

Teoría general y filosofía del derecho 348

Después vienen otras citas en que Virgilio habla del suicidio, del matrimonio, del derecho de propiedad sobre un animal domesticado, etcétera.

El autor demuestra una gran erudición y un conocimiento profundo de la lengua latina, así como de las fuentes literarias y jurídicas.

El artículo no sólo pone de relieve la utilidad de las fuentes literarias, sino lo entretenido que puede resultar el utilizarlas.

Marta MORINEAU

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CUETO RÚA, Julio C., "Las fuentes del derecho en el *common law*", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 4, 1984, pp. 111-124.

El autor se siente obligado a acotar, de entrada, que se ocupará exclusivamente de "ese sistema normativo conocido bajo el nombre de *common law*, tal cual se lo practica en los Estados Unidos y en Inglaterra", sobre todo en nuestros días, cuando está estrechamente vinculado al derecho escrito, *statutory law* (derecho legislado).

Impelido por la ambigüedad de la expresión "fuente del derecho", y en la idea de que muchas de las disputas surgidas en la materia se deben precisamente a diferencias semánticas, Cueto Rúa especifica el significado que atribuye a ese enlace de tres vocablos, como "aque- llos datos o elementos de juicio a los que acuden los magistrados para acreditar la objetividad de su punto de vista y los abogados la razón de sus respectivas pretensiones". Así, preguntarse por las fuentes del *common law* —agrega— equivale a preguntarse por aquellos datos de la realidad invocados por los jueces del *common law* para justificar sus decisiones, poniendo de manifiesto que éstas no responden a preferencias individuales o subjetivas, sino a razones objetivas, susceptibles de ser comprobadas y verificadas por los miembros de la comunidad.

La concepción clásica, sintetizada por Blackstone, recoge —esto debe tomarse en cuenta— una tradición cuyos antecedentes se remontan al siglo XVII y que se puede enunciar en el sentido de que la fuente del *common law* es la costumbre inmemorial de los habitantes del Reino.

Si se acepta lisa y llanamente que los jueces dirimen las disputas teniendo en cuenta las viejas costumbres del pueblo, si se identifica simplemente al *common law* con la costumbre, y si se niega, en los términos de Blackstone, que los jueces crean el derecho, declarándolo únicamente, nos encontraríamos ante un *common law* que habría adquirido una rigidez e inmovilismo inhumanos. Por todo esto, el clásico inglés reformula ligeramente sus planteamientos, pues el Reino se encontraba sumido en un profundo proceso de cambio como consecuencia de la expansión de su imperio y del desarrollo de su industria textil y siderúrgica.

Pero Blackstone, en lugar de ir a los documentos históricos para identificar las costumbres inmemoriales y de describir los procedimientos empíricos aplicables, consideró que bastaba consultar los repertorios de jurisprudencia, donde se encontraban definidas las costumbres. Luego, aunque alude a dos excepciones —la sentencia contraria a la razón y la sentencia contraria a la ley divina, con innegable presencia de elementos jusnaturalistas—, es visible, en palabras de Cueto Rúa, la transformación operada: en un sentido formal puede sostenerse que la fuente del *common law* es la costumbre inmemorial de los habitantes del Reino; desde un punto de vista práctico, la fuente se encuentra en los fallos de los jueces, pues se tendrá como costumbres inmemoriales a aquellas así declaradas por los jueces en sus sentencias.

La concepción tradicional inglesa acusaría en los Estados Unidos significativas modificaciones, ya que si “el juez sólo podía invocar costumbres inmemoriales para justificar su sentencia, enfrentaba una dificultad considerable, pues (en los Estados Unidos) no se registraban costumbres inmemoriales debido al breve tiempo de la experiencia nacional propia”. Todo esto, sin hacer a un lado la confluencia de gente de muy diversos orígenes, y con variadas creencias o convicciones religiosas y filosóficas, que impedía el rápido establecimiento de modos consuetudinarios generalizados de comportamiento.

James Coolidge Carter renovó y modernizó la conocida posición de Blackstone. Mientras éste, bajo la influencia del conservadurismo inglés, sólo reconocía el carácter de fuente del derecho a las costumbres inmemoriales del Reino, Carter —seguimos en el análisis de Cueto Rúa—, respondiendo a las necesidades del medio ambiente jurídico estadounidense, dejaba de lado esa exigencia de inmemorialidad y vejez; le bastaba que las costumbres fueran presentes. Además, atribuía a la expresión “costumbre” un alcance muy alto, casi equivalente a la de juicio axiológico prevaleciente en el seno de la comunidad. En caso de ca-

rencia de precedentes aplicables al litigio bajo consideración, se debía resolver de acuerdo con los modos consuetudinarios (*customary modes*) de estimar correcto o incorrecto (*right or wrong*) un determinado comportamiento. Como se ve —concluye muy certeramente el autor del ensayo—, reaparece una noción jusnaturalista, si bien teñida de historicismo.

Otro autor, John Chipman Gray, acometió con una especie de revisión crítica de las versiones inglesa (Blackstone) y estadounidense (Carter) del *common law*, que nos lo presentan como constituido por costumbres inmemoriales y actuales. Destacó el carácter creador de la función judicial y el carácter ficticio de las consideraciones de ambos tratadistas, pues los jueces no se limitan a declarar el derecho. Sería una ficción sostener que éste encuentra su fuente en las costumbres de la comunidad y agregar, al mismo tiempo, que esas costumbres resultaban definidas y probadas de modo definitivo por las sentencias de los jueces. “Si ello era así, si bastaba la sentencia judicial como evidencia irrefutable de la costumbre, entonces al derecho se encontraba realmente en la sentencia y no en la costumbre.”

El problema de Gray es que no limita la validez y alcance de las sentencias judiciales a los casos en que éstas fueron dictadas, sino que les atribuye significación normativa general. Al intentarlo así, produce —señala Cueto Rúa— una confusión entre el derecho (las decisiones dictadas por los jueces) y una de las fuentes del derecho (los precedentes). En efecto —prosigue—, resulta imposible distinguir entre la sentencia dictada por un juez con una significación que trasciende el caso (el derecho) y los precedentes jurisprudenciales (la fuente). Los precedentes son sentencias dictadas por los jueces en el cumplimiento de sus funciones judiciales. El derecho se confunde entonces con una de sus fuentes. Esta dualidad ya había aparecido en el pensamiento de Blackstone y de Carter —concluye este punto—, en quienes se percibe implícita una identificación entre el *common law* (el derecho) y su fuente (las costumbres).

Al decir que “no se podrá discutir que habérselas con el *common law* significa habérselas con precedentes jurisprudenciales”, se abre la puerta a la postura de Roscoe Pound, para quien las sentencias judiciales en el *common law* exhiben una doble significación o carácter bifronte: a) como concreta decisión de litigio sometido a conocimiento de la autoridad judicial competente, con validez limitada a las partes en el caso (*res judicata*); b) como fuente normativa de la que es posible extraer un principio, una razón (*ratio decidendi*) o una norma ge-

neral aplicable a futuros casos similares. Por tanto, resulta posible definir al *common law* como un derecho jurisprudencial, producto de la actividad de los jueces (*judge-made law*).

La aportación de Roscoe Pound, que no diferencia como objetos distintos y separados, al derecho de sus fuentes, limitándose a describir dos facetas del mismo objeto (la sentencia judicial), lleva al problema de la interpretación del precedente jurisprudencial y a la utilización de fuentes auxiliares, tales como las doctrinas elaboradas por los jueces al dictar sus fallos, las costumbres y la historia de la comunidad, así como los valores e intereses involucrados en la experiencia del derecho.

Termina este documentado trabajo con la ampliamente compartible consideración de que estamos ante un panorama complejo, dinámico y heterogéneo, en cuya determinación cuenta, como dice Pound, una tradición bien conservada de técnicas de interpretación y de aplicación del derecho para satisfacer exigencias de bienestar social.

Braulio RAMÍREZ REYNOSO

LACLAU, Martín, "La constitución de la noción de 'fuente de derecho' en el pensamiento occidental", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 4, 1984, pp. 9-39.

No exento de equívocos, el tema relacionado con las fuentes del derecho se llega a debatir entre dos actitudes de los tratadistas. Unos —la mayor parte, en opinión de Laclau—, se limitan a dar una idea muy vaga y sucinta acerca de la noción de *fuentes*, pasando luego a considerar, de manera individual, las diversas fuentes tradicionalmente aceptadas como tales; otros, por las dificultades inherentes a un problema que no se caracteriza precisamente por su calidad, francamente lo soslayan. Por esta última razón, es incluida en el ensayo una advertencia de Legaz y Lacambra en el sentido de que la expresión "fuente del derecho" es susceptible de ostentar no menos de siete significados diferentes. Así, se ha entendido por *fuentes* al conjunto de documentos que nos permiten conocer lo que el derecho es o ha sido; a la fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social; a la autoridad creadora del derecho vigente; al acto concreto del derecho —legislación, costumbre, etcétera—; al fundamento de la validez jurídica de una norma de-

terminada; a la forma de manifestarse de la norma jurídica; y, por último, al fundamento de un derecho subjetivo.

La noción de fuente se incrusta en la ciencia jurídica a comienzos del siglo XIX, cuando los autores de la Escuela Histórica del Derecho "por vez primera profundizaron el tema y lo elaboraron doctrinariamente". Pero antes de asomarse a la obra de Gustav Hugo, Savigny y Puchta, el autor acude a los textos romanos que, aunque generalmente se limitaban a proporcionar enumeraciones de las distintas fuentes, sin entrar a analizar el contenido del concepto que las engloba, en los últimos siglos (de Roma) recogieron una profunda transformación respecto a las fuentes del derecho, "las que se redujeron a dos: las leyes —es decir, los edictos de los emperadores— y el *ius*, constituido por los escritos de los jurisconsultos".

En su serio preámbulo, Laclau nos recuerda cómo, para la mentalidad antigua, el derecho es algo previo a la actividad humana, ya que para griegos y romanos el mundo existía desde siempre y sus mutaciones se sujetaban a una ley ordenadora que les era inherente. Para el cristiano, en cambio —abunda—, el mundo es creado por Dios, cuestión que transforma a la ley natural, de principio ordenador inseparable del cosmos, en producto de la voluntad divina.

Arrancaba el siglo XVII; una nueva imagen de la realidad, caracterizada por el predominio de una razón abstracta, sienta sus reales e intenta aprender la esencia del hombre y de la naturaleza. La nueva idea del derecho, con bastante autonomía de la órbita divina, no alcanza a ver todavía al orden jurídico como resultante de la actividad de los hombres, porque sus principios son derivados de una naturaleza humana a la cual se asignan los caracteres de racionalidad e inmutabilidad: los seres pensantes son encarados como una realidad sustancial, cerrada en sí misma y no sujeta a las contingencias espacio-temporales.

La Escuela Histórica, por fin, introduce cambios profundos en la ciencia jurídica: concibe al derecho, por vez primera, como una realidad empírica que no podía ser válida para todo tiempo y lugar, sino como resultado del desenvolvimiento histórico de la comunidad, "traduciendo no sólo las peculiaridades que diferencian a ésta de otras sociedades (...) también las notas características de cada etapa de su desarrollo".

Centrado en el análisis de la obra de Gustav Hugo, Laclau nos permite ver cómo es dejado el pensamiento jusnaturalista tradicional para concebir al derecho como algo empírico, "como un conjunto de relaciones entre hombres que se da en la historia y que, por tanto, se encontra-

rá sujeto a las contingencias propias de ésta". Por eso Hugo, ya en las *fuentes*, critica la opinión corriente según la cual la ciencia jurídica es exclusivamente *scientia legum*, afirmando que las verdades (*Wahrheiten*) y principios jurídicos (*Rechtssätze*) que ocupan a los juristas no se reducen a los derivados de fuentes legislativas, sino que también ha de ser considerado un conjunto de factores cuya existencia y desenvolvimiento se produce en forma autónoma y espontánea, esto es —e importa mucho—, fuera de cualquier influencia legislativa. Así, la analogía existente entre la formación del derecho y del lenguaje resulta de gran utilidad, porque siendo este último un producto histórico, que se va formando paulatinamente a través de un proceso de creación e imitación, "la ciencia jurídica se nos presenta como un conjunto de proposiciones acerca del derecho viviente de una sociedad, y la historicidad del lenguaje nos está explicando la historicidad del derecho en cuanto ciencia".

La contribución de Savigny a la Escuela Histórica del Derecho es fundamental para las líneas directrices y las bases filosóficas de la nueva doctrina. Al no reconocer un derecho universalmente válido, las notas singularizadoras del de cada nación guardan un parentesco innegable con la lengua, las costumbres y su constitución política; éstas y otras manifestaciones, "encuéntrense ineludiblemente ligadas, no se dan separadas unas de otras, y reconocen su origen en la 'común convicción del pueblo' (*gemeinsame Uberzeugung des Volkes*, acota Laclau). Esta noción traduce lo que posteriormente Puchta y el mismo Savigny van a designar como 'espíritu del pueblo' (*Volksgeist*)".

En el proceso social de complejidad creciente, el "todo unitario empieza a separarse en distintas ramas". Así, el derecho adquiere un cariz científico: su lenguaje se vuelve más abstracto, se tecnifica, y lo que en un principio vivía en la 'común convicción del pueblo' sólo podrá ser correctamente conocido por un núcleo de especialistas que nunca deberá desvincularse del conglomerado al que se debe; alude, naturalmente, a los juristas.

El autor del riguroso ensayo que se reseña nos señala cómo, para Savigny, la ciencia jurídica es ciencia histórica y sistemática. Su sistema nace de la historia y engloba todas las fuentes productoras del derecho. El sistema jurídico se nos presenta, por tanto, como la reproducción, en un nivel conceptual y abstracto, de la sistematicidad imperante en el mundo de la vida. Agrega Laclau que en el ambiente filosófico germano de la época imperaba la doctrina según la cual el desenvolvimiento histórico posee una racionalidad intrínseca, y ello explica que

se conciba al derecho como un nexo de relaciones entre los hombres, cuya racionalidad ha de ser aprendida y *descripta* por la ciencia jurídica.

El derecho positivo nunca deja de ser derecho popular (*Volksrecht*) por más que sea enriquecido por la legislación y la ciencia, dos órganos que poseen vida propia. De esta suerte, precisa Laclau, nos hallamos ante las tres fuentes jurídicas señaladas por los autores de la Escuela Histórica: en primer lugar, las convicciones populares manifestadas en las costumbres, luego la ley y, finalmente, el derecho científico.

Savigny le otorga un lugar relevante al Estado, como forma concreta que asume la vida espiritual de la comunidad y como resultado de esa manera irresistible o tendencia merced a la cual la unidad invisible intenta explicitarse patente y orgánicamente. Más aún: el Estado es una de las formas de creación del derecho, "no vacilando en considerarla, incluso, como la forma suprema de creación jurídica".

Por último, Martín Laclau nos entrega algo del pensamiento de Georg Friedrich Puchta, en quien se encuentra también la idea de la *conciencia común* como gran surtidor del derecho a través de diversas vías; he aquí a las "fuentes del derecho" (*Rechtsquellen*): el derecho consuetudinario, la legislación y la actividad científica.

De esta manera, se concluye que el derecho occidental halló su fundamentación filosófica, desde sus inicios hasta fines del siglo XVIII, en el jusnaturalismo. Luego, al arrancar el siglo XIX, con el advenimiento de la Escuela Histórica, se percibió que el derecho era una realidad mutable, en continuo desarrollo. Saludable problemática ésta, que no ha dejado de inquietar a la jusfilosofía.

Braulio RAMÍREZ REYNOSO

WALTER, Robert, "Las normas jurídicas", *Doxa*, Alicante, núm. 2, 1985, pp. 107-117.

1. *Introducción*

La teoría pura del derecho aspira a ser una teoría de la dogmática jurídica. Esto implica: 1) que el objeto de la teoría pura del derecho es el derecho positivo; 2) que sólo aspira a describir su objeto y no valorarlo, y 3) que pretende ser una teoría general de todo derecho positivo.

Uno de los conceptos nucleares de la *Teoría pura* y la *Teoría general de las normas*, es el concepto de norma y, concretamente, el de norma jurídica.

2. *Las funciones de la norma y los tipos de normas jurídicas*

La *Teoría pura* ha enfatizado la función de mandato de la norma jurídica. Sin embargo, este concepto central y privativo en la primera edición fue matizado a lo largo del desarrollo del pensamiento kelseniano, por la introducción de otras funciones normativas como son autorizar, permitir y derogar. De explicitar las diferencias entre las normas que cumplen estas funciones trata el resto del trabajo.

3. *Las normas jurídicas de mandato*

Se suele afirmar que el ordenamiento jurídico manda o prohíbe algo. Estas afirmaciones obedecen a la existencia de normas jurídicas del tipo: "quien no conduzca por la derecha debe ser sancionado con una multa de 1,000.00". En estas normas el comportamiento debido es la sanción. Conforme a ello parecería más adecuado que la norma dijera "Si alguien no conduce por la derecha, debe ser sancionado". Esto nos lleva a analizar más de cerca el concepto de norma de mandato.

Para Binding una norma de mandato consta de dos partes: una que prescribe la conducta debida y otra que establece la sanción en caso de incumplimiento. Conjuntando ambas partes tendríamos que la norma de mandato se expresaría: "Todos *deben* conducir por la derecha, quien no lo haga, *debe* ser sancionado con multa de 1,000.00". A esta concepción Kelsen ha objetado que la primera parte no puede considerarse una norma jurídica, dado que en otros sistemas normativos diferentes al derecho pueden existir normas que prescriban conductas debidas sin relacionarlas con una sanción. En consecuencia, la sanción constituye el elemento definitorio de las normas jurídicas. Sin embargo, hay que aclarar que no se trata de cualquier tipo de sanción, pues otras normas pueden sancionar (por ejemplo: el reproche social, los usos sociales). La sanción jurídica consiste en actos organizados, terrenales, que deben ser hechos por los hombres.

4. *Las normas jurídicas de autorización*

Las normas de mandato resultaban apropiadas para hacer una caracterización del derecho penal. Sin embargo, no funcionaban para ex-

plicar otros tipos de normas como las del derecho constitucional y procesal. Esto propició una reformulación en la postura kelseniana original y en la segunda edición el autor consideró que no sólo la infracción del mandato constituye su presupuesto, sino también todas las normas que imponen las demás condiciones para que la infracción se dé. Con ello se abría la puerta a las normas autorizativas y permisivas. A efectos de evitar concebir a cada norma jurídica como una norma monstruo, Kelsen realiza una estipulación lingüística de "deber", de tal suerte que comprendiera, al lado de las normas de mandato (y al mismo nivel conceptual), a las autorizativas y permisivas. Las normas de autorización y las de mandato podrían conectarse en los siguientes supuestos: *a)* cuando autorizan la producción o derogación de normas de mandato; *b)* cuando autorizan su aplicación, y *c)* cuando autorizan la producción o derogación de normas de autorización.

A estas normas se les llamó de producción y aplicación, y corresponden a las normas constitucionales y procesales respectivamente.

5. *Las normas de permisión*

Kelsen admite dos acepciones para la palabra "permitir": por una parte se encuentra la permisión en sentido negativo, que significa que de una conducta no está mandada ni su realización ni su omisión; en este caso la acción es libre y no tiene cabida hablar de una función normativa. En el segundo sentido, se habla de permiso positivo cuando una norma (la permisiva) limite el alcance de una norma de mandato. Por ejemplo, cuando una norma establece "Está mandado conducir por la derecha bajo multa de 1,000.00" y otra (la permisiva) dice: "En caso de necesidad, las ambulancias pueden circular también por la izquierda". No obstante que es natural encontrar disposiciones de este tipo, para Kelsen la función permisiva es una función menor, ya que la norma permisiva puede ser incorporada a la norma limitada, resultando con ello superfluo hablar de dos normas en lugar de una.

6. *Las normas jurídicas de derogación*

Es en la *Teoría general de las normas* donde se acentúa intensamente el carácter particular de estas normas: "anular la validez de otras normas". Además de su caracterización únicamente como normas dependientes, las normas derogatorias poseen una propiedad que sólo a ellas les corresponde, *i.e.*, su inderogabilidad dado que al ser puestas en vigor y cumplir su función se agotan a sí mismas.

7. *Sistema de las normas jurídicas*

La división de las normas jurídicas en normas de mandato, autorizativas y de derogación, tuvo sus repercusiones en la concepción kelseniana de la estructura del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se puede identificar un orden de presuposición entre las normas de mandato y de derogación que requieren normas que autoricen su producción. Lo mismo sucede, desde luego, con las de autorización que presuponen otras normas autorizativas. La norma fundamental, desde esta perspectiva, no es otra cosa que una norma de producción que regula la autorización de la primera constitución histórica.

a) Las normas de autorización contienen un supuesto de hecho, del cual pueden derivar normas de mandato. Pero al mismo tiempo, la conducta autorizada puede ser mandada como sucede con el caso de la obligación judicial de dirimir controversias.

b) La clasificación aludida también tuvo sus consecuencias en cuanto a los tipos de conflictos normativos que puede darse al interior de un sistema: las normas derogatorias no entran en conflicto con otras; las de autorización pueden entrar en conflicto con las de mandato cuando la conducta autorizada por una norma está prohibida por otra; las normas de mandato pueden entrar en contradicción, ya sea porque entran en conflicto deberes incompatibles (por ejemplo: "se debe circular por la derecha salvo sanción de..." y "se debe circular por la izquierda salvo sanción de..."), o también por que entren en conflicto dos normas con sanciones diferentes para los mismos supuestos.

8. *Normas jurídicas y prescripciones jurídicas*

Cada norma jurídica se forma a partir de múltiples prescripciones que constituyen los elementos particulares de las normas jurídicas.

9. *Consideraciones finales*

El desarrollo de la teoría pura del derecho ha puesto de relieve la heterogeneidad de las normas jurídicas, tarea de suma importancia en la teoría jurídica.

Enrique CÁCERES NIETO