

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN PLENARIAS

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO (CHILE)

RODOLFO L. VIGO

1. PROPÓSITO:

Nuestra breve exposición tiene por finalidad reconocer los cambios que se han producido en torno a las “fuentes del derecho” desde la visión y caracterización de las mismas que propugnó el Estado de Derecho Legal (EDL) y las que se verifican en la realidad del Estado de Derecho Constitucional (EDC). A los fines de lo que pretendemos decir nos basta partir de una noción de fuentes del derecho en las que se identifican con las respuestas jurídicas (y los lugares donde ellas se encuentran) a las que recurren los juristas cuando son convocados a sus trabajos profesionales frente a problemas o preguntas jurídicas que requieren ser respondidas o resueltas. El profesional del derecho desde siempre cuenta con esa misión o servicio de despejar dudas o evacuar interrogantes jurídicos a los ciudadanos o gobernantes respecto a las conductas que deben, pueden o están prohibidas que se realicen según el derecho vigente. Frente a un “caso” el jurista implicado tiene que pronunciar (básicamente: aconsejando, enseñando o hablando con imperium) la respuesta o solución que el derecho confiere al mismo. El jurista conoce esas respuestas y los lugares adonde hallarlas, aunque ellas a veces están explicitadas y otras debe el mismo jurista explicitarlas o sacarla a la luz del derecho vigente.

Recordemos que el EDL se generó a partir de la revolución francesa y desde ahí se extendió exitosamente por Europa y América Latina, pero su vigencia se puso en crisis después de la segunda guerra mundial y comienza su reemplazo por el nuevo paradigma del EDC que lo irá sustituyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Simbólicamente la quiebra de aquel modelo queda al desnudo cuando —como lo señala Perelman— en Nuremberg se condena jurídicamente a los jerarcas nazis por cumplir la “ley” y violar el “derecho”. En una sucinta caracterización de ese nuevo EDC podríamos señalar tres notas definitorias: 1) La Constitución deja de ser un programa político y se reconoce como una verdadera fuente del derecho; 2) La Constitución se rematerializa o sustancializa cargándose de moral a través de principios, valores, fines o derechos humanos; 3) Se crean jueces con la competencia de controlar a todas las normas jurídicas para constatar si son o no compatibles con la Constitución. Este nuevo modelo de Estado, de derecho y de jurista importa —al decir de Ferrajoli— el tránsito desde un Estado de “derecho débil” a un Estado de “derecho fuerte” en tanto ya nadie queda al margen o por encima del derecho, sino que éste consagrado en la Constitución limita a toda competencia jurígena; incluso el mismo pueblo cuenta con límites infranqueables, la democracia deja de ser meramente “procedimental” para convertirse en “sustancial” en donde hay cuestiones “no decidibles” porque ya están decididas.

Por supuesto que al referirnos al EDC es procedente aludir a las tesis de aquellos que han contribuido decididamente a su explicitación, clarificación y difusión, hasta convertirlo en algo no sólo real sino claramente ausplicable y valioso positivamente. Al respecto, nos referimos a esos autores a los que imprecisamente han sido llamados “neoconstitucionalistas”, a los que pertenecen de manera notoria Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky o Luigi Ferrajoli, entre otros. De ese modo en nuestra presentación entremezclaremos datos de la realidad con tesis teóricas típicamente neoconstitucionalistas. Por supuesto que de igual modo al aludir a las características que el tema ofrece en la perspectiva del EDL podrían aparecer autores que avalaron o promovieron a las mismas. En buena medida y sintéticamente podemos reconocer entre los teóricos

funcionales al EDL a la exegénesis francesa, a la escuela histórica alemana, al primer Ihering y, en algún sentido, también a Kelsen.

2. NOTAS DISTINTIVAS:

Como prometimos, iremos a continuación indicando esas notas características de la visión de las fuentes del derecho en el EDL, y en que se han ido convirtiendo o transformándose en el marco del EDC. Insistamos en que el objetivo es constatar en qué medida aquella teoría de las fuentes poco tiene que ver con la realidad del derecho y los juristas en el EDC.

2.1. Normativismo: Se suponía que en el marco del EDL las respuestas jurídicas que los juristas necesitaban se encontraban explicitadas en reglas jurídicas, o sea en normas que lógicamente constituían juicios dado que en ellas se encontraban configurados ciertos supuestos fácticos a los que se conectaban hipotéticamente ciertas consecuencias jurídicas. De tal manera que el trabajo del jurista consistía en subsumir el caso individual en el genérico de alguna norma establecida. El derecho estaba compuesto por normas generales, y si se reconocían a las normas individuales era con la advertencia que ella decía lo mismo que una general pero para un caso concreto sin proyección jurídica alguna fuera de éste. La teoría kelseniana fue ortodoxa en defender a rajatablas que el derecho estaba compuesto sólo por normas positivas, desechando explícitamente (en el capítulo 28 de la “Teoría general de las normas”) la posibilidad de “principios”.

2.1'. Principialismo: Uno de los aportes más importantes de autores como Alexy o Dworkin es haber batallado con éxito en contra de las visiones exclusivamente normativistas del derecho, valiéndose para ello de los “principios”. Estos están en el derecho sin necesidad de test de origen o pedigree (Dworkin) y son mandatos de optimización (Alexy) en tanto mandan la mejor respuesta posible a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas que se den en el caso. Los principios son derecho en potencia o respuestas implícitas que requieren del aporte del jurista para que se incorporen al derecho vigente. Esos principios no toleran violaciones a sus exigencias sean establecidas o dichas por quien fuere, por eso poco tienen que ver con los “principios generales

del derecho” que hablaron los códigos decimonónicos que valían porque estaban puestos implícitamente por el codificador y a ellos sólo se podía recurrir en el hipotético e infrecuente supuesto de “laguna”.

2.2. Positivismo: Está claro que el EDL se nutrió de una teoría típicamente positivista en el sentido que no había más derecho que aquel que así se había establecido autoritativamente, y cualquier contenido podía ser derecho en tanto el criterio de validez jurídica se definía completamente por el sistema jurídico al establecer el órgano y el procedimiento para crear la norma. No había derecho si alguna autoridad no lo disponía como tal, y ella tenía libertad para brindarle cualquier contenido, dado que los eventuales defectos morales o axiológicos en nada afectaban a la existencia jurídica. Por eso el derecho nazi era plenamente derecho como cualquier otro derecho que cuente con nuestra aprobación moral o de justicia. La validez de la norma jurídica se asimilaba a su existencia sistémica y no a consideraciones extrajurídicas como las de carácter moral o axiológico. No había más “fuentes” que aquellas establecidas o puesta como tales por las autoridades a través de las mismas normas.

2.2'. No positivismo: Más allá de confesiones personales, nos parece que a los neoconstitucionalistas no les queda otra alternativa que alejarse del positivismo decimonónico o incluso el kelseniano. Clara y explícitamente esa es la posición de Alexy cuando reconoce que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”, y que no obstante que la discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”; pues frente a esa alternativa el profesor de Kiel opta por esta última alternativa en tanto reconoce conexiones conceptuales y necesarias entre derecho y moral. Los principios (por ende, los derechos humanos) a los fines de ser “tomados en serio” no pueden quedar a disposición de las mayorías o de las autoridades, por eso la fórmula de Radbruch defendida por Alexy que “la injusticia extrema no es derecho”, y así para que un jurista pueda reconocer derecho no debe limitarse a constatar las fuentes que han sido puestas como tales, el riesgo de esa visión es asumir alguna responsabilidad jurídica por intentar hacer o aplicar normas que no llegaron a ser derecho por su deficitario contenido.

2.3. Juridicismo: Ya hemos adelantado esta nota dado que el jurista propio del EDL limitaba (o debía limitar) su mirada a las respuestas jurídicas contenidas en las normas que formaban parte del derecho positivo, y ello se reforzaba con la tesis que derecho y moral eran totalmente distintos dado que aquel era bilateral, heterónomo y coercible, mientras que la moral era unilateral, autónoma e incoercible. Esa pretensión juridicista estaba fuertemente cultivada en la teoría kelseniana, no sólo con su método “purificador”, sino también con el propósito de leer todos los conceptos necesarios para el jurista solo en las normas jurídicas. El jurista del EDL estaba para decir el derecho y no para juzgarlo o valorarlo, por ende, no requería de ningún otro conocimiento o ciencia (Nino lo llamó “insularismo jurídico”), y ello quedaba perfectamente reflejado en la curricula característica de la carrera de abogacía centrada en lo contenido en los códigos, como en la metodología de enseñanza dogmática y a-crítica.

2.3'. Moralismo: El jurista del EDC si pretende conocer y operar el derecho no puede prescindir de otras dimensiones de la realidad, especialmente de la moral. Es que —al decir de Alexy— sobre el derecho opera un límite moral (“la injusticia extrema no es derecho”), pero también circula la moral en su interior dado que los principios son “contenido moral y forma jurídica” (o en Dworkin “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”). En Nino la justificación jurídica desemboca en justificación moral y los derechos humanos se fundan en principios morales; y en Alexy el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico en general, y “La pretensión de corrección no sólo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible”. En definitiva, la visión de las fuentes del derecho funcional al EDC requiere de esa superación juridicista dado que el jurista tendrá que recurrir a la moral cuando juzgue la validez jurídica de una norma y también cuando escoja la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles en el derecho vigente.

2.4. Saber teórico: El siglo XIX pretendió construir una ciencia jurídica que tuviera por objeto describir sistémicamente al derecho positivo, y esa pretensión alcanzó un alto nivel cuando Kelsen confiesa en el Prólogo a “La teoría pura del derecho” que su objetivo es una

ciencia jurídica “objetiva y exacta” y remite al mundo de lo irracional a la moral y la justicia. En ese marco no hay saber práctico y, por ende, el que invoca juicios morales o de justicia sólo expresa emociones o irracionalidades. El iuspositivismo legalista fue ideológico y, en consecuencia, no había más justicia que la contenida en la ley, pero en Kelsen el problema axiológico se remite al poder o al orden (Ruiz Manero advierte reminiscencias hobbesianas). Sin saber práctico posible los derechos humanos, los principios o cualquier reclamo en nombre de lo mejor, lo bueno o lo justo no son más que palabras vacías que cualquiera puede llenar como quiere. El EDL pretendía que el conocimiento de las fuentes del derecho sólo transite por uno descriptivo o aséptico, e incluso se reforzaba ese mandato con la figura del delito de prevaricato para aquel jurista que intentara sustituir la solución legalmente establecida.

2.4'. Saber práctico: El EDC y los neoconstitucionalistas tan propensos a promover el mejor (axiológicamente hablando) derecho no pueden sino suscribir alguna confianza en la razón práctica. Ella llega a ser metafísica explícita en Alexy cuando intenta fundar los derechos humanos, prudentia iuris en Zagrebelsky o sumida en una responsabilidad política de los juristas que le exige denunciar anomias o antinomias en Ferrajoli. Carlos Nino se encargó de criticar los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Buligyn y Alchourrón por renunciar a la dimensión axiológica y así privarse de hasta la posibilidad de propuestas de lege ferenda y terminar con una ciencia escasamente relevante para el derecho. Si bien el operador debe respetar la lógica formal, su trabajo más significativo en el EDC está en el terreno de la “ponderación” de los principios o en la tarea de la justificación “externa” del discurso jurídico, en donde además de derecho hay otros saberes. En definitiva, la dimensión teleológica que supone la Constitución y el EDC en general, impone al jurista contar con una razón idónea para valorar las respuestas jurídicas disponibles y esforzarse por encontrar la mejor y argumentar en su respaldo.

2.5. Exhaustiva: No sólo es posible auspiciar —como lo admiten los neoconstitucionalistas— una nómina exhaustiva de las normas, sino que el EDL propuso y consagró una nómina igualmente exhaustiva de las fuentes del derecho que normalmente el jurista encontraba expuesta

en el Libro Primero del Código Civil. La seguridad jurídica como valor exclusivo y excluyente del derecho decimonónico, no toleraría una nómina de fuentes del derecho no precisa y determinadas, e incluso a la enseñanza académica más extendida le resultaría extraño la idea de un número indeterminado de fuentes del derecho. Se suponía que el jurista del EDL sabía dónde buscar las respuestas jurídicas contenidas en las fuentes del derecho y podía conocerlas a todas ellas sin demasiadas dificultades.

2.5'. Enunciativa: Parece claro que los principios y derechos humanos tal cual han sido caracterizados, no es posible enumerarlos exhaustivamente; más aún, los mismos Tratados indican que la nómina de aquellos es sin perjuicio de cualquier otro que pudiera derivarse de la dignidad humana, la democracia, el bien común, etc. La experiencia jurídica confirma esa capacidad que tienen unos principios o derechos humanos en generar otros más específicos. Por eso un jurista del EDC debe asumir esa posibilidad como para ir derivando o descubriendo nuevas respuestas jurídicas que remitan a nuevos principios o derechos. Por otro lado, también la experiencia permite comprobar la capacidad de los tribunales para obtener nuevas respuestas jurídicas de lugares o fuentes inéditas, por ejemplo cuando en la causa “Priebke” la mayoría de la Corte Suprema argentina declaró la procedencia de la extradición haciendo prevalecer al ius cogens por sobre el Código Penal, o cuando en la causa “Ekmedkjian” se dispuso suplir por jurisprudencia la ausencia de una ley apoyándose en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.6. Jerárquica: Otra nota muy típica de la visión de las fuentes del derecho en el EDL y bastante obvia, era que no todas ellas valían igual, por el contrario, estaba la ley que inequívocamente prevalecía sobre las restantes. El fundamento de ésta jerarquía remite rousseauianamente a la voluntad general, la que se canalizaba a través del Poder Legislativo. Manifestación de ese predominio o monopolio en la creación del derecho del legislador es que la costumbre se definía en relación a la ley, por eso se reconocía a la interpretativa y a la supletoria, pero se descalificaba la contra legem. Insistamos que en el paradigma del EDL no existían jueces con la capacidad de invalidar a la ley, e incluso, el Tribunal Constitucional auspiciado por Kelsen

operaba como un legislador negativo limitado a un control formal o procedimental. También recordemos la importancia que tenía la generalidad que acompañaba a la ley en orden a la seguridad jurídica y la igualdad, y que en la pirámide kelseniana era la generalidad el criterio que determinaba la jerarquía de las normas en ese ámbito sistémico.

2.6'. Jerarquía variable o relativa a los casos: La preocupación axiológica del EDC y los neoconstitucionalistas implica asumir la importancia que adquiere cada caso con sus particularidades a los fines de brindarle la mejor o más correcta respuesta. El trabajo del jurista no se reduce a encontrar respuestas ya formuladas en donde subsumir su caso, sino a partir de éste proponer o encontrar la respuesta que deriva como resultado de la ponderación efectuada. Los mandatos principialistas se definen a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas que se determinan en el caso y posibilitan la mejor respuesta jurídica. En cada caso se juega la validez jurídica de la norma que lo regula, dado que si su solución para el mismo resulta absurda o claramente irracional no corresponde aplicarla. La función de los jueces constitucionales consiste precisamente en constatar cómo funcionan las soluciones normativas para los casos en juego. La misma jerarquía de las normas tiene ese matiz dinámico que se pone a prueba en cada caso.

2.7. Estatismo: Fue funcional al EDL la noción de soberanía tal cual fue heredada de Bodino, e incluso el mismo Kelsen sigue identificando el derecho (o sea el conjunto de las normas jurídicas positivas) con el mismo Estado. Estaba implícita en esa visión que no podía existir una fuente si no era aprobada por el Estado donde regiría, y por supuesto que era el legislador el que tenía esa competencia para admitir o rechazar nuevas respuestas jurídicas. Recordemos que los Tratados Internacionales tenían el valor de una ley, por ende, su validez estaba atada a la voluntad general o legislativa. La lógica que el derecho era lo contenido en la ley, se completaba con la institución del Boletín Oficial en donde se publicaría todo el derecho, el que comenzaría a regir después de un cierto plazo sin que nadie pueda invocar la ignorancia de la ley. Los derechos humanos valían con el alcance que le atribuía el legislador, y por ende, resultaba inconcebible la posibilidad de intentar imponer algún derecho por sobre la soberanía estatal.

2.7'. No estatismo: La defensa tan fuerte de los derechos humanos que impulsan los neoconstitucionalistas los lleva a desconfiar de los Estados. Ello es muy claro en Ferrajoli cuando reconoce que la política implícita en un EDC conlleva proyectarlo en tres nuevos ámbitos: el de los derechos económicos, sociales y culturales, frente a cualquier poder y no sólo el Estado, y llevarlo del espacio nacional al espacio internacional. De ahí también que el profesor italiano critique a la ciudadanía como uno de los últimos obstáculos para el triunfo de los derechos humanos. También es tesis neoconstitucionalista trasladar la soberanía del Estado a la Constitución. La presencia de Tribunales regionales o internacionales sólo puede justificarse si se supera la clásica noción de la soberanía con su proyección al campo del derecho. La posibilidad que un ciudadano reclame a su propio Estado nacional ante un Tribunal internacional, o que un tribunal juzgue a ciudadanos de otros Estados en la medida que éstos retaceen el reclamo de responsabilidad jurídica, son ejemplos de hasta donde se ha superado la voluntad estatal a la hora de definir la nómima y contenido de las fuentes del derecho.

2.8. Pocas "fuentes": Ya hemos referido que la teoría de las "fuentes del derecho" postulada por el EDL estaba consagrada también en el Libro Primero del Código Civil, que tuvo por misión cubrir definiciones que materialmente hubiesen correspondido a la Constitución. Esa enseñanza que sigue impartándose en buena medida en nuestras Facultades de Derecho, permite comprobar que los juristas, en general, consideran que las fuentes son centralmente tres (ley, costumbre y, con ciertos matices, la jurisprudencia). Es que en última instancia en el corazón del modelo del EDL estaba la sinonimia entre derecho y ley, y ello tiene que ver con las banderas centrales que enarbolará la revolución francesa, como la tesis incluida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley. Advertimos que esos derechos responden a una filosofía liberal, y así se cumplen mediante la mera abstención del Estado.

2.8'. Muchas "fuentes": Las fuentes del EDC no sólo no se pueden enumerar exhaustivamente, sino que son muchas, y bastaría pensar en los principios y los derechos humanos para reconocer esa

característica. Un ejemplo de hasta dónde está en crisis la noción decimonónica de las fuentes puede ser la propuesta de Aarnio que termina identificándolas con las razones esgrimidas por los jueces para dictar sentencias válidas. Es que si el derecho es un “concepto interpretativo” (Dworkin) o una “práctica argumentativa dialógica” (Alexy) no puede sorprender aquella conexión de las fuentes con las respuestas y sus argumentos que las respaldan. En definitiva, en la causa “Ekmedjian” la Corte argentina no sólo encontró la respuesta que la habilitaba para suplir la ley en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que se le reconocieron a los Tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior a la ley pero infraconstitucional; o en la causa “Portillo” se estableció por primera vez que regía en el derecho argentino la objeción de conciencia; o en “Bahamóndez” se consagró la respuesta jurídica favorable a los testigos de Jehová para rechazar transfusiones de sangre en base: al derecho natural, otros apoyándose en el principio de privacidad del art. 19 de la Constitución nacional y otro par de votos en la ley de ejercicio de la medicina.

2.9. Nómima fijada legislativamente: A la luz de lo expuesto y todo lo que supuso el EDL resulta obvia esta característica que encomienda al Poder Legislativo establecer la nómima de las fuentes del derecho. La estructura de los poderes del Estado refleja la decisividad de la ley, en tanto el Poder Legislativo la hacía, el Ejecutivo la ejecutaba y el Judicial la aplicaba en cada caso. Era el legislador que tenía el monopolio para hacer el derecho, y el que podía conceder algún tipo de competencia análoga a favor de otro órgano o institución (por ejemplo, los fallos plenarios dictados para unificar jurisprudencia, la que deben seguir también los jueces que votaron en disidencia). Parece claro que en perspectiva del EDL un juez que inventaba una nueva fuente del derecho no contemplada en la ley, incurría en prevaricato en tanto se apartaba de la misma, al margen del costo para la seguridad jurídica que implicaba semejante desmadre político.

2.9'. Nómima fijada jurisprudencialmente: Aún cuando pueda resultar teóricamente audaz postular que para conocer la nómima de las fuentes del derecho corresponde acudir a la jurisprudencia —especialmente la constitucional— de esa sociedad, lo cierto es que

una mirada sobre la realidad nos permite comprobar que finalmente los ciudadanos y las autoridades saben que los lugares en donde pueden encontrar las repuestas jurídicas —explícitas o implícitas— que necesitan, se van indicando o precisando por los tribunales en la jurisprudencia. Si en orden a nuestros derechos y deberes nos preguntamos si podemos recurrir al *ius cogens*, a ciertos derechos humanos implícitos, a la *lex mercatoria*, al derecho comparado, al derecho natural, etc., la respuesta sólo la obtendremos mediante la lectura atenta de la jurisprudencia y la doctrina que en ella se va fijando. No olvidemos que si bien una sentencia resuelve un caso, lo hace desde una premisa normativa que tiene alcance general en tanto queda disponible para ser usada en casos análogos.

3. BALANCE CONCLUSIVO:

No obstante la inercia que predomina en nuestras Facultades de Derecho, en la realidad del derecho se han producido cambios muy importantes y trascendentes, de ese modo hay un creciente abismo entre el aparato conceptual que en aquellos ámbitos se sigue enseñando como se lo viene haciendo desde hace ciento cincuenta años, y lo que pasa en el derecho vivo que se visualiza y experimenta en los tribunales y bufetes de abogados. Esa especie de esquizofrenia se constata en muchos terrenos, y uno de ellos es, precisamente, el de las fuentes del derecho en donde se mantiene el esquema que inventaron los códigos decimonónicos, no obstante que todos los días en los tribunales se opera con una visión de las fuentes que poco tiene que ver con aquel paradigma. De ese modo los juristas se ven apremiados a usar conceptos que poco conocen y que seguramente no le han enseñado en sus estudios de grado, y así operan jurídicamente con escaso o nulo respaldo teórico. Esta distorsión no sólo poco favorece al mejor y consciente trabajo del jurista sino que la realidad se convierte en algo incomprensible y desconcertante donde ocurren cosas que no pueden explicarse o justificarse racionalmente con rigor. Una de las funciones que cumple la teoría es explicar la realidad, valorarla y orientar su movimiento, pero si no se cuenta con ella el riesgo de incoherencias, imprevisión, subjetivismo o irracionalidad se posibilita y potencia. En consecuencia,

se impone que los teóricos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre esas nuevas teorías está en un lugar destacado la de proponer una teoría de las fuentes del derecho que resulte funcional al EDC. Sin duda, que a la luz de lo señalado arriba ya hay elementos que se han proporcionado por los neoconstitucionalistas a esos fines, pero no podemos ignorar que esos aportes poca proyección han logrado sobre el resto de las ramas del derecho y en el corazón de las Facultades de Derecho, y por otra parte, tampoco podemos ignorar que el mismo trabajo de los neoconstitucionalistas lejos está de ser pacíficamente entendido, y como ejemplo de ello vaya la acusación que le formula Fernando Atria a la teoría de Ferrajoli en el sentido que finalmente el profesor italiano estaría auspiciando un retorno al Estado de Derecho pre-moderno y a su iusnaturalismo.

A los fines de mostrar la esquizofrenia que denunciábamos al comienzo sobre la distancia que constatamos entre el aparato conceptual de las fuentes del derecho configurado en el marco del EDL y la realidad de nuestros EDC, hemos escogido el siguiente texto de Robert Alexy que revela y sintetiza buena parte de las notas indicadas arriba, las que resultan absolutamente extrañas para un jurista que piensa y opera el derecho desde aquella matriz decimonónica: “La vida diaria del derecho está llena de casos difíciles que no pueden decidirse simplemente con base en lo que ha sido expedido autoritativamente. Los ejemplos más conspicuos son las decisiones contra legem. Sin embargo, los juristas también han tenido que recurrir a razones no-autoritativas en casos de lagunas, de conflictos entre normas que sólo pueden resolverse por medio del sopesamiento o ponderación, y —la constelación más frecuente y menos espectacular— en casos de vaguedad del lenguaje del derecho o indeterminación de las intenciones del legislador. Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces, allí en donde se agotan las razones autoritativas, las razones a favor de las decisiones jurídicas tienen que incluir razones no-autoritativas. Entre éstas razones no-autoritativas, la clase más importante consiste en razones que se refieren a la justicia. No obstante, los asuntos relativos a la justicia son asuntos morales” (“On the Concept and the Nature of Law”, en “Jus et Lex”, Warsaw, 2006).

DE CÓMO LOS CÁNTAROS SE VOLVIERON FUENTES

DIEGO J. DUQUELSKY GÓMEZ *

Introducción

Resulta llamativo advertir, tras más de veinte años de docencia en el campo de la filosofía jurídica, más específicamente en una asignatura denominada “Teoría General del Derecho” —que forma parte del ciclo inicial de la carrera de abogacía— que nunca había dado ~~siquiera~~ ^{siquiera} una clase dedicada a las “fuentes del derecho”.

Y puesto a aventurar una explicación, no se me ocurre otra que reconocer que el concepto de “fuente” es uno de los tantos que la iusfilosofía ha abandonado a los profesores de las disciplinas dogmáticas, particularmente al derecho civil, producto de una “naturalización” que lo convierte inconscientemente en un tema menor¹.

Ello representa un serio problema, con múltiples aristas. Si hay un defecto del que adolece la teoría jurídica, es que no ha logrado transmitir sus “avances” a las disciplinas dogmáticas. Las discusiones

* Universidad Nacional de Buenos Aires.

1. Esta suerte de “desprecio” no parece ser propia sólo de la típica pedantería argentina. Una sensación análoga describe Josep Aguiló Regla en la presentación de su obra “*Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*”. Ariel Derecho, Barcelona, 2000. Pág. 13.