

CAPÍTULO VIII

LAS FUENTES DEL DERECHO

a) Planteo general

El problema general que tenemos que abordar en este capítulo es el de la existencia y manifestación de normas generales que sirven de fundamento a los fallos (o, en general, para decidir los casos individuales).

Este tema de las fuentes está ampliamente debatido y puede decirse que sobre él no hay aún acuerdo definitivo. Por esta circunstancia tenemos que ver de qué manera la filosofía del derecho nos ayuda a resolverlo.

Al hablarse de "fuentes" del derecho se parte, desde el mismo comienzo, de una expresión equívoca: "fuentes" es a la vez origen, causa o nacimiento, y también manifestación o exteriorización de algo preexistente. De este modo se definieron las fuentes del derecho como aquello que daba origen o nacimiento al derecho, o como las formas de manifestación o exteriorización del mismo.

Nosotros adelantamos que la correcta investigación del tema debe hacerse presentando un acto mediante el cual se trate de determinar el sentido jurídico de la conducta, por ejemplo una sentencia judicial, un dictamen del fiscal, un escrito de los litigantes, etc., y destacar en él qué es lo que, en última instancia, se invoca como derecho aplicable. En otros términos el tema de las "fuentes" del derecho es el de la determinación de normas generales (cómo determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas) para fundamentar en ellas los fallos o, en general, para asignarle sentido jurídico a los casos individuales¹.

¹ Cabe advertir una diferencia que radica en la concepción del fenómeno "derecho". La doctrina tradicional, que identifica el derecho con las normas, habla de "fuentes del derecho" tematizando, con mayor o menor acierto, las fuentes de las normas generales aplicables, así se habla

Analizaremos la concepción de la doctrina clásica sobre este tema partiendo del pensamiento de Savigny, puesto que fue con este autor con quien primero recibe un tratamiento sistemático.

1) La tesis de Savigny.

Savigny fue el primero en calar hondo en este tema y, aunque su tesis hoy ya no resulte satisfactoria, debemos examinarla a fin de comprender la evolución sufrida por la doctrina.

El denominó "fuentes jurídicas las causas de nacimiento del Derecho general, o sea tanto de las *instituciones* jurídicas como de las *reglas* jurídicas", e hizo, a la vez, una doble distinción entre Derecho general y Derecho particular, por un lado y Derecho como realidad y Derecho como norma por el otro. Combinando ambas distinciones tenemos el siguiente cuadro:

	Derecho como realidad	Derecho como norma
Derecho general	Institución jurídica	Regla (norma general)
Derecho particular	Relación jurídica	Sentencia (norma individual)

El derecho, que está en la historia, en la vida de los pueblos, puede aparecer vagamente incorporado como realidad en una institución o puede estar formulado con claridad en una norma. Con respecto al derecho particular tenemos que puede aparecer como relación jurídica entre distintas partes (la cual constituye el derecho como realidad con el cual se encuentra el juez o el jurista) o bien como una sentencia judicial que, como norma individual, resuelve el conflicto planteado.

Ahora resulta que, siendo el tema de las fuentes el del nacimiento del derecho general, y dado que el derecho general "vive en la conciencia común del pueblo" —está dado concomitantemente con la vida de los pueblos o comunidades—, el problema de las fuentes aparece como insoluble. Ante cada situación jurídica vamos a tener que *siempre* va a haber un derecho general preexistente y que la comprende. Como el derecho vive en una forma oscura y subterránea en lo que Savigny denominó "el espíritu del pueblo", siempre va a preexistir a su formulación escrita o a cualquier situación jurídica particular. Lo único que puede decirse es que los magistrados extraen del espíritu del pueblo al derecho en un momento determinado a fin de solucionar o reglar expresamente un conflicto o una situación particular. Pero ese derecho preexistente no puede verse como emanado de una fuente determinada ya que es tan antiguo como la comunidad misma.

de la costumbre, la jurisprudencia, la ley y la doctrina. Pero en la concepción egológica, si bien se mantiene el título "Fuentes del derecho", en la medida en que al derecho se lo encuentra en la conducta, la expresión deja de ser acertada, debiendo reemplazarse por "fuentes de las normas generales que asignan sentido jurídico a la conducta" u otra similar.

Que el derecho preexiste a su formulación escrita se puede ver con toda nitidez en el Derecho Romano que fue el derecho pretoriano, es decir la obra de los pretores, quienes, interpretando el "espíritu del pueblo", solucionaban los casos que se les sometían. Luego Justiniano realizó la codificación de todo ese derecho, pero esta codificación no hizo sino sistematizar de alguna manera la tarea que ya habían realizado los pretores. Todavía se encontraba, por cierto, la ley. Pero las "*mores maiorum*", la costumbre precedió a la fuente legal, que recién se afirmó con la Ley de las XII Tablas.

La tesis de Savigny es profunda; en virtud de ella queda superada la pretensión de ver en la ley la única fuente del derecho. Además, en aplicaciones concretas ha demostrado cierta fecundidad. Tomemos el caso de la costumbre: se pretende que la costumbre —o norma consuetudinaria— es la regla que emerge de la repetición de los actos de conducta, pero —dice Savigny— esto es confundir las causas con el efecto, la situación real es la inversa: se repiten algunos actos de conducta porque hay una norma general o un sentimiento de obligatoriedad que vive en el espíritu del pueblo y que impone esa repetición. Si bien es cierto que el sustrato de la costumbre radica en la repetición de actos de conducta, esa repetición es un "sustrato" porque hay un sentido que viene plasmado con ella.

Pero, no obstante su profundidad, las ideas de Savigny merecen alguna crítica. Por lo pronto ese "espíritu del pueblo" en el cual se asienta su concepción, es algo vago y confuso, no está bien determinado en qué consiste. Además, que las fuentes del derecho sean la manifestación del derecho subterráneo que preexiste en el "espíritu del pueblo" es algo aceptable en referencia a la costumbre y la jurisprudencia, pero ya con respecto a la ley esa respuesta no es tan satisfactoria. Si bien algo de lo que él quiere decir es cierto, en el sentido de que un legislador no puede sancionar una ley en una forma totalmente arbitraria, puesto que si ésta choca en forma abierta y desembozada con el sentimiento colectivo no alcanzará nunca a tener vigencia,

se le escapa totalmente el importante papel que juega la ley con su efectiva posibilidad de modificar el derecho dentro de límites razonables. Y esta modificación, en ciertos ámbitos, puede ser total. Así vemos que en una comunidad donde se conducen los vehículos por la izquierda, de un día para otro, y por virtud de una norma legislada, se empieza a conducir por la derecha, o cómo, en materia de impuestos, el papel de la ley es innegable. No hay duda alguna de que cuando se desea modificar el derecho con cierta rapidez se debe acudir necesariamente a las leyes. Más aún, hay ciertos ámbitos del derecho en los cuales no se puede prescindir de la legislación.

No obstante la crítica expuesta debemos destacar el aporte de Savigny al enseñar que hay otras fuentes además de la ley, y que tienen iguales títulos que ella. Así como su importante observación de que no podemos quedarnos solamente con el derecho como regla o norma, sino que debemos advertir que como el derecho es una realidad de conducta va a haber también un problema de realidad en el tema de las fuentes. En los errores de Savigny pesan la oscuridad de "el espíritu del pueblo" y, lo que es más grave, su equivocación respecto del papel de la ley.

2) Desvío posterior de la doctrina.

La doctrina posterior a Savigny, haciéndose eco de las deficiencias señaladas, entró en una disputa sobre el tema que oscureció o dejó de lado los valiosos aportes del insigne profesor alemán.

Aparte de ello se advirtió que entre las distintas fuentes del derecho hay algunas con mayor jerarquía que otras. Así se destacó que la doctrina y la jurisprudencia están sometidas o subordinadas a la ley, e incluso hoy el papel de la doctrina como fuente del derecho puede ser cuestionado. Cabe advertir también que, si bien la costumbre conserva teóricamente el papel de fuente del derecho con iguales títulos que la ley, en la práctica va quedando relegada a un segundo plano en virtud del inmenso avance de la legislación en todos los órdenes. En el ámbito del derecho internacional público todavía conserva un papel importante, pero en las distintas ramas del derecho a medida que se legisla cada vez más el ámbito de aplicación de la costumbre se va reduciendo. Finalmente nos encontramos con casos en los cuales la ley pretende despojar a la costumbre de su carácter de fuente de derecho, como es el caso del ar-

tículo 17 de nuestro Código Civil, el cual era extremadamente ortodoxo antes de la reciente reforma al decir que "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

Parte de la doctrina, siguiendo la vía racionalista del positivismo, terminó por negar el tema mismo de las fuentes del derecho. Uno de los más destacados expositores de esta concepción fue Kelsen, él dice: desde el momento en que toda norma debe ser creada de acuerdo con el procedimiento y el contenido previsto por una norma superior, resulta que es esa norma superior la que funciona como fundamento de validez o "fuente" de la norma inferior. Este razonamiento, aparentemente correcto, es falaz porque escamotea el verdadero problema detrás de una falsa solución. Pues por otro lado, el mismo Kelsen reconoce que hay dos formas o modos de producción de normas generales: la legislación y la costumbre, y con ello el problema que intentó sacar por la puerta se le ha reintroducido por la ventana, porque obviamente las normas creadas por la costumbre no se fundan o no provienen —por definición— de una norma legal superior.

Realmente el problema no consiste en determinar si una norma se funda o no en otra superior, sino en cómo aparece esa norma superior. A su vez, si se nos dijera que aparece porque ha sido dictada por un órgano autorizado estaríamos ante una ley, y si aparece sin haber sido dictada estaríamos frente a la costumbre. Pero en ambos casos falta lo más importante, que consiste en mostrar qué es lo que tienen en común para ser ambas fuentes del derecho y qué es lo que tienen de distinto para no confundirse, y en esto consiste el verdadero problema de las fuentes del derecho del cual la filosofía jurídica debe hacerse cargo.

Téngase presente que desde el momento en que se define a las fuentes como "causa" u "origen" el tema pierde precisión y se amplía de tal modo que se inmiscuye en él la investigación sociológica sobre las fuentes. Por ejemplo si pregunto cuál es la "causa" de tal ley, puede contestarse que "la mayoría liberal en el parlamento" es la "causa" que llevó a su sanción, a su vez la "causa" de esta mayoría liberal puede ser una elección reciente, y la causa de esta elección un golpe de estado anterior, etc. De este modo han aparecido doctrinas puramente sociológicas y pluralistas sobre las fuentes, doctrinas a las que se les escapa el verdadero problema por partir en busca de una relación causal.

3) Fuentes "formales" y "materiales".

Frente a la pluralidad de "causas" u "orígenes" que se pueden señalar como fuentes del derecho por vía de las doctrinas pluralistas o sociológicas la doctrina retoma un sentido más preciso del tema haciendo una distinción entre fuentes "formales" y "materiales". Así las fuentes materiales sería todo aquello que contribuye a determinar el *contenido concreto* de las normas jurídicas: por ejemplo una convicción religiosa, la plataforma política de un partido mayoritario, una doctrina filosófica, un interés que logra imponerse, etc. Todas esas "causas" sociológicas por las cuales las normas en determinada comunidad tienen cierto contenido concreto, todas estas "fuentes materiales" para advenir derecho aplicable es necesario que pasen por el molde que imponen las "fuentes formales". No basta con que sean meras fuentes materiales, sino que deben adquirir la forma de las fuentes formales.

Fuentes formales son aquellos hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas. Así el procedimiento formal establecido para que el Congreso sancione una ley, hace de las leyes fuentes formales. De este modo tenemos que una fuente material que sostiene, por ejemplo, que el propietario no puede ya degradar o destruir la cosa en virtud de la "función social de la propiedad", todavía esa concepción no alcanza la jerarquía de "derecho aplicable" hasta que no pasa por el procedimiento formal que la convierta en una norma.

Esta caracterización de fuentes formales y materiales, a pesar de parecer muy clara, ofrece dificultades insalvables. La fuente formal se ve con nitidez en el caso de las leyes, las cuales tienen un procedimiento específico para ser sancionadas, se desdibuja algo con la jurisprudencia, pero aparece francamente oscura en el caso de la costumbre y la doctrina. Por ello esta distinción, a pesar de sus esfuerzos, no ha sacado de la confusión inicial.

b) Replanteo egológico

1) Exigencia de objetividad en la asignación de sentidos jurídicos.

El planteo egológico lo comenzó Cossio señalando que las fuentes del derecho, ya sean materiales o formales, son invocadas en las sentencias para dotarlas a éstas de fuerza de convic-

ción. En esa fuerza de convicción de las sentencias reside —para Cossio— el campo privilegiado donde se decide el tema de la *verdad jurídica*, y de ahí la importancia filosófica del tema de las fuentes del derecho. La fuerza de convicción de las sentencias viene dada, *simultáneamente*, por la ausencia de "contradicción (en) el empleo de la ley que se aplica al caso para subsumirlo" y por proceder "de acuerdo con las valoraciones jurídicas vigentes". El primer requisito nos brinda el *criterio lógico* de verdad jurídica que nos permite determinar que no hay verdad —criterio negativo de verdad— que la sentencia carece de fuerza de convicción, cuando la solución que ella da al caso se sale del marco de posibilidades determinado por la norma superior. Este es el criterio lógico de la verdad jurídica y por ello la norma superior es para Cossio fuente formal. El segundo requisito es expresión del *criterio axiológico* de verdad jurídica que permite señalar, dentro de las diversas posibilidades contenidas en el marco lógico de las normas generales, aquella que constituye la *mejor posibilidad*, dotando así de fuerza de convicción a la sentencia. Este es el criterio positivo de verdad.

De modo que, finalmente, para Cossio la norma es fuente formal y el valor fuente material.

Pero con todo lo que tiene de esclarecedora la indagación de Cossio sobre la fuerza de convicción de la sentencia y la norma y el valor como criterios para la misma, ella nos aparta —según nuestro parecer— del tema de las fuentes porque, como veremos en lo que sigue, la invocación de las fuentes que se hace en la sentencia consiste en su invocación como "derecho aplicable" al caso, es decir, como derecho vigente o existente en la comunidad.

Por haber concentrado su atención en el análisis de la experiencia jurídica (a través del caso ejemplar de la sentencia) y no haber reparado lo suficiente en la conexión del tema de las fuentes con el de la vigencia o existencia del derecho, tampoco Cossio puede decirnos qué tienen de común y qué de diverso las distintas fuentes, a saber por lo menos las dos más importantes e indiscutibles: la ley y la costumbre.

Nosotros vamos a retomar el tema tomando como punto de partida la primera idea de Cossio. Para ello lo formulamos en la forma siguiente: fuentes son lo que es invocado como derecho aplicable ya sea por el juez al dictar una sentencia, ya sea por las partes en su intento de convencer al juez de cómo debe ser la sentencia que debe dictar. Las fuentes aparecen así en las sentencias cuando llega el momento de decidir cuál

es el derecho a aplicar: o bien se aplica la ley, y/o se aplica una costumbre, y/o se aplica una jurisprudencia, y/o se aplica una doctrina. Y esta conclusión, a la cual arribamos no arbitrariamente, sino siguiendo nuestro hilo conductor anunciado al principio (fuente es lo invocado en la sentencia como derecho aplicable)², nos sirve de base sólida para investigar qué es lo que estas fuentes tienen en común —que las hace ser fuentes— y qué tienen de distinto —que las hace no confundirse.

Para proseguir nos hacemos la siguiente pregunta metódica: ¿por qué el juez invoca una fuente como derecho aplicable? El juez, a quien se le somete un conflicto, tiene que terminar su tarea de comprensión de los hechos de conducta que constituyen su caso mediante una norma individual (la sentencia). El se avoca a la comprensión de un sustrato de conducta y debe rematar su tarea asignándole un sentido jurídico mediante la sentencia. El sentido del caso es recreado por el juez con una norma individual. Pero este asignar un sentido jurídico, este recrear el sentido del caso, no es un acto arbitrario o caprichoso: el juez debe dar no un sentido cualquiera, sino un sentido *objetivo*. El sentido que él asigne debe valer como sentido jurídico del caso no sólo para él sino también para la comunidad de la cual él forma parte. Y en este "valer para la comunidad" está la objetividad que se le exige a su tarea³.

Esta exigencia de objetividad, o sea de que el sentido asignado no sea arbitrario o caprichoso, funciona como fundamento de la teoría de la arbitrariedad elaborada por nuestra Corte Suprema a través de sus fallos. Ustedes saben que el recurso extraordinario no se abre para las cuestiones "no federales" ya que los artículos 14 y 15 de la ley 48 excluyen del conocimiento de la Corte Suprema, en instancia extraordinaria, la aplicación de los códigos de fondo, de las leyes locales y la apreciación de los hechos de la causa. No obstante la Corte, en su doctrina de la arbitrariedad, ha venido a decir más o menos lo siguiente: las sentencias de los jueces tienen que ser la aplicación razonada del derecho vigente, si no lo son y se basan en el exclusivo arbitrio de los jueces dejan de ser sentencias por ser arbitrarias. Y en estos casos ha conocido en causas no fede-

² Debemos señalar que, si bien tomamos como hilo conductor la sentencia y lo enunciado en ella, lo hacemos por la claridad y nitidez que presenta al efecto de nuestro estudio, pero podríamos haber tomado cualquier acto de asignación de sentido jurídico, como por ejemplo la determinación que hacen las partes cuando espontáneamente cumplen sus obligaciones.

³ Recuérdese aquí lo visto en el Cap. III sobre la objetividad.

rales⁴. Expresado esto con otros términos quiere decir: si al juez se le ocurre darle al caso un sentido carente de toda objetividad su sentencia es revisable por ser arbitraria.

- 2) La exigencia de objetividad comporta la exigencia de *conceptuación*. El caso como lo individual desde el punto de vista general.

La exigencia de objetividad que hemos visto en el punto precedente, tiene un apoyo doble: lógico y axiológico. La objetividad, o fuerza de convicción, de la sentencia viene dada por la adecuación de la valoración que ella *siempre* implica con las valoraciones vigentes en la comunidad y por la adecuada *conceptuación* que se haga del caso utilizando para ello las normas jurídicas.

Claro está que ambos elementos, el lógico y el axiológico, están imbricados porque toda norma general (legal, consuetudinaria, etc.) implica siempre un contenido valorativo. Las normas concretas no son puros conceptos vacíos sino, por el contrario, sus contenidos dogmáticos expresan siempre una cierta valoración. Pero no nos vamos a detener en este aspecto sino que, sin olvidar esta aclaración, tenemos que examinar el tema de la *conceptuación* que el juez hace del caso.

Al juez se le presentan una serie de hechos que integran una acción. Sabemos ya que la acción se comprende por su sentido unitario; por ello el juez asignará, recreando el sentido de la acción, un sentido jurídico a los hechos que se le someten a su conocimiento. Pero nos preguntamos ahora: ¿qué es lo que hace que una serie de hechos configuren un "caso"? Porque el "caso" se define o caracteriza por ciertas y determinadas notas específicas, mientras que los hechos de conducta presentan una infinidad de aspectos, importantes o no, que los hace ser "únicos". La respuesta es que los hechos individuales serán "casos" cuando sean vistos como la expresión fáctica de los hechos pre-

⁴ "...existe un supuesto en que cabe el recurso extraordinario respecto de sentencias que versan sobre cuestiones no federales. Es el caso de que tales sentencias fuesen arbitrarias o, como también se ha dicho, insostenibles, carentes de todo fundamento legal y basadas sólo en la voluntad de los jueces". E. Ymaz, en *Arbitrariedad y recurso extraordinario* (La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos, Arayú, 1954). Ver también Genaro R. Carrió, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

vistos en una norma general. Los hechos individuales son "casos" cuando se los observa desde el punto de vista de lo general⁵.

Examinemos esto en un ejemplo: tomemos para ello la institución básica y consuetudinaria de la monarquía hereditaria. Decimos que esa institución "vive en el espíritu del pueblo" de los países monárquicos, y ello es así porque desde un tiempo inmemorial el hijo mayor del rey lo sucede en el trono en el caso de abdicación o muerte. Esta institución se evidencia en una serie de casos que tienen entre sí muchísimos elementos diferentes y algunos comunes. El primer rey fue autoritario, rubio y generoso; el segundo fue débil de carácter, morocho y egoísta; el tercero era jorobado e intrigante, etc. La serie de reyes presenta, de este modo, un sin fin de diferencias que se consideran *no relevantes* al efecto de la institución que analizamos, pero además de esas diferencias tienen algo en común que es lo *relevante* para definir la monarquía hereditaria: todos ellos fueron hijos primogénitos del rey anterior y sucedieron a sus padres en caso de abdicación o muerte. Esto quiere decir que cada uno de los casos examinados tiene como circunstancia relevante solamente aquellos caracteres que los configuran como "casos" de una regla general (en nuestro ejemplo la regla que institucionaliza la monarquía hereditaria), regla que puede ser legislada o consuetudinaria.

Esto mismo se ve en los "casos" jurídicos. ¿Qué tienen de común el hecho de conducta de un profesional, argentino, padre de familia y católico que le quita la vida a un semejante, y el de un obrero, italiano, soltero y judío que ha hecho lo mismo? Bueno, la respuesta está ya implícita en la pregunta: para ca-

⁵ En otros términos: puesto que la intuición que cada uno —y el juez— pueda tener de un hecho cualquiera es como toda intuición incommunicable e incompañable, siendo la objetividad —como hemos visto precedentemente— la intersubjetividad trascendental, el juez debe proceder a *conceptualizar* para comunicar a los demás su comprensión del caso. Debe mostrar los hechos ocurridos y la acción que proyecta (condena o absolución) como caso particular de un concepto o norma general. Así los demás podrán compartir —o no— su comprensión del caso. Y también dentro del concepto o marco normativo encontrado debe mostrar la valoración que ha hecho para elegir una de las posibilidades que el marco le brindaba (cosa que, naturalmente, implica el rechazo de todas las demás), como caso de una valoración general que debe imponerse espontáneamente al sentimiento de justicia de los demás toda vez que las mismas circunstancias relevantes estén en juego. Para realizar esto el juez debe haber captado adecuadamente cuáles son las circunstancias de los hechos cuyo juzgamiento le ha sido sometido verdaderamente relevantes como para configurar un "caso" axiológico; caso que en este mismo momento —y por obra de ese juez— recibe conceptualización y deviene un "caso" normativo, como se ve en la sentencia que sienta un precedente.

caracterizar el "caso" del homicidio tomamos como relevante el hecho de conducta de haberle quitado la vida a otro y descartamos, por no ser relevantes, todas las diferencias señaladas. Dos acontecimientos diferentes, que siempre van a ser desiguales en muchos aspectos, se configuran ambos como "casos" cuando tienen algunas notas comunes que son consideradas *relevantes* por ser la concreción fáctica del hecho de conducta previsto en una norma general.

Y es esa norma general el sentido del hecho de conducta considerado "caso". Son los sentidos generales los que nos permiten referirnos a ciertos hechos como a "casos" concretos de esos sentidos. Y son esos sentidos jurídicos generales los que nos permiten así *conceptualizar jurídicamente la conducta*.

3) Las fuentes como hechos que denotan la aceptación comunitaria de sentidos jurídicos.

Hemos llegado, a través del razonamiento seguido, frente a un problema aparentemente insoluble: debemos mostrar la existencia de un sentido general. ¿Cómo mostramos o señalamos un sentido general? Los sentidos no se ven con los ojos de la cara ni se ofrecen a la percepción sensible, no obstante debemos poder mostrarlos de alguna manera. Este es el tema específico de las fuentes, porque *las fuentes son aquellos hechos que denotan la aceptación comunitaria de un sentido general*. Mostramos un sentido general señalando un hecho que sí se ve con los ojos de la cara y que está en el tiempo y el espacio, hecho que de por sí pone de manifiesto la existencia de un sentido.

Las fuentes del derecho, ya se llaman ley, jurisprudencia, costumbre, doctrina o como fuere, son aquellos hechos en los cuales se apoya el juez —o todo aquel que quiera asignar sentido jurídico a una conducta— para señalar que hay un sentido general existente en la comunidad. El texto de una ley, la repetición de cierta conducta, la reiteración de una solución judicial o una opinión doctrinaria, son hechos —y como tales perfectamente perceptibles y señalables— de los que se puede inferir la existencia de un sentido general aceptado comunitariamente. Pero no se piense que nos limitamos a esos cuatro hechos señalados, no, todo hecho invocado para mostrar un sentido general es también "fuente" del derecho con iguales títulos y méritos.

Todavía tenemos que agregar que como el hecho que manifiesta el sentido invocado debe ser reactualizado al dictarse el fallo —o al asignarse un sentido jurídico— para hacer esa reac-

actualización se recurre a una "fuente de conocimiento". Es decir, si tenemos que referirnos al hecho de la sanción de una ley, por ejemplo el Código Civil, como esa sanción ocurrió en 1869, o sea en un pasado ya remoto que no resulta hoy reactualizable, para hacerlo recurrimos a un hecho concreto que tenemos a mano: el ejemplar del Código Civil que está sobre el escritorio. Cuando llega el momento de fallar, el juez tiene bien a mano un hecho que le denota la existencia de un sentido objetivo, ese hecho, o bien es el ejemplar del Código, o son los repertorios de Jurisprudencia, o son los tratados doctrinarios, o las recopilaciones de usos y costumbres, o cualquier otra "fuente de conocimiento". Estos hechos son una forma de entenderse que tienen los hombres: todos estamos de acuerdo en que hay un sentido general que emana del ejemplar del Código Civil que hay en nuestra biblioteca, y en base a él nos manejamos y entendemos.

- 4) Sentidos jurídicos no precisados en normas: valores o ideales y fuentes "materiales" (Standards valorativos, "fines", etc.).

Si bien toda norma, todo sentido general, implica siempre un contenido axiológico, un valor, no todos los valores tienen expresión normativa. Por ello resulta que hay sentidos jurídicos no precisados en normas. Estos son aquellas valoraciones vigentes tales como los ideales compartidos por una comunidad, sus patrones de conducta, etc. En estas valoraciones no hay una descripción de la conducta lo suficientemente precisa como para que haya una imputación normativa de antecedente a consecuente⁶. En estos casos estamos frente a "medio" sentido, porque el sentido general no tiene aún su formulación completa.

Tomemos un ejemplo: el principio de que todos los hombres son iguales ante la ley, expresa, sin duda, una valoración vigente. Pero ¿qué quiere decir este principio? No hay en él una descripción de conducta concreta como antecedente ni una descripción de conducta como consecuente, cosa que sucede en toda norma. La valoración que expresa el principio mencionado no ha de alcanzar la jerarquía de ser un sentido general apto para conceptualizar un "caso" hasta que no se plasme en una norma, ya sea ésta legislada o consuetudinaria, general o individual. Lo

⁶ Como hemos visto en el capítulo IV, toda norma debe contener necesariamente una descripción de hechos (situación) y la afirmación de que cierta conducta debe ser encontrándose estas dos expresiones (atómicas) vinculadas entre sí en la forma de un bicondicional. La mera afirmación de que algo debe ser no constituye una norma sino, a lo más, una valoración.

mismo sucede con el principio que expresa que los trabajadores tienen derecho a una existencia digna. ¿Qué es una existencia "digna"? No se sabe bien si implica el derecho a una vivienda propia, a ciertos servicios sanitarios elementales, a una educación universitaria, a por lo menos un viaje a Europa en la vida, o a un alimento con cierta cantidad mínima de proteínas.

Cada vez que para fundar la objetividad del sentido del caso individual se acude a una de estas valoraciones de tipo general no concretadas en una formulación normativa estamos frente a una valoración. Y como la valoración no la pone el juez en forma arbitraria o caprichosa, sino que tiene que buscar la valoración objetiva que esté dada y sea vigente en la comunidad, respecto de ellas también hay "fuentes". Y en este caso hablamos de fuentes exclusivamente "materiales". En otros términos: cuando se señala la existencia de una valoración no concretada en una expresión normativa, y se buscan hechos para mostrar que esa valoración *está* vigente en la comunidad, esos hechos son "fuentes exclusivamente materiales".

- 5) Norma general y fuente formal.

Lo visto precedentemente nos ha llevado ya a distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales, pero fundando la distinción desde la perspectiva egológica. Vamos a hacer explícito lo que adelantáramos en el punto anterior.

Sabemos ya que "fuentes" son aquellos hechos que denotan la existencia de un sentido general. Sabemos también que los sentidos generales *siempre* expresan un contenido axiológico, un valor. Ahora, cuando esos hechos denotan un sentido axiológico no expresado normativamente, estamos frente a una fuente exclusivamente material. En cambio, cuando esos hechos denotan un sentido general que tiene expresión normativa, estamos frente a una fuente "formal". Claro está que la formulación normativa bien puede no ser expresada como en el caso de la costumbre, en la cual el "núcleo" de la repetición de los hechos de conducta perfila la norma. En la ley, en cambio, el sentido normativo está expreso por las palabras del legislador. En la jurisprudencia hay una doble serie de identidades: por un lado la repetición de los hechos sometidos a los jueces, y por el otro la repetición de las soluciones dadas por los jueces a esos casos. Por ello la norma jurisprudencial participa un poco de los caracteres de la norma consuetudinaria (repetición de hechos de conducta) y de los de la norma legislada (expresión conceptual

de la norma). Por último tenemos que la doctrina se expresa conceptualmente, por lo que es una fuente "formal".

Cabe advertir que como todo sentido jurídico expresa siempre un valor no hay fuentes puramente formales, es decir puras normas carentes de contenido axiológico. Por ello es más adecuado hablar de *fuentes materiales* y *fuentes formal-materiales*. En ambas hay un contenido axiológico, pero en una de ellas además de ese contenido axiológico hay un concepto general, es decir una norma general que determina que dados ciertos hechos deben ser ciertas consecuencias.

Prescindimos por el momento del hecho de que esta norma general puede ser más o menos obligatoria —tema que veremos a continuación— y destacamos que esta descripción de hechos antecedentes y hechos consecuencias como debiendo ser puede ser más o menos precisa o borrosa o vaga, lo que da cuenta de la necesaria complicación de valor (sentido más o menos vago) y norma (sentido más preciso). Por otro lado el tema se conecta obviamente con el de la interpretación, cosa que destaca la estrechez de la concepción que ve en la tarea de interpretar una "pura interpretación de la ley", ya que ésta es la fuente formal por expresiones verbales. Finalmente también queda de relieve la estrechez del enfoque de todas aquellas escuelas que pretenden acceder al derecho únicamente a través del análisis de las expresiones o enunciados (normativos).

6) Obligatoriedad de las fuentes.

Este es un tema importante que fue confundido con el de las fuentes del derecho, confusión que impidió que se lo examinara detenidamente y que llevó al tema de las fuentes cierta oscuridad. La obligatoriedad es una cualidad o carácter de alguna fuente, pero no es de ningún modo algo que la haga ser o no ser fuente del derecho. No podemos reservar la palabra "fuente" para aquellas fuentes que son obligatorias porque, como hemos visto, fuentes son todos aquellos hechos que evidencian sentidos generales. Pero, aun si quisiéramos hacerlo nos encontraríamos con dos dificultades insalvables: la primera consiste en que las fuentes no obligatorias funcionan como efectivas fuentes en la vida cotidiana, en el cumplimiento espontáneo del derecho; la segunda consiste en que la obligatoriedad no es carácter que puede determinarse tajantemente, no puede señalarse en forma absoluta cuál es la fuente obligatoria y cuál no lo es. Dentro de este tema tenemos que dejar bien claro que no

hay ninguna fuente *absolutamente obligatoria*, ni siquiera la ley. De hecho el juez puede fallar de acuerdo o contra la ley, esto lo hemos visto al examinar las sentencias *contra legem* y la norma de habilitación en el Capítulo V. La ley tiene cierto grado de preponderancia en cuanto a la obligatoriedad por la circunstancia de que el juez obtiene su calidad de tal al menos en el mundo contemporáneo de una norma expresa (ley en sentido lato) por ello su sujeción a la ley es mayor, pero ello no hace de ningún modo que la ley sea absolutamente obligatoria.

La jurisprudencia no goza, entre nosotros, de la misma obligatoriedad que la ley, puesto que un juez puede alzarse contra una jurisprudencia con menor esfuerzo y menos argumentos que los que necesita para alzarse contra una ley. Pero a pesar de ello la jurisprudencia tiene cierto grado de obligatoriedad. A un juez, para contradecir una jurisprudencia sentada y firme, no le basta con invocar su mera condición de juez, debe poner en crisis y rebatir los fundamentos en los cuales se apoya la jurisprudencia que desea dejar de lado. Y esto no siempre es fácil, tal es así que en la vida de los tribunales las jurisprudencias sentadas y firmes se viven como obligatorias.

Las normas consuetudinarias, recibidas en las cortes, son tan obligatorias como la ley, aunque ésta tenga cierta preponderancia sobre la costumbre misma para el caso de derogación de la costumbre, por ejemplo, por los motivos ya señalados.

La doctrina no tiene ningún grado de obligatoriedad. El juez la utiliza para fundar la solución que da al caso y deja completamente de lado la doctrina que no le sirve a ese efecto. De la multiplicidad de opiniones él elige las que quiere y silencia las que no le sirven sin sujeción alguna. Más aún, a veces consigna la discrepancia con tal o cual autor sin que ello le cause mayor preocupación.

c) La costumbre y la ley⁷

1) La costumbre: su papel fundamental.

La costumbre es específicamente repetición de ciertos hechos de conducta. En esta repetición está implícito el sentido general normativo que es la norma consuetudinaria.

⁷ Para un estudio detenido de las distintas fuentes en particular nos remitimos a Aftalión, García Olano y Vilanova, *Introducción al Derecho*, 9ª edición. Aquí nos limitamos a señalar algunos aspectos de interés para la filosofía del derecho.

Tanto en la costumbre como en los usos sociales hay repetición de conducta, pero distinguimos a aquélla de éstos porque el sentido jurídico que impone la costumbre aparece como "jurídicamente obligatorio", en cambio los usos sociales son "jurídicamente facultativos", aunque la sociedad imponga severas sanciones tales como la exclusión del grupo, la marginación, la burla, etc., a aquellos que no se atienen a los usos. Pero estas sanciones no pueden ser asimiladas a las sanciones que imputan las normas jurídicas porque, entre otras cosas, estas últimas son coactivas y son aplicadas por un órgano, mientras que aquéllas no lo son y surgen espontáneamente en la comunidad.

Tradicionalmente se ha señalado en la costumbre dos elementos constitutivos: uno material y otro espiritual. El elemento material consiste en la repetición de los hechos de conducta en el seno de una comunidad, el espiritual es el sentido genérico con relación al cual se va a asignar sentido jurídico a los hechos de conducta. La repetición de hechos que se dan con un mismo núcleo muestra un sentido jurídico que vale para los demás hechos que presente ese mismo núcleo. Claro está que, por tratarse de una repetición de hechos de conducta, éstos siempre van a tener entre sí una multiplicidad de elementos diferentes, de los cuales hacemos abstracción; y algunos elementos iguales a los que consideramos relevantes y por los cuales dos hechos distintos son reconocidos como "iguales", es decir que uno aparece como la repetición del otro. Estos elementos iguales son lo que hemos denominado en esta exposición el "núcleo" del caso de conducta.

Nos preguntamos ahora qué sucede cuando hay normas recibida y constante sino que hay dos usos que brindan dos sentidos diferentes para un mismo caso de conducta. Este pro-consuetudinarias discrepantes, cuando no hay una costumbre blema es exactamente el mismo que planteaba el conflicto de normas en las normas de igual grado o jerarquía; en el Capítulo V examinamos este problema en las normas legisladas, ahora volvemos a encontrarlo en las normas consuetudinarias. Si las normas que se oponen son simultáneas en el tiempo no hay ninguna razón para dar prelación a una o a otra, por ello para darle el sentido jurídico al caso habrá que buscar una interpretación que nos permita preferir una de ellas, y la mejor forma de realizar esto es acudiendo a otra fuente del derecho. Tanto en el caso de las normas legisladas como en las consuetudinarias,

frente a dos normas opuestas y simultáneas, tendremos que recurrir a otra fuente para poder superar la incertidumbre y encontrar el sentido adecuado del caso de conducta.

Por último tenemos que referirnos al aspecto que está ya adelantado en el título de este punto: el papel fundamental de la costumbre. Sea en los sistemas jurídicos rudimentarios, en los cuales el papel de la costumbre es sumamente notorio, sea en los sistemas más evolucionados en los que hay ya normas expresas para una muy grande variedad de situaciones posibles, la costumbre juega un papel fundamental por lo que vamos a destacar ahora.

La costumbre juega un rol esencial en la primera constitución. La primera constitución se basa o se funda directamente en la costumbre: el acatamiento general que se le brinda al órgano o conjunto de órganos que la dictaron hace que esa primera constitución lo sea efectivamente y no se convierta en uno de los tantos intentos frustrados. Es el acatamiento general lo que da una diferencia esencial entre la Constitución de 1853 y las constituciones de 1819 y 1824; aquélla lo tiene y éstas no.)

Si de la primera constitución pasamos a la constitución vigente, la situación es exactamente la misma. La constitución vigente va a ser tal por el acatamiento general a un órgano o un conjunto de órganos. Más aún, la verdadera constitución va a estar dada por las peculiaridades de este acatamiento, más que por el texto escrito de la constitución. (Dos países con un mismo o similar texto constitucional pueden tener dos constituciones reales muy diferentes. Este es el caso de los EE. UU. y la Argentina. A pesar de que nuestra constitución es prácticamente igual a la estadounidense, es sumamente notorio que la constitución real es muy diferente en uno y otro país, esta diferencia radica en el distinto tipo de acatamiento que han recibido una y otra.) Paralelamente al derecho constitucional escrito hay un derecho constitucional de tipo consuetudinario. En la medida en que ambos coincidan bastará con conocer la formulación escrita, pero si no coinciden es imprescindible integrar el texto constitucional con los hechos de conducta que ocurren en la comunidad y que modifican el texto escrito. Piénsese que poco derecho constitucional argentino conocería aquel abogado que sólo conociese el texto de la constitución.

Además de la importancia señalada, la costumbre juega un papel protagónico en el derecho internacional público. Allí la generalidad de las relaciones son básicamente consuetudinarias,

además de que la propia norma básica del derecho internacional establece que: "los estados deben conducirse en la forma en que lo vienen haciendo".

- 2) La ley: su papel formalmente protagónico en los países de tradición romanista y sustancialmente protagónico en la modificación acelerada (reforma) del derecho de todos los sistemas.

Ustedes saben que en lo que se refiere al derecho de fondo hay dos tradiciones que sostienen dos sistemas jurídicos diferentes. Una es la tradición continental y romanista, la otra es la tradición de los países de habla inglesa. En los países romanistas desde Justiniano comienza lo que se puede denominar el movimiento de la codificación. La idea de la codificación es prever en normas expresas todas las situaciones posibles, los códigos intentan, así, contener el sentido jurídico de todos los hechos de conducta que pueden darse. Por esta razón en los países de tradición romanista la ley ocupa un papel destacado como fuente del derecho, incluso se ha creído ver en ella la única fuente del derecho. En los países anglosajones la tradición es distinta. Allí los tribunales aplican primero la costumbre (the law of the land), pero cuando la comunidad crece y los fallos se van acumulando, se parte de la idea de que esos fallos traducen "la ley de la tierra", y se pasa a aplicar los "precedentes judiciales" (la jurisprudencia). Por ello las normas generales surgen, en su gran mayoría, de la reiteración de las soluciones judiciales.

Pero sucede que en el sistema anglo-sajón (*common-law*) las nuevas situaciones y necesidades económicas y sociales no pueden esperar a que las soluciones jurisprudenciales vayan perfilando las normas jurídicas necesarias para comprender la nueva realidad. Por ello surge como necesaria la legislación. Por vía legislativa se solucionan los problemas que no pueden esperar la lenta formulación que proporciona el *common law*. En tanto que éste va cubriendo los aspectos intersticiales ya sea adaptando poco a poco las soluciones de los viejos casos a las nuevas necesidades, ya sea cubriendo aquéllos que las leyes no han contemplado en forma adecuada. Por ello el Parlamento inglés y las legislaturas locales en los EE.UU. van dictando leyes que, en su materia específica, ocupan un lugar tanto o más importante que la jurisprudencia.

Pero en el sistema continental sucede un fenómeno recíproco. Como los textos legales envejecen (piénsese que nuestro Código Civil tiene ya cien años) y resultan anacrónicos para

comprender nuevas situaciones jurídicas, y la reforma legislativa no se produce con la rapidez necesaria para brindar las soluciones adecuadas que la nueva realidad exige, sucede que aparece una jurisprudencia frente a las leyes antiguas que va desplazando al texto legal en todo aquello que requiere un nuevo sentido jurídico para ser comprendido comunitariamente con un sentido axiológico positivo.

De este modo a la larga la situación es similar. En los países anglosajones (*common law*) se acepta como fuente básica del derecho a la jurisprudencia, y la ley cumple un papel auxiliar para la modificación acelerada (reforma) del derecho. En cambio en los países de tradición continental se considera a la ley como fuente básica del derecho, asignándosele a la jurisprudencia un papel auxiliar para adecuar los textos legales anacrónicos a las situaciones que exigen un sentido jurídico diferente al previsto por la norma. En el *common law* todo texto legal es una excepción, entre nosotros, en cambio, toda norma jurisprudencial es de excepción frente a las normas legisladas.

El tema de las fuentes del derecho puede conectarse con la noción política de democracia y de totalitarismo entendidas como creación descentralizada y centralizada, respectivamente, de normas jurídicas (Cfr. Kelsen). La creación del derecho por medio de la costumbre es un medio totalmente democrático y descentralizado de creación normativa: todos y cada uno de los súbditos crean la norma que hay que acatar. La jurisprudencia es también un procedimiento ampliamente descentralizado y sumamente democrático. No lo es tanto como la costumbre, desde el momento en que no todos los súbditos concurren a crear la norma, pero sí son muchos los jueces que en distinto lugar, a lo largo del tiempo y sin sujeción a una autoridad central, van creando las normas. La ley, por el contrario, es un procedimiento centralizado y no democrático de creación de las normas, la única manera de democratizar la creación normativa por vía legislativa es que quienes la formulen sean el conjunto de la comunidad (como en la antigua y legendaria democracia suiza) o, por lo menos, cierta cantidad de representantes del pueblo elegidos democráticamente. Pero en la elección de los representantes está el peligro del totalitarismo, puesto que no hay medio de asegurar en una forma absoluta que los representantes van a actuar en función de los intereses de los representados, o de acuerdo con la voluntad de éstos.