

LAS FUENTES FORMALES DE LAS NORMAS EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO COMO SISTEMA JURIDICO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La vieja denominación "**Teoría General del Derecho**" resulta a nuestro parecer idónea para señalar la comprensión del Derecho como **sistema**, superando las disciplinas referidas a las ramas específicas (1). Además del orden de repartos, del ordenamiento normativo y del régimen de justicia, que se reflejan en visiones sistemáticas en las tres dimensiones del mundo jurídico, es posible reconocer así muchas otras perspectivas **sistemáticas**, superadoras de los compartimientos estancos en que tradicionalmente se vienen estudiando las ramas jurídicas. Incluso es posible advertir de este modo la necesidad de abordar otras **ramas jurídicas nuevas**, complementando los planteos tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ancianidad, etc. No se trata de volver a una complejidad impura que ignore las diferencias de las distintas áreas, sino de superar los compartimientos estancos de las simplicidades puras desde una perspectiva de **complejidad pura**.

En esta comunicación nos ocuparemos del sistema de las **fuentes formales** del Derecho, a menudo desconocido por la visión frecuente que las considera por separado (2). A la luz de esta perspectiva, el complejo de las fuentes formales del Derecho se manifiesta como un todo más o menos ordenado, que refleja, con mayor o menor acierto, la realidad y los valores de un orden jurídico. Cada **sistema de fuentes** es en relación con un sistema jurídico y un sistema cultural.

2. Desde el punto de vista de la teoría trialista del mundo jurídico, éste se constituye con un orden de repartos, captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (3).

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor a las Décimas Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.
(**) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. por ej. nuestros artículos "Dos perspectivas de Teoría General del Derecho", en el "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 13, págs. 17 y ss.; "Una nota de Teoría General del Derecho: comparación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal por la noción de delito", en "Boletín ..." cit., Nº 16, págs. 53 y ss.; "Los derechos y deberes como perspectivas de la Teoría General del Derecho", en "Investigación y Docencia", Nº 17, págs. 77 y ss.; "La nueva "Teoría General del Derecho" y las tendencias del porvenir", en "Investigación ..." cit., Nº 20, págs. 45 y ss.; "Dos notas de Teoría General del Derecho (Sobre valores naturales y fabricados y significado "vicario" del Derecho Internacional Privado)", en "Boletín ..." cit., Nº 1, págs. 35 y ss. y el artículo que redactamos en colaboración con los doctores Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", publicado en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss. y la bibliografía allí citada.

(2) Puede v. nuestro artículo "Las fuentes de las normas" en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, Nº 4/6, págs. 232 y ss. y en "Zeus", t. 32, págs. 103 y ss.

(3) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

Las normas son captaciones lógicas neutrales de repartos proyectados y las **fuentes formales** son autobiografías de los repartos que preparan los mismos repartidores con miras a la elaboración de las normas (v. gr. en constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etc.) (***) . Las formalizaciones son, a su vez, repartos de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser y la vida.

Como todo **reparto**, la formalización ha de estudiarse atendiendo a quiénes reparten, quiénes reciben, qué potencias e impotencias se reparten, por qué camino se reparte y cuáles son las razones, como móviles, razones alegadas y razones sociales; hay que considerar si se ejerce autoridad o autonomía y atender a si existe un orden surgido de la planificación gubernamental en marcha o de la ejemplaridad.

En nuestro caso, de las formalizaciones, hay que ocuparse específicamente de quiénes formalizan, quiénes se benefician o perjudican con las formalizaciones, qué beneficios y perjuicios se reparten al formalizar, en qué forma se deciden las formalizaciones y cuáles son los móviles, las razones alegadas y las razones sociales de los formalizadores; hay que saber si las formalizaciones se producen de manera autoritaria o autónoma y si se resuelven de manera ordenada por un plan de gobierno en marcha o por ejemplaridad.

3. Sin embargo, al pasar revista en particular a las distintas fuentes formales se advierte que éstas van constituyendo un **conjunto**, casi siempre sistemático, que guarda relaciones de influencias recíprocas con la realidad social y se vincula también estrechamente con los valores. A la actual consideración de las fuentes formales como compartimientos estancos, en simplicidad pura, ha de sucederle su estudio superador en **complejidad pura**. Las fuentes formales preparan la elaboración de las normas, pero surgen también en relación con requerimientos sociológicos y dikelógicos. La necesidad de la formalización depende en mucho de las **otras dimensiones** jurídicas.

En general, la formalización suele ser una manera de **estabilizar** o incluso de **falsificar** la realidad social. A veces se pretende que a través de ella se aseguren soluciones socialmente débiles o se oculten realidades que interesa encubrir. Para apreciar el grado de estabilización de la realidad que se procura, hay que tener en cuenta que según la mayor o menor facilidad con la que se las elabora o incluso atendiendo a la imposibilidad de su reelaboración, las formalizaciones pueden ser **flexibles**, **rígidas** o incluso **pétreas**. Para comprender el grado de falsificación que puede producirse, hay que tomar en cuenta, por ejemplo, que las formalizaciones pueden ser "**pangenéticas**", cuando las redactan todos los interesados, e "**infragenéticas**", si sólo lo hacen algunos.

Quien conoce el complejo de las fuentes formales de un país tiene una perspectiva válida para comprender mejor la vida jurídica de ese país y eso es lo que haremos, en concreto, respecto de la Argentina.

4. La **constitución formal** es la expresión de un plan de gobierno, de modo que es el modo vertical de formación del orden de repartos; expresa los niveles supremos de la legalidad interna y de la legitimidad de los repartos. Su necesidad se hizo por primera vez especialmente intensa

(***) En cierta correlación con la comunicación expuesta en las Jornadas por el profesor Abel Arístegui cabe señalar que las normas son captaciones de repartos "pro-yectados" en tanto las fuentes formales, por lo menos en cuanto son escritas, constituyen "pro-gramas".

en los Estados Unidos de América en 1787 cuando, ya debilitado el marco constitutivo jusnaturalista que, v. gr. en la Edad Media, concebía las soluciones positivas de la ley humana como vías de ejecución de la ley natural, el nuevo país dejó de contar con la referencia social de tipo histórico que aún hoy constituye la base de la vida jurídica inglesa. Dicho en términos de las **dimensiones jurídicas**: la constitución formal norteamericana se hizo particularmente necesaria como manera normológica de colmar una “vacancia” en las dimensiones dikelógica y sociológica.

De manera creciente, la legitimidad constitucional se ha ido remitiendo a criterios **democráticos** y pretende jerarquizarse por la importancia de los **objetos** abordados. Incluso suele contener consolidaciones de la realidad que fraccionan las referencias al porvenir, generando así **seguridad jurídica**. De aquí que se procure que las formalizaciones constitucionales sean en la mayor medida posible pangenéticas y de algún modo rígidas.

Esos criterios de legitimación, de fraccionamiento y de elaboración se muestran en disposiciones como la del artículo 30 de nuestra Constitución Nacional (CN), que exigen un doble juego democrático muy intenso con la declaración de la necesidad de la reforma por el Congreso con el voto de las dos terceras partes al menos de sus miembros y la convocatoria de una convención especial al efecto (4) y consagra la discontinuidad del funcionamiento del poder constituyente.

La suprema necesidad de legitimación, con referencia al pasado, al presente y el porvenir, ha llevado a nuestros constituyentes a dotar a su obra de un **Preámbulo** que sirve como engarce supremo de vocación de justicia.

5. En la **ley** se advierten una menor importancia en los objetos y una mayor necesidad de dinámica de las soluciones. En nuestro caso, hay una amplia exigencia de legitimación **democrática** acentuada, por ejemplo, por los requerimientos de algunas mayorías especiales (v. art. 99 inc. 3 in fine de la CN). Existe una posibilidad más **futuriza** que en la Constitución, por la permanencia del Poder Legislativo, acentuada por ejemplo, al establecer la mayor duración de las sesiones parlamentarias, que han pasado a un período que va desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre (art. 63 de la CN) y al admitir trámites legislativos simplificados (c. la delegación de la aprobación de proyectos en particular en las comisiones, art. 79 de la C. N.). Tales características conducen a que las leyes sean fuentes pangenéticas y de rigidez decreciente.

La necesidad de la participación de ambas cámaras de nuestro Congreso es un complejo reflejo del sentido democrático igualitario y del sentido liberal federalista que anima a nuestro régimen.

La individualización de las leyes argentinas, con una **numeración corrida** que arranca en 1862, con la incorporación definitiva de Buenos Aires a la Confederación dejando de lado las llamadas leyes del Congreso de Paraná, es una muestra no sólo de la complejidad innombrable y la permanencia de los asuntos a tratar y del menor número de fuentes legales en relación a los decretos, sino del país centralizado que allí se consagró (5).

(4) La doble referencia a la voluntad popular significa una referencia que podría denominarse de alguna manera “superdemocrática” o “suprademocrática”.

(5) No deja de tener significación que, tratando de destacar la ausencia de participación popular, las “leyes” de los periodos de gobiernos militares suelen ser designadas con la indicación prácticamente innecesaria del año en que fueron dictadas, como es requisito de los decretos; sin embargo tal vez tampoco sea irrelevante que esas leyes al fin permanecen en el curso de la individualización de las leyes.

6. En los **decretos** del Poder Ejecutivo la legitimación democrática es menos plural, requiriéndose en consecuencia más a menudo aportes legitimantes de **aristocracia** por superioridad **técnica**; los objetos son menos importantes y más **cotidianos** y **cambiantes**. El Poder que los emite tiene presencia permanente y puede desfraccionar el **futuro** con carácter más constante, de modo que su marco no es reducto de seguridad comparable a la Constitución ni a las leyes. Estos caracteres hacen que los decretos sean fuentes formales relativamente infragenéticas y flexibles.

La menor legitimidad democrática y la mayor exigencia de aristocracia de los repartidores de los decretos y la mayor proximidad con los casos concretos suelen hacer también que se les exija la formulación de **considerandos**.

El carácter menos importante, más cotidiano y cambiante de los decretos conduce a que sean reconocidos por una **numeración** que es **anual** y se reinicia al cambiar el Presidente. El avance de las necesidades prácticas, incluso en detrimento de la racionalidad, suele ser el fundamento de los llamados decretos de **necesidad y urgencia** y de las **promulgaciones parciales** que, surgidos de la imposición de los hechos, han alcanzado en nuestro país consagración constitucional (art. 99 inc. 3 y art. 80 de la CN) (6).

Los caracteres señalados para los decretos suelen acentuarse en las resoluciones administrativas.

7. En las **sentencias** se plantean casos concretos, pero en países como el nuestro sus repartidores no tienen ya los fuertes caracteres de legitimación democrática que poseen los constituyentes, los legisladores e incluso el Presidente de la República y se pretende, en cambio, una importante legitimación **aristocrática** de superioridad moral, científica y técnica en cuanto a los valores jurídicos (7). Existe, además, un vasto y fuerte marco de formalización preestablecida a respetar. Las sentencias provienen de “terceros” ajenos a las partes y son, en consecuencia, infragenéticas (o quizás “paragenéticas”). Estas características hacen que se les exija un complejo proceso de elaboración, es decir un alto grado de rigidez, y una legitimación demostrada a través de **vistos y considerandos**.

El carácter individual y la complejidad de las materias de las sentencias conduce a que se las individualice numéricamente en los protocolos, pero en el lenguaje general por **tribunales, nombres de las partes y causas**.

El desplazamiento de los ámbitos de las sentencias por los **laudos arbitrales** que se produce en ciertos casos, sobre todo en nuestro tiempo, es una manifestación de la crisis de la aristocracia judicial que caracteriza al período actual de la llamada “postmodernidad”.

8. Los **tratados internacionales** suelen representar una legitimación **autónoma** por la libre decisión de las partes, pero la trascendencia de las cuestiones a abordar y la dificultad para cambiarlos sin consenso de aquéllas, que de alguna manera fracciona el futuro produciendo seguridad, requiere un complejo procedimiento que incluye la firma, la aprobación según lo indique el Derecho Constitucional de cada país, la ratificación y el canje o depósito de los instrumentos de ratificación. Los tratados son fuentes relativamente infragenéticas y rígidas. Esa

(6) En nuestro país las tensiones en cuanto a la legitimidad de los gobiernos han hecho que surgieran híbridos de baja legitimación subjetiva y pretendida legitimación objetiva que son los decretos leyes.

(7) Quien comprenda la diferente legitimación aristocrática del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, por ejemplo, en un caso más utilitaria y en el otro más referida a la justicia, advertirá mejor la gravedad que puede tener que éste quede sometido a aquél.

complejidad muestra la línea de tensión tradicional entre el mundo internacional y el mundo interno.

La excepcionalidad de las materias abordadas por tratados en la comunidad internacional tradicional hizo que bastara su aprobación parlamentaria “a libro cerrado”, sin que en ella se pudieran modificar los alcances de lo acordado, pero el carácter más cotidiano de los temas de los tratados en la comunidad actual hace relativamente cuestionable que los pueblos no puedan participar de manera directa a través de sus parlamentos en su elaboración. Vale tener en cuenta, por ejemplo, que para dictar en el Código de Comercio una reglamentación de la compraventa se requiere el más participativo trámite de formación de las leyes, pero para aprobar la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha bastado con una aprobación parlamentaria de conjunto. La posibilidad de aprobar y ratificar con reservas no alcanza para corregir esa nueva situación. Un reconocimiento relativo de dicha carencia de proyección democrática es ahora, en nuestro medio, la exigencia de mayorías especiales para aprobar tratados con jerarquía constitucional o de integración (art. 75, incisos 22 y 24).

El carácter relativamente excepcional de los tratados ha hecho que de manera tradicional se los designe con los nombres de su **objeto** y de las **partes** que intervienen en ellos.

Las relaciones a veces tensas entre los órganos de los procesos de integración y los Estados han conducido a que en ellos se desarrollen nuevas fuentes formales, cuya expresión más llamativa pueden ser las **directivas** de la Unión Europea.

9. Los **contratos** son formalizaciones de repartos autónomos que, en la medida que sólo interesen a partes plenamente capaces y libres, pueden hacerse legítimamente con escasas formalidades. Son básicamente pangenéticos y flexibles. Sin embargo, las dificultades en la voluntad de las partes y la proyección de intereses a terceros suelen exigir el paso de los contratos tácitos a los expresos y de los instrumentos privados a los instrumentos públicos (8). Aunque las escrituras públicas sean individualizadas también por números, es significativo que dado su carácter de referencia concreta se utilicen nombres de **partes** y **causas**.

Tradicionalmente, en la medida que se ha pensado que la obligatoriedad de los contratos surgía de la libre voluntad de las partes y sin control de los objetos, se los ha redactado sin fundamentación. Sin embargo, las tendencias actuales que procuran controlar esa voluntad suelen motivar que se los preceda con una fundamentación. Vale tener en cuenta que la crisis de la autonomía de las partes ha llevado en ciertas circunstancias, como ha sucedido en nuestro país, a la elaboración de contratos “marcos”, por ejemplo, con carácter colectivo en el ámbito laboral.

10. Los **testamentos** se legitiman en principio por la voluntad de los testadores, que pueden cambiarla con libertad y tienen siempre carácter futurizo. De aquí que para garantizar dicha libertad se admitan, v.gr., la facilidad de los testamentos ológrafos y las exigencias de los testamentos públicos y cerrados. De aquí también que en materia de testamentos se ponga a menudo especial cuidado en favorecer su validez formal. La libertad del testador, hace que salvo circunstancias excepcionales, como las de la desheredación, resulte innecesario exigirle algún tipo de

(8) Cabe tener en cuenta, sin embargo, la infragenesia de las cláusulas predispuestas “parcialmente”

fundamentación. Los testamentos son fuentes formales relativamente infragenéticas, si se considera a todos los interesados, aunque son pangenéticas desde el punto de vista del repartidor

Pese a la numeración que pueda tener el instrumento, dado su carácter individual el testamento es normalmente individualizado por el nombre del testador y la fecha.

11. Las fuentes formales vinculadas al ordenamiento normativo en su conjunto son las **recopilaciones** y los **códigos**. La edad de la codificación que tuvo su momento más importante en el siglo pasado fue expresión de la culminación “moderna” de la cultura burguesa en la llamada “contemporaneidad”. Aunque en nuestros días hay rasgos recodificadores, la “descodificación” de la época actual es una de las muestras más características de la llamada “postmodernidad”. Es significativo que en el tiempo de la descodificación de los Derechos internos la comunidad internacional protagonice importantes procesos de codificación del Derecho Internacional Privado.

Nuestro país también vivió el tiempo de la codificación y hoy ocurre también aquí la descodificación. Los proyectos de recodificación absorbente de la codificación comercial en el nuevo Código Civil son, no obstante estos nombres, expresiones del imperio de la economía, al punto que el que quedaría absorbido es el Derecho Civil.

12. La consideración de las fuentes formales y de su desarrollo permite reconocer los distintos sentidos en que el régimen se apoya en la democracia o en la autonomía, se abre al pasado, al presente o al porvenir, se consolida de maneras pétrea o rígida o se hace más dinámico en la flexibilidad, se expresa de manera pangenética o infragenética, etc.

Se hace notorio que en la vertiente de los repartos **autoritarios gubernamentales** en sentido amplio se pasa de cierto modo, en cuanto se desciende en la pirámide, de la democracia de la constitución y las leyes (9) a la aristocracia que sobre todo se requiere en las sentencias; del sentido de permanencia de la constitución, a las proyecciones crecientemente futurizas de las leyes y los decretos y a la mayor referencia al pasado de las sentencias; de la rigidez constitucional a la elasticidad de las resoluciones administrativas aunque, a nivel de sentencias, otra vez se encuentra la vía de formulación rígida; de la pangenesia de la constitución a la infragenesia última de la sentencia, etc.

No es por azar que la elaboración constitucional y las leyes en el extremo superior y las sentencias en el último nivel inferior se alcanzan por trámites especialmente complejos, en tanto los decretos y las resoluciones administrativas pueden dictarse con más facilidad. No es por casualidad que el gobierno al fin acabe en la infragenesia de la sentencia (10).

En la vertiente de los repartos **autónomos** la libertad de las partes suele coincidir con los requerimientos formales limitados, que sólo se complican cuando es necesario proteger a una parte, como en el caso de los convenios colectivos de trabajo, o a las partes y los terceros en los requerimientos de instrumentos públicos. El reino de la autonomía pretende ser lo más posible el de la pangenesia, aunque haya momentos críticos como la infragenesia relativa de los testamentos.

A la luz de las consideraciones que anteceden puede determinarse que hay casos en que las formalizaciones son **adecuadas** a las necesidades sociológicas y psicológicas. En otros casos hay

(9) O incluso “superdemocracia” constitucional.

(10) En cierto sentido, el discurso referido a la justicia, desplegado en la constitución, acaba en la ejecución de la sentencia, que es un acto de poder.

“hiperformalización”, como ocurre cuando se pretende constitucionalizar cuestiones de significado cotidiano, con el fin de que la forma dé estabilidad a la realidad social respectiva y como sucedía, v. gr., en el trámite de elaboración de las leyes anterior a la reforma constitucional argentina de 1994. A su vez, en otros casos se produce una **“hipoformalización”**, según sucede en la actualidad, desde el punto de vista de la propia normatividad constitucional, en tanto no se ha dictado la ley necesaria para regular los alcances de la intervención del Congreso en los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 de la C. N.)