

SUMARIO:

- El sistema de fuentes formales.
- Las perspectivas de análisis de las fuentes formales del Derecho.
- Las fuentes formales:
 - La costumbre como fuente histórica por excelencia.
 - El precedente judicial.
 - La jurisprudencia o doctrina legal.
 - La ley como acto normativo por excelencia.
 - La doctrina jurídica, los tratados internacionales, los principios generales del derecho, las normas *ius cogens*.
- Problemas actuales relacionados con las fuentes del Derecho.

PRESUPUESTOS (DE DÓNDE VENIMOS RESPECTO A LA CONFERENCIA ANTERIOR):

1. Fuentes del Derecho es un concepto polisémico que puede hacer alusión tanto a los orígenes remotos del fenómeno jurídico (problema de la Filosofía del Derecho), como a las referencias inmediatas a la producción y aplicación del Derecho (problema de la Teoría del Derecho).
2. Relacionado con la polisemia del concepto está la existencia de diversas clasificaciones de fuentes, entre las que destacan: de conocimiento, materiales, de autoridad creadora y formales, entre otras.
3. La definición de fuentes formales engloba a los actos y hechos normativos, a los que en virtud de las normas sobre la producción jurídica, deriva la creación, la modificación o la extinción de disposiciones y normas susceptibles de valer como tales en el ámbito de un ordenamiento jurídico determinado (Pizzorusso).
4. Normas sobre la producción jurídica:
 - Reglas de reconocimiento: garantizan la certeza del Derecho.
 - Reglas de adjudicación: garantizan el dinamismo o movilidad del Derecho.
 - Reglas de cambio: garantizan la eficacia del Derecho.

PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA



DESDE UNA PERSPECTIVA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS



**DESDE UNA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO**



DESDE UNA PERSPECTIVA DE LAS RAMAS JURÍDICAS



EL SISTEMA DE FUENTES:

- Identifica a las fuentes formales que son válidas, en los límites de un ordenamiento jurídico.
- Organiza jerárquicamente a las fuentes formales, de acuerdo a lo que disponen las normas de reconocimiento.
- Se desdobra en función de un ordenamiento jurídico o de una determinada rama jurídica dentro de ese propio ordenamiento.

LA COSTUMBRE COMO FUENTE HISTÓRICA POR EXCELENCIA.

- Primera fuente (formal) para todos los sistemas jurídicos.
- Durante la etapa primitiva fue la única fuente del Derecho y posteriormente convivió con la ley.
- Teóricamente es identificada como un hecho normativo.
- Sus dos requisitos son: la *longeva consuetudo* y la *opinio iuris*.
- Todavía sigue siendo válida, aunque después de otras fuentes formales.

EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO FUENTE POR EXCELENCIA DEL *COMMON LAW*.

- Fuente formal propia del sistema Anglosajón o del *Common Law*.
- Sucedió a la costumbre.
- Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos convivió con la ley escrita (*statute law*).
- No era aplicable para todos los asuntos (en Inglaterra no era válido para asuntos mercantiles, ni de derecho marítimo).
- En un momento histórico compartió la función de administrar justicia con el *equity* o sistema de equidad.

EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO FUENTE POR EXCELENCIA DEL *COMMON LAW*.

- Regían las costumbres locales que eran muy variadas (Estado fragmentado).
- El rey delegó la prerrogativa de administrar justicia en jueces de Londres, que después se trasladaron por el reino.

Costumbre

Precedente judicial

- Cuando regresaban a Londres comparaban sus soluciones y de ahí se deducían las reglas.
- Las reglas (soluciones) se hicieron comunes, válidas para todo el reino.
- Se establecieron cortes gobernadas por el sistema de los writs, a los que se accedía a pedir justicia.

- Cuando no encontraban justicia, accedían al rey para que este impartiera justicia. Este delegó esta prerrogativa en el chancellor que variaba la operación legal en función de la justicia
- Se crearon progresivamente un sistema de corte alternativo (cortes de cancillería o cortes de equidad).

Equity

LA JURISPRUDENCIA COMO FORMA DE PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA ROMANO-FRANCÉS:

- Es una forma de crear derecho por los tribunales del sistema Romano-francés o Continental.
- Nace de la difícil interpretación de una norma jurídica contenida en una disposición jurídica, que la precede.
- La sienta el tribunal de mayor jerarquía o una sala especial que tiene asignada la función de interpretación.
- Es de obligatoria observancia por los tribunales de menor jerarquía.

OTRAS FUENTES DEL DERECHO:

Los tratados y pactos internacionales.

Los principios generales del Derecho.

Las normas de *ius cogens*.

La doctrina jurídica.

PROBLEMAS ACTUALES RELACIONADOS CON LAS FUENTES DEL DERECHO.

- Necesidad de articulación de los diferentes centros de producción normativa (Derecho internacional, Derecho estatal general y Derecho regional o autonómico).
- Varios ordenamientos o sistemas-pluralismo; un solo sistema -monismo
- La revolución social como fuente material del Derecho.
- La ley; FUENTE POR EXCELENCIA. Debate en torno a la diversidad de fuentes escritas

CONCLUSIONES:

1. Las fuentes formales del Derecho adquieren mayor o menor importancia en dependencia del sistema jurídico, del ordenamiento jurídico y de la rama del Derecho que se trate.
2. Las fuentes formales del Derecho se organizan sistémicamente, en virtud de las normas secundarias o normas sobre la producción jurídica.
3. No obstante, la costumbre, el precedente judicial y el acto normativo, confluyen en los sistemas del *Common Law* y Germano-francés, con sus variantes y diferente incidencia en sus respectivos ordenamientos. En la actualidad, la costumbre ha quedado con un carácter residual o supletorio.
4. En el sistema Germano-francés, el resto de las fuentes del Derecho actúa de forma supletoria o tienden a depender del valor que le otorgue la ley.