
MEDITACIONES SOBRE LAS FUENTES DE LAS NORMAS (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La noción de fuentes de las normas es, de manera notoria, una construcción estrechamente dependiente de las nociones que se hayan construido respecto de las normas y del Derecho en su conjunto. Quienes optamos por una construcción acorde con la teoría *trialista* del mundo jurídico ⁽¹⁾, nos referimos a las normas como “captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros” (puede decirse: captaciones lógicas “neutrales” de repartos proyectados). Más allá del trialismo, desde nuestro punto de vista personal, no negamos la posibilidad de construir además otras nociones de normas, sean referidas, como ésta, a lo “puesto” en la realidad por los hombres o a lo que se considera valioso, es decir, en un sentido más “positivo” o “crítico” (suele preferirse decir axiológico) ⁽²⁾. Sin embargo, entendemos que lo más esclarecedor es referirse a las normas como captaciones lógicas de la realidad de los repartos, según lo hace la noción trialista.

Cada teoría de las normas y de sus fuentes, es expresión no sólo de una concepción del Derecho sino de una concepción de la *cultura* y de la *vida* todas. La trayectoria para reconocer que existe una permanente *referencia social* de las normas y que sus fuentes están en esa realidad, ha sido larga y dificultosa y es una de las características de la cultura de *Occidente*. Es muy diferente, por ejemplo, la teoría de las fuentes que manejan hoy las concepciones occidentales predominantes de la que sostiene el Derecho Islámico, encabezada por una fuente que se considera de origen divino, el Corán ⁽³⁾.

(*) Notas básicas de una clase de Teoría General del Derecho dictada por el autor en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. 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 / 4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Filosofía de la Jurisdicción", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

(2) Es posible v. en este número de "Investigación y Docencia" nuestro artículo "Notas sobre la construcción del concepto de norma".

(3) Puede v., en este número, "Bases comparativas del Derecho de Familia Occidental y el Derecho de Familia Musulmán".

2. El reconocimiento occidental de la posibilidad de *explicar* la existencia toda de las normas con referencia a la realidad social se logró mediante tensiones en dos grandes frentes. En uno fue necesario “*desacralizar*” la teoría de las fuentes. Desde nuestro punto de vista personal, no podemos afirmar ni negar que existan fuentes de una normatividad divina, pero uno de los despliegues más significativos del desarrollo de la cultura de Occidente ha sido la posibilidad de reconocer que las normas que rigen nuestra vida responden a explicaciones sociales en sentido amplio y no resultan necesariamente vinculadas a mandatos divinos.

En el largo proceso de “*desacralización*” de la teoría de las fuentes en Occidente se inscriben la distinción de lo que corresponde al César y a Dios expresada por el propio Jesús, la crítica sofista y la experiencia democrática ateniense; el voluntarismo divino expuesto por Juan Duns Escoto, que desembocó en un voluntarismo humano y en el positivismo; las ideas políticas de Marsilio de Padua y de Maquiavelo; el “*vitalismo*” contractualista de Hobbes; el historicismo de Savigny y la construcción de las *ciencias sociales* ⁽⁴⁾.

En relativa semejanza con otros pueblos antiguos, el pueblo judío mantenía una visión religiosa de las fuentes de las normas referida a la Biblia y de manera culminante al Decálogo, pero la voluntaria o involuntaria diferencia de la perspectiva diversificadora del cristianismo y en especial la influencia griega y romana han contribuido de manera significativa al proceso de “*desacralización*” de las fuentes.

La “*desacralización*” de la teoría de las fuentes tiene también antecedentes de gran valor en el Renacimiento, que fue de cierto modo la “*revancha*” del legado griego y romano contra el predominio medieval del elemento judeocristiano.

Sin ser “*positivistas*” en el sentido de excluir la dimensión “*crítica*” o “*axiológica*” del Derecho, creemos notorio que el reconocimiento del origen positivo de las normas, según nuestra perspectiva de interés, ha logrado su mayor consolidación con el desarrollo de las ciencias sociales que, a su vez, son notorios resultados del desenvolvimiento de la cultura occidental.

El proceso de *desacralización* tuvo, sin embargo, grandes dificultades expresadas, v. gr., en la concepción medieval de las leyes partiendo de la ley eterna hasta llegar a la ley humana y en la teoría del “*derecho divino*” de los reyes. Aunque guiadas por referencias jusnaturalistas, las revoluciones inglesa y francesa, que fueron excluyendo esta remisión divina, tuvieron también, en distintos grados, considerable importancia en el abandono de la concepción sagrada del origen de las normas.

3. En otro frente fue necesario prescindir de la remisión a la *razón* como generadora

(4) Es posible c. por ej. nuestras “*Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 / 4. V. BATIFFOL, Henri, “*Filosofía del Derecho*”, trad. Lilia Gaffuri, Bs. As., Eudeba, 1964, págs. 11 y ss.

de las normas. No desconocemos que en las fuentes de las normas y sobre todo en las normas y en sus relaciones hay a menudo una alta dosis de racionalidad, pero creemos notorio que las normas no surgen de la racionalidad sino de los hombres que, individual o colectivamente, le damos origen.

La penetración de la racionalidad en la teoría de las fuentes de las normas tuvo entre sus grandes expresiones al estoicismo, la filosofía grecorromana que, sobre todo a partir del siglo III, penetró en el cristianismo por la puerta del dominio de las pasiones. La influencia estoica impulsó la conversión de una religiosidad de cierto modo enfrentada a la “ley” en una religiosidad de la ley. Con el carácter de razón mandada entró el Derecho Romano justiniano en el Occidente medieval continental. Otra de las manifestaciones racionalistas en la teoría de las fuentes está en el jusnaturalismo protestante alemán de la Edad Moderna. Aunque la Reforma fue fundada por un agustino en nombre de la fe, a partir de influencia de Melanchton contribuyó al desenvolvimiento de la cultura racionalista alemana.

En nombre de una confluencia de razón y voluntad, de razón mandada, se resolvió la problemática de las fuentes en la Revolución Francesa, cuya fuente culminante es el Código Napoleón. Aunque tuvo lúcida conciencia de la necesidad de respetar la historia de Francia, Napoleón creyó demasiado en el valor de la razón para generar Derecho, al punto que tal vez el más grande de sus sueños haya sido que el Código Civil de la burguesa Francia rigiera en la feudal Rusia. La catástrofe en que culminó la ilusión es explicable.

4. De acuerdo con la teoría trialista del mundo jurídico, las fuentes *reales* de las normas a las que hemos de referirnos son en principio los *repartos* (adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por la conducta de seres humanos determinables), sea a nivel de fuentes *materiales* o de fuentes *formales*.

Desarrollando las bases tradicionales del trialismo, entendemos que en el nivel de las fuentes materiales, o sea en los repartos en sí mismos, cabe penetrar hasta las causas últimas de esas adjudicaciones, que suelen estar en influencias humanas difusas (v. gr. de la economía y de la cultura toda) y en la propia naturaleza y apreciar también su ordenación en la planificación gubernamental en marcha y en la ejemplaridad, una de cuyas manifestaciones, identificada por la racionalidad social a ritmo lento, es la costumbre. En el nivel de las fuentes formales, es decir de las “autobiografías” de los repartos hechas por los propios repartidores, se inscriben las constituciones formales, las leyes, los tratados internacionales, las sentencias, las resoluciones administrativas, los contratos, los testamentos, etc. ⁽⁵⁾.

(5) Asimismo, aunque excediendo los límites de este trabajo, creemos significativo atender a las fuentes de conocimiento de las normas, constitutivas de la *doctrina*. A nuestro parecer, si la presentación doctrinaria se hace de manera completa ha de referirse no sólo a las normas sino a la realidad social y a las valoraciones.

5. Las diversas fuentes formales se construyen con distintos grados de *participación*, de *rigidez* o *flexibilidad* (dificultad o facilidad de la elaboración y reforma) y de *elasticidad* o *inelasticidad* (adaptación o no a los cambios de la realidad social) según se considere necesario para la materia de que se trate. A través de la noción de fuentes materiales es posible detectar que hay fuentes formales y consecuentemente normas que son meros “*espectáculos*” y otras que son sólo medios de “*propaganda*”⁽⁶⁾. El art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina, en cuanto establece algunos derechos sociales que tal vez ya no se desee cumplir, pero respecto de los cuales no se quiere pagar el costo político de la derogación, es una muestra de una fuente formal espectáculo. En cambio, si se pensara en difundir sus valores con miras a su futuro cumplimiento se trataría de una fuente formal de propaganda.

6. A través de la *historia* de la teoría de las fuentes de las normas y de éstas en su realidad puede construirse la historia del pensamiento jurídico y del Derecho. Al hilo de las diversidades de teorías y de las fuentes en los distintos sistemas jurídicos es posible desarrollar también el Derecho Comparado. No es necesario abandonar el marco del sistema occidental para comprender la importancia de la diversidad de las concepciones respecto de las fuentes, por ejemplo, en el “*common law*” y el Derecho continental. Esas son, a nuestro parecer, claras manifestaciones de la *temporalidad* y la *espacialidad* de las fuentes de las normas. A su vez, es posible reconocer la relación de la diversidad de las fuentes con la *materialidad* de sus contenidos.

Por ejemplo: el complejo de fuentes del Derecho argentino constituido en la segunda mitad del siglo XIX, apoyado en una constitución formal rígida, breve y elástica que logró mantenerse (aunque con un cumplimiento limitado, por la falta de correspondencia plena con la “*constitución material*”) y un fuerte predominio legislativo con leyes de elaboración relativamente rígida, que reducía el reconocimiento de la costumbre a su manifestación “*secundum legem*” (v. el art. 17 del Código Civil redactado por Vélez Sársfield) pero dejaba amplio campo a los contratos es expresión de la pretensión del proyecto político de formar un país capitalista y una estatalidad acorde con los criterios de la modernidad burguesa. El complejo de fuentes del Derecho argentino actual, con una constitución reformada en 1994 con relativa facilidad a través del acuerdo de dos partidos políticos mayoritarios, extensa y de cierto modo hecho a “*retazos*”, con menos protagonismo de las leyes, más intervención de los tratados internacionales, de los decretos e incluso de las sentencias y una apertura muy grande al juego de los contratos, es una muestra del Derecho de la postmodernidad, época signada por diversidades de superficie y un fuerte predominio profundo de

(6) Puede v. nuestro estudio “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la U. N. R., 4 / 6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, t. 32, págs. D. 103 y ss.). *En última instancia, no hay que olvidar que la propia formalización puede ser comprendida como un reparto de potencia y de impotencia.*

la economía capitalista y por un proceso de globalización y marginación muy intenso, en el que suele retraerse el protagonismo del Estado nacional ⁽⁷⁾.

-
- (7) Puede c. v. gr. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. por ej. LYOTARD, Jean-François, "La condición post-moderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Postmodernidad y Derecho, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, El fin de la modernidad, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. Ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, Contra el Postmodernismo, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven Kellner, Douglas, "Postmodern Theory Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York Londres, Routledge, 1995. Asimismo puede c., v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2. págs. 217 y ss. También, por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

En cuanto a globalización y marginalidad pueden v. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación ..." cit., N° 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "Bioética ..." cit., N° 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo c. v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam DIETERICH, Heinz, "La aldea global", Txalaparta, Tafalla, 1997; ROCHA CAMPOS, Adolfo, "Algunas reflexiones sobre Villas Miseria y Derecho", en "La Ley Actualidad", 17 de febrero de 1998, págs. 3 y 4. Además es posible c. nuestro artículo "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación ..." cit., N° 26, págs. 20 y ss.

En relación con el tema de este artículo pueden v. asimismo nuestros estudios "Filosofía de la historia de las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., N° 20, págs. 63 /4; "Las fuentes formales de las normas en la Teoría General del Derecho como sistema jurídico", en "Boletín ..." cit., N° 20, págs. 69 y ss.; "La individualización de las fuentes formales y su relación con la realidad", en "Investigación ..." cit., N° 12, págs. 75 y ss.; "Las fuentes del Derecho", en "Investigación ..." cit., N° 27, págs. 70 y ss.; "La pantonimia de la verdad y los géneros literarios de la ciencia", en "Boletín ..." cit., N° 20, págs. 79 y ss.; "El Código Civil argentino y las fuentes del Derecho", en "Boletín ..." cit., N° 15, págs. 37 y ss.

Una de las manifestaciones de la conexión de las fuentes formales con la realidad es la aparición de las fuentes específicas del *Derecho de la Integración*.

En el *horizonte filosófico*, cabe recordar que la "ley" y el "contrato" han servido de paradigmas para las grandes teorías explicativas del origen de la sociedad y del gobierno.