

## LA ELABORACIÓN DE NORMAS Y SUS FUENTES MEDIATAS (\*)

FERNANDO RONCHETTI (\*\*)

**Resumen:** Es posible encontrar en las fuentes mediatas de las normas un caudal de datos y explicaciones que ayudarán a la interpretación y a la integración, y, por otra parte, ese mismo desarrollo podría aportar enseñanzas relevantes para elaborar normas. Estas fuentes indirectas son tantas y tan variadas que su manejo exige agruparlas para emplearlas metódicamente. Este trabajo ofrece una propuesta de clasificación, en función de las distintas dimensiones del mundo jurídico y de sus aspectos personal, temporal, espacial y material.

**Abstract:** It is possible to find a huge amount of data and explanations, inside the indirect sources of the norms, which will provide to their interpretation and integration. On the other hand, that same development might bring relevant lessons in order to elaborate norms. These indirect sources are so many and so diverse that, their running demands group them up to apply them methodically. This paper provides a classification proposal regarding the different dimensions of the juridical World and its personal, temporal, spatial and material aspects.

**Palabras clave:** Integrativismo trialista – Fuentes mediatas – Fuentes indirectas - Elaboración de normas

**Key words:** Trialist Integrativism. Indirect sources. Formation of norms

---

(\*) El autor agradece el cálido estímulo del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, de la Dra. María Isolina Dabove, del Dr. Alfredo Soto y del profesor Walter Birchmayer para escribir sobre este tema.

(\*\*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires (fronchetti@ciudad.com.ar).

*Introducción*

Una manera de entender en qué consiste la *elaboración* de normas es desandando sus pasos, “des-elaborando”. Si la norma elaborada se des-hace (o se analiza), se encuentran: los materiales que se usaron (la materia prima), los procedimientos técnicos aplicados, los sujetos a quienes se atribuye su autoría y la utilidad esperada, su propósito o finalidad.

Esta enumeración de elementos concuerda con las *causas* del ser, que Aristóteles agruparía como causas material, formal, eficiente y final.

Es posible, también, acercarse a la comprensión de los elementos de la norma elaborada con el método de Françoise Gèny, en “Ciencia y Técnica en Derecho Privado Positivo”, mediante la clasificación entre los *datos* de la ciencia (lo dado) y lo construido por la técnica.

Esta metodología resulta muy esclarecedora: agrupa los datos reales (que nos aportan, por ejemplo, la biología, la psicología, la economía), los datos históricos (que remiten a todos los antecedentes jurídicos que se tuvieron en cuenta al momento de elaborar), los datos ideales (que son las aspiraciones de la comunidad, los intereses, las demandas sociales) y los datos racionales (donde este autor ubica al derecho natural racional, pero que darían cabida también a valores construidos). A partir de lo dado, el autor construye las fuentes formales, usando procedimientos intelectuales para conceptualizar y procedimientos técnicos para la sustitución de lo cualitativo en cuantitativo, entre otras cualidades de la buena técnica jurídica<sup>1</sup>.

También se ocuparon de la metodología jurídica, antes que Gèny, aunque en el mismo siglo XIX, en Alemania, Friedrich Savigny y Rodolf Ihering. Pero la referencia al primero de ellos, por su pertenencia a la Escuela Histórica, es conducente para vincular la elaboración con las fuentes, que es propiamente el tema de este artículo.

Primero Gustav Hugo y luego Savigny, advierten la necesidad de explicar el origen de normas que no son tan fácilmente verificables como la ley escrita. Y esto los lleva a desarrollar un derecho científico, porque conciben su objeto como un fenómeno empírico, que vive en el espíritu del pueblo y que se expresa en la costumbre. Pero esa costumbre, aunque es

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Metodología de la ciencia del derecho”, T II. Madrid, Gráficas Uguina, 1971, págs. 236/246.

expresión de una conciencia jurídica común que tienen los ciudadanos, sólo podrá ser correctamente conocida por un núcleo especializado: los juristas.

En cada relación jurídica se distinguen dos aspectos, según Savigny, la *materia*, el simple hecho, y el elemento *formal* por el cual la relación fáctica asume carácter jurídico<sup>2</sup>.

Fue por este interés en descubrir de dónde surgen las normas jurídicas, que se desarrolló una teoría general acerca de las *fuentes* del derecho<sup>3</sup>.

### *Algunas relaciones*

En la introducción se presentó el tema de la elaboración, las causas, los datos de Geny y el método de Savigny, para llegar a las fuentes. Aunque esta relación no es novedosa, asumiéndola desde el integrativismo trialista promete algún resultado original, es decir, desarrollando esa vinculación entre la elaboración de normas con las dimensiones sociológica y axiológica, a través de esta teoría de las fuentes, y más en particular, con las *fuentes indirectas o mediatas*, según la denominación empleada por Werner Goldschmidt<sup>4</sup>.

El trialismo explica la elaboración de normas como un reparto. Consecuentemente analiza el origen del reparto, los elementos del reparto, los límites, y los modos constitutivos del orden de repartos, entre otras categorías. Luego, en la dimensión axiológica, valora los repartos y las normas.

La elaboración de normas corresponde a la dinámica del funcionamiento de las normas, en cambio las fuentes dan cuenta de una perspectiva estática. Sin embargo, es posible encontrar en las fuentes mediatas un terreno fecundo en el cual buscar explicaciones que ayudarán a la interpretación y a la integración, y, a la vez, ese mismo desarrollo podría aportar enseñanzas relevantes para elaborar normas que realicen los valores de fidelidad, exactitud, adecuación e impacto<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> LACLAU, Martín, "La constitución de la noción de 'fuente de derecho' en el pensamiento occidental", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", n° 4, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, pág. 25.

<sup>3</sup> Íd., pág. 17.

<sup>4</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 4a reimp., Bs.As., Depalma, 1987, pág. 218.

<sup>5</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico",

Ciuro Caldani, en una obra reciente<sup>6</sup>, sostiene que “los requerimientos de la pantonomía del Derecho se presentan, por ejemplo, en la necesidad de abarcar en la mayor integridad posible las tres dimensiones (...) Según la propuesta integrativista tridimensionalista trialista resultan muy necesarias categorías de relacionamiento entre las dimensiones. La vinculación entre las dimensiones normológica y sociológica, (es) especialmente relevante para que el Derecho viva en esa existencia concreta de las personas (...) La relación inter-dimensional triple posee gran significación en las categorías de carencia de normas ..., y elaboración “formal” o “material” (autointegración o heterointegración) en base al propio ordenamiento normativo o a consideraciones de justicia”.

### *Fuentes indirectas o mediatas. Concepto y clasificación*

No hay menos de siete significados de la voz “fuente” en el Derecho, decía ya tiempo atrás Legaz y Lacambra<sup>7</sup>. Puede entenderse como el origen de la norma, como la fuerza creadora, como la forma de manifestarse la norma, como el fundamento de la validez jurídica de una norma.

Una caracterización adecuada al propósito de este trabajo es la que brinda Alf Ross: “Por ‘fuentes del derecho’ ... ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas ‘fuentes’ que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita”<sup>8</sup>.

Una clasificación usual de fuentes que adoptan los civilistas<sup>9</sup> es la de Françoise Gèny en su obra “*Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*”, que las agrupa en *formales* (la ley, la costumbre, la

---

Rosario, UNR Editora, 2012, pág. 16.

<sup>6</sup> Íd., págs. 15/16.

<sup>7</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, 2ª ed., Barcelona, Bosch, págs. 525/526.

<sup>8</sup> ROSS Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, Bs. As., EUDEBA, 1997, pág. 107.

<sup>9</sup> LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, 13ª ed., t. I, Buenos Aires, Perrot, 1989, págs. 49 y ss.

tradición equivalente a la jurisprudencia, y la autoridad que es la doctrina), y *no formales*, que son supletorias de aquellas y que habilitan al juez que no encuentra la solución en las primeras a indagar en leyes análogas, en principios de la moral, en la organización social, o mediante la “libre investigación científica” en un estudio profundo de la realidad social o de la naturaleza de las cosas.

El trialismo distingue entre las fuentes del Derecho a las *fuentes de las normas* y las *fuentes de fundamentación* axiológica.

A las fuentes reales de las normas las concibe como el *origen de las normas* o el modo de constancia de ellas.

Las *fuentes reales de las normas* se dividen en *fuentes formales y materiales*. Estas fuentes pueden tener origen en un reparto autónomo, autoritario o en un reparto bivalente (que comparte ambas características).

Se ubican fuera de las fuentes reales de las normas a las *fuentes de conocimiento*, que son aquellas que nos permiten conocer las normas reales, pero de manera derivada<sup>10</sup>.

Finalmente, se completa la clasificación de las fuentes de las normas con las *fuentes indirectas* o *mediatas*, entendidas como el “conjunto de fuerzas que repercuten sobre la redacción de la ley o el nacimiento de las costumbres (influencias políticas, económicas, espirituales)...”<sup>11</sup>. Estas fuentes indirectas, así entendidas, son las que la “doctrina tradicional” denomina fuentes materiales.

Agrega Goldschmidt respecto de las fuentes indirectas que “... la *justicia* interviene en el orden de repartos como fuente indirecta o mediata. Todos los repartidores, interesados o poderosos, deben controlar sus conductas incesantemente por medio del sentimiento racional de la justicia. La justicia es, pues, fuente mediata del orden de repartos en su gestación...”<sup>12</sup>.

Ejemplificativamente:

- \* Cuando se dice que el Código Napoleón es fuente del Código Civil argentino, se emplea la palabra “fuente”, según el trialismo, en el sentido de una fuente indirecta (a diferencia de otras teorías o doctrinas que la señalan como fuente material). Esto explica que mediante la

<sup>10</sup> Esto admite matices, como se intentó argumentar en el artículo RONCHETTI, Alfredo Fernando, “La doctrina como fuente real del Derecho”, en “Cartapacio de Derecho”, n° 11, Azul, 2006, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/948/840>.

<sup>11</sup> GOLDSCHMIDT, “Op. cit.”, pág. 218.

<sup>12</sup> Íd., págs. 218/219.

interpretación se puedan resolver ciertas dudas que se originaron en una mala traducción, por ejemplo.

- \* Si se plantea la razón por la cual el codificador otorgaba la tenencia de los hijos menores de 5 años a la madre<sup>13</sup>, una respuesta puede ser que se inspiró en la “naturaleza de las cosas”. Esta operaría, en tal caso, como una fuente indirecta.
- \* Aunque puede haber otros, seguramente el primer motivo que tuvo en cuenta el legislador al establecer la regla *in dubio pro operario*<sup>14</sup>, fue la protección del más débil, como una exigencia de justicia del derecho laboral. Esta sería una fuente indirecta o “fuente de promoción”, como también denomina Goldschmidt a la justicia material<sup>15</sup>.
- \* Al buscar la explicación de la prohibición de indexar deudas que estableció la ley de convertibilidad<sup>16</sup>, una indagación en las fuentes mediatas llevará a relevar las condiciones económicas de alta inflación, y no sólo esto, sino que también se deberán asociar esos factores con la creencia de que la indexación provocaba el aumento de precios.
- \* ¿Cuál fue la inspiración de los principales impulsores de la ley de servicios audiovisuales? Algunos la atribuyen a la confrontación con el grupo Clarín, otros a la desmonopolización de los medios de comunicación. La discusión involucra fuentes mediatas.

#### *La función de las fuentes mediatas*

Estas *fuentes indirectas para la elaboración* se asocian con el elemento histórico de la interpretación. Si se hace el “salto a la simultaneidad”<sup>17</sup>, se reconstruye el momento de la elaboración, y lo que le permite al intérprete conocer cómo se formó la voluntad del autor es esa suma de datos que se compendian aquí como fuentes mediatas.

<sup>13</sup> Art. 206 del Código Civil, que tras la reforma de la ley 23515 establece la excepción para causas graves que afecten el interés del menor.

<sup>14</sup> Art. 9 de la ley de contrato de trabajo establece el principio de la norma más favorable al trabajador en caso de duda sobre la aplicación o sobre la interpretación.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, “Op. Cit.”, pág. 219.

<sup>16</sup> Art. 10 ley 23.928.

<sup>17</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Fuentes de las normas”, en “Zeus”, t. 32, Rosario, D-104.

Pero estas fuentes mediatas no se limitan a todo lo que formó la voluntad del autor, porque además de que algunos factores que tienen incidencia están fuera del dominio intelectual y volitivo de aquel<sup>18</sup>, en muchos de los casos no hay tal “autor”, “legislador”, “constituyente”, más que como una ficción, que es preciso poner en evidencia.

Por otra parte, también es función de esta categoría de análisis (las fuentes indirectas) contribuir a la tarea de la elaboración, no sólo a la tarea de interpretación.

Es preciso asumir la inusualidad de este enfoque de la elaboración desde las fuentes mediatas, incluso en el integrativismo trialista.

Una explicación se extrae de la siguiente cita de Riccardo Guastini: “según la noción material... la expresión ‘fuente (de producción) del derecho’ denota todo acto o hecho que precisamente, produzca derecho y, más específicamente, normas generales y/o abstractas” Pero “... las fuentes únicamente pueden ser identificadas como tales *a posteriori*”<sup>19</sup>.

Esta diferencia es asimilable a la que existe entre un proyecto y su realización, y aunque no todo proyecto se realiza, toda realización lleva insita un proyecto. Si es factible identificar desde un principio a aquellos elementos que podrían convertirse en fuentes, estarán presentes desde la elaboración del proyecto, al evidenciarlas, y lo podrán mejorar, más allá de que éste se pueda concretar o no.

Si es posible postular que el intérprete se tiene que colocar imaginariamente en el lugar del autor de la norma, el autor de la norma se podrá colocar conjuntamente<sup>20</sup> en la posición de quien deba interpretar y aplicar esa norma<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Y no solamente se trata de los supuestos de ignorancia o error, sino también de falta de voluntad, por ejemplo.

<sup>19</sup> GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo”, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 82/83.

<sup>20</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>21</sup> En la jornada en la que se leyó este trabajo (“Jornada sobre elaboración de normas”, organizadas por las cátedras de Introducción al Derecho A y E de la Facultad de Derecho de la UNR, en homenaje al Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, Rosario, 28 de junio de 2013) el Dr. Mario Chaumet, en su exposición se preguntaba cómo es posible que no se coloquen los legisladores en la posición de los jueces que habrán de decidir la aplicación de estas normas. Esa pregunta inspiró la frase que es objeto de esta nota.

*Algunas posibilidades*

Asumiendo que para elaborar normas no es suficiente un manual de técnica legislativa, sino que se requiere, al menos, de un claro diagnóstico y de un sensato pronóstico, habrá que escoger un método adecuado para alcanzar este propósito.

Una alternativa son “los datos” de Geny, que se ofrecen como un método apto para elaborar.

Respecto de la clasificación de causas y su aplicación para la elaboración de normas, se trata de un camino inhóspito, muy posiblemente por su fuerte referencia a la causalidad, que implica necesidad, y la consecuente remisión a un plano de derecho natural.

Desde concepciones analíticas, esta cuestión se puede vincular a una teoría de la acción, como la de Von Wright, por ejemplo, y con las razones: operativas, auxiliares y completas. Aunque si las causas trasladan el tema al mundo de la naturaleza, las razones, por su parte, lo reducen a la mera voluntad.

Con el integrativismo trialista se habrán de trabajar los elementos del reparto y sus límites, el origen del reparto, los modos constitutivos del orden de repartos... pero profundizar el desarrollo a través de las fuentes indirectas o mediatas, sería un enfoque promisorio.

En tanto se le asigna tanta importancia a la elaboración, la pretensión de conocer y reflexionar se torna excesivamente exigente con tantos elementos a considerar. Será preciso, entonces, introducir algunas categorías de clasificación que ayuden en la tarea.

*Catalogando*

Se tendrán que tener en cuenta, con respecto a los criterios para catalogar fuentes mediatas, ciertas características:

Son distintas las fuentes indirectas de una norma individual como la sentencia, que las de una norma consuetudinaria; o las de la norma de un contrato, las de una norma legal<sup>22</sup> o las de una norma constitucional.

---

<sup>22</sup> Las fuentes mediatas de una ley que obliga a las obras sociales a cubrir el costo total de



Por caso, la fuente formal sentencia tiene una fuente mediata que es una fuente real, la ley.

Las normas pueden ser fuentes mediatas, también la doctrina en tanto inspira al legislador. Está claro que son fuentes indirectas los principios.

Goldschmidt enuncia a la Justicia como fuente mediata, pero esto es aplicable a todos los valores: la eficiencia, la utilidad, el poder, la coherencia, el orden, la seguridad, el amor.

En el plano de la facticidad también hay normas inspiradas en el odio (omitiendo ejemplos “odiosos” de decretos, es frecuente encontrar casos de testamentos que derraman rencor), en el resentimiento, en la ira, en la holgazanería (algún funcionario con pocas ganas de trabajar formalizará fuentes incompletas; los legisladores no siempre que delegan en demasía a la reglamentación lo hacen por especulación política, a veces lo hacen para terminar más rápido), en la envidia, en el egoísmo, en el temor (vale traer a colación el contrato social en clave hobbesiana), en la obsecuencia, en la vanidad, en la desmesura...

Las emociones (todas) o las pasiones, también se infiltran en la elaboración de normas.

La conjetura, la táctica y la estrategia.

Los errores, por falsa percepción, por desconocimiento, por falta de información o de un adecuado cálculo de probabilidades, también deberán tomarse en cuenta.

La lógica, el lenguaje, el sistema.

La cultura, la política, la economía, la religión, la moral. Las ideologías, el clima de ideas o el clima de época, los paradigmas imperantes, los marcos teóricos, la filosofía, la historia.

Los factores de poder.

La obediencia, el apego al deber.

La psicología. El reconocimiento, la transferencia. Las pulsiones, Eros y Tánatos.

La identidad. La vejez. El género.

La emergencia, las crisis, los estados de excepción.

---

los tratamientos de fertilización asistida a sus afiliados, darán cuenta de que no se trata de un acto de desprendimiento de los legisladores, sino de una carga que trasladan a terceros; en cambio las fuentes mediatas de un contrato de publicidad que suscribe un candidato a diputado con un medio de comunicación, por el cual se obliga en forma personal, dará cuenta de los esfuerzos puestos en la negociación del precio.

La solidaridad.  
 La estética (en el Código Civil de Chile de 1855, redactado por el poeta Andrés Bello).  
 La creación colectiva.  
 La búsqueda de la felicidad.

Una manera de agrupar este universo de fuentes mediatas o indirectas, sería en función de las tres dimensiones del mundo jurídico.

Se encontrarán fuentes mediatas sociológicas, normológicas y axiológicas. Y en cada una de esas dimensiones, hay lugar para separar esas fuentes según los fraccionamientos de los complejos: material, personal, temporal y espacial<sup>23</sup>.

Así como la cadena de causalidad es interminable y hay que recortarla, habrá que buscar las fuentes mediatas relevantes, fraccionando, como también se recortan los datos en la metodología de Geny.

En palabras del Dr. Ciuro Caldani: “todas las materias, todo el espacio, todo el tiempo y todas las personas, como materialidad, espacialidad, temporalidad y personalidad, son despliegues de la vida jurídica a fraccionar y desfraccionar”.

Todas las categorías son pantónomas y hay que fraccionarlas, también hay que fraccionar las fuentes mediatas, en función de su utilidad.

Podría objetarse que no todos los hechos constituyen fuentes, sino solamente aquellos que tienen el elemento formal que les da juridicidad o normatividad, pero en ese caso, se lo hará desde un paradigma ajeno al del trialismo, que es el de la complejidad.

Si se clasifican las fuentes mediatas en dimensiones, estas fuentes que tienen ese elemento formal del que hablaba Savigny, serán las *fuentes mediatas normológicas*, pero a la vez, se habrán de considerar a las fuentes mediatas *axiológicas* (la justicia y los demás valores que promueven la norma) o las *sociológicas* (por ejemplo, las condiciones culturales que tuvieron incidencia en el origen de la norma).

El uso de ejemplos seguramente facilita la comunicación de esta nueva perspectiva de análisis: tomando el caso del proyecto de reforma del Código Civil, se advierte que hay *fuentes mediatas sociológicas personales*

---

<sup>23</sup> Es preciso distinguir esta clasificación de la de los ámbitos de aplicación de las fuentes: personal, espacial y material.

(tienen fuerte incidencia los nombres de los juristas elegidos para integrar la comisión redactora); *espaciales* (habrán reparado que se trata de un territorio amplio y variado, para el cual unifican la legislación, tanto para la familia del barrio de Recoleta y como para la familia de las zonas más pobres del Chaco); *temporales* (los códigos de la posmodernidad tienen características distintas que los del siglo XIX; de todas maneras se trata de normas más rígidas, que necesitan ser más elásticas) y *materiales* (el conocimiento de la biotecnología tiene decisiva influencia para despejar elucubraciones respecto del comienzo de la existencia de la persona; las transformaciones económicas imponen nuevos contratos; los factores de poder y las ideas políticas están presentes en la orientación solidarista y progresista del proyecto).

Quien tome a esta propuesta con el mismo optimismo que el autor del artículo, estará en condiciones de plantearse también la fecundidad de extender el desarrollo hacia los rasgos particulares y comunes de las distintas ramas del derecho. El derecho empresarial y el derecho del consumidor comparten a la economía capitalista como fuente mediata, pero en un caso esa orientación económica es una oportunidad para hacer negocios y en el otro caso, es una amenaza.