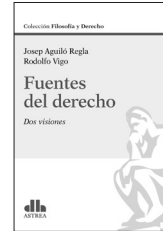


LIBRO

AGUILÓ REGLA, JOSEP - VIGO, RODOLFO L.
Fuentes del derecho. Dos visiones
(Buenos Aires, Astrea, 2018)



GABRIEL HORACIO GÓMEZ BENÍTEZ*

El tema de las fuentes del derecho es de importancia en toda teoría del derecho; sin embargo, más de una vez se ha pasado por alto darle el valor necesario a la hora de construir epistemología jurídica. Por esta razón, JOSEP AGUILÓ REGLA y RODOLFO VIGO, ambos profesores universitarios de reconocida trayectoria, nos proponen un diálogo contrastante entre sus distintas posiciones iusfilosóficas, para enriquecer nuestro conocimiento en general, acercándonos a esta obra a través de un abierto espíritu crítico.

La obra se divide en dos secciones; la primera, a cargo del profesor RODOLFO VIGO, y la segunda a cargo del profesor JOSEP AGUILÓ REGLA.

VIGO divide su exposición en seis visiones, las tres primeras tituladas: “§ 1. Antecedentes”, “§ 2. La concepción moderna” y “§ 3. La concepción predominante”, recorren a grandes rasgos el derrotero histórico que recorrió el concepto “fuentes”. Mientras que las restantes mencionan: “§ 4. El mapa integral de la teoría de las fuentes del derecho”, “§ 5. Dos teorías centrales sobre las fuentes del derecho” y “§ 6. Clasificaciones de las fuentes del derecho”, comparten una explicación comparativa entre las dos teorías en análisis.

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría General del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctorando en la Modalidad de Cursos Intensivos de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del equipo de investigación DeCyT 2018-2020, DCT1824, “La obra codificadora de Carlos Tejedor y su significado. Sus ideas a través de la enseñanza del derecho penal”, bajo la dirección del profesor SANDRO OLAZA PALLERO. Correo electrónico: gabrielgomezbenitez@gmail.com.

Como primer antecedente, recuerda VIGO que fue MICHEL VILLEY quien enseñó que CICERÓN creó la expresión “fuente de derecho”, asociando tanto a “origen” como a “fundamento” del derecho, la cual se mantiene, ya que fundamento equivale a “principio”, “razón” u “origen”; bien que a través de la voz “fuente” indagamos también el fundamento inmediato, el terreno fenomenológico y empírico de vigencia, validez y eficacia de las normas.

Asimismo, el autor nos recuerda que la visión teórica del tema ha cambiado al ritmo de los paradigmas del Estado y del derecho, con importantes influencias a partir de las ideas de SAVIGNY y KELSEN.

En la concepción moderna de SAVIGNY, su *Sistema de derecho romano actual* tornó a las “fuentes” en una cuestión específica y crucial, fundando la ciencia jurídica moderna que resultó exitosa dada su funcionalidad al Estado de derecho legal. El autor señala dos notas originales: primero, la visión positiva, ya que no hay derecho que no se sustente en el “espíritu del pueblo”; segundo, su visión sistémica, en donde ese derecho consuetudinario se somete a la sistematización científica que habilitará su consagración en la ley. SAVIGNY quiere descartar la visión premoderna de las fuentes, basada en buscar los medios para resolver la cuestión de derecho. También (junto con la Escuela de la Exégesis francesa) coinciden el pretender un derecho certero y no dudoso, alcanzable por predominio y supremacía de la ley.

A su turno, en KELSEN la concepción teórica se enfoca a superar la ambigüedad de la expresión “fuente” del derecho, centrándola en los modos de producción de las normas jurídicas; estudiando la validez de las normas en un sistema jurídico que es descripto científicamente. Significa esto que ahora se estudiará las “formas”: cómo se crean las normas, sin revelar consideración acerca de su contenido (p. 8). El autor afirma que KELSEN influyó fuertemente de la mano de BOBBIO, en el mundo iberoamericano y es también claramente funcional al Estado de derecho legal.

Destaca que propone una teoría de las fuentes radicalmente distinta de la del profesor AGUILÓ REGLA, y menciona la existencia de una clara distancia ente la teoría de las fuentes del derecho dominante en el mundo científico o académico y la práctica tribunalicia, afirmando que habrá de privilegiar esta última realidad operativa.

A continuación refiere que su propósito de describir el mapa completo de las fuentes del derecho, puede ser útil a los fines de mostrar la importancia y proyecciones que tiene el tema. De ese modo quedará al desnudo que teoría o filosofía jurídica se adhie-

ren y, por ende, qué característica asumirá la explicación sobre qué es el derecho, cómo se lo formula y se lo conoce, qué estructuras lógicas exhibe, si es posible establecer su mayor o menor valor o calidad jurídica.

A ese fin se propone elaborar un mapa completo acerca del problema de las fuentes del derecho, cuyo objetivo es identificar dos modos de enfocar el tema bajo estudio y sugiere que podría caracterizar con los siguientes rasgos: la “normativista” –que es propia de la tradición de SAVIGNY, KELSEN, y es funcional al Estado de derecho legal– y la “principalista” –que es funcional al Estado de derecho constitucional y convencional, con respaldo en la teoría neoconstitucionalista–. Los principios, incluso según autores como HART o DWORKIN, no se deben a ninguna decisión normativa ni práctica judicial, es decir no deben ser ratificados por la autoridad; constituyendo un límite racional para las normas y una pretensión para optar por una mejor opción entre tesis jurisprudenciales contradictorias. En ese marco el Estado de derecho convencional y constitucional no es compatible con un derecho cuyas fuentes quedan reducidas solamente a las normas. Los juristas deben buscar respuestas jurídicas no solo en las “normas” sino también en los “principios” que forman parte del derecho; de otro modo se tendría una visión incompleta del derecho negando a los problemas las mejores respuestas jurídicas.

También establece la diferencia entre el “iusprivatismo” y el “iusconstitucionalismo”; el primero, fruto del fuerte proceso de codificación en el siglo XIX, para quien las fuentes son aquellas que el codificador establece como tal, con predominio de la ley (normas sancionadas por el poder legislativo), y deja afuera a la costumbre, que ahora pasará a tener solo una tarea interpretativa y supletoria sobre la ley, nunca derogatoria. Para esta concepción, el juez es la boca de la ley, ya que la ley y el derecho son sinónimos. Este Estado de derecho legal forjó una teoría de fuentes de espaldas a la Constitución logrando que el Código Civil tuviera más importancia; el Código era el derecho básico y común que articulaba el resto de las normas. En cambio, en el “iusconstitucionalismo” la competencia para establecer las fuentes del derecho pertenece al constituyente y a la jurisprudencia constitucional. Los principios o derechos humanos son fuentes del derecho –aunque esto pareciera fundar una crisis de soberanía estatal al remitir indirectamente a tribunales internacionales–; la Constitución y los tratados de derechos humanos son el lugar privilegiado en donde buscar las respuestas jurídicas.

Señala otra característica vinculada a la presente cuestión: confrontar “formalismo” versus “sustancialidad”. El formalismo inspirado en KELSEN asocia exclusivamente las fuentes del derecho con la producción de normas, ocupándose de la unidad formal del sistema jurídico, mas no del material. Empero, sostener que se puede hablar de fuentes de derecho en términos meramente formales significa un grave reduccionismo. En tiempos del Estado de derecho constitucional y convencional la validez de la norma no se define solo por el análisis formal de la misma sino que también debe juzgarse su contenido. Los tribunales no se limitan al control formal, sino que avanzan sobre el contenido de las normas, invalidándolas o indicando como deben ser.

Diferencia también a ambas teorías como “sistémica” o “casuística y jurisdiccional”. La primera, fruto de las propuestas modernas de SAVIGNY y KELSEN, procura la sistematización del derecho como condición necesaria e insoslayable para constituir conocimientos científicos; la fuente última para identificar algo como derecho reside en el sistema entendido como coordinación recíproca. En oposición, el sistema casuístico entiende que para saber cuál es el derecho vigente en una sociedad corresponde remitirnos a los tribunales. Las respuestas jurídicas vigentes y válidas se encuentran en las decisiones autoritativas de estos; dichas respuestas a veces están explícitamente en la norma y otras veces implícitas en los principios. En la jurisprudencia se puede conocer los lugares en donde se encuentran las respuestas jurídicas y cuáles han sido reconocidas o creadas racional y coherentemente. Se trata de recuperar una perspectiva funcional que tenía el derecho premoderno y que tiene aún el derecho anglosajón muy criticado en su momento por SAVIGNY.

Alude de seguido a la distinción entre “estatista” o “social”; la tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal es consecuencia de la concentración histórica del poder normativo y coactivo del Estado moderno; todas las fuentes provienen ahora de la ley y se subordinan a ella, identificando al Estado con el derecho, ya que es equivalente al sistema jurídico. Sin embargo, esta visión es difícil de conciliar con derechos infraestatales, como los derechos de los indígenas, o supraestatales como el ámbito de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Existen respuestas jurídicas que no han pasado por el filtro de las autoridades políticas, que, sin embargo, también pueden ser respuestas jurídicas vigentes.

Otra controversia afín a este tema está entre el modo “generalista o universalista” frente a la “particularista o individualizado de

las normas”. El iuspositivismo legalista decimonónico asimila el derecho a las normas generales establecidas por el legislador y las sentencias pronunciadas por jueces solo eran la repetición de la ley en los casos. La teoría de las fuentes consagrada en los códigos civiles y por sus exégetas solo abarcaba las normas generales, fundamentalmente ley y costumbre jurídica. Sin embargo, desde una mirada realista la sentencia judicial es una norma individual que tiene destinatario exclusivo a las partes del proceso. También esta norma, o enunciado jurídico, reviste interés para toda la sociedad dado que define derechos y deberes que pueden ser útiles a casos análogos –o para el mismo tribunal o para tribunales inferiores según el caso–. El derecho tiene por finalidad dirigir conductas sociales en orden al bien común, y si bien cuenta con prescripciones generales, ellas deben ser concretadas judicialmente ajustándose a los casos.

De seguido, postula la diferencia entre una dimensión de las fuentes “interpretativista” y “argumentativista”; la interpretación jurídica corresponde al ámbito del estado de derecho legal que busca desentrañar el contenido en la ley a través del método gramatical o lingüístico y el método lógico o genético. SAVIGNY incorporará también el método sistemático y el método histórico; IHERING añade a su vez el método teleológico. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; ya el derecho está totalmente hecho y no hay incertidumbre. KELSEN, a su vez, identificó la interpretación como un acto de voluntad, bien que tendió a suavizar la discrecionalidad judicial. En contrapartida, en la visión del estado de derecho convencional y constitucional se entiende que es posible encontrar más de una respuesta jurídica; el trabajo del jurista es escoger la mejor respuesta dando las mejores razones para persuadir al auditorio. Siguiendo a ATIENZA, hay una conexión inescindible entre el derecho y la argumentación; el jurista tiene en este marco una función creativa o renovadora por medio de la argumentación. La teoría normativista olvida la distancia entre el texto y el resultado concreto fruto de la interpretación; de ahí que AARNIO propone a las fuentes como reglas aceptadas en la comunidad jurídica que se usan para justificar la interpretación.

A continuación distingue entre fuente “juridicista” o “no juridicista”; lo primero –que VIGO llama insularismo–, no incluye la dimensión axiológica, lo cual acaba caricaturizando el derecho. En cambio, para juristas como ALEXY o FINNIS, y para el Estado de derecho convencional y constitucional, la teoría jurídica se conecta con la moral y la política. En el Estado de derecho legal se prescinde de todo

aquello que esté más allá de la norma jurídica, mientras que en el Estado de derecho convencional y constitucional las fuentes del derecho dependerán de las conclusiones a las que arribe el jurista en el terreno fáctico. Quedarse en la norma supone una visión lingüísticamente ingenua; en tanto que la jurisprudencia corrige y completa las normas y principios que integran el derecho, con un conocimiento verdadero de los casos que exige comprensión, justificación y proyección para otros contextos.

Otro distingo es entre teoría “aséptica axiológicamente” o “ineludiblemente axiológica”. El iuspositivismo decimonónico mantiene la asepsia respecto a la axiología. KELSEN desde el escepticismo ético entiende que la justicia es un ideal racional, donde quizás el único valor sea la paz o el orden. El derecho estrictamente iuspositivista carece de conexiones cognoscibles entre moral y derecho; los juristas deben prescindir de valores que ocultan irracionalidades. Por el contrario, para profesores como ALEXY –a quien califica como neoconstitucionalista no positivista– el derecho requiere el elemento autoritativo o sistémico que necesita órganos, competencias y decisiones (o sea, la versión reducida de KELSEN o HART), el elemento sociológico (la eficacia real en la sociedad, como sostiene ROSS), y el elemento ético o moral (RADBRUCH) porque no cualquier contenido es compatible con la existencia del derecho.

También diferencia las fuentes como “solo una razón teórica y voluntarista” o como una “racionalidad práctica”; la primera puede ser calificada como propia del Estado de derecho legal, y la otra propia del Estado de derecho convencional y constitucional. El iuspositivismo del siglo XIX, bastante elemental en presupuestos filosóficos, confiaba en la infalibilidad de la voluntad general, de la mano de ROUSSEAU; en cambio la teoría pura de KELSEN tiene una visión epistemológica más amplia, que busca elaborar una auténtica ciencia en el derecho. Para KELSEN el conocimiento jurídico describe las cosas, no las valora ni las dirige, no hay concesión a la moral o a la axiología. Desde esta teoría solo se puede concluir en un voluntarismo al momento de la creación normativa, que significa solo un problema político. En contraste, en la razón práctica se busca recuperar la razón como instrumento idóneo para responder las preguntas morales más importantes y decisivas para el ser humano. Un camino es apoyándose en autores más “kantianos” como HABERMAS o ALEXY que configuran una pretenciosa teoría de diálogo racional entre razón y moral para alcanzar la realidad y legitimidad. Otro camino es

desde el realismo jurídico aristotélico-tomista, para el cual la regla y la medida de los actos humanos es la razón y toda ley humana procede de la razón y la voluntad del legislador; FINNIS reivindica la razón práctica sustancial y la razón práctica procedimental. Esta postura clásica, a diferencia de la kantiana, atribuye a la razón la función de conducir la realidad, esta facultad tiene por objeto el bien al que se llega por la razón. Concluye VIGO que una teoría de fuentes que se desarrolla exclusivamente desde la razón teórica proporciona un contenido incompleto y potencialmente erróneo; la razón práctica sustancial y procedimental es el camino para que el jurista encuentre las respuestas jurídicas que corresponde escoger o rechazar.

Otra controversia que enumera es la “cientificista” frente al “saber jurídico integral”. El cientificismo importa circunscribirse al plano empírico, rechazando el campo de la filosofía jurídica, describiendo el derecho vigente y vedando la crítica valorativa. Inversamente, en el campo de la filosofía jurídica se requiere una perspectiva gnoseológica para saber qué caminos son viables para dar respuestas jurídicas y los lugares en donde estas se encuentran con el conocimiento jurídico. A los saberes ciencia y filosofía jurídica se debe sumar aquel saber que compete responder de manera circunstanciada en el problema jurídico, un saber mucho más práctico que apunta a la conducta concreta en tiempo y espacio.

Diferencia también a estas teorías por considerar a las fuentes “escritas” o, en cambio, “simplemente conocidas”. Los autores pertenecientes a la exégesis francesa ratificaban la tesis de que el derecho se escribía y se hacía conocer por medio de un órgano *ad hoc*, en el que se podía encontrar todo el derecho; por lo que la costumbre jurídica era muy resistida como fuente. Empero, para la ius filosofía clásica la costumbre tiene fuerza de ley, puede abolir una ley y es intérprete de las leyes. En este marco, la costumbre goza de buena salud en ejemplos como el derecho indígena, la *lex mercatoria*, el viejo *ius cogens* o *ius genitum*, y el derecho consuetudinario del Estado de derecho legal se nutrió de una teoría de lenguaje en la que se ratificaba la confianza en identificar con claridad y sin equívocos el significado de lo que se leía en los códigos; sin embargo el lenguaje encierra inconvenientes semánticos, sintácticos y pragmáticos.

Asimismo, la teoría de las fuentes funcional al Estado de derecho legal es de matriz iuspositivista, mientras que la funcional al Estado de derecho convencional y constitucional es de matriz no positivista. El iuspositivismo se centra, en sus distintas versiones, en reconocer

que no hay más derecho que el puesto y reconocido como tal, incluyendo la tesis del escepticismo ético y la tesis epistemológica para la cual el saber jurídico describe y no prescribe o valora. Esta teoría no es idónea para explicar funcionalmente la realidad de nuestro actual estado de derecho convencional y constitucional. El problema central de la polémica es la relación entre derecho y moral, en tanto se reconozca o rechace la relación esencial entre ambos. Vigo incluye, además, la tesis de la confianza en la razón práctica para brindar respuestas a preguntas axiológicas y que el conocimiento sobre el derecho que incluya valoraciones y no solo descripciones termina siendo el más exhaustivo. Es que el derecho del Estado de derecho convencional y constitucional hay principios, como los derechos humanos, que están *per se* o *proprio vigore*, no en virtud a la decisión de las autoridades, por lo que, más allá de exigencias formales reclamadas por la razón al derecho, también hay exigencias sustanciales que deben ser tenidas en cuenta.

En ese contexto, escribe Vigo, el sentido del derecho es servir al hombre y a su convivencia procurando la justicia, por lo que necesita una visión de las fuentes que se ocupe de las formas pero también de su contenido racional. El Estado de derecho convencional y constitucional puso en crisis las ramas que dividían el Estado de derecho legal y consolidaron los Códigos respectivos, potenciando el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, el Estado de derecho legal entró en crisis a partir de los tribunales de Núremberg, por lo que resultó necesario elaborar una nueva teoría funcional al Estado de derecho convencional y constitucional; los llamados neoconstitucionalismos. Vigo distingue cuatro versiones: los "no positivistas constructivistas y kantianos", los "no positivistas aristotélicos", el "positivismo crítico hobbesiano y voluntarista", y el "positivismo crítico o populista"; para nuestro autor las "no positivistas" sirven mejor para comprender y operar el derecho propio del Estado de derecho convencional y constitucional. Vigo concluye que en el Estado de derecho convencional y constitucional hay derecho incluso fuera de la ley. En ese contexto, la constitución y los tratados de derechos humanos son fuentes de derecho, la moral racional se incorpora al derecho con el rótulo de derechos humanos, se instituyen tribunales que controlan la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas, y existe la necesidad de definir las fuentes del derecho como causa fundamento, a donde acude el jurista que necesita resolver un caso.

A juicio de VIGO, para entender el enclave y seguimiento del derecho debemos atender a la naturaleza humana con sus elementos constitutivos: vida social, libertad, racionalidad, conciencia de lo suyo de cada uno, y reglas imperativas de las conductas sociales. El derecho tiene una pretensión de corrección y aunque no busca formar “buenos hombres”, si tiene el propósito de conformar “buenos ciudadanos”. Es un terreno que excede y explica lo jurídico. De ahí que cuando hablamos de “fuente de derecho” se señalan derechos que le corresponden a cada ser humano por el solo hecho de serlo y que deben ser respetados por razón de justicia; de otra manera, careciendo de justificación racional resultarían “inhumanos”.

En definitiva, VIGO rechaza una teoría que limite el estudio de las fuentes a lo descriptivo, normativista, estatista, y empirista del surgimiento del derecho prescriptivo en las normas; estimando que una mirada ontológica y teleológica que refiera a la valoración y justificación racional del lugar donde aparece el derecho es mucho más útil y significativo.

A la hora de clasificar las fuentes VIGO también señala diversas formas. Distingue entre “reconocidas” o “creadas”(p. 77), si se entiende que corresponden al ser humano en tanto tal, y el derecho creado por el constituyente, el legislador, el juez, etcétera. “Explícitas” o “implícitas”(p. 78): las primeras imputan cierta consecuencia jurídica a ciertos supuestos fácticos genéricos; en las otras corresponde al jurista explicarlas frente al caso planteado. “Universales” o “individualizadas”: en las primeras tiene una validez y vigencia que se destina a todos los seres humanos, las otras se delimitan claramente a determinadas personas. “Evidentes” o “derivadas argumentativamente”: hay respuestas claras y contundentes de derechos humanos, y también respuestas jurídicas que requieren de argumentación justificadora. “Heterónomas” o “autónomas”; unas se generan sin la aceptación voluntaria, las otras se crean libremente. “Normativista” y “principalista”: la primera de aplicación silogística y destinada a casos individuales y reducidos márgenes de creación, los otros que requieren ser definidos y ponderados en las soluciones concretas. “Metasistemáticas” y “sistemáticas” o “sectoriales”: las primeras constituyen las respuestas jurídicas que se generan más allá del sistema y valen inexorablemente para cualquier sistema; sistemáticas son los lugares donde se encuentran respuestas específicas que valen para la totalidad del sistema; “sectoriales”, en cambio, rigen en específicos lugares del sistema jurídico. Clasifica también entre “pacíficas” o “controversiales”, “consolidadas” o “innovadoras” (las primeras tienen

estabilidad para generar derecho, las otras son nuevas fuentes para generar respuestas). "Abstractas" o "concretas" según sean sin consideración a las circunstancias, o que se proyectan a los casos; "sustanciales" o "formales": las primeras son inherentes al contenido sustancial del derecho, mientras que las otras se conectan al plano formal o procedimental; "definitiva" o "provisoria", según tiene por objeto responder medidas cautelares, o hacer cosa juzgada. "Inteligible" o "ininteligible"; en las que, en las primeras se reconocen respuestas jurídicas claras, en tanto que las segundas reconocen incompreensión; "persuasivas" o "dogmáticas", según el reconocimiento de la importancia de la retórica; "obligatorias", "prohibitivas" o "permisivas"; que corresponden a categorías deónticas, "coercitivas" o "voluntarias"; "eficaces" o "ineficaces"; y "necesarias" o "indiferentes": la primera comprende la existencia del derecho, y en la última hay una amplia libertad.

A la hora de clasificar a las fuentes, según el sujeto que reconoce el derecho, las divide en: supraestatales, estatales, e infraestatales. La clasificación continúa según la rama jurídica, unas de derecho público otras de privado y se prolonga a las "válidas" o "inválidas", donde estas últimas son las que contradicen de manera insalvable al derecho. Y por último entre fuente "escrita" o "no escrita".

Continúa su estudio discurriendo acerca de la jerarquización de las fuentes, donde Vigo sostiene, por un lado, criterios institucionales y jurisprudenciales y, por otro, criterios descriptivos y normativos. El criterio institucional confirma la jerarquía en los ámbitos de competencia de las diferentes autoridades; empero, la jurisprudencia, en su labor, termina perfilando criterios de jerarquización propios. El criterio descriptivo señala como está prevista la jerarquización, sea institucionalmente o jurisprudencialmente. Desde el criterio normativo no solo se describe, sino que se critica y valora esa jerarquización.

Por último, concluye nuestro autor sosteniendo que su estudio consistió en confrontar dos teorías paradigmáticas sobre las fuentes: una funcional al Estado de derecho legal y otra operativa al Estado de derecho convencional y constitucional. Una hace énfasis en el origen de las normas dentro del sistema, la otra defiende la jurisprudencia como lugar donde se busca racionalmente respuestas jurídicas válidas. El fundamento del derecho nos lleva a la naturaleza humana, su dimensión social y racional, y desde allí proyecta respuestas jurídicas. Sostiene también que la teoría de fuentes es inescindible de cierta filosofía del derecho, de ahí la idea del reconocimiento o rechazo de la razón práctica para responder preguntas valorativas o axiológicas sobre la regulación de conductas.

Como se anticipó, la obra prosigue con la visión de JOSEP AGUILÓ REGLA. Coincide con VIGO que, en general, el tema de las fuentes es menospreciado por la comunidad académica. Divide la obra en dos acápites; “cuestiones conceptuales” y “diversos tipos de fuentes del derecho”. Al final incluye un último epígrafe con el título “los nuevos fenómenos”.

En el primero, “cuestiones conceptuales”, habla de la metáfora de las fuentes del derecho y sus ambigüedades. Nos recuerda que la metáfora de la fuente se usa para recordar el origen del derecho, pero el uso de la metáfora dio lugar a distintos tipos de interpretaciones: el discurso explicativo, que asocia los fenómenos jurídicos como una especie de los fenómenos sociales; cuando los fenómenos jurídicos se incluyen como una especie de los fenómenos prácticos, como la moral, y un tercer tipo de interpretación, el sistemático, que afirma el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos.

Sin embargo, nos llama la atención respecto a la dificultad de esta famosa analogía; mientras que el agua es un término claro, el derecho sigue generando controversias; el derecho es un objeto cultural, y como tal, el derecho “construye” su propio objeto.

Para AGUILÓ REGLA la ambigüedad de la metáfora de la “fuente” da lugar a dos distintas interpretaciones: por un lado el origen y naturaleza del derecho, propio de la teoría o filosofía del derecho y, por el otro, el origen de las normas jurídicas, propio de la teoría general de derecho y de las diferentes dogmáticas jurídicas.

Para el autor, tanto KELSEN como HART o incluso ALEXY –autores bien representativos del pensamiento jurídico contemporáneo– comparten en sostener que en el derecho hay fuentes formales; en cambio su discrepancia radica respecto a cuál es el papel de las fuentes en el razonamiento jurídico y el método jurídico.

Justamente, a tenor de esta afirmación, el autor se pregunta respecto a la verdadera incompatibilidad de concebir a las fuentes desde el sistema y desde el caso. Para él, la norma ve determinada su juridicidad en relación a su origen, a su fuente. La fuente atribuye cierto régimen normativo; determina el rol formal de la norma a la hora de construir el derecho como una unidad; por eso está en el centro del problema de la identificación del derecho.

Otra postura sostiene que las fuentes son las normas jurídicas vistas por su origen; postura que se solapa parcialmente con la anterior, pero no es reducible a ella. Visto así, es perfectamente posible que algunas normas jurídicas no tengan su origen en hechos ni actos

jurídicos; la juridicidad de las normas deriva de su origen, y a veces de su necesidad para resolver un caso, por lo que no es posible determinar de manera precisa el conjunto de normas jurídicas. Nuestro autor cita a Ross, quien entiende a las fuentes tanto a las normas jurídicas como aquello que ofrece ideas e inspiración para que el juez formule la norma que necesita.

Pasa luego a estudiar la idea que concibe a las fuentes desde el sistema y desde el caso; formas de entender las fuentes que recuerdan a la oposición mencionada por VIEHWEG entre "pensamiento problemático" y "pensamiento sistemático". El "problemático" pone el acento en el problema y acude al sistema en busca de una solución justa o exacta; el "sistémico", en cambio, realiza una selección de problemas, apartando a aquellos que no encuentran solución dentro del sistema. Estas dos formas de explicar el derecho son consecuencia de la siguiente articulación: la teoría de fuentes tomó dos problemas cotidianos de los juristas (el problema de la identificación del derecho y el problema de la unidad del derecho) y los vinculó al problema del concepto mismo de derecho.

Expone luego el problema de la identificación del derecho, que no es otro que el de identificación de las normas jurídicas; o sea, distinguir entre estándares jurídicos y estándares no jurídicos, según sus palabras, separar el derecho del ambiente. La teoría de fuentes construida "desde el sistema" es la más adecuada para dar una potente respuesta al problema de la identificación del derecho. En cambio, la teoría "desde el caso", no puede dar esa seguridad, ya que parece unir necesariamente la identificación a la decisión.

El problema de la unidad del derecho también ha estado asociado, según AGUILÓ REGLA, en forma permanente como el problema de la conceptualización del derecho. En autores preocupados por la justificación de las soluciones jurídicas se ha tendido a adoptar la concepción de las "fuentes desde el problema"; si se consigue identificar claramente el conjunto de estándares jurídicos, eliminando los componentes decisionales, el derecho acaba abriéndose por los casos. En la teoría de "fuentes desde el sistema", existe cierta resignación; si en para un caso determinado no existe una solución unitaria, entonces los casos no regulados terminan siendo simplemente decididos.

Continúa nuestro autor desarrollando el derecho como práctica. Según él, la teoría del derecho tiene que lidiar con dos problemas; el de la identificación y el de la unidad, y la teoría de las fuentes para abordarlos. Si se resuelve satisfactoriamente el problema de la unidad del derecho se acaba perjudicando la cuestión de la identifi-

cación; por otro lado, la pretensión de hallar una justificación jurídica a todos los casos acaba desdibujando la separación del derecho de su ambiente. Empero, AGUILÓ REGLA sostiene que no es necesaria la conclusión de incompatibilidad entre la certeza y el decisionismo. Una concepción adecuada de las fuentes del derecho tiene que lidiar con la tensión entre la identificación, como separación, y la unidad, como justificación.

El cierre lo traza desarrollando una práctica que pretende erradicar el decisionismo. Para AGUILÓ REGLA, se debe entender al derecho como una práctica guiada por el ideal de certeza jurídica, aunque no pueda confiarse en la eliminación permanente de esa tensión; atender al valor de la certeza del derecho presupone tomarse en serio la erradicación de los términos indeseables de este supuesto dilema. Procede, entonces, comprender que una concepción adecuada de las fuentes del derecho tiene que convivir con la tensión entre la cuestión de la identificación (la separación) y la unidad (la justificación), sin elegir definitivamente uno de los dos conceptos de fuentes.

El autor diferencia algunos tipos de fuentes, para articular de manera diferente la cuestión de la identificación y la de la unidad; en relación a la forma en que ambas concepciones conviven.

Primeramente, comienza con la ley y las fuentes-acto. Nos relata que existen normas que tienen su origen en actos jurídicos y todo acto jurídico presupone una regla que le dio ese poder. No obstante, no todo acto jurídico que consiste en ejercer una competencia es fuente-acto sino que, deteniéndose en la importancia que reviste el procedimiento en el ejercicio de la autoridades que hacen las normas, propone llamarlas “fuentes-procedimiento” antes que “fuentes-acto”. No se trata, sin embargo, de mera competencia y procedimiento: el acto jurídico debe tener una eficacia general, que se traduce en un documento normativo publicado oficialmente y dotado de autoridad.

Continúa AGUILÓ tratando el problema de la validez de las fuentes-actos, su existencia y corrección. En las fuentes-acto se disocian el juicio de validez constitutiva institucional y el juicio de corrección o legitimidad del mismo; lo que significa distinguir entre validez formal y validez material. Aún así, los conflictos de poder son posibles porque los límites de competencia son penumbrosos y los juicios sobre ellos no son inmediatos. Este derecho que proviene de fuentes-acto se nos presenta como derecho deliberado, delegado y prescripto. “Deliberado” porque es creado intencionalmente, “delegado”

ya que su juridicidad no depende de hechos sociales anteriores y, es "prescripto" porque consiste en una manifestación de voluntad que pretende un comportamiento específico, de los demás, lo quieran o no. También señala que el modelo de las fuentes-acto se corresponde con las normas provenientes de autoridades políticas.

En su enumeración de los tipos de fuentes, AGUILÓ REGLA continúa con la costumbre y las fuentes-hecho; consecuentemente nos relata que existen normas jurídicas que deben su origen a hechos jurídicos y por eso se las denomina "fuentes-hechos"; la costumbre jurídica es el paradigma de ellas. Para estudiar este problema, importa analizar la relevancia jurídica de las reglas sociales y determinar cuándo una regla social puede ser considerada una costumbre jurídica. El autor se limita a analizar entre los elementos internos de las costumbres jurídicas a la *opinio*, la conciencia de obligatoriedad, sobre la cual también señala que debe tener conciencia de su obligatoriedad jurídica; sin dejar de reconocer de que se trata de un criterio problemático. Otra vía en la costumbre consiste en que sean los jueces quienes decidan el carácter jurídico de estas; sin embargo, esto supondría una renuncia a hablar de fuentes de derecho ya que las fuentes deberían preexistir antes de la decisión judicial. Plantea el autor el problema de diferenciar la costumbre jurídica de la mera regla social, concluyendo que no es posible hallar solución sin elementos de naturaleza justificativa: la noción de coherencia normativa. Para ejemplificarlo traza un paralelismo con el recurso de la analogía: la analogía, que presupone también un caso problemático, un caso no regulado que sea relevante jurídicamente; entonces tanto en la costumbre jurídica como en la analogía se trata de distinguir entre los elementos relevantes y los no relevantes como criterio fundado en la idea de coherencia. Dicha idea de coherencia o congruencia no es puramente lógica, sino que es guía de conducta e instrumento para protección o promoción de ciertos bienes o valores jurídicos. Según él, cuando planteamos la unidad de contenido de derecho podemos verla como consistencia (comunidad de deberes) y como coherencia (comunidad de propósito, comunidad práctica). La costumbre jurídica es elemento espontáneo (es decir no deliberado) ya que no se puede interpretar que se genere intencionalmente; no es el ejercicio de ningún poder normativo, sino que es un hecho social espontáneo. Finalmente, también lo califica de no prescripto, ya que no intervienen en su dictado autoridades jurídicas y no tiene sentido tratar de explicarlo en términos de prescripciones.

Añade AGUILÓ REGLA estudiando las normas de origen judicial. Afirma que existen dificultades para aceptar que existen normas generales como el precedente o la jurisprudencia. A estas dificultades las divide en ideológicas (las que recaen acerca del ideal de juez, y del grado de la vinculación de este respecto a la ley); de naturaleza teórica (que se fundan en que las normas de origen judicial no encajan en el modelo de fuentes-acto ni en el de fuentes-hecho; presupone, según su planteo, un movimiento desde el concepto de fuentes del sistema, hacia el concepto de fuentes desde el problema; por eso nos recuerda que la jurisprudencia se trata de memoria acumulada de soluciones a casos problemáticos) y las sentencias vistas como resultado institucional o como documento normativo. Por resultado institucional, nos explica a aquellas que presuponen una ley que confiere poder a los jueces para producirlas; son declaración de voluntad del titular de ese poder, donde el juicio de validez constitutiva se disocia del de validez material. Respecto a considerarlas como documentos normativos, constan de dos partes, fallo y fundamento; fallo es la norma particular, y fundamentación es la justificación.

Señala luego dos otros modelos de normas de origen judicial: el precedente, propio del *common law* y el modelo de la jurisprudencia, característico del *civil law*. La doctrina del *stare decisis* involucra una "*ratio decidendi*" que resuelve el caso y vincula al futuro tribunal que lo utiliza y a los tribunales inferiores. El juez que decide en el futuro lo aplicará (*declare*) o lo distinguirá de su caso (*distinguish*) o si el precedente no lo hubiese establecido un tribunal superior lo anulara (*overrule*). En cambio, la tradición del *civil law* ve a la jurisprudencia como conjunto de documentos para extraer o inferir normas jurídicas generales, es decir que contienen parte del derecho objetivo. El criterio tiene una dimensión de generalidad vinculada por un lado a la exigencia de racionalidad e igualdad, y por otro al de poder y competencia.

Prosigue el autor estudiando la justificación del fallo, en las que suelen reiterarse dos lugares comunes: el primero, los jueces deben resolver aplicando normas preexistentes, y probar que el fallo es el resultado de aplicar estas normas; el segundo, deben probar que se trata de un razonamiento justificativo que siga el esquema del "silogismo judicial". Las normas generales aplicadas por el juez tienen dos propiedades: son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas con otras dentro del derecho objetivo, y estas siempre pue-

den ser derrotadas al momento de su aplicación. La norma que el juez aplica en su razonamiento justificativo como premisa mayor es la norma aplicable; una vez considerada todas las cosas, prevé consecuencias absolutas, y tiene la fuerza fuente del derecho del orden jurídico en su conjunto. En el momento de la aplicación, la diversidad de normas en el derecho objetivo se transforma en la unidad fuente del derecho. Los jueces deben desplegar una intensa actividad argumentativa para justificar las decisiones que toman. La decisión debe satisfacer el requisito de universalidad, es decir que tiene implicancias hacia el futuro, presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales a este. La universalidad se explica primero como condición de cualquier discurso racional, y segundo como condición de la igualdad formal.

Continúa el autor con el tema del método jurídico, el derecho implícito y los principios generales del derecho. El problema del método refiere a cómo justificar soluciones particulares usando normas generales; el problema de la racionalidad de las normas jurídicas. El autor identifica el derecho implícito como el resultado de la elaboración racional del derecho explícito (el producto de los actos normativos realizados por autoridades jurídicas), o que es lo mismo, un producto del método jurídico.

Agrega la noción de "principios generales del derecho", la cual califica de expresión ambigua. Por un lado, aparecen como categoría autónomas dentro de la fuente pero en muchas ocasiones los juristas parecen negarle su carácter de fuente autónoma. Se usa en ocasiones como pauta de conducta (opuesto a regla jurídica) y en otras como fuente autónoma (opuesta a la ley y la costumbre). Explicar el papel de los principios implica entender su rol esencialmente justificativo; implica dar pasos desde el concepto de "fuentes desde el sistema" hacia el concepto de "fuentes desde el caso". Explicar los principios frente a las reglas significa dar cuenta en términos justificativos de la dialéctica que las diferencia. Reglas son un tipo de normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa; su aplicación puede reducirse a una pura cuestión de conocimiento sin deliberación práctica. Los principios son una pauta que establece un deber ser, pero no definen cuándo son aplicables, por lo que siempre exigen cierta deliberación práctica. Aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar a las reglas jurídicas como normas dotadas de sentido protector o promocional de ciertos valores o bienes jurídicos.

AGUILÓ REGLA concluye disertando acerca de los nuevos fenómenos; el proceso de la constitucionalización de los órdenes jurídicos y la globalización. La constitucionalización de un orden jurídico es una extensión del control jurídico a ámbitos que tradicionalmente quedaban afuera de su alcance. Se trata de un proceso en donde concurren los siguientes factores: una constitución rígida que incorpora derechos fundamentales la previsión de garantía jurisdiccional de la constitución, el reconocimiento de fuerza normativa vinculante a la constitución; la producción de una sobreinterpretación; la susceptibilidad de aplicar directamente esta Constitución en relaciones de derecho público y privado; un modelo de interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político.

En lo que respecta a la globalización y el orden jurídico, se trata de un proceso inverso al de constitucionalización, donde aparecen fenómenos nuevos que no cuentan con control jurídico. El autor recuerda a ATIENZA apuntando hacia la tendencia a la privatización del derecho y al surgimiento del *soft law*. La primera va en la tendencia general de la privatización de lo público, donde el centro de gravedad pasa de la ley general a los contratos particulares. Se acompaña de una creciente pérdida de soberanía de los estados y el avance del derecho supranacional como fuente del derecho transnacional. La dirección del llamado *soft law* trata de guías de conducta no respaldadas coactivamente sino más bien sostenidas en negociación, diálogo, persuasión, etc. El autor señala la incapacidad del órgano que genera la normativa *soft* de imponer coactivamente esta fuente. Son normativas muy diferentes a las leyes y tratados internacionales, que se limitan a orientar o facilitar. La globalización pone en manifiesto que está llamada a modificar nuestra imagen de derecho y de sus fuentes.

La importancia de la cuestión acerca de las fuentes del derecho es notable, por lo que no deja de llamar la atención lo señalado por los autores, en sentido de que los profesores de teoría del derecho solemos darle menos atención de la que merece.

Es interesante como, sobre análogos tópicos, dos autores pertenecientes a distintas escuelas logren desarrollar un libro de manera conjunta, lo que resulta de gran enseñanza para los operadores jurídicos, incluido los estudiantes. Además, no debemos dejar de valorar también el importante trabajo dialéctico de la obra, y su constante relación con otros temas; lo cual es muestra del carácter medular de la materia de fuentes en la teoría del derecho.