

LA JURISPRUDENCIA ANTE EL DERECHO GLOBAL¹

CASE LAW BEFORE GLOBAL LAW

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO.

Doctor en Derecho.

Sumario: *I. Insuficiencia de la teoría de fuentes. II. La irrupción del derecho global y su conflicto con los principios constitucionales. III. La jurisprudencia como fuente del derecho ad casum. IV. Los ejemplos de las normas jurídicas como principios-concretos y las decisiones judiciales como reglas aplicativas de principios constitucionales y globales: el código civil. V. Conclusiones.*

Resumen: El artículo 1 del Código Civil, al enumerar las fuentes del derecho, ignora dos fuentes fundamentales del derecho contemporáneo: las normas supranacionales y la jurisprudencia. Para las primeras propondremos un modelo de eficacia recepticia, que luego podría ser alegada ante los órganos judiciales internos y tribunales arbitrales. En segundo lugar, identificaremos la segunda quiebra del sistema de fuentes en la jurisprudencia. En este proceso, el Juez tendrá como patrón absoluto de control de las normas supranacionales la Constitución, que se erige en garante de los principios del ordenamiento jurídico. Plantearemos igualmente una teoría de las normas jurídicas como prescripciones *ex ante*, y de la jurisprudencia como un conjunto de reglas jurídicas que opera *ex post*. La construcción

¹ El presente estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Relaciones jurídicas transnacionales en el mercado interior y justicia administrativa» (DER2017-84500-P) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, del que es investigador principal Jorge Agudo González.

de esta visión de conjunto de lo normativo y lo reglado en el derecho global es el objetivo del presente trabajo.

Palabras clave: fuentes del derecho, normas supranacionales, jurisprudencia, normas jurídicas, reglas.

Summary: Article 1 of the Civil Code, when displaying the sources of the Law, disregards two key sources of contemporary Law: supranational norms and case law. In the first case, we will propose a model of receptive efficacy, that can be later called upon before the state judicial authorities and arbitral tribunals. Secondly, we identify another crash in the source of Law system in case law. In this process, the Judge will have as an absolute standard the Constitution itself, which will erect as the guarantor of the general principles of the legal system. We will propose as well a theory of juridical norms as *ex ante* prescriptions, while case law will be conceived as a sum of *ex post* juridical rules. The building up of this holistic approach of the “normative” and “regulated” under Global Law constitutes the aim of this work.

Key words: sources of Law, supranational norms, case law, juridical norms, rules.

Recepción original: 26-3-2020

Aceptación original: 10-6-2020

I. INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA DE FUENTES

Un texto jurídico clásico, digno del positivismo decimonónico, o un manual, comenzarían el presente epígrafe enumerando las fuentes del derecho vigentes según las propias normas del ordenamiento. En el derecho español, este camino nos llevaría necesariamente al discutido artículo 1 del Código Civil, cuestionaríamos su redacción, la naturaleza de la reforma legislativa que se ejecutó mediante el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y seguramente el espinoso asunto de la posición de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. Incidiríamos también en el hecho de que, posteriormente, el constituyente español renuncia sorprendentemente a elaborar una lista cerrada de fuentes del derecho, que sigue quedando en manos de una norma, el Código Civil, que por un lado conserva aún hoy el mérito de ser la culminación de la dogmática positivista en el derecho español, pero por otro no es sino una Ley ordinaria. Todos estos extremos han sido ya muy discutidos en la doctrina jurídica española,

tanto en la privatista como en la iuspublicista¹. Además, como tal

¹ Obviamente, sería fútil enumerar la ingente bibliografía existente en esta materia. Sólo citando ya a los clásicos autores de manuales tendríamos una importante representación de las perspectivas sobre la teoría de fuentes en el paradigma del legalismo positivista. Desde el Derecho privado, por ejemplo, para DE CASTRO es fuente jurídica cada fuerza social con facultad normativa creadora, distinguiendo un doble sentido: las fuentes reales o primarias, que serían los poderes sociales que dentro del ordenamiento jurídico tienen por propia potestad soberana la facultad de crear normas jurídicas (potestas normandi) y secundarias, según la división institucional del poder y su ejercicio creador de normas (normae agendi). Como poder social se han manejado como fuentes normativas los conceptos de espíritu general (MONTESQUIEU), voluntad general (ROUSSEAU), *Volkgeist* (SAVIGNY) o voluntad popular (CE Preámbulo, art. 6). Además, frente al monismo, se ha consolidado el pluralismo jurídico de GURVITCH o CARBONNIER, que identifica una pluralidad de fuentes en el Derecho actual. (De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Vol. I., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 369 y ss). Para CASTÁN -en sus ediciones posteriores a la reforma del Título Preliminar del Código Civil- como causa última del Derecho, los iusnaturalistas sitúan al Derecho natural, y los positivistas buscan distintas respuestas, que suelen hallar en la legitimación objetiva de la norma o en su validez sociológica; ahora bien, como fuente del conocimiento del Derecho positivo se sitúan los textos jurídicos, que no son más que un medio material e indirecto de conocimiento del Derecho objetivo, y que hay que diferenciar de las fuentes directas, que encierran en sí la norma jurídica, como son la ley y, antes del CC en Derecho español, también la jurisprudencia, según SÁNCHEZ ROMÁN. Otras clasificaciones propuestas incluyen: en externas (las normas positivas y la costumbre) e internas (el conocimiento científico del jurista, así GENY); estatales y extraestatales; escritas y no escritas. (Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Vol. I., Reus, Madrid, 1986, págs. 412 y ss.). En todo este bagaje tradicional del Derecho civil se aprecia ya que la coherencia de las posiciones jurídicas privatistas no es tanta como sugiere la interpretación legalista que por lo general se ha dado al artículo 1 del Código Civil, tanto antes como sobre todo después de la reforma de 1974. Ha sido el Derecho público el que ha puesto ya de relieve que ni el Código Civil domina íntegramente el sistema de fuentes, especialmente desde la promulgación de la Constitución, ni de hecho la jurisprudencia se mantiene en una posición tan sobria como para ser una mera "complementación" del ordenamiento jurídico. Así, MUÑOZ MACHADO ha fundamentado sólidamente el carácter de fuente del Derecho de la jurisprudencia en una retahíla argumental con la que coincidimos y en la que incidiremos en detalle más abajo, pero merece la pena destacar ahora la difícil conjunción entre la posición de la jurisprudencia en el artículo 1.6 del Código Civil y la jurisprudencia constitucional, sobre todo teniendo en cuenta el carácter vinculante que se le atribuye a ésta en el artículo 5.1 LOPJ. (Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, BOE, Madrid, 2015, pág. 194). ALZAGA, por su parte, ha subrayado que aunque este precepto excluya el carácter de fuente del Derecho de la jurisprudencia -lo que hay que poner en relación sin duda con la voluntad de limitar las atribuciones de la función jurisdiccional por la desconfianza hacia ésta- también hay que contraponerlo al principio de unidad de doctrina que se deriva del artículo 14 de la Constitución, que rige cuando el mismo órgano judicial se separa no razonadamente de su propia doctrina en casos análogos (SSTC 200/1989, de 30 de noviembre, 42/1991, de 25 de febrero, entre otras). (Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Rodríguez-Zapata Pérez, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pág. 646). En realidad, más bien habría que decir que lo único que establece el artículo 1 del Código Civil,

norma paradigmática del positivismo, el Código Civil será nuestro ejemplo recurrente, nuestro “campo de pruebas” por así decirlo, para fundamentar un concepto de la teoría de fuentes que “invierte” las claves en las que precisamente se sustentaba ese positivismo. Por esta vía llegaremos a interpretaciones del Código Civil que seguramente al lector privatista le resulten insospechadas. Veámoslo.

Ahora bien, nuestra perspectiva en el presente trabajo es diferente. Nuestro objetivo es elaborar un concepto nuevo de “fuentes del derecho”, que no se limite a una teoría de la legislación, como consideramos ha ocurrido bajo el paradigma positivista. En este nuevo concepto tendrán encaje tanto la jurisprudencia (largamente cuestionada en el contexto de la teoría de fuentes exclusivamente legislativa) como las normas de derecho internacional (cuya posición en el ordenamiento está jalona por una también interminable polémica) y las normas supranacionales propias del derecho global, un derecho híbrido entre el público y privado, que existe al margen de toda territorialidad (de ahí su carácter supranacional) y cuya eficacia es en nuestra opinión recepticia, características que se desarrollarán en un trabajo posterior mucho más extenso. Tampoco faltan propuestas que proponen concebirlo como un «Derecho Humanitario»². Debe tenerse presente, además, que el Derecho Global es, fundamentalmente, un Derecho de sectores³. Lo importante ahora es reconocer que, a pesar de una presunción legalista que ha pervivido como la doctrina jurídica mayoritaria durante dos siglos, el ordenamiento jurídico no está en condiciones hoy en día de autoimpone su propio sistema de fuentes: las fuentes del derecho existen en el contexto aplicativo a distintos niveles, global, internacional, regional (europeo), estatal, subestatal, local, con diferentes mecanismos para relacionarse entre sí. Será el Juez quien se encuentre con todas estas fuentes, y quien decidirá cómo se resuelven los conflictos normativos entre ellas y en qué términos se aplican. El

como cualquier norma de fuentes del ordenamiento, son los efectos que los jueces deben reconocer a los diferentes hechos sociales normativos.

² Es la propuesta de DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, también expresada en DOMINGO OSLE, R., «La pirámide del Derecho Global», *Persona y Derecho*, n. 60, 2009, pp. 29-62 y DOMINGO OSLÉ, R., «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, 2012, pp. 99-123.

³ Sobre los sectores diversos del Derecho Global, vid. los diversos trabajos publicados en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Juez, auténtico dueño del Derecho en el caso concreto, se erige entonces como el sujeto clave del sistema constitucional⁴.

Pues bien, a estos argumentos de la doctrina publicista nosotros añadimos uno más, y es que ante el Derecho global que ya impera, y cada vez con más fuerza, en el contexto supranacional, y también en cierto modo ante el derecho internacional -cuyo anclaje en el derecho interno siempre ha sido difícil- la situación fáctica ya no nos presenta sólo una jurisprudencia que es innegablemente fuente del derecho, sino un conjunto desagregado de normas que “impactan” sobre el ordenamiento en todas direcciones, como si el ordenamiento fuese una suerte de núcleo atómico bombardeado por todo tipo de partículas. La consecuencia de esta realidad es, evidentemente, la descomposición del ordenamiento como el sistema de normas-regla que conocemos, descomposición que no es una mera conjetura futurable, sino una realidad ya vigente. Y de ahí que el derecho contemporáneo se defina, en nuestra opinión, como un ordenamiento cuya sistemática no es ya la de un conjunto de reglas (modelo que identificamos con el legalismo positivista) ni la de un conjunto de principios y reglas (modelo moderno desarrollado por el derecho del último tercio del siglo XX, imperante en el constitucionalismo europeo actual y cuyo máximo exponente es en nuestra opinión ALEXY⁵), sino la de un conjunto exclusivamente de principios, unos fundados en principios generales abstractos (mayoritariamente, pero no sólo, constitucionales) y otros principios-concretos que son al mismo tiempo específicos, pues regulan un conjunto de casos acotado conceptualmente, y generales, pues ese conjunto de casos es siempre potencialmente infinito. Y este ordenamiento de principios no se rige sólo por principios legislados por los órganos del Estado, sino también por un conjunto de principios-concretos procedentes de toda clase de normas de derecho internacional (desde preceptos de tratados internacionales hasta resoluciones de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo) y también de derecho supranacional o global, desde normas de entidades regulado-

⁴ Esta es la tesis que hemos mantenido en IGLESIAS SEVILLANO, H., *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

⁵ Cuyas obras paradigmáticas son, sin duda, ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Shurkamp, Frankfurt, 1983 (para la edición española vid. ALEXY, R (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. CEPC, Madrid, 1989); ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*. Shurkamp, Frankfurt, 1985 (para la edición española vid. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. CEPC, Madrid, 1993.), con segunda edición de 1994. Como obra más moderna, aunque responde a un trabajo colectivo, citaremos ALEXY, R. (dir.) y GARCÍA MANRIQUE, E. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ras supranacionales (la ISO, el Comité de Basilea, y otros muchos), de manera que todos estos preceptos, todos ellos “principios-concretos” con un ámbito de aplicación potencialmente infinito “impactan” en el ordenamiento, que ya no es un sistema rígido y cerrado sino flexible y abierto, y todos ellos, tanto los procedentes del derecho interno como los preceptos “externos” o de origen foráneo, estarán a disposición del Juez al adoptar su decisión.

Y es precisamente entonces, frente a este ordenamiento de principios, donde el Juez ocupa su posición de poder, donde puede crear derecho; pero nuestro modelo del Jano jurídico demuestra aquí que el derecho que el Juez genera no es una prescripción general (no es un principio-concreto) sino una regla, una decisión aplicable a un caso concreto. Regular, propiamente, es una actividad que sólo cabe en casos determinados, y esa es una aproximación que sólo el Juez puede realizar. Incluso cuando en ocasiones el legislador se enfrenta a sectores tan específicos que el número de afectados por la norma que crea sea limitado y determinable, su decisión goza de la generalidad que permite aplicarla a otros supuestos mientras esté vigente, incluso aunque este proceso se produzca mediante una analogía, que es en teoría creadora de normas, al igual que la interpretación *a contrario*. Esta concepción de la metodología del derecho que considera que tanto la analogía como la interpretación *a contrario* son creadoras de normas es correcta si las normas se identifican con reglas, pero en la medida en que sabemos que las normas prescriptivas del legislador son principios, siempre con un cierto nivel de abstracción que permite que el principio, por muy concreto que sea, tenga un ámbito de aplicación potencialmente infinito, sólo los jueces crean reglas. Por lo tanto, resulta de esta tesis que mantenemos que la aplicación de las normas jurídicas es siempre una concreción de un principio, cuya atribución le corresponde al Juez en ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en tanto que la aplicación de la jurisprudencia consiste precisamente en la aplicación de reglas vigentes para casos ajenos y anteriores mediante los métodos mencionados, que son bien conocidos (analogía, interpretación a contrario, etc.). Así, al aplicar una norma el Juez concreta un principio en un caso particular generando una regla que sólo vale para ese caso particular, y en este proceso el Juez tiene un importante margen de apreciación en el que intervienen tanto fuentes jurídicas ajenas al propio ordenamiento jurídico (normas internacionales y supranacionales) como la valoración que el Juez haga del propio caso. Sin embargo, al aplicar la jurisprudencia previa el Juez recurre a una regla que era aplicable a otro caso, no al suyo, y de ahí que tenga que hacer uso de instrumentos metodológicos que permi-

ten la creación de reglas a partir de reglas, singularmente, la analogía y la interpretación *a contrario*.

Pues bien, hemos sentado así las bases de nuestra concepción de la fuentes del derecho contemporáneo. En los ejemplos finales veremos cómo funciona el sistema. Pero ahora fijémonos en los dos elementos que se han impuesto por la fuerza en el sistema de fuentes: las normas supranacionales y la jurisprudencia.

II. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO GLOBAL Y SU CONFLICTO CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En el párrafo inmediatamente anterior hemos dicho que los dos nuevos elementos que integran el sistema de fuentes son las normas supraestatales y la jurisprudencia, pero esto requiere al menos dos aclaraciones. La primera es que, como habrá intuido el lector, éstos no son necesariamente los únicos cambios: aspiran a resumir las mutaciones que efectivamente se han producido en el sistema de fuentes, pero caben (o deberían caber) otros fenómenos. Pues bien, esto es así sólo limitadamente a nuestro parecer. Con ambas categorías hemos intentado ser omnicomprensivos. Es cierto que las normas supranacionales son distintas de las normas internacionales, en los términos que veremos inmediatamente, pero en sentido lato ambas categorías deben considerarse comprendidas en esta expresión. Por otra parte, también intentaremos incluir el llamado Derecho blando o *soft law*, o al menos la mayor parte de él, entre las normas supranacionales.

En segundo lugar, evidentemente, si las normas supranacionales son relativamente nuevas en el sistema de fuentes (dicho esto, ciertas organizaciones de normación supranacional son ya bastante antiguas, así por ejemplo la ISO fue fundada el 23 de febrero de 1947, si bien sus orígenes se remontan a 1926) la jurisprudencia no sólo no es nueva, sino que especialmente no es nuevo el debate sobre su posible naturaleza como fuente del Derecho, como ya vimos más arriba, sino al contrario, es una discusión más bien recurrente. De hecho, podría decirse, incluso el orden podría ser el contrario: podría ser más razonable analizar primero el debate sobre la jurisprudencia, mejor conocido, y sólo en último término el “novedosísimo” encaje de las normas supranacionales, menos familiar para el jurista actual. Sin embargo, hemos preferido el orden contrario, y ha sido por un motivo importante: este orden será el de la aplicación de estas normas en la práctica. Es decir, el último eslabón de la cadena

será siempre y sin excepción la decisión judicial, y con ella la creación de la regla y la formación de la jurisprudencia. Antes de adoptar la decisión, sin embargo, el órgano judicial tendrá a su disposición un conjunto de normas jurídicas previamente aplicables, entre las que habrá normas del ordenamiento jurídico (es decir, normas estatales) pero también normas supraestatales.

Para explicar esta confluencia normativa, hemos empleado antes un símil de las ciencias naturales, asemejando el efecto de las normas supranacionales en el ordenamiento jurídico a un “bombardeo de partículas” de manera que sobre el ordenamiento jurídico tradicionalmente cerrado se aproximan una serie de elementos externos, que no son sino normas, cuyos efectos es ya imposible ignorar. Ahora bien, la pregunta es en qué consisten estas normas extraestatales, si es que son una unidad, y en nuestra opinión no lo son.

En primer lugar, el fenómeno más sencillo (dentro de su extraordinaria complejidad) es el del anclaje del derecho internacional y sus normas en el Derecho interno. Éste ha sido abordado largamente desde el punto de vista de un sistema jurídico estatal cerrado, muy cerrado si el Estado en cuestión mantiene una concepción dualista del derecho internacional y mucho más abierto si se adopta la propuesta monista kelseniana, moderadamente abierto si de adopta un monismo sometido a diversos sistemas de autorización previa por parte de las instituciones del Estado, por ejemplo, como sucede en el derecho español. Así, una respuesta tradicional a esta cuestión nos lleva al artículo 96.1 de la Constitución, matizado con los métodos de autorización de los artículos 93 y 94⁶. Nuestra respuesta, sin embargo, es necesariamente distinta. La afirmación, tradicional en la doctrina española -que cuenta con una egregia tradición monista-, de la eficacia directa del derecho internacional general y la primacía del convencional, es para nosotros sólo el punto de partida, no el de llegada.

⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA ha estudiado en profundidad las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho español, tanto en sus normas generales como en las convencionales, y respecto de éstas últimas ha abordado la polémica sobre la posición de los tratados enfatizando su primacía sobre el Derecho interno en caso de conflicto, sobre todo trayendo a colación la Sentencia de la Sala 4^a del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1970, a cuya cita nosotros nos adherimos. (vid. Rodríguez-Zapata Pérez, J., *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 222. ALZAGA, centrándose en la imposibilidad de derogación por Ley de los Tratados Internacionales suscritos por España que se deriva del artículo 96.2 de la Constitución, llega a la misma conclusión (Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Rodríguez-Zapata Pérez, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, op.cit., pág. 608).

En efecto, si asumimos que el ordenamiento jurídico es un sistema abierto, la recepción de las normas internacionales es la consecuencia obvia de la propia flexibilidad del sistema. El límite más razonable a esta recepción es, naturalmente, el control de la constitucionalidad de estas normas, y es aquí donde encajan los artículos 93 y 94 de la Constitución. Dicho de otro modo, el debate sobre la posición del derecho internacional en el ordenamiento interno se facilita cuando se adopta un concepto universal de las fuentes del derecho en el que las normas extraterritoriales son admitidas como aplicables dentro del sistema. Nuestra propuesta es, en definitiva, un monismo universal, aplicable a todas las normas extraestatales, asumiendo la potencial eficacia de todas ellas, pero sabiendo que la decisión definitiva sobre su aplicación queda en manos del juzgador. Cosa distinta es que el derecho interno arbitre sus propias respuestas para el caso de conflicto normativo con el derecho internacional, como hace la Constitución española en los preceptos citados. Sin embargo, si bien la solución del conflicto entre derecho internacional y derecho interno tiene una larga tradición doctrinal que se consolida en preceptos constitucionales, no sucede así en el caso del derecho global y las normas supranacionales.

Efectivamente, en el derecho contemporáneo ha surgido con fuerza un nuevo tipo de normas, por lo general de carácter técnico, que ocupan ámbitos regulatorios tradicionalmente cubiertos por el Estado, y que incluso entran en conflicto con las normas de éste. A estas normas les dedicaremos toda una obra en el futuro. Ahora bien, sí queremos delinear ahora algunos de los aspectos fundamentales que, en nuestra opinión, caracterizan este tipo de normas⁷.

⁷ Para abordar el problema del derecho global y de sus normas, hay tres líneas doctrinales mayoritarias: la alemana, por lo general restrictiva con la aceptación del fenómeno y que lo reconduce habitualmente al Derecho Internacional; la norteamericana, la más copiosa y avanzada, que admite el fenómeno con naturalidad, pero a costa de una importante pérdida de sistemática; y la italiana, que se sitúa en un término medio, aunque más cercana a la norteamericana, en especial gracias a la admisión del concepto de Derecho global. Entre la bibliografía más irrenunciable, citaremos a KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, págs. 15-61; AMAN, A. C., «Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6, 1999; SCHEDLER, A., Conceptualizing Accountability. En A. SCHEDLER, L. DIAMOND, M.F. PLATTNER (Eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999; KEOANE, R.O., «Accountability in World Politics», *Scandinavian Political Studies* 29-2, 2006, 75-87; DYZENHAUS, D., «Accountability and the Concept of Global Administrative Law», en H. CORDER (Coord.). *Global Administrative Law: Innovation and Development*. Kapstadt, 2009; ANTHONY, G., AUBY, J.B., MORISON,

En primer lugar, el derecho global como fenómeno es esencialmente supranacional, y tal son sus normas. Es importante remarcar la diferencia entre supranacional e internacional. Derecho internacional y normas internacionales son conceptos que nacen y existen en el contexto de las relaciones interestatales que tienen en el seno de la Sociedad Internacional, en la que el Estado sigue siendo el protagonista por autonomía, por más que en las últimas décadas las organizaciones internacionales y otras entidades se hayan incorporado con fuerza a dicha sociedad. Como primer análisis del derecho global, cierta doctrina lo ha categorizado como una rama derivada del Derecho Internacional Público, o incluso como una evolución de éste al admitir en su seno a entidades privadas que generan sus propias normas jurídicas (privadas), que son las que aquí llamamos normas supranacionales⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, ambos conceptos son muy diferentes. El derecho internacional tiene dos vertientes bien definidas. La vertiente jurídico-pública es aquella que regula las relaciones entre Estados, y aquella de la que de hecho, la doctrina decimonónica hegeliana negó su propia existencia, por ser un peligro en potencia para la integridad de la soberanía legislativa estatal, y la condujo afirmando que el Derecho Internacional Público no sería más que un derecho estatal “externalizado”. Ahora bien, por muy superada que esté esta doctrina, no podemos negar su efecto principal: recalcar la naturaleza estatal de este ordenamiento (si es que puede calificársele de ordenamiento). En otras palabras, el Derecho Internacional Público sólo es concebido como orden jurídico entre Estados, al que se han incorporado con mayor o menor timidez otros

J., ZWART,T., *Values in Global Administrative Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011; MARKS, S., *Naming Global Administrative Law*, *New York University Journal of International Law and Politics*. 37, 2005, 995-1001; MCLEAN, J., “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68, 2004 167-187; LADEUR, K.H., «The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation”, *IILJ Working Paper* 2011/1; VERDIER, P. J., «Transnational Regulatory Networks and Their Limits”, *Yale Journal of International Law*. 34, 2011, 1; ABBOTT, K.W., SNIDAL, D., International “Standards” and International Governance. *Journal of European Policy* 8, 2001, págs. 345-370; ZARING, D., «Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, *IILJ Working Paper* 2004/6.

⁸ En la doctrina internacionalista española, este es exactamente el planteamiento de ORTEGA CARCELÉN, M., *Derecho Global: Derecho Internacional Público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014, tanto en esta como en sus ediciones anteriores. Naturalmente, nos mostramos contrarios a esta asunción: el Derecho Internacional Público sigue siendo un Derecho de las relaciones entre Estados, y es por lo tanto esencialmente público, en tanto que el elemento privado del Derecho Global no puede ser correctamente absorbido por un Derecho esencialmente público.

sujetos (organizaciones internacionales, y en condiciones dudosas otros, como tal vez los pueblos, y sólo de forma extraordinariamente excepcional los individuos). Pero es, en todo caso, un derecho esencialmente público, y mucho tendría que mutar para poder categorizar fenómenos jurídico-privados o híbridos, como son los de derecho global.

Y es que el derecho global, en realidad, ni siquiera existe en el plano internacional. De ahí que la categorización alemana de este derecho como “Internacional” o “Administrativo Internacional” (que puede verse en alguna de las obras citadas más arriba)⁹ resulte insuficiente para comprender la dimensión del nuevo concepto, que nada tiene que ver con las relaciones entre Estados ni existe en el contexto de la Sociedad Internacional. El derecho global es esencialmente supraestatal. Esto significa que existe en un plano supranacional o supraestatal, es decir, no “superior” al Estado, sino ajeno a su naturaleza territorial. En este sentido, el fenómeno complejo e intermedio que es la Unión Europea se acerca al derecho global, por no tener su ordenamiento vinculación con ningún territorio concreto directamente, sino que la eficacia territorial se establece indirectamente con el territorio de cada Estado miembro (por contra, se asemeja más a una construcción tradicional del Derecho Internacional Público en otros aspectos, singularmente en su constitución como producto de la voluntad de Estados soberanos). El Derecho Internacional Privado, por su parte, aporta métodos de gran valor mediante la técnica del conflicto de leyes para resolver las antinomias o los conflictos de reglas que se produzcan entre las normas supraestatales y las normas de derecho estatal, que también serán objeto de análisis en otra obra.

Esta supraestatalidad del derecho global da lugar, por supuesto, a normas supraestatales, muy distintas de las normas de Derecho In-

⁹ Vid. también, a título de ejemplo, SCHMIDT-ASSMANN, E., „Verwaltungs-kooperation und Verwaltungskooperationrecht in der Europäischen Gemeinschaft“, *Europarecht* 31, 1996, 270 y ss.; SIEDENTOPF, H., „Die Internationalität der öffentlichen Verwaltung“, en K. KÖNIG, H. SIEDENTOPF. *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*. [pág. 712]. Nomos, Baden-Baden, 1997, pág. 712; SCHMIDT-ASSMANN, E., «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 171, 2006. Versión original: SCHMIDT-ASSMANN, E., «Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen», *Der Staat* 25, 2006 315 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, E., „Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht“, en S. MAGIERA, K. PÁG. SOMMERMANN, J. ZILLER (Coords.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*. Dunker & Humblot, Berlin, 2008, pág. 101.

ternacional, con las que no es posible la confusión. Un principio de derecho internacional, una costumbre internacional o una norma convencional de un tratado existen siempre como producto de la voluntad y los actos de uno o varios Estados según los casos, o de cualquier modo en el contexto de la Sociedad Internacional. A pesar de algunos intentos de cierta doctrina internacionalista para incardinarn las normas supraestatales en este modelo, es evidente que éstas, siempre con un elemento privado, como veremos de inmediato, nunca llegan a formar parte de un derecho interestatal, porque sus destinatarios son directamente los sujetos particulares (personas físicas o, más comúnmente, jurídicas).

Así pues, tal y como nosotros las entendemos, las instituciones de normación supraestatal (aunque habitualmente se cambie el calificativo por el de “internacional”) existen en un plano suprateritorial, pero no de relaciones entre Estados, sino simplemente independiente de éstos. Por seguir con los ejemplos anteriores, la organización ISO, con su carácter privado y no-gubernamental, no puede considerarse un sujeto de Derecho Internacional Público en ningún caso, ni siquiera equiparada con una organización internacional, pues los sujetos a los que se dirige tampoco son necesariamente los Estados. Al contrario, las regulaciones emanadas de ella serán habitualmente aplicadas por y a sujetos privados, que son en definitiva los destinatarios de las normas y serán también -en nuestra opinión- los futuros protagonistas de un mundo global en el que el Estado verá su poder gravemente horadado. Otros protagonistas del derecho global, sin embargo, son más ambiguos. El Comité de Basilea, por ejemplo, nunca formalmente constituido como organización ni internacional ni privada, independiente pero integrado por los organismos reguladores de la supervisión bancaria de sus miembros, y que por supuesto genera diversas normas luego integradas en el derecho interno por la vía de actos legislativos válidos en cada ordenamiento, ostenta una posición dudosa entre las organizaciones internacionales y las entidades supranacionales privadas. A favor de esta segunda opción nos pronunciaremos en otro lugar, con mayor detenimiento.

En segundo lugar, las normas supranacionales se caracterizan también por su carácter híbrido entre derecho público y privado. En ellas, ambos elementos se combinan, de distinta forma según los casos. Lo más común será encontrar a sujetos privados ejerciendo una potestad pública *de facto* y sin ninguna atribución previa, especialmente la potestad normativa. Esta actividad, obviamente prohibida por el Estado en un orden jurídico cuya naturaleza no admite el ejer-

cicio de ninguna clase de potestad normativa por parte de terceros sujetos y que exige la exclusividad en el ejercicio de toda acción legislativa, ha sido asumida sin embargo de facto por sujetos privados, y lo que es más, ha sido también admitida por los propios destinatarios de las normas, como veremos más abajo.

Ahora bien, este carácter híbrido también se manifiesta en otro contexto en sentido inverso. En el Arbitraje Internacional de inversiones se da la circunstancia contraria: es una entidad privada o un sujeto privado, un árbitro designado por las partes o por una corte arbitral, quien controla a una entidad jurídico-pública, y puede también someter a control alguna de sus normas. Esto es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el reciente laudo arbitral CIADI No. ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017, *Eiser Infrastructure Limited y Energía solar Luxembourg S.A.R.I. c. Reino de España*, luego alegado por los recurrentes españoles en ciertas sentencias, singularmente en la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, de la Sala 3^a, Sección 3^a, de 21 de junio, donde se ha cuestionado el efecto retroactivo del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, que lo desarrolla. Al mismo tiempo, sin embargo, ambas normas han sido confirmadas como válidas reiteradamente por el Tribunal Supremo (con importantes votos particulares en contra) en los recursos interpuestos por inversores españoles. Esta es una muestra del poder supraestatal de control: un laudo arbitral -ejecutable contra España en virtud de los propios Tratados firmados por ésta- puede no sólo condenar al Estado, sino pronunciarse no sobre la validez, pero sí en contra de los efectos de una norma válida del propio Estado, que incluso su propio Tribunal Supremo ha confirmado. Esta es la clase de estímulo al que nos referimos cuando decimos que el derecho global (como también el Internacional) "impactan" sobre el sistema jurídico.

En tercer lugar, queda por aclarar el punto probablemente más problemático en que incurren las fuentes del derecho procedentes del orden global, y es la eficacia de sus normas. En principio, unas normas supraestatales que no gozan de la legitimidad jurídico-pública del derecho del Estado, especialmente si no han sido aprobadas por procedimientos democráticos, y que además son ajenas a toda territorialidad, no deberían ostentar ningún tipo de eficacia

frente a los particulares. En la práctica, sin embargo, los particulares siguen estas normas, y por lo tanto éstas son eficaces de facto para los sujetos que las cumplen.

A nuestro modo de entender, este proceder responde a un cambio en el paradigma de la eficacia normativa: ya no nos enfrentamos a una eficacia directa de las normas jurídica, que era necesaria en el derecho del Estado. La eficacia en el derecho global, al contrario, es receptiva: se requiere el reconocimiento de la norma por parte del sujeto obligado para que le sea aplicable, pero una vez dado este reconocimiento, la norma es eficaz, y puede ser territorialmente aplicable en el derecho del Estado por el Juez, que sólo deberá someter a la propia norma a un control de constitucionalidad y coherencia con los principios jurídicos del ordenamiento en que se aplique. Así, al igual que un sujeto consiente un laudo arbitral al someterse al propio arbitraje, así puede consentirse la aplicación de una norma supranacional, asumiendo su aplicación explícitamente por medios lícitos en derecho o simplemente de facto, siguiendo sus prescripciones. Y una vez una parte que haya reconocido y recibido una norma supranacional la alegue ante un órgano judicial nacional, éste podrá aplicarla siempre y cuando la propia norma supere el control legítimo al que el Juez pueda someterla según los principios del derecho interno¹⁰.

En conjunto, nuestro argumento es este: En el actual contexto global vivimos una nueva fragmentación del derecho, de manera que es lógico que resurja una concepción que permite a los propios sujetos obligados seleccionar las normas que se les aplican, o al menos parte de ellas, pues éstas ya no son producto de una autoridad centralizada y con poder territorial, sino la expresión de una voluntad legislativa tan fragmentaria como su producto normativo. De ahí que hayamos recuperado esta vieja teoría, que parecía (erróneamente) desterrada ya por la eficacia directa del derecho del Estado, que efectivamente no puede depender de la voluntad de los propios sujetos obligados. Además, la participación del sujeto obligado que falta en el proceso de creación normativa se compensa con su intervención en la decisión final sobre la eficacia de tal norma sobre sí mismo. Este fenómeno nosotros lo calificamos como la identidad entre voluntad y sujeción. Obviamente, no puede decirse que esta identidad

¹⁰ Sobre la teoría de la recepción en general, es ya clásica la posición de LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961 pág. 404, que ha demostrado cómo, tras la afirmación de la teoría en el *Ius Commune*, consecuencia de la fragmentación de este orden jurídico, es superada ya en el siglo XVI por un centralismo jurídico incipiente, que necesita de la eficacia automática de las normas jurídicas para afirmar la autoridad real (y después estatal), en tanto que la teoría de la recepción resurge en el ámbito de la sociología jurídica.

sustituya, ni mucho menos, las garantías de un proceso de creación normativa democrático, aunque sí suple algunas de las carencias propias de su ausencia, fundamentalmente la participación del propio ciudadano en las normas que se le aplican. Por otra parte, la defensa del propio sistema democrático proviene, precisamente, de la misma fuente del derecho de casi siempre: la Constitución, que se convierte en el patrón absoluto de control de la recepción de estas normas supranacionales, una vez que han sido recibidas por el sujeto obligado. En la Constitución y en las normas imperativas del sistema que las normas supranacionales deben respetar al ser aplicadas, naturalmente, persiste intacto sistema de eficacia directa de las normas. El derecho del Estado, y fundamentalmente la Constitución, no son ya el único derecho aplicable y por lo tanto pierden su posición prevalente como únicas “fuentes de fuentes” del derecho: la enumeración del artículo 1 del Código Civil no puede sobrevivir en un mundo que genera sus propias fuentes del derecho. Pero sí que mantienen una fundamentalísima posición de garante de los principios democráticos y constitucionales en el Estado, controlando por el filtro de éstos la aplicación de las normas supraterritoriales (esencialmente aterritoriales) sobre el territorio en el que la Constitución tiene vigencia. Lógicamente también, la autoridad fundamental en este proceso ya no es tanto el legislador, como el Juez, que deberá ser el que decida sobre la aplicación ad casum de las normas supranacionales, tomando los principios constitucionales como patrón de control. De ahí también la importancia que, en nuestra opinión, alcanza la jurisprudencia, sobre la que nos pronunciaremos inmediatamente.

Por último, y antes de pasar a examinar la que en nuestra opinión es la segunda gran quiebra en el sistema de fuentes moderno, no podemos dejar de incidir en la relación de nuestras normas supranacionales con otro concepto clave del derecho contemporáneo, también altamente polémico: el llamado *soft law* o derecho blando¹¹. Como bien observa parte de la doctrina, y singularmente ha hecho LA TORRE, el *soft law* a menudo es, más que un reto para la teoría de fuentes contemporánea, una vía de escape de los reguladores pri-

¹¹ Sobre esto, vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. *El «soft law» administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Madrid, 2008 y LA TORRE, M., «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 64, 2016, cuyo tono crítico compartimos sólo hasta cierto punto, reconociendo sin duda que el autor pone el acento en algunos de los aspectos más sombríos del fenómeno, y especialmente en la evasión de la responsabilidad de los autores de las normas. Vid. también. ALKAN OLSSON, I., «Four Competing Approaches to International Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, 58, 2013, págs. 178-196 y DI ROBILANT, A., «Genealogies of Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, 58, 2013, págs. 218-268.

vados y muchos sujetos obligados (personas jurídicas fundamentalmente) a las garantías democráticas del derecho del Estado. Ahora bien, intentar negar con ello toda eficacia a estas normas nos parece un camino difícil de seguir, por cuanto el sistema de fuentes estatal ya ha sido superado como sistema *único* y cerrado. En otras palabras, no creemos viable negarse a la influencia de estas normas supranacionales y los sujetos que las crean¹².

Y es que efectivamente, las respectivas discusiones sobre el *soft law* y las normas supranacionales no son sólo próximas, sino que más bien parecen dos formas distintas de denominar el mismo fenómeno. Esta coincidencia se debe, en nuestra opinión, precisamente al hecho de que los autores de estas normas son ellos mismos autoridades supranacionales, habitualmente incluso autoridades privadas, y carecen de todo poder territorial para exigir su eficacia directa, de ahí que deban recurrir a estructuras en sus propias normas jurídicas que nieguen su propia eficacia directa, que no pueden ostentar.

Al fin y al cabo, numerosísimas normas supranacionales se redactan en forma de “directrices”, “decisiones marco” u otras denominaciones que sugieren su no obligatoriedad, o bien se redactan de forma similar a las normas jurídicas estatales -incluso con precisión reglamentaria- pero declarando ellas mismas -a menudo en un artículo 0 o 1- su no vinculatoriedad. Por nuestra parte, nosotros estamos en desacuerdo con una cierta concepción condescendiente con estas normas que predomina entre los operadores jurídicos que las aplican, que tienden a asumir acríticamente la veracidad de las propias afirmaciones de la norma, aún cuando sabemos que el *nomen iuris* no condiciona la naturaleza jurídica de las instituciones. Así, una supuesta norma de *soft law* puede afirmar de sí misma no ser vinculante, y sin embargo nosotros deberíamos considerarla vinculante, fundamentalmente para poder exigir responsabilidad a su autor en caso de una aplicación de la norma que resulte dañosa.

Pues bien, para llevar a cabo esta exigencia de responsabilidad, entendemos que nuestra teoría de la recepción es el mecanismo más efectivo para evitar la impunidad de los autores y los aplicadores de las normas supranacionales (o de *soft law*, conceptos que como hemos dicho suelen coincidir). Así, a la creación y publicación de la norma por parte del sujeto supranacional seguirá siempre su recepción por parte del sujeto al que va a ser aplicada, de manera que el “*soft law*” alcanza ya la plena eficacia directa al ser recibido. Esta se-

¹² Para una discusión sobre estas normas y sus sujetos, véase CASSESE, S., *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, pág. 11.

ría una eficacia directa *personal*, que se proyecta sobre el sujeto al que se le aplica la norma. Y por último, la norma podrá tener también eficacia directa *territorial* si la autoridad estatal, a instancias del sujeto que la ha recibido, admite la norma en el sistema jurídico interno, sometiéndola a un control de conformidad con sus propios principios constitucionales. La autoridad que debe llevar a cabo esta operación, a nuestro modo de entender, es el Juez, y de ahí la importancia del análisis de la jurisprudencia que iniciamos inmediatamente.

III. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO *AD CASUM*

Como hemos explicado muy brevemente más arriba, la discusión sobre el carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia es tan antigua como polémica. Ahora bien, en el presente que hemos enunciado, en el contexto del derecho contemporáneo global en el que, según sostenemos, el Juez puede no sólo aplicar una norma extraterritorial (por ejemplo, reconocer la eficacia de una norma de derecho extranjero en un caso concreto) sino admitir la eficacia de normas supranacionales, la importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho se multiplica, pues se convierte en el vehículo por el que las normas supranacionales pueden adquirir eficacia en el contexto estatal.

Entre las cuestiones que abordaremos en el presente epígrafe estarán las siguientes. En primer lugar, habrá que hablar de los fundamentos de la jurisprudencia, tanto desde el punto de vista histórico como teórico. Además, enunciaremos la distinción que proponemos, entre principios generales del ordenamiento, de una parte, emanados mayoritariamente de la Constitución y en algunos casos de otros textos, como el propio Código Civil, o de la jurisprudencia (todos ellos bien conocidos: buena fe, *neminem laedere*, etc.) y de otra parte, las normas, que serán concebidas como principios-concretos, potencialmente aplicables a un número indeterminado (e infinito) de sujetos, y las reglas, que identificamos con las resoluciones concretas. Todo el derecho moderno, creemos, es un derecho de aplicación e interpretación de los principios, de manera que las reglas se forman con la aplicación judicial de éstos. Ésta última es la aproximación que creemos, debe darse en el derecho moderno, dejando amplios espacios de decisión a la autoridad judicial.

Esto así, resulta crucial definir la naturaleza jurídica de la jurisprudencia, y esta es sin duda la asignatura pendiente del sistema de fuentes del derecho español. Y probablemente, no sólo del español. Como ha descrito MUÑOZ MACHADO, nuestro concepto de jurisprudencia hay que anclarlo en el que fraguó la revolución francesa en su reacción frente a la enorme influencia de los *Parlements* del Antiguo Régimen¹³. La negación del valor normativo de la jurisprudencia, obviamente fundamental en un contexto de centralismo político y jurídico en el que todo el poder normativo debía quedar en manos del legislador, tiene una vida paralela a la negación del carácter recepticio de las normas jurídicas, o al menos de algunas de ellas, en favor de la eficacia directa de las normas estatales (minoración que también sufre la costumbre, singularmente la *desuetudo*). Valor legislativo de la jurisprudencia o eficacia recepticia de normas no estatales son dos bestias negras para el derecho del Estado legislativo, que sin embargo son difíciles de negar hoy en día.

En aquél caso, el centralismo legislativo se tradujo en la pretensión de que la última palabra en la interpretación de la Ley estuviera en manos del mismo poder legislativo. Como ha explicado el mismo autor, la creación de la *Cour de Cassation* francesa busca crear una instancia intermedia entre la Ley y los Tribunales, con el objeto de supervisar éstos últimos. De ahí que a la propia *Cour de Cassation* se le negara autoridad jurídica, de manera que sólo en el caso de que se produzca dos veces una casación quedará prohibido a los tribunales inferiores violar el criterio de ésta, y en todo caso, de producirse una tercera sentencia contraria a este criterio, el conflicto no lo resolverá ya la propia *Cour de Cassation*, sino el cuerpo legislativo mediante la promulgación de un Decreto aclaratorio, mecanismo que se conoció como *référe législatif*.¹⁴

Este mecanismo del *référe législatif* y de la vinculatoriedad de dos casaciones en el mismo sentido (en aquel caso, más que vinculatoriedad, reconducción de la solución del conflicto en favor del legislativo) está, sospechamos, tras el famoso criterio de las dos sentencias que se deriva del artículo 1.6 del Código Civil, al exigir “reiteración”

¹³ Vid. Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, op.cit., vol. II, 163 y ss. y vol. III, págs. 188 y ss. En este tercer volumen el autor ha defendido brillantemente el carácter de fuente del Derecho de la jurisprudencia en el Derecho español, y a sus argumentos nos adherimos. Lo que desarrollamos más abajo son argumentos nuestros, que pueden añadirse, como una interpretación propia, a la justificación de ese carácter de fuente del Derecho que tendría la jurisprudencia.

¹⁴ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, op.cit., vol. II, pág. 165.

en las sentencias del Tribunal Supremo. El propio Tribunal Supremo ha confirmado este requisito, por cierto, reiteradamente¹⁵. Entre los maestros que han abordado lúcidamente y con cierto detalle estos problemas de la jurisprudencia, creemos que merece la pena destacar la exposición de ALBALADEJO, por ser la que trae a colación los matices más sugerentes. Parece claro en su exposición, primero, que la jurisprudencia no es fuente del derecho, ni siquiera para llenar lagunas, pues el ordenamiento jurídico “no tiene lagunas” ya que se llenan “*absolutamente todas* aplicando los principios generales” -cursiva del autor-, y de serlo, el Tribunal Supremo tendría poder legislativo¹⁶.

Esta brillante exposición, en realidad, es probablemente correcta desde el paradigma del legalismo positivista (aunque incluso en él la ausencia de lagunas en el Ordenamiento resulta difícil de admitir más allá de la vigencia de una ideología jurídica, como ha puesto de relieve SANTAMARÍA PASTOR¹⁷) pero el propio contexto global del Derecho, que como hemos dicho influye también en el avance de la jurisprudencia como fuente del derecho, implica que el legislador estatal no es ya el único titular de un poder normativo, al menos no de facto: este poder existe desde luego en los jueces, en los términos que explicaremos más abajo, y desde luego existe también el un ámbito extraestatal, propio del derecho supranacional o global.

Ahora bien, el maestro civilista también nos explica cómo la jurisprudencia está sometida a la exigencia de ser *reiterada*. Al fin y al cabo, este es un requisito impuesto por el propio Código Civil y, como recuerda el autor, dos sentencias es la menor reiteración posible. Sin embargo, nosotros ya hemos explicado que la realidad jurídica extraestatal en materia de fuentes del derecho ha puesto en cuestión la propia efectividad plena del artículo 1 del Código Civil. Pero incluso no sería necesario salir del Ordenamiento jurídico español para cuestionar este requisito de las dos sentencias. Por ejemplo, en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, ya sabemos que éstas integran “la interpretación” conforme a la cual serán aplicados los preceptos y principios de la Constitución por parte de

¹⁵ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013, pág. 84, que cita muchas de las más modernas sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo en este sentido: 26 de septiembre de 2000, 30 de marzo de 2001, 4 de febrero de 2005, etc.

¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, op.cit. pág. 89.

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Ordenamiento jurídico», en M. ARAGÓN REYES Y C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional* (pág. 324), Civitas, Madrid, 2011, pág. 324.

los Jueces y Tribunales ex artículo 5.1 LOPJ, y el propio autor reconoce que para formar jurisprudencia constitucional bastaría con una sentencia, porque las siguientes resoluciones judiciales deberán acatar no la sentencia constitucional, sino la propia norma constitucional en la interpretación que el Tribunal Constitucional haya realizado¹⁸. Este análisis puede continuarse con los criterios jurisprudenciales desarrollados por el propio Tribunal Supremo en cuanto a la identificación de dos sentencias como “idénticas, uniformes, repetidas y reiteradas” o sobre si el pronunciamiento concreto que se pretende ha sentado jurisprudencia fue fundamento del fallo o no (*ratio decidendi* u *obiter dicta*, en los latinismos habituales en materia de jurisprudencia, sobre todo en el *Common Law*).

En realidad, en nuestra opinión, todo este debate ya es fútil a día de hoy, y sólo sirve para generar casos concretos *ad infinitum* (por ejemplo, sobre si crea jurisprudencia una sentencia en un caso en el que su infracción sirva para fundamentar la admisión de un determinado recurso, etc.). La respuesta, creemos, debería ser más sencilla, y está dentro del propio Ordenamiento jurídico español, y no requiere ningún elemento de derecho global. Sencillamente, en la medida en que los Jueces y Tribunales están obligados a motivar sus sentencias ex artículo 24.1 de la Constitución, y este deber de motivación exige un deber de congruencia en la respuesta del Juez o Tribunal a los argumentos de la parte, este deber se extiende a separarse del criterio de cualquier otra sentencia, por más que sea una sola¹⁹. Así, si un recurrente alega el contenido jurídico de una sentencia, cualquiera que sea el rango del órgano judicial que la dictó, estará introduciendo un argumento jurídico del que el órgano judicial que resuelva podrá apartarse, siempre motivadamente. Siendo esto así, no nos parece una respuesta admisible a la luz del artículo 24.1 de la Constitución la denegación de un pronunciamiento sobre el contenido de una sentencia alegada por el hecho de que ésta no tiene el rango adecuado para sentar jurisprudencia, o por el hecho de que se trate de un solo pronunciamiento. Más bien, parece que la obligación de responder motivadamente persiste siempre.

¹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, op.cit., 84.

¹⁹ Sobre la exigencia de congruencia que integra el deber de motivación de las sentencias judiciales según el artículo 24.1 de la Constitución, es innumerable la jurisprudencia constitucional, aunque podemos citar entre las sentencias más modernas en el caso específico de incongruencia por omisión (que sería el supuesto de la ausencia de respuesta motivada frente al argumentario de una sentencia aportada por la parte) las SSTC 146/2008, de 10 de noviembre y 165/2008, de 15 de diciembre.

Otra cosa será que la Ley establezca un número mínimo de sentencias para fundamentar la admisión de un determinado recurso, por ejemplo. Pero en este tipo de casos no nos enfrentamos a “jurisprudencia” propiamente dicha, sino a un criterio de la propia Ley para un conjunto de casos concreto. Para resolver en contra del criterio de una sentencia alegada en un proceso el órgano judicial siempre debe, a nuestro entender, apartarse motivadamente del criterio de ésta, sin que pueda desestimar la alegación de dicha sentencia sobre la base de que por rango del órgano que la dictó o por ser solamente una “no forma jurisprudencia”. Y en lo que respecta a formar jurisprudencia como fuente del derecho propiamente dicha, como veremos más abajo, nos basta también una sola sentencia de cualquier rango, porque todos los órganos judiciales al resolver crean derecho, y en concreto crean una regla: la creación de jurisprudencia consistirá en la imitación o rechazo de esta regla en otras resoluciones judiciales por los métodos ya conocidos en argumentación jurídica (analogía, interpretación *a contrario*).

Abordemos pues la que es realmente la cuestión central del presente epígrafe: la naturaleza de las sentencias judiciales. Al fin y al cabo, la cuestión alrededor de la cual estamos circulando en el presente artículo puede ponerse de dos formas. Por un lado, estamos tratando sobre las mutaciones en el sistema de fuentes en el derecho contemporáneo. Y a la vez, estamos cuestionando el cambio de posición de ciertos elementos del sistema, al menos en ciertos casos. Así, las normas supranacionales pasan de ser inadmisibles a ser aplicables si media recepción por parte del sujeto al que se le aplican; la Constitución ya no es sólo norma (igual que un día dejó de ser sólo programa político) para ser también *garante* de los principios del sistema frente a toda esa avalancha de normas que viene del espacio global; y la jurisprudencia pasa de ser un conjunto de pronunciamientos, a lo sumo interpretativos sobre el derecho del Estado, a ser la puerta de entrada de auténticas normas jurídicas extrañas al sistema en el ordenamiento jurídico interno.

La explicación que nosotros damos a esta última cuestión, que tiene importantes implicaciones en términos filosóficos, parte de diferenciar esencialmente normas y reglas, pero un sentido diferente a como lo ha hecho la teoría jurídica anterior. Entendemos por normas prescripciones jurídicas abstractas aplicables a un conjunto potencialmente infinito de casos, y por reglas prescripciones concretas aplicables a un sólo caso. Entre ambas no hay una mera operación de subsunción, sino una actividad creativa. Además, en las primeras la operación jurídico-aplicativa consistirá en una delimitación del

ámbito de aplicación de la norma, mientras que en las reglas sí que rige la metodología aplicativa de analogía, interpretación *a contrario* y los demás métodos conocidos en la Teoría del Derecho. Toda la actividad legislativa y normativa, tanto estatal como extraestatal, crea normas; mientras que la actividad judicial crea reglas, y por lo tanto la jurisprudencia es un conjunto de reglas jurídicas, o la aplicación analógica de una regla anterior, o la distinción del caso enjuiciado respecto de aquélla.

Esta división entre normas y reglas, entre potestad normativa y jurisprudencia, es fundamental para resolver el eterno conflicto entre las cualidades del derecho *ex ante* de las normas y el derecho *ex post* de las resoluciones. El derecho es un *Jano* bifronte que varía según el punto de vista del espectador que está dentro del sistema, dando una respuesta no necesariamente igual o abiertamente distinta: una para “los que entran” y otra para “los que salen” del Templo (*patulcius* y *clusius*, por emplear los términos de la religión romana), una para los que observan el derecho desde las normas jurídicas prescriptivas, legisladas *ex ante*, y otra para los que lo hacen desde las resoluciones judiciales. Ambas son simplemente perspectivas diferentes, y ninguna de las dos es renunciable.

Dicho de otro modo, el análisis del derecho se asemeja a la *paradoja de Schrödinger*. El derecho no puede ser analizado como una ciencia de las normas jurídicas prescriptivas en abstracto y como un método de resolución de casos concretos a la vez, como un sistema normativo y como un conjunto tópico de *responsa iuris*, como un ordenamiento jurídico y como jurisprudencia al mismo tiempo. O se examina el carácter prescriptivo de las normas y se construyen estas como preafirmaciones abstractas del ordenamiento jurídico frente a un conjunto potencialmente infinito de supuestos o se examina la decisión del Juez sobre el caso concreto, que como tal está numéricamente limitado a sí mismo. Y sin embargo, ambos fenómenos son derecho, lo que es más, ambos fenómenos son *el* derecho, en el sentido de que éste se integra por los dos a la vez, y no por uno o por el otro, aunque ambas perspectivas no puedan examinarse al mismo tiempo. De ahí el acierto del planteamiento kelseniano, al sostener que las decisiones judiciales son el último eslabón en la pirámide del ordenamiento y que tienen una relación dinámica con la norma inmediatamente superior que aplican; pero de ahí también su error, porque el planteamiento kelseniano, al forzar la incardinación de ambos fenómenos en la ilusoria pirámide, ignora que en realidad lo que hay entre norma y decisión judicial es una absoluta contraposición, incluso en el plano epistemológico: ambos aspectos del dere-

cho no pueden conocerse a la vez, y ostentan el mismo nivel de importancia dentro de esta ciencia, sin relación alguna de jerarquía. Son simplemente aspectos diferentes del fenómeno de lo jurídico.

De aquí también colegimos una oposición entre dos sujetos creadores de derecho: el legislador, en sentido amplio, al que se atribuye la potestad de crear normas jurídicas prescriptivas abstractas y *ex ante*, y el juzgador, cuya potestad de juzgar consiste no simplemente en la aplicación de esas normas mediante la subsunción del caso en la norma, ni tan siquiera mediante algún método de concreción “libre” del contenido de la norma al caso, sino en un auténtico análisis de todos los instrumentos jurídicos aplicables (derecho vigente del Estado -incluidas normas positivas, principios jurídicos y costumbre-, normas de derecho internacional, normas supranacionales, directrices no normativas, etc.) y la elección, de entre éstos, de una combinación de normas no contradictorias, que provean al juzgador del material para producir aquélla regla que se estime más ajustada al cumplimiento del fin de la norma jurídica que resulta de aplicación dentro del sistema, según la apreciación del propio Juez, y siempre dentro del respeto a los principios de la Constitución.

Lógicamente, la posición de observación que adopte el Juez con respecto a la norma es determinante para el tipo de aplicación que finalmente se decida para ella. En este sentido, lo que hace la norma jurídica respecto del Juez es, básicamente, establecer un marco de actuación. Así, resulta que el concepto de “fuente” del derecho ya no tiene sentido, al menos no asociado exclusivamente a las normas jurídicas, y debe incluir igualmente su aspecto casuístico, que en nuestro derecho actual se identifica con la jurisprudencia. Así, el *Common Law* es un derecho en el que las sentencias judiciales crean normas jurídicas, pero también resuelven casos concretos en los que esas normas jurisprudenciales previas se aplican, se distinguen del caso enjuiciado o directamente se reforman, en tanto que en los derechos continentales la jurisprudencia sólo ocupa el lugar de resolver casos concretos. Esta actividad, sin embargo, es por sí sola creadora de derecho.

Pero además de esta autonomía en la creación de derecho mediante reglas, el Juez crea derecho en su jurisprudencia por una segunda vía, y es mediante el control y admisión o rechazo de normas supraestatales. En la operación de control de una norma supranacional, tal y como lo hemos descrito el Juez, en primer lugar, crea derecho al resolver, pues genera reglas sobre la interpretación de la Constitución y los principios generales del derecho, y en segundo lu-

gar, admite -si es el caso- una norma extraña al sistema, de la que él no es autor, pero sí la autoridad competente para decidir sobre su admisión en el sistema jurídico. He aquí la importancia fundamental de la jurisprudencia ante el derecho global y su papel como garante de la Constitución.

IV. LOS EJEMPLOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS COMO PRINCIPIOS-CONCRETOS Y LAS DECISIONES JUDICIALES COMO REGLAS APLICATIVAS DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y GLOBALES: EL CÓDIGO CIVIL

Hasta aquí ya hemos completado toda la teoría que queríamos exponer. A continuación desarrollaremos un epígrafe con vocación práctica. Hay que advertir, sin embargo, que los ejemplos que demuestren nuestras tesis surgirán en la propia vida jurídica, y no en el plano teórico de un estudio científico como el presente. Nuestro objetivo aquí es más bien demostrar el punto más complejo de nuestro sistema, a saber, que las normas jurídicas son principios-concretos, y no reglas, calificación que nosotros reservamos a las resoluciones judiciales (aunque podrían serlo también, con matices, las resoluciones administrativas, siempre que sean actos y no disposición, ni actos con destinatarios indefinidos *a priori*).

Recordemos el fundamento de la distinción. Nosotros sostene mos que existen tres clases de prescripciones jurídicas: en primer lugar, los principios constitucionales, que son las prescripciones generales que informan el sistema, y que tienen fuerza constitucional (aunque no necesariamente todos ellos están en la Constitución). En segundo lugar, los principios-concretos, pues -aunque en la distinción fuerte se identifiquen con las reglas²⁰- prescriben una parte acotada de la realidad, pero siguen siendo concretos universales, y regulan un conjunto de casos indefinido *a priori* y potencialmente infinito. Y en tercer lugar, las que serían para nosotros las reglas propiamente dichas -donde sí que cabe la distinción fuerte-, que re-

²⁰ ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, op.cit., p. 75. Así pues, nosotros optamos por la distinción *de grado* entre principios y reglas que Alexy rechaza en el texto citado, sólo que precisamente para enfatizar el carácter débil de la distinción, distinguimos entre tipos de principios (constitucionales y sectoriales) y reservamos el término de *reglas* para aquellos supuestos en los que, verdaderamente, la distinción es *fuerte* en el sentido en el que Alexy emplea este término -es decir, la distinción es cualitativa-, es decir, que sólo llamamos reglas a las resoluciones judiciales o administrativas, frente a las que no cabe racionalidad valorativa alguna -que es el contenido de los mecanismos aplicativos de las normas jurídicas en las que es necesario algún grado de concreción para ser aplicadas-, sino mera ejecución.

gulan supuestos concretos y frente a las que sólo cabe la aplicación ejecutiva, sin que haya espacio para la racionalidad valorativa en su proceso aplicativo. Éstas las identificamos con las resoluciones judiciales y administrativas.

Para demostrar esto, recurriremos a la que es precisamente la norma paradigmática del legalismo positivista en el Derecho español: el Código Civil²¹. Precisamente tomando los preceptos más clásicos y prescriptivos, o incluso aparentemente desfasados del Código Civil (aunque sostengamos fervientemente que no lo están, ni mucho menos, como se verá) pretendemos demostrar que ninguno de estos preceptos ha sido nunca una “regla”, como no lo es tampoco ninguna prescripción técnica de un reglamento, por ejemplo, siempre que sea potencialmente aplicable a un conjunto de casos infinito o indeterminado *a priori*. Veamos los ejemplos.

El primer ejemplo elegido es el siguiente: la representación indirecta regulada en el artículo 1717 CC²². Sobre la polémica de esta institución, también larga y compleja y en la que algunos civilistas llegan a dudar si existe auténtica representación no vamos a pronunciarnos aquí, como tampoco lo haremos sobre la confusión del Código Civil entre mandato y representación; nuestro único objetivo será demostrar las posibilidades interpretativas del precepto.

Como es bien sabido, en la representación indirecta el representante actúa en nombre propio, aunque lo haga en interés de su representado. En estos supuestos no hay ni *contemplatio domini* (conocimiento de la existencia del representado por parte del tercero que contrata con el representante) ni poder de representación (aunque entendemos que nada obsta a que haya contrato de mandato).

²¹ Para un análisis de una norma del Código Civil analizada con una metodología muy similar a la nuestra y en el marco de una propuesta comparable -lejos de la dogmática iusprivatista tradicional- vid. GARCÍA FIGUEROA, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en ALEXY, R., GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 333-370, pp. 348-352.

²² Aunque obviamente es sobradamente conocido, reproducimos el precepto: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.”.

Pues bien, este precepto ha tenido dos grandes exégesis, que han resumido célebremente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN²³. Para la doctrina civilista española tradicional, la norma debe interpretarse en el sentido de que los efectos del negocio sólo se producen sobre el representante y no sobre el representado. De esta forma, el representado no sólo no tiene acción frente al tercero contratante, sino que las acciones que tenga frente a su representante se limitan exclusivamente a los negocios jurídicos que se hayan perfeccionado entre ambos. Como ponen de manifiesto los autores citados, tal conclusión deja en una posición muy débil al representado frente a su representante, porque ni aún cuando exista contrato de mandato podrá transmitirse, por ejemplo, la propiedad de un bien adquirido por el representante en nombre del representado a éste último, por cuanto el mandato no es un contrato traslativo del dominio. Por lo tanto, sería necesario un negocio jurídico adicional entre el representante y el representado que sí permitiera la traslación del dominio. Naturalmente, un negocio jurídico distinto exige una negociación distinta, y multiplica los riesgos de incumplimiento del representante, el cual en tanto que en virtud de esta interpretación del artículo 1717 del Código Civil resulta ser el *dominus* de todo lo que contrata en nombre del representado, puede disponer del bien a voluntad, independientemente de las acciones que el representado tenga frente a él, pudiendo incluso enfrentarse a la insolvencia de su representante. De ahí la posición de enorme debilidad en la que esta interpretación del precepto deja al representado.

De ahí que DIEZ PICAZO Y GULLON hayan propuesto una interpretación del precepto distinta, a nuestro entender mucho más razonable, y a la que nos adherimos, pero con un matiz importante que veremos de inmediato (aunque debemos insistir en que este no es el propósito de nuestra exposición). La tesis es la siguiente: el artículo 1717 del Código Civil exige distinguir los efectos del negocio en dos partes: la primera, entre representante y representado, que siempre que haya mandato (de manera que sus respectivas posiciones sean las de mandatario y mandante) tendrá efectos directos en la esfera del mandante-representado (es decir, que la propiedad de un bien adquirido en su representación pero en el nombre propio del representante se le podrá atribuir directamente, aunque en un sentido “formal”, dicen, frente al tercero contratante, la propiedad corresponderá al representante mismo). Y la segunda entre representante y tercero, de manera que éste último sólo tendrá acciones contra aquel, y no

²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I., Tecnos, Madrid, 2003, págs. 579-581.

contra el mandante, salvo que sean suyos los bienes sobre los que se contrata. El precepto se concibe, pues como una *denegatio actionis*, de manera que tiene un efecto formal o procesal, pero no material, por lo que en ningún caso justifica que el titular de los derechos que se deriven de la contratación sea el representante-mandatario, que siempre estará obligado a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del artículo 1720. Esta teoría ha sido admitida, con el requisito de escritura pública otorgada entre representante y representado para demostrar la *contemplatio domini*, por algunas resoluciones de la DGRN (singularmente, la Resolución de 6 de junio de 2006), admitiendo que mediante esta escritura se adecuarían la titularidad formal (la del representado) y la real (la del representante).

Esta teoría moderna debe su polémica en parte a su audacia en la interpretación del precepto, que parece contraria a su literalidad, y es exactamente esta audacia la que nos interesa. La tentación de una interpretación legalista sería sin duda asumir que el precepto debe ser interpretado en su literalidad, como de hecho propugna la concepción civilista tradicional. El aislamiento del negocio del mandatario con el tercero respecto de los intereses del mandante, sin embargo, ya hemos visto cómo resulta indeseable para los intereses de éste último, a pesar de la dicción literal del precepto. Lo que nosotros queremos poner de relieve es ese carácter normativo del precepto, y no reglado, que es propio de todas las prescripciones jurídicas *ex ante*, y son éstas a las que nosotros llamamos propiamente normas. Así, se verifican dos cosas. La primera, es que la prescripción general se aplica a un conjunto potencialmente indeterminado (e infinito) de casos. Casos que, naturalmente, serán muy distintos entre sí. Por lo tanto, la naturaleza rígida de una regla no es adecuada para categorizar el fenómeno de la norma jurídica, del “marco” que el legislador dispone para un conjunto de casos. Además, el hecho de que la propia norma sea interpretable en su dicción literal no nos cierra, sino que nos abre puertas en la aplicación del derecho.

En realidad, la discusión doctrinal que hemos visto no deja de ser un intento constante de reducir el precepto a una regla: o se adopta la interpretación que impone una regla, o se adopta la otra. Pero esto es imposible, porque las interpretaciones doctrinales también se producen *ex ante*, luego no podrán crear reglas *ad casum*, posibilidad que sólo está en manos del juzgador, sino acotar el ámbito de aplicación de la norma *ex ante*. Y aquí es donde introducimos el matiz que anunciamos más arriba a la interpretación de este precepto favorable al mandante. El hecho de que un precepto jurídico sea ambiguo, eventualidad que ha sido observada con profundísimo recelo

por el legalismo positivista (deseoso, al fin y al cabo, de encontrar el Santo Grial de las reglas *ex ante*, que naturalmente no existen) no es en sí misma una realidad rechazable que exija aclaración, sino una oportunidad, que abre un abanico de posibilidades a que el precepto sea aplicado de forma diferente en contextos distintos.

Esta concepción, que por supuesto debe ser modulada en los distintos órdenes jurídicos según los principios que rijan en ellos (por ejemplo, es evidente que esta ambigüedad debe ser interpretada restrictivamente en el derecho penal, donde la seguridad jurídica y el principio de legalidad tienen una naturaleza más estricta que en el resto del ordenamiento) permite que ambas interpretaciones del precepto coexistan, y por lo tanto que se multipliquen las posibilidades aplicativas del derecho para encontrar una decisión justa en el caso concreto. Obsérvese que esta concepción, lejos de ser arriesgada, es de hecho una descripción de lo que ya sucede en la jurisprudencia: la coexistencia de jurisprudencias distintas en la interpretación de ciertos preceptos e instituciones es efectivamente esto, una elección casuística de las infinitas posibilidades que ofrece la aplicación de una norma jurídica. La diferencia es que mientras que tradicionalmente estas bifurcaciones de la jurisprudencia, mientras coexistían, eran vistas como una suerte de error del sistema, que había que corregir con la imposición de una línea jurisprudencial sobre la otra (cosa que por cierto a menudo no ocurre, y la coexistencia de jurisprudencias acaba por convertirse en la normalidad) para nosotros este “caos jurisprudencial” es en realidad el orden natural y sano de la vida jurídica, la “fisiología del derecho” por así decirlo, su funcionamiento en condiciones de normalidad.

En segundo lugar, esta discusión doctrinal también es muestra del profundo y dúctil caos que es la adopción de reglas, o de resoluciones judiciales, que en nuestra concepción son ambos prácticamente sinónimos, con una ligera diferencia. Ante todo, no debe confundirse la regla con la decisión judicial. La decisión judicial es, en nuestra opinión, un concepto más bien psicológico, que describe la toma de opinión del juzgador, cercano a lo que en argumentación jurídica se calificaría como el contexto de descubrimiento²⁴. La resolución designa por su parte, según nosotros la entendemos,

²⁴ Sobre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, la obra de referencia (introductoria del concepto en el campo de la Filosofía de la Ciencia) es la de REICHENBACH, H., *Experience and prediction: an analysis of the foundations and the structure of knowledge*. The University of Chicago Press, Chicago, 1938. Rogamos al lector nos permita la licencia de citar precisamente a un filósofo del positivismo científico, aunque pueda resultar algo irónico.

el conjunto de argumentos jurídicos a los que recurre el juzgador para fundamentar su decisión, es decir, el contexto de justificación. Frente a ambas, la regla es el producto jurídico de la decisión, la plasmación de ese estado de conciencia del juzgador en una prescripción jurídica *a posteriori*, y es por lo tanto una fuente del derecho, aunque sus efectos se produzcan *ad casum*, si bien pueden extenderse mediante la aplicación analógica de la regla a otros casos por el mismo u otros órganos judiciales.

Esta dinámica de las normas jurídicas se entenderá mejor aún con dos ejemplos más del Código Civil, más sencillos y breves. Por ejemplo, tomemos el (aparentemente rígido) artículo 570 del Código Civil, que regula una serie de servidumbres legales de paso de ganado²⁵. Parece un precepto para un España decimonónica, inviable para su aplicación en el siglo veintiuno. Sin embargo, por mucho que su carácter reglado esté enclaustrado en ese legalismo y problemática del siglo diecinueve, nosotros creemos que como *norma* -que no como regla- puede tener recorrido. En primer lugar, alguna recopilación de comentarios al Código nos recuerda que esta norma ha sido desarrollada ya por varias normas más, sobre todo del ámbito jurídico-administrativo²⁶. Así, la primera parte que regula las servidumbres legales de paso de ganado ya existentes se remite a las ordenanzas y reglamentos del ramo, es decir, al derecho público vigente, lo que nos lleva a la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, modificados los artículos 16.1, 17.2 y 21.3 por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, y las normas de desarrollo con las que pueda complementarse. Estas vías tienen el carácter de bienes de dominio público, según el artículo 2 esta Ley, producto de un proceso progresivo ocurrido a lo largo de los siglos diecinueve y veinte²⁷.

²⁵ Establece el precepto que “*Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar. Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros. Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso o la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.*”.

²⁶ Vid. ROCA JUAN, J. (2004). «Artículo 570», en M. ALBALADEJO GARCÍA, y S. DÍEZ ALABART. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2004.

²⁷ Sobre este punto vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias*, *Revista de Administración Pública*. 51, 1966, 97-149.

Por otra parte, el tercer inciso del artículo, que regula las servidumbres forzosas de paso para ganados y abrevadero que deban establecerse *ex novo* en cada caso, se remite a la propia sección en al que se encuentra (es decir, impone una interpretación sistemática) y a los artículos 555 y 556 del propio Código Civil, que regula las servidumbres de saca de agua y abrevadero²⁸. Se puede entender así el maremánum normativo al que se someterá el juzgador de un caso en el que el precepto deba aplicarse. Por eso la rigidez del artículo, que incluso establece las medidas máximas exactas de las veredas, no es tal. No lo es, sobre todo, porque aunque los comentarios habituales a los preceptos no lo mencionen, no hay ya sólo un caos normativo interno entre preceptos del Derecho privado y público, sino también externo.

Piénsese en este tercer inciso: las servidumbres de saca de agua y abrevadero son una materia de derecho civil (en cuanto a la regulación de la servidumbre), pero también de derecho público, en cuanto interviene en la regulación de estas servidumbres legales el interés público y la propia Ley de Aguas (en actualidad vigente el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y sus normas reglamentarias de desarrollo). En concreto, la institución se regula también en el artículo 48.2 del citado Real Decreto Legislativo 1/2001²⁹. Pero es que no sólo el derecho nacional, sino también el supranacional abordan la regulación jurídico-pública de las aguas. Así, por ejemplo, la organización ISO ha emitido varias normas supranacionales, de las cuales la más importante es la ISO 24510, que ha sido preparada por el Comité Técnico ISO/TC 224, y que regula las Actividades relacionadas con el servicio vinculadas a los sistemas de abastecimiento de

²⁸ “Artículo 555. Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización. Artículo 556. Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva a este servicio la indemnización”.

²⁹ “Artículo 48. Régimen jurídico de la servidumbre de acueducto. 1. Los organismos de cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y en el Reglamento de esta Ley, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. 2. Con arreglo a las mismas normas, los organismos de cuenca podrán imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso, cuando se trate de garantizar el acceso o facilitar el mismo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos, y, en general, cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil”.

agua potable y agua residual — Criterios de calidad para el servicio e indicadores de desempeño³⁰.

Así pues, cuando el juzgador se enfrente al artículo 570 del Código Civil, no está enfrentándose a nuestro entender a una regla rígida del Código. Necesitará ejercitar importantes dotes de sentido de la razón jurídica para aplicar la norma, acotando su potencialmente infinito ámbito de aplicación de acuerdo con otras normas, tanto jurídico-públicas estatales como supranacionales, que puedan haber sido asumidas bien por las Administraciones mediante una norma reglamentaria, bien por los propios sujetos privados al ajustarse ellos mismos a los estándares. Esto puede determinar una aplicación del artículo 570 del Código Civil que será diferente en cada caso; las circunstancias, fácticas y normativas, pueden exigir que el juzgador decida que la servidumbre de 10 metros es más que excesiva en un caso y la reduzca, y que es adecuada en otro. Es este concepto de la norma como “marco jurídico”, capaz de adaptarse tanto a las necesidades de cada caso en concreto como a las normas supranacionales el que nosotros patrocinamos como pauta para el derecho contemporáneo global.

V. CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos intentado demostrar las carencias del sistema de fuentes vigente en el derecho español. Estas carencias pueden verse en, al menos, dos vertientes que hemos puesto de relieve. En primer lugar, el artículo 1 del Código Civil ignora la vertiente supranacional del derecho, estudiada en la actualidad por una moderna rama de las ciencias jurídicas, el llamado derecho global. Para estas normas supranacionales hemos propuesto un modelo de eficacia recepticia, que permita que los sujetos obligados rijan su propio comportamiento en virtud de la citada norma, para poder ser luego alegada ante los órganos judiciales internos (aunque, lógicamente, también podrán ser alegadas ante los tribunales arbitrales).

En segundo lugar, hemos identificado la segunda quiebra del sistema de fuentes en la jurisprudencia. En el largo debate sobre el carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia nos posicionamos definitivamente a favor de esta opción, pero además afirmamos que la jurisprudencia alcanza un lugar central en el derecho contemporáneo.

³⁰ Vid. como referencia de esta norma <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:24510:ed-1:v1:es>

ráneo, en la medida en que el Juez es la autoridad responsable de dar eficacia aplicativa a las normas supranacionales. En este proceso, el Juez tiene como patrón absoluto de control de las normas supranacionales la Constitución, que se erige en garante de los principios del ordenamiento jurídico.

En este sentido, concebimos las normas jurídicas como prescripciones jurídicas *ex ante*, potencialmente aplicables a un número indeterminado de casos, y no como meras reglas jurídicas. Las normas jurídicas pueden presentarse en forma de norma jurídica estatal (constitucional, legislativa o reglamentaria) o de norma jurídica supranacional. Al mismo tiempo, la jurisprudencia es definida como un conjunto de resoluciones judiciales, y esto implica un conjunto de reglas, pues identificamos éstas con las decisiones judiciales.

Esta oposición entre normas y reglas es a la vez una oposición entre dos formas de conocer el Derecho, que no pueden darse al mismo tiempo. Por eso identificamos el derecho con un *Jano bífrente*, un concepto de dos caras que nunca pueden conocerse al mismo tiempo, la cara sistemática *ex ante* y la cara casuística *ex post*. Mediante esta metáfora pretendemos explicar cómo ambos niveles de análisis son necesarios, y ambos conjuntos de prescripciones constituyen fuentes del derecho, sin que un principio legalista pueda excluir el nivel de análisis *ex post*, ni tampoco puede reducirse a éste. El derecho sólo puede comprenderse y observarse completo una vez aplicado a un caso concreto. La construcción de esta visión holística de lo normativo y lo reglado en el derecho global ha sido el objetivo del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABBOTT, K.W./SNIDAL, D., International “Standards” and International Governance. *Journal of European Policy* 8, 2001, págs. 345-370.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013.
- ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Shurkamp, Frankfurt, 1983 (para la edición española vid. ALEXY, R (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. CEPC, Madrid, 1989).
- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*. Shurkamp, Frankfurt, 1985 (para la edición española vid. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. CEPC, Madrid, 1993.)

- ALEXY, R. (dir.) y GARCÍA MANRIQUE, E. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- ALKAN OLSSON, I., «Four Competing Approaches to International Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, 58, 2013, págs. 178-196.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.
- AMAN, A. C., «Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6, 1999.
- ANTHONY, G./AUBY, J.B./MORISON, J./ZWART, T., *Values in Global Administrative Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011.
- CASSESE, S., *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Vol. I., Reus, Madrid, 1986.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Vol. I., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I., Tecnos, Madrid, 2003.
- DI ROBILANT, A., «Genealogies of Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*. 58, 2013, págs. 218-268.
- DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- DOMINGO OSLE, R., «La pirámide del Derecho Global», *Persona y Derecho*, n. 60, 2009, pp. 29-62.
- DOMINGO OSLÉ, R., «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, 2012, pp. 99-123.
- DYZENHAUS, D., «Accountability and the Concept of Global Administrative Law», en H. CORDER (Coord.). *Global Administrative Law: Innovation and Development*. Kapstadt, 2009.

- GARCÍA FIGUEROA, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en ALEXY, R., GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 333-370.
- IGLESIAS SEVILLANO, H., *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, Pamplona, Aranzadi, 2020.
- KEOANE, R.O., «Accountability in World Politics», *Scandinavian Political Studies* 29-2, 2006., 75-87.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, págs. 15-61.
- LADEUR, K.H., «The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation», IILJ Working Paper 2011/1.
- LA TORRE, M., «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 64, 2016.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961.
- MARKS, S., Naming Global Administrative Law, *New York University Journal of International Law and Politics*. 37, 2005, 995-1001.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias, *Revista de Administración Pública*. 51, 1966, 97-149.
- MCLEAN, J., “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68, 2004 167-187.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, BOE, Madrid, 2015.
- ORTEGA CARCELÉN, M., *Derecho Global: Derecho Internacional Público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014.
- REICHENBACH, H., *Experience and prediction: an analysis of the foundations and the structure of knowledge*. The University of Chicago Press, Chicago, 1938.
- ROCA JUAN, J. (2004). «Artículo 570», en M. ALBALADEJO GARCÍA, y S. DÍEZ ALABART. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2011.

- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Ordenamiento jurídico», en M. ARAGÓN REYES Y C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional* (pág. 324), Civitas, Madrid, 2011.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D. (2008). *El «soft law» administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Madrid, 2008.
- SCHEDLER, A., Conceptualizing Accountability. En A. SCHEDLER, L. DIAMOND, M.F. PLATTNER (Eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationrecht in der Europäischen Gemeinschaft“, *Europa-recht* 31, 1996, 270 y ss.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 171, 2006. Versión original: SCHMIDT-ASSMANN, E., «Die Herausforderung der Verwaltungswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen“, *Der Staat* 25, 2006 315 y ss.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht“, en S. MAGIERA/K.PÁG. SOMMERMANN/J. ZILLER (Coords.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*. [pág. 101]. Dunker & Humblot, Berlin, 2008.
- SIEDENTOPF, H., Die Internationalität der öffentlichen Verwaltung“, en K. KÖNIG/H. SIEDENTOPF. *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*. [pág. 712]. Nomos, Baden-Baden, 1997.
- VERDIER, P. J., «Transnational Regulatory Networks and Their Limits”, *Yale Journal of International Law*. 34, 2011, 1.
- ZARING, D., «Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, *IILJ Working Paper* 2004/6.

