

Antonio Enrique PEREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1994, 155 páginas.

En diciembre de 1993, Antonio Enrique Pérez Luño pasó a formar parte de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Durante el acto de su recepción pública leyó el discurso *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, poco después publicado como libro por la propia Academia. Pérez Luño había decidido analizar el problema de las fuentes por ser un tema que inevitablemente se halla en el centro de la tradición y novedad de cualquier estudio del derecho.

El autor comienza contraponiendo dos concepciones teóricas de las fuentes del derecho, una *material* y otra *formal*, representadas respectivamente por Ross y por Kelsen.

En sus primeras obras, bajo influencia neokantiana, Ross distinguía tres sentidos del término «fuentes del derecho»: a) en sentido sociológico-jurídico, como los factores sociales que dan origen al derecho; b) en sentido ético, como el fundamento del deber moral de obedecer al derecho; c) en sentido «teórico-jurídico», como los criterios que hacen posible el conocimiento del derecho. En *On law and Justice* (1953), Ross hace hincapié en el primero de los sentidos citados presentando una teoría *material* de las fuentes dependientes de su «grado de objetivización», de hasta qué punto las fuentes proporcionan al juez una norma ya formulada. Se diferenciarían, entonces, las fuentes completamente objetivadas (la ley) de las fuentes parcialmente objetivadas (las costumbres y los precedentes) y de las fuentes no objetivadas o «libres» (la «razón»). Como resalta Pérez Luño, Ross sólo tuvo en cuenta la ideología normativa de los jueces, cuyas sentencias serán las que determinarán la objetividad y la eficacia de las normas jurídicas.

Por su parte, Kelsen aborda la cuestión de las fuentes desde el aspecto *formal* de los métodos de producción del derecho. Las fuentes del Derecho equivalen a los medios de producción jurídica, y también, en última instancia, al fundamento de la validez jurídica, a la «norma fundamental», que en la *Reine Rechtslehre* (1960) es una norma «presupuesta», y en la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) es sólo una norma pensada, una norma ficticia, una ficción. Pérez Luño critica a Kelsen porque, en contra de los propios presupuestos teóricos de la teoría pura, la norma fundamental no es una norma «puesta», positiva, por lo que las fuentes del derecho, que comienzan considerándose «productoras» de la experiencia jurídica, pasan contradictoriamente a ser una mera expresión de tal experiencia.

Desde una vertiente formal más matizada, Hart ha preferido hablar, en vez de «Norma fundamental», de «regla de reconocimiento». Como indica Pérez Luño, Hart concibe las fuentes del Derecho, en una dimensión fáctica, como el origen de la normatividad jurídica efectivamente seguida por ciudadanos, legisladores y jueces. No sólo englobarían los criterios estrictamente formales que condicionan la validez en el contexto de un ordenamiento jurídico, sino asimismo el conjunto de hechos que condicionan la existencia de cada norma en unas determinadas coordenadas espacio-temporales. La regla de reconocimiento ni es «puesta», ni es lógicamente presupuesta, ni es ficticiamente presupuesta, sino que se «muestra» en la práctica social cuando los jueces y los destinatarios de las normas atribuyen validez a un sistema concreto de normas. Es de este modo como la regla de reconocimiento «reconoce» las fuentes del Derecho.

Frente a la tesis *material* de Ross, a la tesis *formal* de Kelsen y a la tesis ecléctica de Hart, Pérez Luño prefiere apoyarse en Dworkin para formular una teoría de las fuentes que supere las limitaciones de las tesis mencionadas.

En *Law's Empire*, 1986, Ronald Dworkin dirige sus críticas contra el «convencionalismo jurídico», según el cual el derecho es, sin más, lo que según las convenciones jurídicas establecidas «el derecho es» («the law is the law»), y contra el «pragmatismo jurídico», según el cual el derecho es simplemente un instrumento a disposición de la sociedad para la consecución de sus fines. Dworkin defiende el «integracionismo jurí-

dico» («law as integrity»), según el cual el derecho positivo no sólo debe respetarse en virtud de la seriedad jurídica, sino especialmente en tanto que dicho respeto garantiza la igualdad de trato de los ciudadanos, con lo que el derecho adquiere legitimidad moral. En el orden jurídico han de «integrarse» los valores morales de la comunidad, los «derechos naturales» de los ciudadanos, que no proceden exclusivamente de la ley, del precedente y de la costumbre. De esta forma, Dworkin termina reconduciendo su «teoría de la integridad» hacia el problema de las fuentes, en relación con el cual concede gran relevancia a la *doctrina* y sobre todo, a los *principios*.

En primer lugar, Pérez Luño parte de la definición de Dworkin de los principios como normas genéricas que tienden a la consecución de fines de interés general (*policies*) o que responden a exigencias éticas de imparcialidad y justicia (*principles*). Pero reconoce las imprecisiones lingüísticas en las que incurre Dworkin al incluir fenómenos jurídicos muy heterogéneos dentro de la misma categoría. Por ello, propone una útil distinción funcional dentro de los principios:

A) Desde el punto de vista *metodológico*, los principios del derecho actúan como *metanormas*, como normas que sirven para conocer, analizar y aplicar las restantes normas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 1.4 del Código civil declara que los principios generales del derecho tienen un «carácter informador del ordenamiento jurídico». Los principios representan además la «ratio legis» de las normas al asegurar que éstas se interpretan de acuerdo con sus fines y que se adaptan a la realidad social de cada momento histórico.

B) Desde el punto de vista *ontológico*, los principios del derecho son la *esencia* a la que el ordenamiento jurídico se remite al determinar su sistema de fuentes. Por ejemplo, el artículo 1.1 del Código civil cita entre las fuentes del derecho a los principios generales del derecho, y el artículo 1.4 precisa que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre». En preceptos como el art. 9.3 de la Constitución se concretan algunos de estos principios, como «el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la publicidad de las normas».

C) Desde el punto de vista *axiológico*, los principios del derecho son los *postulados éticos* que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas hacen referencia a ellos al reivindicarlos de una forma general (la justicia, el bien común, el «ethos» social,...) o como consecuencias obligadas de la seguridad jurídica: los principios normativos de generalidad, irretroactividad, claridad, ... etc.

En segundo lugar, Pérez Luño destaca del discurso de Dworkin que atribuya a los teóricos y filósofos del derecho la función de penetrar en las aspiraciones del derecho y analizar las formas jurídicas más «puras». En particular, Pérez Luño subraya el carácter paradójico de la posición de Kelsen contraria a la consideración de la doctrina como fuente del Derecho. Si, como señala Kelsen en la *Reine Rechtslehre* (1960), las normas jurídicas no declaran una juridicidad preexistente, sino que la constituyen, no se entiende cómo «la prescriptividad del carácter constitutivo de las normas no implica un dato real y efectivo, sino una expresión del “deber ser” (*Sollen*), con lo que, a la postre, se sitúa en el mismo plano lógico que la teoría». Paradójicamente, la teoría pura del derecho, a la vez que niega la normatividad de la ciencia jurídica, considera los métodos de producción jurídica, las fuentes, como una creación «pura», como una creación doctrinal: «la ciencia del Derecho constituye la fuente de las fuentes jurídicas».

En la última parte del libro, Pérez Luño ordena y reformula las diferentes posturas teóricas sobre las fuentes del Derecho atendiendo (no a sus diversos métodos, como propugnaba Kelsen, sino) a sus diversas causas:

A) En función de su *causa material*, el Derecho se define, como hace el realismo jurídico, como un producto de la actividad de determinados factores sociales, como un reflejo de los comportamientos sociales que favorecen la producción de normas jurídicas realmente seguidas. Conforme a la naturaleza de los comportamientos sociales, las fuentes pueden ser políticas o culturales; conforme a la si-

tuación política en la que se produce el derecho, sus fuentes pueden ser derivadas u originarias, según se basen o no en un orden jurídico preexistente.

B) En función de su *causa formal*, se deben diferenciar las fuentes de conocimiento del Derecho (manifestaciones empíricas de instituciones, normas, doctrinas,...) de las fuentes de interpretación y aplicación del Derecho. Según la posición teórica adoptada, estas últimas pueden ser autoridades externas al intérprete jurídico (ésta era la tesis de Geny), los propios tribunales de justicia (la tesis mantenida por Gray) o la legislación en sí misma (la tesis iuspositivista).

C) En función de su *causa eficiente* el Derecho se identifica «con las instancias, facultades o categorías que lo crean y fundamentan»: la razón, la voluntad humana, la voluntad divina, la institución, la naturaleza humana, la solidaridad social, la soberanía popular, ... etc...

D) En función de su *causa final*, el problema de las fuentes se liga al de la seguridad jurídica y al de la obediencia del derecho. Como condición fundamental de seguridad jurídica, la plenitud normativa exige un apropiado sistema de fuentes. Y, como contrapartida, el ciudadano debe prestar obediencia a un ordenamiento jurídico que le ofrezca seguridad y certidumbre respecto a su vida y libertad.

Ahora bien, no resulta difícil captar cómo en las últimas décadas la realidad jurídica ha experimentado cambios decisivos que han *desbordado* los planteamientos tradicionales sobre las fuentes del Derecho. En concreto, Pérez Luño construye dos dicotomías que resumen estos nuevos fenómenos: a) junto a la «supraestatalidad normativa», a la acogida de unas mismas normas por parte de ordenamientos jurídicos distintos, coexiste la «infraestatalidad normativa», que se manifiesta en el pluralismo territorial, personal y material de las fuentes dentro de cada ordenamiento; b) junto a la «hipertrofia legislativa», al crecimiento ilimitado de las normas legales, coexiste la «hipostenia legislativa», la suplantación de la ley formal por normas reglamentarias y la desconfianza en la legalidad como forma de resolver los conflictos sociales.

La supraestatalidad y la infraestatalidad normativa, la hipertrofia y la hipostenia legislativa demuestran el desbordamiento actual de las fuentes del derecho. El discurso de Pérez Luño tiene el mérito de percibir la relevancia que para el problema de las fuentes tienen estos fenómenos, que provocan la tensión axiológica entre la jerarquía y el pluralismo, la tensión sociológica entre el universalismo y el nacionalismo, la tensión formal entre el antiformalismo y el procedimentalismo. Además de analizar certeramente el estado actual de la cuestión teniendo presentes las aportaciones de la teoría del derecho contemporánea, Pérez Luño desvela las claves que deberán orientar a partir de ahora las reflexiones teóricas sobre las fuentes del derecho, más cercanas a la sociología jurídica, y estrechamente conectadas con la explicación del origen, la estructura, el fundamento y el fin del derecho.

Carlos ALARCON CABRERA