” (en función de los *valores* que una sociedad ha decidido que han de presidir la vida pública) a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos, y asimismo las “relaciones” entre las mismas por razón de “jerarquía” o de “competencia”.²⁰

Sin embargo, la dimensión de la Constitución como fuente directa del derecho, como norma jurídica inmediatamente *aplicable*, y no una mera norma *orientadora* de los poderes públicos o un mero *catálogo* de principios, necesita de cierta explicación. Hay que tener en cuenta que esa perspectiva (y función) constitucionales *no* pertenecen a la tradición jurídica europeo-continental que heredamos del siglo XIX y, por ende, en buena medida *tampoco* a la tradición latinoamericana, dado que ambas comunidades regionales compartimos —frente a la tradición jurídica anglosajona— una idea aproximada de sistema jurídico, así como una concepción similar del derecho en general. “La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes que ella misma organizaba”. Se trata de una tradición constitucional que supone “la negación de la

¹⁸ Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 31.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

Constitución como norma jurídica y su simple consideración como documento político”.²¹

A esa explicación atribuye Pérez Royo la ubicación, ciertamente *anacrónica*, de la regulación *concreta* del sistema de fuentes en el ámbito del derecho civil,²² cuando, sin embargo, todo el mundo está de acuerdo que debería ser el derecho constitucional el que por excelencia abordara esa *específica* regulación. El cambio de mentalidad de los juristas, que tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX, a la hora de considerar la naturaleza de la ley constitucional lleva a “convertirla *también* en documento jurídico, en norma jurídica que es ella misma fuente del derecho y que disciplina los órganos y procedimientos de creación del derecho, viéndose reafirmada en tal carácter por la introducción de una serie de garantías a favor de la superioridad de la Constitución sobre los poderes constituidos, fundamentalmente la justicia constitucional con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y la rigidez de la propia Constitución, que la convierte en un documento sólo modificable por un procedimiento distinto y más agravado que el procedimiento legislativo ordinario”. Con ello, “la Constitución dejaba de estar a disposición del Poder Legislativo, para pasar a convertirse en el criterio determinante de la regularidad de la actuación de dicho poder”.²³

El anterior proceso viene a ser definido como el de la “juridificación de la política”, esto es, “el someter la lucha política a formas jurídicas”.²⁴ En opinión de Pérez Royo, significa la “reducción de la política al derecho”. Y aun sus efectos positivos, “por mucho que se progrese en este terreno, [sin embargo] no será posible la reducción de la política al derecho, la juridificación completa de la política”. A causa de la siguiente razón porque, “aunque con la política y el derecho

²¹ Pérez Royo, J., *Las fuentes del derecho*, cit., pp. 32-34.

²² Por ejemplo, un caso de este tipo es el título preliminar del Código Civil español.

²³ Pérez Royo, J., cit., p. 34-38.

²⁴ Véase García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, especialmente pp. 49-94.

hay puntos de contacto, también hay diferencias”, sobre todo, “una fundamental”: y es que “la esfera de la política es la esfera de la incertidumbre. La esfera del derecho es, o al menos pretende ser, la esfera de la seguridad”. Algo que lleva a que “todos los conceptos centrales de la vida pública tengan un significado político y otro jurídico”. Añade, “esto vale también, como no podía ser de otra manera, para las fuentes del derecho”.²⁵

En todo caso, la conclusión que obtiene este autor es que a fin de “sustituir la incertidumbre política por la seguridad jurídica”, la Constitución ha desarrollado contemporáneamente una *triple* dimensión en el ámbito de las fuentes del derecho:

- La Constitución como “norma jurídica” (“hasta la fecha, el instrumento mejor que se conoce de racionalización y control del poder”);
- La Constitución como “fuente directa del derecho”;
- Y la Constitución como “norma delimitadora y reguladora del sistema de fuentes del derecho”.²⁶

III. INDETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

A CAUSA DE LA “TEXTURA ABIERTA” DEL DERECHO

Si el legislador ha atendido las tres cuestiones que hemos visto en el apartado anterior y, por consiguiente, ha *identificado* expresamente en las normas jurídicas el *contenido* del sistema de fuentes (formales) del derecho y éste no guarda gran distancia con las fuentes materiales que están operando en la práctica jurídica; si también ha regulado *subjetivamente* las fuentes determinando la *autoridad* que puede crearlas y a través de qué *procedimientos*; y si dicha regulación ha sido normativamente *constitucionalizada*, entonces

²⁵ Pérez Royo, J., *cit.*, p. 40.

²⁶ *Ibidem*, p. 41, añadiendo la siguiente recomendación: “Por lo cual resulta, ante todo, imprescindible no devaluarla con distinciones dentro de la misma, que pueden conducir a restarle credibilidad como documento jurídico, como norma jurídica”.

es bastante probable que haya regulado un sistema de fuentes del derecho con vocación de “completo”.

Ahora bien, un sistema de fuentes tal conseguiría el resultado de la “completitud” si la indeterminación de las fuentes del derecho dependiera únicamente de la regulación del legislador. Sin embargo, es posible que existan *otras causas* de indeterminación. Y una *eficiente* regulación por el legislador no sea suficiente para obtener un sistema de producción normativa *sin fisuras, sin lagunas y sin incertidumbre* alguna.²⁷ En este sentido, el argumento formulado por H. L. A. Hart de que el derecho tiene una “textura abierta”, sustenta perfectamente la tesis de la indeterminación en el sistema de fuentes del derecho.²⁸ Y viene a decir que por muy perfecta que sea la regulación del sistema de fuentes en un determinado ordenamiento jurídico, necesariamente las fuentes del derecho van a mostrar alguna “incompletitud” a causa de la naturaleza abierta (“textura abierta”) que es propia del derecho y, por consiguiente, que también va a afectar a la misma regulación legislativa sobre las fuentes.

Puede decirse que el análisis del problema de la indeterminación del sistema de fuentes a causa de la textura abierta de todo derecho incluye verdaderamente dos aspectos diferenciados: por un lado, explicar si el sistema de fuentes es susceptible de “padecer de indeterminación”, y por otro lado, de existir indeterminación, mostrar *qué* “consecuencias” ocasiona esta circunstancia en el ordenamiento jurídico.

H. L. A. Hart aplicó la “tesis de la indeterminación” tanto a las *reglas* del derecho (normas y principios normativos explícitos, según la terminología latina) como a los *principios* (im-

²⁷ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft*, 2007, núm. 106, vol. I *Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis*, 1a. Ed., Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 94-106.

²⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 159 y 160.

plícitos)²⁹ del ordenamiento jurídico. De modo, que de poder predicarse cierta indeterminación en el sistema de fuentes, aquélla formaría parte de la “doctrina general de la *indeterminación* jurídica”³⁰ que surge a raíz de la teoría jurídica *hartiana*, la cual pone de manifiesto que cuando hay indeterminación, los sistemas jurídicos *no* son “completos”, esto es, padecen de “incompletitud”.³¹ Desde esta perspectiva se afirmaría que el sistema de fuentes del derecho necesariamente va a adolecer en ocasiones de *indeterminación*. Por lo que *no* es posible construirlo perfectamente *determinado*, *cierto* y *preciso* desde un punto de vista formal y material, sino que sin más remedio a veces la legislación es vaga e indeterminada.³²

El autor inglés define la *textura abierta* del derecho del siguiente modo: afirma que cualquier regla o principio del derecho tienen “un halo de vaguedad o textura abierta” que potencialmente puede dar lugar a *incertidumbre e indeterminación*.

²⁹ El término “regla”, que es más propio de la teoría jurídica anglosajona, puede ser asimilado en buena medida al término jurídico-latino “norma”, a fin de incluir las *normas jurídicas* en sentido estricto y también los “principios” jurídicos que “explícitamente” *reconoce* en una norma el sistema jurídico. El ámbito de las *reglas* (normas y principios normativos explícitos del sistema jurídico) es distinguible del ámbito de los principios “implícitos” que están en la base del sistema jurídico. Para definirlos haré referencia a Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, núm. 35, 1967, pp. 14 y ss.; traducción española: “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho*, traducción de J. Saínz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85 y 86, el cual describió los principios del siguiente modo: “usaré el término ‘principio’ para referirme a todo orden de normas extrajurídicas... Denomino ‘principio’ a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral”.

³⁰ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 56, julio de 2006, pp. 48-58.

³¹ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “La «doctrina de la completitud» del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en varios autores, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, 4 vols., vol. II, pp. 423-447.

³² Endicott, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007 (traducción del inglés: Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000), para quien la vaguedad del derecho, a la que estima fuente principal de la indeterminación jurídica, no siempre constituye un *defecto* del derecho, sino a veces una *característica* positiva *buscada* por los legisladores.

nación tanto a la regla de reconocimiento del ordenamiento (y a su contenido: los criterios de validez jurídica) como a otras reglas o normas particulares o a los principios.³³ Así, pues, desde la óptica *hartiana*, que el derecho tenga *textura abierta* significa que las reglas (incluidos los criterios de validez jurídica) y los principios (implícitos) del derecho contienen un “núcleo de certeza” en su significado semántico, y en virtud de éste asimismo consecuentemente en su acción aplicativa a los casos de la realidad; pero también, al mismo tiempo, junto al núcleo de certeza que poseen las reglas y los principios, éstas y éstos también contienen una “zona de incertidumbre” desde el punto de vista cognoscitivo y de aplicación a la casuística.³⁴

La regla de *reconocimiento* de un sistema jurídico es la regla, la norma, que determina en un país lo que *es* derecho y lo que *no* lo es. A este respecto, es la regla que proporciona los “criterios de validez jurídica” que son determinantes para *reconocer* el derecho que *es*, y que han de ser *cumplidos* por cualquier norma particular para poder afirmarse de ella que pertenece válidamente a un determinado ordenamiento jurídico (y, en consecuencia, está excluida como tal de todos los demás ordenamientos). En la práctica, la regla de *reconocimiento* de un sistema jurídico podría concretarse e identificarse en mayor medida con la norma fundamental, la *Constitución*, aunque no necesariamente ha de ser así. Respecto a los principios, es verdad que el nombre de “principios” llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas, aunque es indudable que los principios contenidos en normas son tan normas como todas las demás normas.³⁵

³³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 152 y 153.

³⁴ Endicott, T. A. O., “El derecho es necesariamente vago”, trad. de de Juan Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2003, pp. 179-189; trad. del inglés: Endicott, T. A. O., “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory* 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385.

³⁵ Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, *cit.*, p. 239. Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de

Pues bien, la regulación del sistema de fuentes llevada a cabo el legislador *no* adolecerá de indeterminación en la primera zona (núcleo de certeza), en la que dicha regulación de las fuentes goza de *certeza* cognoscitiva y consecuentemente asimismo *aplicativa*. Aquí, los criterios de validez jurídica pueden ser claramente *constatados*, de modo que se encuentran perfectamente “determinados” de un modo “preciso”. Y, por tanto, las fuentes *formales* y *materiales* de ese sistema jurídico pueden ser perfectamente *identificadas*. Se puede afirmar que en esta zona de certeza, el sistema general de las fuentes del derecho regulado por la legislación está *determinado* y es *cierto*. Allí prevalece la certeza y seguridad jurídicas como valores relevantes del sistema jurídico.³⁶ Lógicamente, tal determinación se concretará según la atalaya desde la que el legislador haya resuelto las cuestiones conceptuales definitorias de las fuentes del derecho mencionadas en el epígrafe II en relación, por ejemplo, a los pares conceptuales fuentes *internas/externas*, fuentes *formales/materiales*, fuentes-*acto*/fuentes-*hecho* o fuentes *intraconstitucionales/extraconstitucionales*.

Sin embargo, a causa de la textura abierta como *propiedad* de todo *derecho* y de sus *instituciones*, en la regulación legal del sistema de fuentes también se va a poder distinguir (además de una zona de certeza) una *zona de penumbra* o *incertidumbre*, en la que *no está claro* y ofrece *duda* la identificación de cuáles son las fuentes formales o materiales del derecho reguladas en la legislación, o cuáles son las autoridades que según la legislación tienen capacidad crear

acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también. En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero, entonces ¿sirven para el mismo fin que las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?

³⁶ Véase Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 755-775.

normas o cuáles los procedimientos para hacerlo, o cuál es la jerarquía normativa en la que se ubica el sistema de fuentes y cuál la prelación de las mismas en función de su normación legislativa. En esta zona, pues, los criterios de validez sufren de “indeterminación” y de “imprecisión” en virtud de lo que —tal como H. L. A. Hart advirtió— la *textura abierta* de la regla de reconocimiento hace *imposible* “la exclusión (del derecho) de toda incertidumbre”.³⁷ Esta *textura abierta* de los criterios de validación del derecho se extiende no sólo a los *hechos sociales* que producen derecho, sino también a aquellos *estándares* morales/políticos implícitos al conjunto del sistema jurídico que a causa de la *textura abierta* no son en ocasiones claramente reconocidos como derecho.³⁸ El resultado es, tal como afirma Hart, que es *imposible* construir el derecho, pero tampoco sus instituciones, a modo de “un sistema sin lagunas”.³⁹ Del mismo modo, la *textura abierta* del derecho incide en la teoría de la *decisión judicial* “quebrando” el tradicional principio de “unicidad casuística judicial” por el que se piensa que *todas* las resoluciones de los jueces tienen la *misma* estructura decisoria, o sea, que sólo hay un *único tipo* de caso judicial y no varios tipos (principio de pluralidad casuística judicial).⁴⁰

Desde este argumento de la *textura abierta*, los criterios que validan el derecho —se trate de criterios sociales y/o morales/políticos— aparecen, pues, *a veces* (es decir, en los

³⁷ Hart, H. L. A., “Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, Penélope A. Bullock y Joseph Raz (eds.), pp. 238-276; traducción española: *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 28.

³⁸ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, p. 27.

³⁹ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas Romeo, Pompeu y Moreso, Josep Joan (coords.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 345.

⁴⁰ Véase Del Real Alcalá, Juan Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: «clear» cases, «borderline» cases y «pivotal» cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 1, 2007, pp. 355-417.

supuestos en los que nos encontramos en la zona de penumbra de la regulación legislativa) *incierto e imprecisos, vagos*, a la hora de identificar a *todo* lo que es fuente del derecho en un país. Circunstancia que en esa medida va a impedir que pueda concretarse *claramente* cuál es el derecho válidamente producido en el país y cual *no* lo es *cuando* la regulación del sistema de fuentes contiene una zona de incertidumbre. Como en esta zona las fuentes formales y materiales del derecho *no* pueden ser claramente identificadas, *en dicha zona*, el sistema general de las fuentes del derecho de un ordenamiento jurídico estará *indeterminado* y será *incierto*. Allí la certeza y la seguridad jurídicas son valores disminuidos tanto en el sistema jurídico como en el sistema de fuentes del derecho.

Si la regulación del sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico padece en ciertos casos (*no* en *todos* los casos, sino *sólo* en los situados en la zona de incertidumbre o penumbra) de indeterminación, en esos supuestos (que *caen* dentro de la *zona de penumbra* de dicha regulación) habrá “incertidumbre” y “duda” acerca de si las conductas permitidas y las prohibidas generadas desde dicha zona lo están precisamente por normas y principios creados *válidamente* (validez formal) y, como tales, han de ser respaldadas por la *coacción* del derecho; o lo están por normas o principios viciados de *invalidéz jurídica* y, como tales, de resultar finalmente así, entonces se les ha de negar el sostén de la fuerza vinculante del ordenamiento jurídico.

IV. CONCLUSIÓN

Algunas de las conclusiones que se pueden obtener de lo dicho a lo largo de estas páginas son las siguientes:

En primer lugar, que existe una estrecha relación entre la teoría de las *fuentes del derecho* y la forma en que se

contempla la *completitud* o *incompletitud* de los sistemas jurídicos.⁴¹

En segundo lugar, a la hora de *dar cuenta* —como juristas— de las fuentes del derecho que *verdaderamente* operan en la práctica jurídica de un país, así como para poder *medir* hasta qué punto aquellas fuentes se corresponden con las que declara o reconoce (expresa o implícitamente) el sistema jurídico, no es posible prescindir de la diferenciación entre fuentes *formales* y fuentes *materiales* del derecho. Y dentro de estas últimas, cobran especial atención los factores particulares de significación “ideal” y de significación “fáctica” que son susceptibles de integrar las fuentes materiales. Para poder describir *cómo* está operando en la realidad la *maquinaria jurídica* de un país el jurista no tiene más remedio que echar mano de esta distinción y tomarla muy en consideración.

En mi opinión, antes que otras dimensiones o características, lo que identifica a las fuentes del derecho son los “métodos y procedimientos” de carácter *formal* por medio de los cuales se *concretan* las normas jurídicas y se señala la *fuerza* “obligatoria” que aquéllas despliegan. La identificación de las normas desde el punto de vista de su *validez* formal, esto es, de su *pertenencia* a un determinado sistema jurídico (y *no* a otro) y su *obligatoriedad* a partir de declararse aquella validez, son cuestiones ambas que abordan de un modo *nuclear* la ciencia del derecho y la teoría jurídica *en general*, pero que han de resolver *cada uno* de los sistemas jurídicos *en particular*.

En tercer y último lugar, en el texto se pone de manifiesto que la indeterminación del sistema de fuentes del derecho puede tener *dos* grandes causas. *Una*, la regulación *incompleta* del legislador del sistema de fuentes del derecho. *Dos*, la propia naturaleza de *textura abierta* del derecho y por consiguiente de la propia delimitación legislativa del sistema de fuentes.

⁴¹ Cfr. Del Real Alcalá, J. A., “¿Certeza del derecho *vs.* indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *cit.*, pp. 94-106.