

Reflexiones sobre fuentes del derecho en el positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*

*Reflections on the sources of law in legal positivism
and neoconstitutionalism*

Félix Huanca Ayaviri**

RDP

RESUMEN

En este artículo se analizan, desde las perspectivas, las fuentes del derecho, dentro de un sistema u ordenamiento jurídico; bajo la teoría del positivismo jurídico y la teoría del neoconstitucionalismo. Asimismo, se toma en cuenta el ámbito de análisis teórico conceptual y la función práctica, interpretación y aplicación sobre el caso concreto.

PALABRAS CLAVE: fuentes del derecho; positivismo jurídico; neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This article discusses, from two perspectives, the source of law within a legal system: the legal positivism and the neoconstitutionalism theories.

* El Comité Editorial hace del conocimiento la existencia que del propio autor se encuentra visible en Internet un artículo bajo el título Las fuentes del derecho en el positivismo jurídico y en el neoconstitucionalismo. Este trabajo es una respuesta a ciertas imprecisiones sobre las fuentes del derecho. Es un punto de vista sobre las fuentes del derecho en la perspectiva del positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, tan escasamente comprendida en nuestro medio. No es una posición de un sociologismo sobre el derecho ni es una posición política, es más bien la descripción de la tesis fuerte del positivismo jurídico sobre las fuentes del derecho y la teoría del neoconstitucionalismo sobre el mismo.

** Profesor en la Universidad Mayor de San Andrés y miembro de la Asociación Latinoamericana del Caribe e Ibérica de Análisis Económico del Derecho (ALACDE).

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

Additionally, it takes into account the theoretical, conceptual, and the practical function in representation and application to a concrete case analysis.***

KEY WORDS: sources of law; legal positivism; neoconstitutionalism.

Sumario

1. Introducción
2. Aproximación: positivismo jurídico y neoconstitucionalismo
3. Precisión del sentido fuente: fundamento
4. Fuentes en el positivismo y neoconstitucionalismo. La ley, la jurisprudencia, la costumbre
 - A. La legislación como fuente del derecho
 - B. La jurisprudencia como fuente del derecho
 - C. ¿La costumbre, fuente del derecho positivo y del derecho constitucional?
 - D. Aclaración sobre fuentes del derecho: Constitución y código civil

1. Introducción

Este artículo tiene como objetivo analizar las fuentes del derecho dentro de un sistema u ordenamiento jurídico, bajo la perspectiva del positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Tanto en su perspectiva teórica conceptual y función práctica, interpretación y aplicación sobre el caso concreto.

En la literatura jurídica —al menos en nuestro medio— el tema de fuentes del derecho ha merecido escaso análisis teórico y menos la función práctica que desempeñan las fuentes dentro de un ordenamiento jurídico. En esa perspectiva, ésta investigación pretende responder a las siguientes interrogantes: ¿Qué se entiende por fuente desde el positivismo jurídico y neoconstitucionalismo? ¿Qué clases de fuentes existentes? y ¿Cuáles son las fuentes calificadas del derecho dentro de un ordenamiento jurídico, en el contexto del positivismo jurídico y neoconstitucionalismo?

*** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, www.solcarga.com.mx.

Consideramos que de una precisa comprensión teórica, interpretación y aplicación práctica de las fuentes depende la aplicación correcta de la norma a un caso concreto; en especial, en los llamados casos *difficiles*, esto es, donde no hay norma aplicable precisa ya sea por lagunas o vacíos en el ordenamiento o porque dos normas iguales tienen tratamientos distintos sobre el mismo caso. Situación en la que los jueces deben resolver los casos conforme a la denominada sana crítica, analogía o equidad,¹ que no es otra en la que el derecho dado en la sentencia es un derecho creado por el juez ordinario; no siendo por tanto un derecho del legislador, circunstancia no aceptada pacíficamente por el neoconstitucionalismo; pero, además por sugerir de que sería contrario a la legitimidad democrática, esto es, la división de poderes,² funciones o facultades.

2. Aproximación: positivismo jurídico y neoconstitucionalismo

El positivismo jurídico se puede resumir que tiene tres vertientes: ideológico, teórico y metodológico.³ Según Bobbio es una corriente que explica el derecho del Estado, que tiene la finalidad de convertir el derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales⁴ que comprende el estudio del derecho positivo y la teoría general del derecho. Entendido así el positivismo jurídico estudia el derecho del Estado y por ella entendemos al conjunto de normas jurídicas válidas del Estado, esto es, la Constitución y las leyes. Pero, hay que matizar que en los inicios del positivismo jurídico, esto es, en los inicios de los Estados modernos la

¹ En el actual Código Procesal Civil, permite fallar por equidad tratándose de derechos disponibles, prevista en la parte final de los artículos 25 y 214, y que la misma implica desde el positivismo jurídico volver al derecho natural.

² Según la teoría clásica de la división de poderes, tanto el Legislativo, el Ejecutivo como el Judicial, tienen funciones específicas.

³ Bobbio aborda desde tres perspectivas como método, teoría e ideología del derecho, véase la segunda parte, pp. 141 y ss.; así como la conclusión pp. 237 y ss. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993; Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, núm. 60, p. 8.

⁴ *Op. cit.*, p. 145.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

principal fuente del derecho estatal es la ley y no así la Constitución que será desarrollado en el siglo XX. Bajo esa perspectiva para el positivismo jurídico no hay más derecho que el derecho del Estado; por tanto, bajo el positivismo jurídico los derechos que puedan tener fundamento u origen en el derecho natural, la costumbre o moralidad de un pueblo no son derechos, sino cualquier cosa, menos derechos.

Por otra, según Prieto, por neoconstitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas son expresiones cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica nacida después de la Segunda Guerra Mundial,⁵ sustentada en tres acepciones principales: en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es, también, una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Tercero, por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.⁶

Desde la segunda posición, esto es, teoría para explicar el modelo, del Estado constitucional de derecho parece reclamar una nueva teoría del derecho, una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. Hay algo bastante obvio sobre esto: la crisis de la ley, una crisis que no responde sólo a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos más o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de unidad europea, por ejemplo, el desarrollo de las autonomías territoriales por

⁵ La aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado en los años setenta por R. Dworkin en su trabajo *Los derechos en serio*, en la propuesta de los principios además de que el derecho no se distingue de la moral en cuanto incorpora principios comunes a ambos. Pero también se pueden encontrar precedentes significativos del neoconstitucionalismo, las críticas al positivismo jurídico anticipadas por G. Sartori y N. Matteucci en los años sesenta: así el trabajo *Constitucionalismo. Una discusión preliminar* (1962) o *Positivismo jurídico y constitucionalismo* (1963) esta última que aparece como libro en 1996 y otras posteriores a ella como de R. GUASTINI *La constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano*, hasta L. Prieto, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, etcétera.

⁶ Prieto Sanchis, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AFDUAM 5, 2001, pp. 201-228.

leyes, la revitalización de las fuentes sociales del derecho,⁷ la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa, como la generalidad y la abstracción.⁸

En vigencia del neoconstitucionalismo, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del derecho que pretendió ser en otra época,⁹ y tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del derecho. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución:

...más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.¹⁰

Los anteriores rasgos se proyectan en tres aspectos, fundamentalmente: en el tema de las fuentes del derecho, en el problema de la interpretación y en la existencia de una ciencia jurídica comprometida,

⁷ En nuestro medio el derecho indígena, originario campesino.

⁸ Prieto Sanchis, Luis, "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", *Ley, principios, derechos*, España, Dykinson, 1998, pp. 17 y ss.

⁹ En palabras de L. Ferrajoli, "La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución". Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, España, 1999, p. 26.

¹⁰ Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, núm. 60, pp. 15 y ss.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

que pone en cuestión la separación entre derecho y moral. Aquí, sólo nos dedicaremos del análisis de la primera.

La crítica del positivismo jurídico ha actuado como saludable revulsivo medicamento de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalista, autosuficiente, anclados en el modelo del Estado liberal decimonónico y sobre todo, alejados tanto de las ciencias sociales como de la filosofía moral.¹¹ Donde la ley —como hemos dicho— es la fuente primaria del derecho y será válida si ha sido producida por autoridad competente y procedimiento previamente autorizado.¹² Por otra, desde la filosofía moral el derecho es separado de la moral, la política y otros sin ajustarse a los criterios de las ciencias sociales, justificación que los vemos en el primer Kelsen.¹³

En la perspectiva señalada analizaremos, aquí, las fuentes del derecho dentro de un ordenamiento jurídico a la luz del positivismo jurídico y neoconstitucionalismo desarrollado a partir del siglo XX, dada la contribución de ésta última en el desarrollo de la teoría general del derecho moderno. Los positivistas jurídicos —en su versión más radical, los ideológicos— sostienen que a partir de la existencia del Estado sólo existen los derechos positivados en las normas estatales, leyes,¹⁴ no siendo, por tanto, derechos aquellos que tengan como raíz la moralidad o la costumbre de los pueblos; salvo la expresa remisión legal a las mismas para la solución de casos concretos, tal ocurre en el caso boliviano en la ley civil y ley del trabajo, esto permite concluir que el derecho no existe ni vale por sí sólo sino por disposición o reconocimiento del derecho positivo.

Frente a la omnipresencia legal el noeconstitucionalismo desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, establece como primera y única

¹¹ *Op. cit.*, p. 93.

¹² Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 169.

¹³ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1934.

¹⁴ Su mayor exponente Hobbes: “Antes de que existiera los poderes políticos, no existía lo justo y lo injusto, de modo que la naturaleza de lo justo e injusto depende de lo que está ordenado. Toda acción es por naturaleza es indiferente, y el que sea justa o injusta depende del derecho del gobernante. Los reyes legítimos hacen justas las cosas que mandan, por el hecho de mandarlas, e injustas las cosas que prohíben, por el hecho de prohibirlas”. Hobbes, T., *Del ciudadano*, 1642, trad. de A Catrysse, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 192.

fuelle la Constitución como norma fundamental del sistema; en otras palabras, es la norma que limita el sistema, esto quiere decir, nada fuera de la constitución ni nada contra la Constitución. Por tanto, todo el resto del ordenamiento debe estar supeditado a la constitución, estamos frente a la primacía de la constitución o la constitución entendida como *lex superior*. Asimismo, el constitucionalismo contemporáneo ha contribuido con críticas al positivismo jurídico en su versión metodológica, que en pocas palabras se puede entender a decir de Prieto de la siguiente manera: “ninguna constitución sin teoría ética que la sustente; ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral”. Esto es, pasar de la versión del primer Kelsen de la *Teoría pura del derecho* que defendía la pureza del derecho a una argumentación del derecho mínimamente moralizado en el segundo Kelsen.¹⁵

3. Precisión del sentido fuente: fundamento

Desde la teoría general del derecho y constitucional ha sido muy discutido el problema donde debe ubicarse la teoría y el estudio de las fuentes. Así, para Bobbio “...son fuentes del Derecho los hechos o los actos a los que un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas”.¹⁶ Para Santi Romano no podía ser otro que el derecho constitucional y para otros una construcción teórica dentro de cada rama del derecho, por lo que se habla de fuentes del derecho civil, penal, etcétera. En la perspectiva del desarrollo del constitucionalismo la cuestión no fue ni mucho menos pacífica hasta que se acabó por considerar a la Constitución como *lex superior* del ordenamiento, en cuya virtud éste debe ser aplicado e interpretado a la luz de aquella *principio pro constitutione* o *norma normarum*, fundamento último de la juridicidad de cualquier ordenamiento jurídico del Estado en sentido moderno.

Otros, como de Castro, advertían que tres serían los significados del concepto fuentes: filosófico, técnico e instrumental.

¹⁵ Véase su trabajo *Teoría del Estado y del derecho*.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 169.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

1. Fuente del derecho es la causa última, la raíz de *todo lo jurídico*, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista por fuente se entendería el nacimiento o razón que otorga legitimación objetiva y validez al sistema de normas de una colectividad.
2. También se entiende por fuente de derecho, las *fuerzas sociales que producen legítimamente*, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas que constituyen el ordenamiento.
3. Finalmente, existirían las *fuentes de conocimiento del derecho positivo* o material, que se utilizaría para poder averiguar el contenido de las normas jurídicas (De Castro, 1995).

Para el citado autor, prescindir de los significados filosóficos e instrumental, como fuente en sentido técnico jurídico, sería la tercera opción como el mejor criterio para determinar el sistema de fuentes dentro de un ordenamiento. Entendido así el significado general de fuentes del derecho, desde la perspectiva del positivismo jurídico, la fuente debe ser encontrado dentro de cada ordenamiento jurídico y no fuera de ella, pues cada ordenamiento poseería su propio sistema de fuentes, preferentemente establecidas, positivadas.

Además de lo anotado, debemos precisar que en los Estados modernos con raíces en la tradición romano-germánico o derecho continental europeo la prevalencia de la ley escrita sobre el *ius non scriptum* es una constante que habrá de tenerse en cuenta, —luego de la aparición del Estado—; tradición que al pasar por el pensamiento racionalista del siglo XVIII, hará de la ley “un producto de la voluntad general” (Rousseau), aunque como hemos dicho ha sido desfasado por el neoconstitucionalismo. El predominio de la fuente escrita es resultado de la Revolución francesa, que se impone como garantía de los ciudadanos en el constitucionalismo decimonónico, a pesar de los esfuerzos de la escuela histórica de Savigny de mantener el espíritu del pueblo como fuente legítima de todo derecho (Huanca, 2005); finalmente, derrotada por la desbordante vitalidad del proceso codificador francés y su posterior expansión más allá de la Europa continental, esto es, Latinoamérica como sabemos.

Según el neoconstitucionalismo es de vital importancia establecer cuál es la fuente prioritaria, ella no es más que la Constitución, los demás actos o hechos que producen normas sólo son fuentes subordinadas a ella. Las fuentes subordinadas se denominan fuentes de conocimiento del derecho y las superiores fuentes de calificación jurídica. Volviendo a Bobbio el positivismo jurídico, "...a pesar de admitir la existencia de una pluralidad de fuentes de conocimiento, sostiene la existencia de una sola fuente de calificación que sería la ley".¹⁷ La ley a lo largo de la historia de la formación del Estado moderno, ha ido prevaleciendo sobre las restantes fuentes del derecho, de forma que ha llegado a ser la única fuente de calificación.¹⁸ Pero, en el neoconstitucionalismo la ley debe adecuarse a la constitución, porque ésta deja de tener tal cualidad, como rotundamente dice Carbonell en el Estado constitucional ya se habla de la muerte de la ley¹⁹ o ha sido superado por la Constitución.

El neoconstitucionalismo establece que las normas integrantes del derecho constitucional son definidoras de los valores y principios; esenciales del ordenamiento estatal y reguladoras de la organización y distribución de los poderes del Estado en tiempos actuales, que se han expresado históricamente mediante formas muy distintas. Pero entre todas ellas destaca una, que se puede considerar como la fuente por excelencia del derecho constitucional, hasta el punto de determinar su mismo nombre. Incluso, desde el neopositivismo se afirma que es la única fuente del derecho contemporáneo. La fuente esencial, en efecto del derecho constitucional en la inmensa mayoría de países contemporáneos —y desde luego en el caso boliviano— es el texto de la Constitución escrita; un texto único con un contenido organizado

¹⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ Según Merino Merchán, desde una perspectiva crítica en el siglo XX, se ha distinguido tres grupos normativos diferentes: a) las fuentes escritas la ley constitucional, la ley, y la potestad reglamentaria, Decreto supremo en Bolivia; b) fuentes no escritas las costumbres y los principios generales del derecho, y c) fuentes indirectas: los tratados internacionales y la jurisprudencia, esta última con algún reparo en nuestro medio. Merino Merchan *et al.*, 1997, este enfoque no precisa el carácter de las fuentes dentro de un ordenamiento.

¹⁹ Carbonell, Miguel, "Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís", *Isonomía*, núm. 8, 1998, pp. 207-214.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

sistemáticamente, al que se confiere una superior fuerza vinculante, y cuya reforma se hace depender de procedimientos más difíciles que los exigidos para la alteración del resto de las normas del ordenamiento.

En las sociedades actuales el empleo del término Constitución, en un sentido formal y estricto, ha venido a desplazar otros usos del concepto fuente, de aplicación en otros tiempos.²⁰ A veces se ha empleado para referirse al diseño o reparto general de poder en un Estado; pero para ello es preferible, conveniente y más utilizado el término de régimen político, en ocasiones, inclusive, se ha diferenciado entre Constitución formal —esto es, la constitución así designada explícitamente— y la Constitución material —las auténticas relaciones de poder en una comunidad política—. Pero tal diferenciación no resulta relevante desde una perspectiva jurídica. Las relaciones fácticas de poder pueden dar lugar a situaciones de dependencia efectiva, de subordinación o de obediencia de hecho;²¹ pero, por sí sola no dan lugar a obligaciones jurídicas exigibles ante órganos jurisdiccionales, y cuyo incumplimiento provoque sanciones basadas en el derecho. La Constitución se concibe hoy en forma general, como una norma escrita y de rango superior; en otras palabras es la *lex superior*.

Pero también debemos señalar algunos supuestos en el que las normas del derecho constitucional no se expresen a través de una Constitución como texto unificado escrito. La excepción más conocida y representada es la del ordenamiento británico, en el que si bien existe un derecho constitucional no existe un texto constitucional. Debe tomarse en cuenta que se trata de excepciones en un panorama caracterizado por el predominio de las Constituciones escritas.

La preferencia por un texto escrito, único y solemne para establecer los principios y reglas —no valores todavía— del sistema aparece en los mismos principios del constitucionalismo. Tal así, que en el curso

²⁰ Así, por ejemplo, antes de que existan los Estados la principal norma para resolver los problemas sociales fue la costumbre, misma que fue desplazada a la aparición del derecho estatal por la ley. Esta identificación suele ser la fuente de los errores en establecer la costumbre como fuente del derecho.

²¹ En nuestro país son las acciones de control social a través de los movimientos sociales, pero tales acciones por sí solas no generan ningún derecho, sólo serán tales si son reconocidos como derechos si son efectivamente positivados en la Constitución o leyes.

histórico la Revolución norteamericana se plasma definitivamente en el texto constitucional, aun vigente, de 1787. La Revolución francesa, en las Constituciones de 1791, de 1793 o del año I, y de 1799, o del año III. Ello respondía sin duda a la firmeza y posibilidad de conocimiento, que resulta de la forma escrita y solemne, así como por la facilidad de su aplicación práctica dentro de un territorio, Estado. Pero también derivaba de precedentes históricos, que establecían la fijación en un documento de reglas fundamentales del sistema político. En Europa continental se trató casi siempre de precedentes medievales, pero que eran considerados simbólicamente como exponentes de viejas libertades aplastadas por las Monarquías absolutas. En Latinoamérica, si bien son tomados los precedentes medievales europeos es necesario hacer énfasis en que la fuente más dura proviene del constitucionalismo americano y francés, olvidando los derechos consuetudinarios locales de los nacientes Estados, aunque en la vigente Constitución boliviana (2009) se verifica la introducción del derecho indígena, originario, y campesino en sentido seminal, en clave de principios y valores y no sólo jurídicas véase el preámbulo, por ejemplo, bien pueden perfilarse en el neoconstitucionalismo sobre el que nos remitimos a un futuro trabajo de investigación.

Conforme al constitucionalismo, la Constitución es el límite del sistema; a título ilustrativo veamos los criterios vertidos sobre las fuentes del derecho en algunos trabajos de derecho constitucional, de algunos autores nacionales, en las que identificamos que el concepto *fuentes* tiene deficiente conceptualización y, por lo mismo, lleva a confusión. Tal es así, que casi todos los trabajos consultados establecen como fuentes del derecho constitucional la: ley, jurisprudencia, doctrina, costumbre, historia y otros, tal como veremos en adelante. Así, véase en Asbun (2004, pp. 28-33); Flores (2000, pp. 8-11), y Dermizaky (1996, pp. 21-23). El primer autor cita a la Constitución, los tratados, las leyes, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina; el segundo, la historia, la costumbre, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, y el tercero, la historia, la costumbre, la Constitución, leyes constitucionales y políticas, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado. Los citados trabajos no definen el concepto de fuente(s) del derecho ni el sentido de

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

la vertiente al que pertenecen ya sea del positivismo jurídico o constitucionalismo actual; por otro lado, consideran a las fuentes citadas como si todos tuvieran la misma calificación, lo que no precisamente es aceptado en la teoría del derecho neoconstitucional, ello conduce a imprecisiones y confusiones en la comprensión de las fuentes²² y una deficiente aplicación de las normas a casos concretos.

4. Fuentes en el positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. La ley, la jurisprudencia, la costumbre

Para precisar el objetivo restringiremos nuestro análisis a la ley, la jurisprudencia y la costumbre como probables fuentes del derecho en el contexto del positivismo jurídico y neopositivismo. Si para los neoconstitucionalistas la Constitución es una fuente principal, no ocurre lo mismo para una buena parte de los positivistas jurídicos que sostienen la ley como principal fuente del derecho, veamos rápidamente estos criterios.

Bajo el positivismo jurídico, un ordenamiento debe cumplir dos requisitos: que sea complejo y jerárquicamente estructurado. La segunda característica es la que nos lleva a la explicación de las fuentes del derecho distintas de la Constitución. En efecto hay circunstancias que explican que se encuentren, también, en otros tipos de normas; la determinación de aquellos mandatos que, por su importancia para la organización de la comunidad política, y por su carácter formalmente superior, se incluyen en el derecho constitucional y estos son los siguientes casos:

Primero, el desarrollo histórico peculiar de algunos países ha dado lugar a la ausencia de un texto constitucional formal. El caso del Gran

²² En el trabajo derecho constitucional comparado de Juan Ramos Mamani, profesor de derecho constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés, vemos la misma deficiencia. Así, en relación con las fuentes establece "...las fuentes del Derecho Constitucional, son las mismas que para el derecho positivo en general, es decir: la ley, jurisprudencia, costumbre, historia, doctrina, constitución y leyes constitucionales". Ramos Mamani, Juan, *Derecho constitucional contemporáneo*. La Paz, Editorial Bolivia Dos Mil, 2003, p. 15. En ella se puede apreciar que el derecho constitucional no sería parte del positivismo jurídico ni del constitucionalismo actual, apreciación absolutamente confusa. Es más, en el contexto del constitucionalismo boliviano no establece ningún ejemplo de costumbre que se hubiera calificado como derecho. Sería oportuno una aclaración sobre el mismo.

Bretaña es el más citado; pero pueden, también, encontrarse otros ejemplos históricos, así la III República francesa, de 1871 a 1940. Se trata o trataba de países que, sin duda, tienen un régimen y un derecho constitucional, aun cuando éste derecho se exprese mediante otros medios o instrumentos normativos, legales o consuetudinarios distintos de la Constitución.

Segundo, en países dotados de una Constitución formal, el Poder Constituyente puede haberse remitido a otras fuentes para establecer elementos fundamentales del sistema. El carácter forzosamente reducido del texto constitucional impide en él regulaciones que pueden resultar de importancia decisiva; por otra parte, no pueden excluirse circunstancias cambiantes que exijan modificaciones de las previsiones constitucionales, sin que se estime conveniente realizarlas mediante la reforma constitucional. Por ello, en muchos supuestos, el Poder Constituyente prefiere remitirse a otras normas, que se integran en el llamado bloque de la constitucionalidad.

Tercero, las normas constitucionales emplean conceptos y remiten a valores a los que se atribuye un determinado significado, ello requiere en ocasiones de una labor más que interpretación²³ ponderativa; tampoco puede excluirse que el lento pero innegable cambio de las pautas culturales de una sociedad altere el significado de los conceptos constitucionales, que habrán así, de ser reinterpretadas. Se ha podido, por ello, considerar como fuente directa o indirecta del derecho constitucional la interpretación que de las normas y valores constitucionales efectúan; sobre todo los tribunales y, más discutiblemente, la teoría científica, doctrina.

Cuarto, el creciente desarrollo de las relaciones internacionales y la progresiva creación de uniones y organizaciones supranacionales ha dado lugar, sobre todo en el último cuarto del siglo XX, al surgimiento de normas de carácter internacional que se revelan como vinculantes respecto de los poderes públicos de los Estados miembros. Aspectos que plantean la necesidad de considerar unas fuentes adicionales del

²³ Según Aulis Aarnio, interpretar es crear normas; esto es, normas que no emanan del legislador o del constituyente sino de un juez ya constitucional u ordinario según sea el caso. Aarnio, Aulis, *Derecho racionalidad y comunicación social*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

derecho constitucional: los acuerdos internacionales y las normas y decisiones provenientes de las instituciones creadas por esos acuerdos. Se trata de un desarrollo relativamente novedoso, y, por ello necesitado de un tratamiento particular; por lo tanto, y para una consideración más detallada de estos fenómenos, las fuentes. Sin embargo, no examinaremos las fuentes de carácter inter o supranacional pues conforme la Constitución, artículo 410, los tratados internacionales tienen rango inferior a la Constitución, equiparable a las leyes, salvando los referidos a los derechos humanos.²⁴

A. La legislación como fuente del derecho

En Europa continental, la ley y la Constitución representan dos tipos de normas formalmente distintas en su construcción y tiempo, positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. El primero su extensión a Latinoamérica no es extraña por el proceso de la Colonia. En relación con el neoconstitucionalismo su extensión a Latinoamérica proviene especialmente luego de la vigencia de la Constitución española de 1978, que trasciende en la Constitución colombiana de 1991, la venezolana de 1999, hasta la boliviana de 2009. La Constitución, como obra del Poder Constituyente, establece un poder legislativo y fija sus competencias y límites. En los inicios de los Estados europeos, caso francés, la ley aparece como obra del legislador producto de la omnipotencia de éste en la que la Constitución no tiene tal valor como la tiene en el neoconstitucionalismo. En el neoconstitucionalismo en virtud de las atribuciones que la Constitución le confiere la ley queda subordinada a ésta. Materialmente, la Constitución regula los elementos que se consideran fundamentales del ordenamiento; la configuración del resto del ordenamiento se confía a la ley como instrumento de desarrollo y éstas a los Decretos supremos como regla general, tal aparece también en nuestro ordenamiento, actualmente en el artículo 410 de la CB.

Sin embargo, hoy ello no significa que la ley desarrolle la Constitución, en el sentido de limitarse a ampliar y especificar los manda-

²⁴ Situación que no ocurre en otros ordenamientos, derecho de la Unión Europea, en las que los derechos previstos en los tratados internacionales tienen rango superior a la Constitución.

tos contenidos en ésta. El legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales, que le vinculan en virtud de la superior posición de la constitución en el ordenamiento. Pero dentro de esos límites, el legislador dispone de una libertad de configuración y creación propia, sin reducirse a desarrollar mandatos constitucionales, véase el artículo 159.1.3 de la CB. Este artículo faculta al legislador a interpretar la ley,²⁵ esto es, las leyes de desarrollo de la Constitución y otras, pero siempre conforme a la constitución.

a. Leyes formalmente reforzadas: constitucionales u orgánicas

En el contexto actual, pese a la diferencia formal entre norma legal y constitucional, en ocasiones la ley se configura como parte del derecho constitucional. En efecto, en algunos ordenamientos como el francés, italiano y español la Constitución se remite, para la regulación de aspectos de relevancia fundamental, a normas de carácter legal. Ahora bien, esa relevancia fundamental se traduce en que la Constitución confiere a determinadas leyes unas especiales características formales. En forma separada y diversa del procedimiento legislativo ordinario, la Constitución, en los países citados, entre otros, se establece un tipo especial de leyes denominadas leyes constitucionales en la Constitución italiana, en el artículo 138, o leyes orgánicas en la Constitución francesa, en el artículo 41, y española, en el artículo 81, que exigen para su aprobación o modificación un procedimiento de mayor rigidez o dificultad que el requerido para las leyes ordinarias; esa rigidez se hace residir en la exigencia de mayorías cualificadas, más allá de las requeridas para la aprobación de las leyes ordinarias. Estas leyes técnicamente se sitúan así en cuanto a su rigidez, en una posición intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias.

La razón para ello es obvia, se persigue que las materias por ella reguladas tengan una cierta estabilidad propia de su carácter fundamental. Por otro lado, y en virtud de ese carácter, se pretende que dis-

²⁵ Que no es otro que la interpretación autentica e histórica.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

pongan de una amplia legitimidad, exigiéndose una mayoría reforzada que puede suponer, también, una mayor garantía para las minorías ya que, se prevé, será necesaria para su aprobación la concurrencia de otros partidos, aparte del mayoritario. Como consecuencia, estas leyes constitucionales se ven revestidas del carácter del derecho más fuerte, colocándose en una especial posición dentro del ordenamiento; posición que puede verse, también, garantizada por las jurisdicciones constitucionales.

En la práctica la contradicción por una ley ordinaria de lo dispuesto en una ley orgánica supone una vulneración de la Constitución dado que la ley orgánica es en función a la misma Constitución. Si ésta ordena que determinadas normas regulan ciertas materias sólo puedan ser aprobadas como leyes orgánicas o constitucionales, el apartarse de este mandato, regulando esas materias por ley ordinaria supone una contravención directa de un mandato constitucional. En otras palabras, una ley ordinaria no puede oponerse a lo dispuesto por una ley orgánica o constitucional válidamente aprobada.

b. Conflictos del uso de leyes constitucionales u orgánicas

En la práctica, la remisión por la Constitución a futuras leyes constitucionales u orgánicas no deja de plantear serios conflictos de interpretación, y su utilización ha sido en ocasiones criticada. Dos serías objeciones pueden aducirse a esta técnica. La primera, que supone reducir el ámbito de actuación del principio democrático. La exigencia de mayorías reforzadas, en efecto, representa una excepción al principio democrático cuando esa mayoría reforzada es de tal entidad, que un grupo reducido de representantes pueden efectivamente bloquear la voluntad mayoritaria del legislador. La exigencia de acuerdo, por ejemplo, de dos tercios, 66% de los miembros de una cámara legislativa puede dar lugar a que, pese a que una amplia mayoría digamos el 65% pretenda adoptar una resolución, una minoría, el 35% pueda bloquearla.

La segunda objeción, viene a relacionarse con lo expuesto, y consiste en el peligro de que mayorías coyunturales aprovechen su posición

para calificar como ley orgánica o ley constitucional determinadas normativas ajenas a lo querido por la Constitución; normativas que una vez aprobadas con ése carácter orgánico o constitucional sólo serían reformables mediante la consecución de mayorías difíciles de obtener.²⁶ Se vendría así a congelar indebidamente parte del ordenamiento jurídico.²⁷ Incluso, sería difícilmente corregida por la interpretación de la jurisdicción constitucional si no se admite una efectiva labor interpretativa de la Constitución, como, por ejemplo, en el caso boliviano cuando la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, faculta la interpretación al órgano legislativo en el artículo 4.III.²⁸

Estos peligros son innegables, y exigen una especial vigilancia por parte de los órganos de control constitucional que deben evitar tanto que se regulen por ley ordinaria normas reservadas a la ley orgánica, como correspondientemente, que se regulen por ley orgánica, y se fosilicen materias fuera del ámbito de esas leyes. Pero, a pesar de ello, el carácter de consenso de muchas Constituciones modernas exige fórmulas que hagan posible, a la vez, dejar un margen al legislador para que configure determinadas instituciones, sin tropezar con la rigidez propia de la normativa constitucional, remitiendo esa configuración a una ley y, por otro lado, garantizar que la formación legal contará con un amplio respaldo, debiendo participar en ellas varias opciones políticas para lo que se exige una mayoría cualificada, presumiblemente fuera del alcance de un solo partido. Así, la Constitución española de

²⁶ Éste se presenta, por ejemplo, en los legislativos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, que tienen una mayoría en su composición en ambas cámaras.

²⁷ En nuestro medio tal parece suceder en el tratamiento y aprobación en el plazo de 180 días de las cinco primeras leyes dispuesta por la disposición transitoria segunda de la Constitución. Pues la prisa y la aplicación de la técnica de los dos tercios como suficientes, deja escaso espacio al análisis crítico y aprobación por consenso de las leyes citadas.

²⁸ Vemos aquí una clara intromisión política en la interpretación constitucional, además de aplicar criterios ajenos a la interpretación constitucional como la prevista en el artículo 6.I., al establecer la aplicación preferente de la voluntad del Constituyente cuando la Constitución no requiere de una interpretación histórica sino evolutiva. La voluntad del Constituyente deviene de la voluntad del legislador para interpretar la ley, pero que tiene objetivos diferentes: la aplicación de la ley pasa por la subsunción, la aplicación de la Constitución pasa por la ponderación. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltran, Barcelona, Gedisa, capítulo VII, pp. 287-303,

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

1978 es un buen ejemplo del uso de esa técnica, si bien pronto se hizo evidente, a partir de 1982, que la exigencia de mayoría absoluta para la aprobación de leyes orgánicas no era garantía suficiente de la necesidad de acuerdos amplios, a que un sólo partido podía obtener repetidamente esa mayoría.²⁹

c. El denominado bloque de la constitucionalidad

Al verse completada la regulación constitucional por la contenida en leyes orgánicas o constitucionales, se emplea en ocasiones la fórmula bloque de constitucionalidad para referirse a un conjunto normativo, integrado por la Constitución y las normas orgánicas, con un carácter de serecho más fuerte. Esta es la práctica, por ejemplo, de la doctrina española como lo ha afirmado Rubio Llorenti. Ahora bien, es necesario distinguir el bloque de la constitucionalidad de otras técnicas de remisión a textos legales, es decir, esas leyes constituyen como parte del bloque de la constitucionalidad.

En efecto, debe distinguirse el supuesto de remisión a una ley, constitucional u orgánica, a elaborar por un futuro legislador de aquellos casos en que la Constitución integra, dentro de sus mandatos, y con el mismo rango que éstos, el contenido de normas legales o constitucionales ya existentes que se convierten, por vía indirecta, en parte de la Constitución. Un ejemplo destacado sería el representado por la Constitución francesa de 1958, la cual proclama, en su preámbulo de la anterior Constitución de 1946, y éste, a su vez, establece que “el pueblo francés... reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrado por la Declaración de Derechos de 1789, y por los principios fundamentales reconocidos *por las leyes de la república*”. En virtud de estas remisiones, se integran, como parte de la Constitución francesa de 1958, el preámbulo de 1946, la Declaración de 1789 y las leyes de la república reconocedora de principios fundamentales, leyes que cobran así rango constitucional. No son por tanto, como las leyes orgánicas, normas intermedias entre las leyes ordinarias y la Constitución, sino son parte de ésta; es decir, de la

²⁹ Sin embargo, no ocurre en condiciones actuales esta situación cuando el Partido Popular tiene un control del parlamento en mayoría.

Constitución sin que materialmente estén en la misma. Por ello, la expresión bloque de la constitucionalidad a decir de López Guerra no tiene el mismo significado en el derecho constitucional español, donde se refiere al conjunto formado por la Constitución y leyes orgánicas, que en el derecho constitucional francés donde significa el conjunto formado por la Constitución de 1958 y las normas anteriores a ella e integradas en ésta que acabamos de citar.

B. *La jurisprudencia como fuente del derecho*

La acepción más generalizada —en Europa continental y Latinoamérica— de jurisprudencia es aquella que se asocia con los fallos de los tribunales superiores y, por ello, considera el papel de las decisiones de los tribunales como relevantes en el derecho. Desde el positivismo jurídico a decir de Bobbio en el proceso de formación del Estado moderno el juez perdió la posición de fuente principal del derecho que había tenido con anterioridad, convirtiéndose en un órgano estatal subordinado al Poder Legislativo y encargado de aplicar fielmente las normas establecidas por este último; esta posición puede resumirse en el sentido de que el juez no puede derogar la ley en sus sentencias, así como tampoco puede hacerlo la costumbre.³⁰ Entonces el poder judicial no es una fuente principal del derecho, pero ello no excluye que el juez pueda ser en algunos casos una fuente subordinada o delegada, en casos en que resuelve un caso conforme la equidad que, incluso, puede recurrir al derecho natural.

Por otra parte, desde el constitucionalismo, la importancia práctica de las decisiones de los tribunales conduce necesariamente a preguntarse de su posible naturaleza de fuente del derecho, y más concretamente del derecho constitucional. Cuando un juez de un tribunal constitucional aplica e interpreta la Constitución en un caso concreto, la pregunta es ¿Puede crear normas constitucionales de alcance general, esto es, normas referentes a la estructura y principios básicos del Estado, que se impongan a los demás poderes de éste, y que serán superiores al resto del ordenamiento?

³⁰ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

En pura teoría la respuesta debería ser negativa. Los jueces ordinarios deben limitarse a aplicar normas preexistentes a casos singulares, subsumiendo una situación particular dentro de los mandatos ya establecidos en una norma general. Cuando la norma general a aplicar es la Constitución debe entenderse que ésta sólo puede ser creada por el Poder Constituyente, no por el juez constitucional ni otro. En nuestro caso, de acuerdo al artículo 158.I.3, los jueces ordinarios sólo tendrían facultad para aplicar la ley y no para interpretar³¹ ni crear derecho, ya que la misma sería facultad del legislador; sin embargo situación distinta se desprende de las facultades del tribunal constitucional plurinacional, artículo 196.II CB y artículo 6o. de la Ley 27, que tiene facultades de interpretación.

En general, tal conclusión es difícilmente aceptable a la vista de la realidad, así el desarrollo del derecho en el contexto europeo, y ello tanto en el ámbito del derecho constitucional como en otras ramas del derecho. Para aplicar a un problema o situación concreta de los mandatos constitucionales es necesario previamente definir cuál es el contenido de esos mandatos. Y ello, evidentemente, no puede ser una tarea meramente automática. Por una parte, será necesario llevar a cabo las tareas usuales de integración del mandato constitucional; esto es, determinar cuál sea ése mandato, a la vista del contenido de los diversos preceptos constitucionales o del bloque de la constitucionalidad que versan sobre una materia. Pero, además, esta tarea ha de realizarse respecto de preceptos que, como ya se ha dicho, poseen una notable complejidad y una considerable carga técnica y valorativa. Al ser los conceptos constitucionales resultado de un proceso de

³¹ Al respecto sobre nuestro ordenamiento véase mi artículo: Huanca Ayaviri, Félix, “¿Interpretación de la constitución y creación del derecho o aplicación de la constitución?”, *La razón*, La Paz, 2005. Por otra parte, conforme el Código Procesal Civil aprobada por el legislador y que entrará en vigencia plena en agosto de 2014; según el artículo 6o., misma faculta al juez interpretar la ley procesal, al interpretar dicha ley el juez estaría creando un procedimiento distinto del previsto por el legislador, que sería contrario a la disposición constitucional citada, dice además: “En caso de vacío en las disposiciones del presente Código, se recurrirá a normas análogas...”. ¿Cuáles son las normas análogas? ¿Las leyes procesales comparadas? Una cosa es interpretar derechos legales y otra distinta es interpretar norma procesal, en este último caso reitero el juez estaría asumiendo poderes no previstos en la Constitución para los jueces ¿O simplemente es un error que más que remedios traerá más problemas ante el tribunal constitucional?

creación intelectual históricamente condicionado, su significado no es inmediatamente evidente; en muchos casos ni siquiera se trata de un significado fijo, sino sometido a una continua evolución. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de definir el sentido del concepto soberanía establecido en el artículo 7o. de la Constitución o el contenido esencial de los derechos fundamentales, artículos 15 y ss. Por otra parte, disponemos de la suficiente perspectiva histórica para comprobar que los mismos conceptos no tienen hoy el mismo significado; que por ejemplo hace cincuenta o cien años. Para seguir con un ejemplo ya planteado, el contenido del término soberanía no es idéntico hoy, tras los procesos de integración supranacionales verificados en Europa o los procesos de Latinoamérica junto a la UNASUR³² y otros, del que pudo tener la primera mitad del siglo pasado, tal como hemos hecho referencia más arriba. Es más, es necesario, no sólo precisar el significado de los mandatos constitucionales, sino además, y en el caso de Constituciones longevas, adecuar ese significado al valor o uso real de esos conceptos en cada momento histórico, de ahí que en la interpretación constitucional no vale la interpretación literal.

Esa fijación y adecuación más esa modulación entre dinámica social y la fría o rigidez de la Constitución ha sido superado por el neoconstitucionalismo, tal como hemos afirmado más arriba bajo el criterio de aplicación: más principios que reglas, más ponderación que subsunción. En Estados Unidos es interesante el desarrollo de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte modulando ese proceso y por lo mismo no fue necesario el recurso a nueva Constitución. Desde ese punto de vista si bien no innova o crea normas nuevas en teoría, pero materialmente sí lo hace, al precisar el contenido de normas constitucionales preexistentes, viene a establecer mandatos que vinculan a los demás poderes.

En el neoconstitucionalismo se acentúa la tendencia a establecer a los órganos jurisdiccionales —en nuestro caso el Tribunal Constitucional—, como supremos intérpretes de la Constitución; la interpretación realizada por esos órganos se imponen pues, en muchos ordenamien-

³² La construcción de integración supranacionales no es posible con base en el concepto absoluto de soberanía que primaba en los orígenes de los primeros estados 1776 Estados Unidos y 1789 Francia, la integración implica cierta sesión de soberanía en ciertos temas sin los cuales no es posible la construcción de unidades supranacionales.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

tos, a los demás poderes del Estado, esto es, lo que se ha denominado criterio de vinculación.

La relevancia de la jurisprudencia como efectiva fuente de normas constitucionales aunque, en teoría se limita a revelar lo que ya estaba en la Constitución, no deja de plantear conflictos, sobre todo de seguridad jurídica: ¿Cómo es posible que un mandato creado, con pretensión de permanencia, por el Poder Constituyente, puede verse sujeto a una cambiante interpretación de un órgano jurisdiccional? La respuesta a esta pregunta sólo puede obtenerse a partir de la forma de actuación de los tribunales. Estos deben actuar, no según su propio arbitrio, sino justificando o motivando sus decisiones, y fijando razonadamente criterios de interpretación, que vinculan al mismo tribunal en el futuro.³³ Esta interpretación, precisión, y ponderación paulatina de los preceptos constitucionales es lo que convierte a una Constitución en una norma viva, y es lo que ha hecho posible que Constituciones ya antiguas, como la norteamericana, puedan seguir en vigor y regular sociedades muy distintas de aquéllas en que nacieron. En otras palabras, estos tribunales hacen posible la comunicación entre necesidades sociales y la letra de la Constitución; la interpretación actuaría como filtros comunicativos en el tiempo a través de una relación de derechos y moral cuyo puente de comunicación son los principios, que constituyen la justificación moral y política del derecho vigente.³⁴

Sin embargo, habrá que tener en cuenta que existe distinta función de la Corte Suprema americana y el Tribunal Constitucional boliviano, pues en cada una de ellas la interpretación vía jurisprudencia no es lo mismo. En el caso americano se entiende y acepta que los jueces también crean derecho, por tanto, no sólo los legisladores crean derecho; en el caso boliviano, el tribunal constitucional más parece ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes que un verdadero interprete de ella, esto se desprende del artículo 4.III. y IV, es decir, no se aceptaría la tesis fuerte de ser creador de derecho no creado por el Cons-

³³ Podemos estar, también, frente a interpretaciones políticas necesarias y justificadas o frente a interpretaciones políticas no necesarias y no justificadas, sino ante interpretaciones políticas con objetivos políticos; no hay que olvidar que los tribunales superiores, al ser de alguna manera políticos, fallan opciones políticas, según los tiempos.

³⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

tituyente. Concluyendo, la jurisprudencia sólo sería fuente del derecho si se acepta fuertemente la tesis de que el Tribunal Constitucional crea derecho vía interpretación y que las mismas serían impuestas a otros poderes públicos.

C. *¿La costumbre, fuente del derecho positivo y del derecho constitucional?*

A decir de Bobbio “La posición teórica y práctica que se atribuye a la costumbre tiene una relevancia especial en el proceso histórico que condujo al predominio de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho”. En sentido histórico, para explicar el fundamento de la juridicidad de las normas consuetudinarias existirían tres categorías de pensamiento jurídico: la doctrina romano-canónica, la moderna y la de la escuela histórica. Las dos primeras niegan a la costumbre el carácter de fuente de calificación y sólo la tercera es la única que acepta el fundamento de la validez de la costumbre como fuente de calificación, pues considera que tiene carácter jurídico con independencia del legislador, del poder judicial y del científico del derecho porque su validez se funda en la convicción jurídica del pueblo.³⁵

Desde el constitucionalismo es más difícil aceptar que la costumbre pueda considerarse una fuente del derecho constitucional. Aunque en otras ramas del derecho se admite la posibilidad de la costumbre como fuente de reglas jurídicas, costumbre que surge de un elemento material —la repetición de una conducta— y de un elemento de carácter psicológico, la convicción arraigada de la obligatoriedad de la conducta repetida *opinio iuris necessitatis*, tal como sucede en nuestra legislación civil y laboral, pero siempre por remisión o autorización legal.

Dadas las características del neoconstitucionalismo resulta inaplicable, a su ámbito, por los argumentos que exponemos a continuación.

³⁵ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 174 y ss. Según Bobbio, las relaciones históricas entre ley y costumbre se puede considerar en tres situaciones típicas: a) la costumbre es superior a la ley; b) la costumbre y la ley están en un mismo plano, derecho canónico, y c) la costumbre es inferior a la ley, es la que se da con la formación del estado moderno en la que ley prevalece sobre la costumbre de forma que se admite sólo la costumbre *secundum lege* y que ha sido teorizado por el positivismo jurídico.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

Es cierto, que en otras épocas y específicamente, en el caso británico en que reviste especial relevancia, pudo considerarse que la reiteración de una determinada práctica por parte de los altos poderes del Estado venía a dar lugar a la conversión de esa práctica en regla vinculante para esos mismos poderes. La conducta reiterada se convertirá, así, en regla constitucional, aceptada y cumplida como vinculante.

Sobran ejemplos al respecto, en el ordenamiento británico donde la costumbre, en ausencia de Constitución escrita cumple un papel relevante, como en otros casos. El más conocido y citado es, posiblemente, el representado por la III República francesa (1871-1940) en que la posibilidad de disolución de la Asamblea por parte del presidente de la república —posibilidad prevista en el artículo 5o. de la Ley de 25 de febrero de 1875— se consideró eliminada por el desuso de la misma a partir de 1877.

Sin embargo, en tiempos actuales y a la luz de las características que hoy asume el neoconstitucionalismo, basado en el Poder Constituyente de la comunidad, y dotado de una fuerza vinculante superior, el papel de la costumbre queda sin duda descartado como fuente de normas constitucionales. Y ello, tanto en lo que se refiere a la costumbre que contradiga la Constitución, costumbre *contra constitutionem*, como la que la complete, costumbre *praeter constitutionem*, o que la desarrolle o interprete, costumbre *secundum constitutionem*, esto de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Desde una perspectiva de legitimidad política, resulta difícilmente admisible que puedan crearse normas fundamentales que no provengan de la voluntad de la comunidad, sino de la práctica de algunos órganos o poderes públicos, pues ya queda descartada plenamente la práctica individual. La creación de normas constitucionales por vía consuetudinaria supondría, de hecho, dejar en manos de unos pocos individuos la elaboración de normas fundamentales para la organización de la comunidad. Ello resulta especialmente inadmisibles en el caso de la costumbre *contra constitutionem*, en la que la voluntad del constituyente de la comunidad política se vea anulada por la conducta repetida de unos pocos individuos o grupos.

b) Desde la perspectiva de la constitución, como derecho más alto o más fuerte, la costumbre tampoco tiene cabida dentro del ámbito del derecho constitucional, si una costumbre pudiera derogar una norma de la Constitución, significaría que esta expresión de la voluntad del Poder Constituyente dejaría de ser la norma suprema, una ley, por ejemplo, podría contradecir un mandato constitucional que hubiera sido derogado por la costumbre en contra. La Constitución perdería así su carácter supremo, y quedaría a merced de prácticas reiteradas contrarias a sus mandatos, costumbre *contra constitutionem*.³⁶

c) Pero resulta inaceptable la costumbre no opuesta a la Constitución sino complementaria de ésta. En efecto, si se diera valor constitucional a la costumbre significaría darle el valor de derecho más alto. Como consecuencia, las normas que se opusieran a una costumbre creada al margen de la Constitución serían, también, inconstitucionales. Ello significaría, simplemente, restringir la libertad de acción que la Constitución concede al legislador en expresión de la voluntad popular y, por ello, representaría una contradicción respecto de lo mandado en el texto constitucional.

d) La costumbre constitucional, pues, no es compatible con una concepción del derecho constitucional como normativa vinculante de todos los poderes del Estado, incluso respecto del legislador. Dar esa fuerza a la costumbre supone, no sólo contradecir el principio democrático que inspira la doctrina del Poder Constituyente, sino incluso, contradecir las previsiones constitucionales que fijan el ámbito de actuación de los poderes del Estado, y les confieren un margen de libertad de acción, que no puede legítimamente restringirse.

Otra cosa es la existencia de convenciones o prácticas arraigadas de comportamiento de los poderes públicos, en sus relaciones mutuas; estas convenciones pueden estimarse como convenientes o útiles, o incluso políticamente vinculantes, si su no observancia puede dar lugar a desventajas políticas, rechazo de la opinión pública, críticas de otros actores políticos. Pero tales convenciones no son normas jurídicas que

³⁶ Es importante recordar que desde que nace el derecho positivo junto al Estado y en la actualidad prevé como derechos del Estado la Constitución y las leyes, y las que derivan de ellas. En ese marco la costumbre está fuera de ese alcance creativo estatal.

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

puedan alegarse ante los tribunales cuya contravención acarree necesariamente una sanción prevista en el ordenamiento, impuesta por un órgano predeterminado. Ni la costumbre ni las convenciones, pues, pueden considerarse como fuentes del derecho constitucional, ni como normas que se impongan al legislador. Creo que con esto queda clara la naturaleza de la costumbre como fuente de la Constitución; así como que existe error de quienes afirman lo contrario en nuestro medio.

La costumbre será fuente del derecho no escrita; es decir, aquel derecho que no es parte del derecho positivo, como en el caso nuestro en el derecho indígena originario, campesino, pero siempre supeditado a la Constitución de ahí que tampoco en nuestra Constitución se reconozca el pluralismo jurídico en sentido fuerte sino el débil.³⁷ La costumbre contrasta, en suma, con el esquema formal y positivista de las fuentes que predominan es los Estados contemporáneos.

D. Aclaración sobre fuentes del derecho: Constitución y código civil

Fuentes del derecho es un término que posee diversas acepciones como hemos visto. Se emplea a veces para referirse a denominadas fuentes del conocimiento, que son los conjuntos documentales donde se recogen las normas y demás elementos que integran el ordenamiento jurídico: la doctrina, los repertorios de sentencias, las colecciones legislativas, etcétera. Otras veces se utiliza para describir el origen último del derecho, esto es, el sujeto o entidad al que se atribuye la creación del derecho, como el pueblo o el Estado. Asimismo, se emplea para referir al origen próximo e inmediato del derecho, como el parlamento, el gobierno, los tribunales o cualquier órgano del que emanan disposiciones jurídicas u otras manifestaciones del derecho, creación del derecho.

³⁷ Para el mismo me remito a mi artículo Huanca Ayaviri, Felix, "Mirada al pluralismo jurídico en el Estado plurinacional", *Monografías Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2013, pp. 266-274, o mi trabajo *Aproximación al análisis sociológico de los derechos humanos. Del monismo al pluralismo*, La Paz, UMSA, 2007.

Sin embargo, sólo el sentido técnico jurídico del término fuentes del derecho hace referencia a las distintas manifestaciones del derecho en un ordenamiento jurídico dado o, lo que es lo mismo, los distintos elementos que integran un ordenamiento, como Constitución, leyes, decretos, sentencias, etcétera.

La determinación de cuáles son las fuentes del derecho en un ordenamiento y de cuál sea la prelación entre ellas es una cuestión esencial en todo sistema jurídico. Por su importancia, es una materia cuyos rasgos esenciales parece que debiera encontrarse, en buena lógica, tanto en el positivismo jurídico y en la propia Constitución, al ser ésta la norma fundamental del ordenamiento en la cual se regula la creación del derecho por parte del Estado en condiciones actuales. Sin embargo, por razones de tradiciones históricas, la enumeración de las diversas fuentes y su prelación suelen encontrarse en los códigos civiles. Tal evolución histórica se debe, en gran medida, a la falta de consideración jurídica de la Constitución durante el siglo XIX, al menos en Europa y consecuentemente en Latinoamérica, pues la consideración de *lex superior*, sólo se logra bien entrado el siglo XX. En los inicios de la formación del Estado siglos XVIII y XIX el derecho por antonomasia era el derecho privado; esto es, las normas que regulaban las relaciones entre particulares. Por consiguiente, era el código civil, la ley básica del derecho privado, el lugar donde encontraban su acomodo más natural la regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico; así como, en general, todas las reglas relativas a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, contenidas en el título preliminar del mismo desde su promulgación en 1804 el francés o de 1831 en el nuestro país.

El resultado de esta evolución es que toda esta regulación general de las fuentes cuya ubicación más natural sería hoy, probablemente, una ley específica, ha seguido colocada por tradición como pórtico del código civil tal ocurre en el español, por ejemplo. Sin embargo, la juridificación de la Constitución acaecida en el siglo XX ha hecho a ésta, progresivamente más determinante en materia de fuentes, puesto que en ella se prevén los aspectos esenciales de la producción de las normas escritas, emanadas de los órganos del Estado; así como principios,

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

valores y reglas sobre el ordenamiento jurídico que afectan de manera esencial a la regulación de las fuentes. Tal criterio podemos advertir en nuestra reciente Constitución al establecer los constituyentes en el artículo 410 la primacía y reforma de la misma; así como establecer la jerarquía de aplicación en la que no aparece la costumbre como fuente de derecho. Definitivamente, como hemos afirmado, la ley ha sucumbido frente a la Constitución como fuente en el neoconstitucionalismo o como lo ha dicho rotundamente Carbonell: “ha muerto la ley”.

Para ejemplo ilustrativo, veamos, el artículo 1o. del Código Civil español que establece que son fuentes la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.³⁸ El orden de prelación entre ellas es el señalado: primero se aplica la ley, que aquí hay que entender como equivalente a norma escrita, luego la costumbre y, finalmente, en defecto de las anteriores, los principios generales del derecho. Respecto a estos el artículo 1.4 del mismo Código Civil establece su carácter de fuente “sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”; por lo que dichos principios, algunos de ellos recogidos con rango constitucional en el artículo 9.3 CE de 1978³⁹ posee una doble funcionalidad en el sistema de fuentes. Por un lado la de constituir el tercer nivel de las fuentes, tras la ley y la costumbre, y por otro, la de informar, esto es, servir de instrumento organizador y hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico español. Finalmente, el Código Civil español, en su reforma última, ha otorgado a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo un carácter de cuasifuentes del derecho, al establecer que la jurisprudencia “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

En nuestro ordenamiento el criterio de fuentes del derecho lo podemos deducir del ya citado artículo 410 de la Constitución: “La Consti-

³⁸ Este artículo no hace ninguna referencia a la Constitución de 1978, la razón es simple, ésta es posterior al Código Civil español.

³⁹ En el caso del derecho español se debe entender que si bien el Código Civil español regula las fuentes del derecho para los casos particulares, en condiciones actuales, los jueces aplican con primacía lo que disponga la Constitución respecto del caso, por ejemplo, la propiedad, la dignidad, etcétera; es de prever que la Constitución es posterior al Código Civil español.

tución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa...”. La actual redacción no genera equívocos, como la anterior que empleaba el término preferencia y más bien emplea, categóricamente, el término primacía. Sin embargo, cabe dejar claro que ni el Código Civil ni el Código Procesal Civil, establecen criterios respecto de las fuentes del derecho, por lo que el criterio de la jerarquía y prevalencia de las fuentes en el caso boliviano debe ser aplicada conforme lo dispuesto por el artículo 410 de la Constitución. Las normas constitucionales no son de aplicación preferente a la ley sino que ellas son normas superiores *norma normarum* y su aplicación implica la supremacía de la misma frente a la ley. Queda claro, también, que el derecho civil no establece nada respecto de la preferencia en la aplicación de la costumbre y los principios generales, sino que aquello en nuestro medio es producto más de la tradición y de la práctica jurídica antes que producto de un imperativo normativo.

Finalmente, la consideración de las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento no es clara, así en el Código Procesal Civil posterior a la Constitución, sólo encontramos algunas conexiones pero poco precisas con la Constitución, tales como el artículo 4o. derecho al debido proceso, la parte final del artículo 6o. interpretación “...preservando las garantías constitucionales en todo momento” o el punto siete de las disposiciones adicionales referidas al “Programa de formación y capacitación para la transformación en base a los principios y valores establecidos en la Constitución...”. No toma en cuenta, por ejemplo, lo previsto en el numeral 4 del artículo 9o. de la Constitución que prevé “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”; en otras palabras, de la definición exacta de las fuentes del derecho dependen la aplicación práctica de tales derechos, entonces, más vemos una reiteración de enunciados procesales al viejo estilo del positivismo jurídico y no un Código Procesal Civil adecuado a la vigente Constitución que a nuestro entender tiene bagaje importante del neoconstitucionalismo y, por ejemplo, en sus disposiciones fundamentales, referido a principios

FÉLIX HUANCA AYAVIRI

establece el de la interculturalidad bajo el criterio de “convivencia de una diversidad cultural”, pero no vemos el criterio de optimización de este principio el ¿cómo?⁴⁰

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año III, núm. 5, enero-junio 2014

⁴⁰ Intercultural es una posición por la que se considera a las culturas en una misma posición jerárquica o no reconoce una cultura como dominante; por tanto, si se trata de aplicar la interculturalidad en los procesos judiciales es reconocer que los mismos se lleven a cabo en la cultura, conocimiento, del demandante o demandado e incluso de la posición del tercero, pero el Código Procesal Civil privilegia la practica a través de la cultura dominante.