

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.