

Descodificación y la Reforma al Título Preliminar del Código Civil: Algunas insistencias desaconsejables

Dr. Rodolfo L. VIGO

El presente trabajo fue pensado originariamente como uno solo, pero su desarrollo nos llevó finalmente a concretar dos unidades que, si bien pueden diferenciarse, mantienen fuertes conexiones, al punto de que la segunda parte puede considerarse como cierta proyección o aplicación de la primera. Es que en ésta se estudia, en general, la “descodificación” y/o la “deslegalización” que se comprueba en el derecho continental de nuestros días, como también algunas iniciativas y replanteos superadores más ajustados a los nuevos tiempos políticos, sociales, culturales y jurídicos. En la segunda parte asumimos el análisis crítico de la proyectada Reforma al Título Preliminar del Código Civil Argentino en cuanto a las “fuentes del derecho” e “interpretación jurídica”, y denunciaremos una inequívoca inercia para insistir en soluciones que ya no cuentan con respaldo doctrinario ni pueden verificarse en la jurisprudencia pacífica. A los fines de una comprensión plena de esa mirada concreta y puntual sobre dicha reforma, resulta decididamente conveniente leer la primera parte, dado que ahí se encontrarán muchos supuestos que luego se esgrimirán –explícita o implícitamente– en el análisis crítico. Esta consideración se torna decisiva para publicar conjuntamente los trabajos, no obstante la posibilidad de hacerlo separadamente.

Primera Parte: Acerca de la crisis actual de los Códigos y algunas propuestas superadoras

Hace ya tiempo que se habla de “deslegalización”⁽¹⁾ del derecho y también de “descodificación”;⁽²⁾ sin embargo, este discurso no genera mucha receptividad entre los profesionales de los Códigos, los que parecieran conservar su inercia profesional sin valorar ni rebatir argumentalmente las causas y razones que explican aquella puesta en interro-

⁽¹⁾ Una literatura temprana al respecto la constituye F. Carnelutti: “La crisi della lege” (Rivista di Diritto pubblico, 1930, I, págs. 424 y ss.). Entre la enorme variedad de estudios sobre la crisis de la ley, que incluye presupuestos iusfilosóficos y especializaciones profesionales muy diversas, recordemos a A. Ollero: “Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista” en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; y L. Hierro: *El imperio de la ley y crisis de la ley*, Doxa, 19, 1996, págs. 287 y ss.

⁽²⁾ Cfr. N. Irti: *L'Età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

gantes de la moderna codificación y, por consiguiente, sin plantearse alternativas superadoras. El propósito del presente artículo no es declarar la guerra a los Códigos, sino llamar la atención sobre las escaramuzas y ataques que los mismos vienen sufriendo (inclusive los dirigidos genéricamente a la “ley”), para de esa manera abrir espacios de reflexión y balance que permitan corregir o transformar modos de hacer y operar con el derecho. El momento que vive nuestro país, a las puertas de sancionarse una reforma importante al Código Civil, es particularmente propicio para suscitar este debate sin dogmatismos y atentos a la realidad jurídica actual.

La originalidad del Código Revolucionario.

El uso del término “código” en el derecho cuenta con rica tradición⁽³⁾

Etimológicamente “codex” (y la más antigua “caudex”) significa “tronco de árbol”, atento a que la madera fue originariamente usada como material de escritura. De ese sentido material pasó dicha palabra a designar un cierto formato editorial, consistente en un conjunto de varias tablillas de madera encerada unidas por medio de cordones o anillos, que permitía que cada tablilla actuara como la hoja de un libro moderno. En el siglo I de nuestra era, ese formato denominado “codex” cambió de material, y en lugar de madera se empezaron a usar cuadernillos de pergamino que se cosían por uno de sus lados y formaban así un “codex membranei” similar a nuestros modernos libros. En el siglo III se impone el “codex membranei” que desplaza a las demás formas y materiales editoriales y termina de significar simplemente libro. El derecho recurrió a esa forma editorial de los codex y así en el Bajo Imperio se dictan Constituciones Imperiales, primero los Codex Gregorianus y Hermogenianus, luego el Codex Theodosianus y muy posteriormente el Codex Iustiniano. También, por otro lado, necesidades de la práctica jurídica forzaron a que ya en el siglo IV se reditaran como “codex” obras de la jurisprudencia clásica. Así, en definitiva, la palabra “codex” quedó asociada a libro de contenido jurídico o, más concretamente, libro que compila reglas para su uso forense.

En el siglo XVI vuelve a usarse la palabra “codex”, pero ella alcanza su cenit adoptando un significado y una relevancia absolutamente inéditos con la Revolución Francesa. En efecto, a instancias de la Ilustración, el revolucionario pretende iniciar una nueva etapa en la historia de Francia, que no tenga ningún contacto con el pasado; el Código ya no será instrumento de fijación, ordenamiento o reformulación de algún derecho ya dado, sino que pretende ser creación ex-nihilo. Wieacker sintetiza: “La alianza del Derecho Natural con la planificación de la Ilustración produjo, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los grandes Estados autoritarios del centro de Europa y en el occidente europeo, siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria. Estas contienen, junto a toda la diversidad de condiciones comunes, rasgos intelectuales y de estilo. Se distinguen de todas las anteriores fijaciones escritas del Derecho, en que no se pretende consignar el derecho (científico o precientífico) existente, ni recopilarlo o mejo-

⁽³⁾ Cfr. A. Guzman Brito: *La fijación del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso (Chile), 1977, cuyas consideraciones se siguen.

rarlo ('reformularlo'), ni continuarlo, como las reformaciones Alemanas o las ordenanzas de los Reyes Franceses, sino que tienden a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante (esto en el centro de Europa) o la mejor voluntad nacional (en Francia) podían construir una sociedad mejor".⁽⁴⁾

A pesar de los avatares políticos posteriores, Napoleón llevará exitosamente por Europa sus códigos, y de ahí vendrán a la América hispana para quedarse con absoluta aquiescencia. El Código, jurídicamente hablando, consistió en una obra y un esfuerzo realmente novedoso, como lo revelan sus características más notables: 1. la fuente raigal y originaria del derecho, al punto de declarar abrogado a todo el derecho anterior; 2. el derecho completo y sin lagunas para toda una rama, de manera que todos los problemas que podían surgir estaban previstos y solucionados por el codificador; 3. ser fuente exclusiva del derecho (el artículo 5 de la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano consagra la legalización del derecho: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena"); ni por arriba ni por abajo del Código había derecho, e incluso, para evitar riesgos, se suprimen las corporaciones y se establece el referir legislativo,⁽⁵⁾ 4. la razón del codificador fijó "el" sistema para esa rama jurídica, de modo que como prescribía Bugnet sólo cabía "enseñar Código Napoleón y no derecho civil"; 5. siendo el código expresión de la "voluntad general" elaborada por Rousseau, ello garantizaba per se la intrínseca bondad y justicia de aquel resultado; 6. el código respondía a la definición de Montesquieu de las leyes: "relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas" ("De l' esprit des lois", Libro I, cap. I), por eso su destino era perdurar establemente como la física de Newton; y 7. el código respondía también a Rousseau en su generalidad y abstracción: "el objeto de las leyes es siempre general, entendiendo que la ley considera a los sujetos en conjunto y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo ni una acción particular" ("Le contrat social", libro II, cap. VI).

Aquel iusnaturalismo que confió en una razón de "ideas claras y distintas" exigida por Grocio antes que Descartes encontrará en la Revolución su alianza con el poder de la burguesía y confiará en el derecho la creación del nuevo orden. El Código expresará el racionalismo que en su triple dimensión nos señala Gómez Arboleya:⁽⁶⁾ un racionalismo utópico que apuesta a crear sin condicionamiento ninguno un racionalismo político posibilitador de la unificación de la Nación y la edificación del Estado, y un racionalismo burgués preocupado por una sociedad profana, libre e igualitaria

La decadencia de los códigos

La historia enseña que los excesos generalmente se pagan, y así aquel mito de los Códigos terminó exhibiendo sus debilidades y sus riesgos. Particularmente, después de la

⁽⁴⁾ F. Wieacker: *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, Aguilar, 1957, pág. 292.

⁽⁵⁾ Cfr. Yves Louis Huftreau: *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. París, 1965.

⁽⁶⁾ E. Gómez Arboleya: "El racionalismo jurídico y los códigos europeos", en *Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1962, págs. 508 y ss.

segunda guerra mundial se escuchan voces cada vez más numerosas y fuertes que señalan la falta de correspondencia entre la "idea" de los Códigos y la realidad del derecho, o las restricciones que impone aquella idea para lograr que el derecho recupere su sentido justificador de servir al hombre y a la sociedad. Precisamente, señalemos a continuación algunas consideraciones que ilustran las dificultades actuales que afronta no sólo la ley en general, sino esa particular ley que es el Código, según las características con las que fue propuesto en el siglo anterior. En definitiva se ha configurado en las últimas décadas un escenario político, social, cultural y, por supuesto, jurídico, que conspira fuertemente contra el mantenimiento de la noción de ley y de Código que se forjara en el siglo XIX.

1. De la unidad a la multiplicidad: el Consejo de Estado francés en 1991 y el español en 1992⁽⁷⁾ han puesto de relieve en cifras categóricas el fenómeno suficientemente conocido de la "inflación" o "desbocamiento" de las leyes. La pasión reguladora del legislador crece inconteniblemente, facilitada por las características de la sociedad contemporánea. Aquella pretensión de unidad que alentó confiadamente el codificador se ve inequívocamente fracturada porque el Código ya no dice todo el derecho de una rama, sino que el legislador recurre a leyes especiales que vacían o remueven el originario contenido, o a leyes "ómnibus" en las que subrepticamente se avanza sobre las diversas materias. Incluso esa confusión se acentúa cuando al sustantivo "ley" se le adosan adjetivos que patentizan especies diferentes hasta en su jerarquía (ejemplo típico es la distinción entre leyes orgánicas y ordinarias).⁽⁸⁾

2. De la estabilidad a la aceleración de la historia: el codificador soñó que su razón todopoderosa hablaba de una vez para siempre, o por lo menos para un tiempo prolongado. Pero la historia se ha revelado con un ímpetu crecientemente transformador y cambiante, de modo que aquella noción de tiempo que alentó al codificador se muestra negada por la realidad. El Código prácticamente estaba fuera del tiempo; por eso, Bentham se atrevía a intentar exportarlo, ya que la física jurídica y social a la que la razón ilustrada accedía tenía un valor perdurable. No sólo la urgencia y novedad de los problemas ya no toleran la más mínima mirada detenida en el tiempo, sino que además predominan lecturas casi cronolátricas que rinden culto a lo novedoso por la novedad misma.

3. Del pueblo "uno" a la sociedad pluralista: Francia enarbola la bandera de la "fraternidad", y la "voluntad general" se conforma por miembros iguales de una única sociedad. Sin embargo, las sociedades actuales revelan un pluralismo tan profundo que en algunos casos nos hace dudar si no se trata de distintas sociedades que habitan el mismo territorio nacional. Cuando el derecho habla, ¿habla también para los ignorantes, los marginales, los aborígenes, o para aquellos que ni siquiera conocen el idioma en el que habla el derecho? Destaquemos aquellas realidades sociales donde se observa un paulatino pero inexorable

⁽⁷⁾ J. L. Palma Fernández: *La seguridad jurídica ante la abundancia de las normas*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997, págs. 25 a 33.

⁽⁸⁾ Esa distinción recibida en el derecho español originó polémicas interesantes: cfr. J. Peman Gavin: *Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes. Estudios sobre la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991, T.1, págs. 135 y ss.

vaciamiento y sustitución por pueblos inmigrantes. En definitiva, demasiados cambios en la sociedad como para insistir, explícita o implícitamente, en aquella que tuvo presente el codificador del siglo XIX.

4. De la generalidad a leyes individuales: como enseñaba Rousseau, la ley debía ser general y común, y eso garantizaba la igualdad. Sin embargo, el legislador ha recurrido inescrupulosamente al dictado de leyes individuales o en vista a problemas concretos. García de Enterría apunta a este tipo de ley-medida que “no pretende definir un orden abstracto de justicia y tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta abiertamente como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problema determinados”.⁽⁹⁾ Esta política legislativa quiebra la originaria misión que la teoría tripartita del poder le había asignado y, al mismo tiempo desde el punto de vista de la teoría jurídica, supone redefinir a la ley misma.⁽¹⁰⁾

5. ¿Se conservan las ramas y los temas definidos por el legislador decimonónico?: el código civil francés inspirado en Pothier definió lo que sería el derecho civil y, de algún modo, los códigos tienen siempre ese carácter fundacional en cuanto a los límites y temas de una rama. La realidad jurídica actual ofrece pocas dudas de que esas fronteras se hayan tornado diluidas;⁽¹¹⁾ surgen temáticas que adquieren un volumen enorme y que son muy difíciles de mantener encapsuladas en la vieja enciclopedia. Pensemos en los derechos de daños ecológicos de los consumidores, de las comunicaciones sociales, de los derechos humanos, de los nuevos contratos, etc., y confrontémoslos con el sentido de nuestros códigos y las respectivas currículas en las carreras de abogacía; seguramente concluiremos en que hay notables desajustes.

6. De la creación monopólica en manos del Estado a su debilitamiento: El Poder Legislativo no tenía dudas de que concentraba privilegiadamente la capacidad jurígena del Estado nacional, y eran inimaginables centros de producción jurídica que compitieran con él, sea por encima, sea por debajo del mismo.⁽¹²⁾ Asistimos en el derecho a un claro proceso de supraestatalidad e infraestatalidad, donde no sólo se fortalecen los órganos de creación normativa comunitarios o internacionales, sino también la sociedad logra forjar normas generales (“leyes contractuales”) que desde un punto de vista teórico no ofrecen diferencias con las leyes pero que no provienen del poder legislativo.

⁽⁹⁾ E. García de Enterría: *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid, 1999, pág. 51.

⁽¹⁰⁾ G. Zagrebelsky insiste: “La época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir de ‘reducida generalidad o de bajo grado de abstracción’ hasta el extremo de leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención ‘regulativa’ en sentido propio; en lugar de normas, medidas” (*El derecho dúctil*. Trotta, Madrid, 1997, pág. 37).

⁽¹¹⁾ Escribe M. Ruiz Sanz: “...lo más relevante es la progresiva especialización temática del Derecho, que viene produciendo un cada vez más acusado vacío de contenido de los códigos mediante la extracción –e incluso suplantación– de amplios campos de regulación jurídica. De esta manera se construyen “microsistemas de normas, con lógicas propias y autónomas” (*De la ciencia de legislación a la técnica legislativa*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1996-1997, pág. 646).

⁽¹²⁾ Cfr. A. Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, 1993, págs. 76 a 80.

7. La tensión entre el Poder Legislativo y el Poder Administrador: el “imperio de la ley” tenía un profundo fundamento ético-político, y así Rousseau escribía: “Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres... Es ella sola a la que los jefes deben hacer hablar cuando ellos mandan” (“Discours sur l’Economie politique”). El Estado de bienestar permitió y necesitó de un extraordinario protagonismo del Poder Administrador, pero además en su favor operó que los problemas que fueron apareciendo resultaron de una complejidad, de una urgencia y de un tecnicismo que desaconsejaban remitirlo al debate ideológico-político. El Poder Ejecutivo o Administrador quedó muy lejos de aquella función reducida a ejecutar las leyes.⁽¹³⁾

8. Del inexistente al expansivo Poder Judicial: La anomia social, la deslegitimación de la autoridad y la operatividad de los derechos humanos, fueron factores que produjeron una gran transferencia a los tribunales de problemas que el legislador decimonónico no pensó ni hubiera tolerado. El ciudadano ya no se satisface con libertades e igualdades formales (la “libertad de los modernos”, de que hablaba Benjamín Constant en 1818), sino que requiere de la materialidad de ellas o, mejor aún, de una justicia real y concreta. Concluye Prieto Sanchís que “la creciente reivindicación de la figura del juez correrá paralela a un proceso de descrédito o decadencia de la ley”.⁽¹⁴⁾ No sólo comprobamos un juez muy lejano del autómatas e “inanimado” que había dibujado Montesquieu, sino que vemos un crecimiento en sus competencias de gobierno o superintendencia, incluso con aumento en las facultades de iniciativa legislativa o posibilidad de dictar normas generales vinculadas a la organización de los tribunales y a trámites procesales. El Poder Judicial ha dejado de ser aquel “poder casi nulo” que leíamos en el *Del espíritu de las leyes* y se orienta a convertir al Estado en un “Estado jurisdiccional de Derecho”.⁽¹⁵⁾

9. De la Constitución como programa político al “higher law”: Europa descubre la juridicidad de la Constitución y su control sobre la ley después de la segunda guerra mundial. El derecho ya no se reduce al contenido de las normas legales; más aún: se declara la existencia suprallegal de principios y valores que juzgan la validez de lo que decide el legislador. La voluntad general se descubre falible y, para colmo, se remite a un Tribunal que es el que definirá la corrección o incorrección jurídica y hasta moral de la ley. “La Ley –escribe Zagrebelsky–,⁽¹⁶⁾ un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición.” El Estado de Derecho legal se transforma en Estado de Derecho constitucional, lo jurídico necesariamente se abre a la moral contenida

⁽¹³⁾ Cfr. A. de Asís Roig: “La Ley como fuente de derecho en la Constitución de 1978”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, ob. cit., T.1, págs 169 a 218; y E. García de Enterría: “La democracia y el lugar de la ley”, en *La vinculación del juez a la ley*, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, págs. 79 a 95.

⁽¹⁴⁾ L. Prieto Sanchís: *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 19.

⁽¹⁵⁾ M. Aragón Reyes distingue ese Estado jurisdiccional de Derecho de un Estado de Justicia (“El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la ley*, ob. cit., págs. 179 a 202).

⁽¹⁶⁾ G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 40.

en los principios y valores, y se encomienda a un órgano tribunalicio para que diga la última palabra desde el Poder Constituyente.⁽¹⁷⁾

10. La pérdida de la obsesión por el sistema jurídico: Savigny tiene conciencia de que sólo el sistema garantiza la ciencia,⁽¹⁸⁾ y con ese propósito escribe su *Sistema del Derecho Romano actual* y logra fundar la ciencia jurídica moderna. El derecho se enseñará y se operará como un verdadero sistema único, completo, jerárquico, coherente y económico; sin embargo, a partir de la década del '50, tras Viehweg, se pone en duda el sentido de aquella epistemología y se comienza a privilegiar el carácter resolutorio, aporético o tópico del derecho, y los juristas aprenden que su responsabilidad y fidelidad dejan de ser a un perfecto sistema y que su razón legitimante está en la resolución con justicia de los casos. El sistema del Código deja de ser la guía ineludible para el trabajo doctrinario, y los juristas se atreven a resolver o pensar problemas sin ataduras dogmáticas al sistema codificado. Frente al camino inexorable del "Systemdenken", se prefiere la experiencia del "Problemendenken",⁽¹⁹⁾ o el sistema jurídico cerrado y rígido se ha tornado "abierto" y "móvil".⁽²⁰⁾

11. De la irrelevante subsunción judicial a la ponderación racional: El modelo decimonónico enseñó que la tarea judicial se reducía a comprobar la existencia de un hecho, descubrir la norma codificada en la cual subsumirlo y, por medio de un silogismo deductivo de carácter teórico, aplicar las consecuencias previstas en aquélla.

Para marcar el nuevo escenario digamos en lenguaje hermenéutico: "Aplicar el derecho es descubrirlo" (Kaufmann), y así ya no sólo se rechaza la distinción tajante –y nada inocente– entre crear respecto de interpretar y aplicar,⁽²¹⁾ sino que se tiene conciencia de que el juez tiene a su disposición un amplio repertorio de material jurídico con el que construye un enunciado normativo general que le permite resolver el caso y al que debe justificar racionalmente.⁽²²⁾ La norma está incompleta sin el caso que regula, y de ese modo se concluye que aquella norma general judicial sólo excepcionalmente se limita a reproducir una norma dada. Esta renovación profunda de la interpretación jurídica impacta y pone en crisis la noción de ley del siglo anterior.

12. El actual "desbordamiento de las fuentes del derecho": El título preliminar de los códigos civiles fue el encargado de disciplinar la teoría de las fuentes del derecho que receptaba el sistema,⁽²³⁾ básicamente centrada en la ley, admitiendo a regañadientes alguna

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. Cappeletti: "La justicia Constitucional y Supranacional", en *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 1993.

⁽¹⁸⁾ E. Zuleta Puciero: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

⁽¹⁹⁾ Cfr. García Amado, S. A: *Teoría de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, en particular cap. II.

⁽²⁰⁾ Cfr. K. Engisch: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, en especial cap. VII.

⁽²¹⁾ Larenz, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 174.

⁽²²⁾ Cfr. R. de Asís Roig: *Jueces y Normas (la decisión judicial desde el ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁽²³⁾ Lo que entonces se produce es una identificación entre la ley y derecho que no alcanza dicho efecto, pero que será importante para su aparición posterior. Es premisa que viene con la Revolución Francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del Código Civil más en concreto (B. Clavero: "Imperio de la ley, regla del derecho y tópica de la constitución", en *La vinculación del juez a la ley*, ob. cit., pág. 49). La Ley Fundamental de Bonn inaugurará esa relevante distinción entre ley y derecho.

otra fuente supletoria o subsidiaria, pero condenando la intolerable costumbre derogatoria y sin receptar explícitamente a la peligrosa jurisprudencia. “Un jurista decimonónico –advierte Pérez Luño– transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado”⁽²⁴⁾ y ello porque la realidad ha impuesto una teoría absolutamente distinta de aquella legalista y reductiva.

13. Las dificultades para la reforma del Código: Una consecuencia muy obvia de muchas de las características consignadas propias de un Código es que afrontar la tarea de “tocar” el sistema es algo muy serio y excepcional. La experiencia en nuestro país confirma con creces esas dificultades, que son propicias para fuertes y dilatadas disputas entre los especialistas que terminan abortando los mejores proyectos de reforma. Lo perjudicial es que ni siquiera son posibles de sancionar aquellas modificaciones sobre las cuales hay consenso. Es que –al margen de tecnicismos– pesa el “mito” y así modificar un Código no es igual a sancionar una nueva ley; la consecuencia es que pareciera que el interés de la ciencia termina postergando el interés de la ciudadanía.

Hacia una nueva concepción de la Ley y otra cultura jurídica

El contexto de “crisis” descrito –aun con riesgo de redundancias– en el punto anterior torna explicable la categórica conclusión de Zagrebelsky “de la actual desaparición de las características clásicas de la ley.”⁽²⁵⁾ Pero la respuesta no nos parece que pueda llegar a petitionar la sustitución raigal de un modelo jurídico que –bien o mal– ha terminado de configurar nuestra realidad social y no sólo la jurídica. Tampoco se trata de auspiciar un nuevo Iluminismo –por ejemplo judicial–⁽²⁶⁾ del cual se derivará inexorablemente aquel sistema jurídico exacto, objetivo y seguro que infructuosamente intentó el legislador-codificador. Más bien, de lo que se trata es de tener en claro cuánto agotamiento y ficción conlleva el modelo decimonónico, para de ese modo poder ir orientando los cambios que acerquen la teoría y las estructuras institucionales al derecho real y a la comunidad que lo necesita. No parece el mejor camino ponernos anteojeras y empecinarnos en senderos ya recorridos, desoyendo los reclamos que ensordecedoramente claman sectores profesionales y el ciudadano común. En esa línea de propuestas superadoras o renovadoras ensayemos algunas conclusiones:

1. Leyes más modestas: El mejor modo de apostar a la legitimidad e importancia de la ley es morigerarla en sus tradicionales notas distintivas; Ruiz Sanz confirma los cambios: “El ideal decimonónico propicio a fingir una racionalidad formal mediante la cual pudiera ser creado un derecho perfecto, lógico y sistemático, ha sido sustituido por una nueva racionalidad práctica en la que los criterios directores son la facticidad, la utilidad, la especialidad y la adecuación a la realidad”.⁽²⁷⁾ De ahí el reclamo de leyes más modestas en

⁽²⁴⁾ E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, ob. cit., pág. 76.

⁽²⁵⁾ G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 39.

⁽²⁶⁾ Esta disputa o preferencia entre el legislador y el juez tiene una tradición que se remonta a la filosofía griega, pero entre los textos contemporáneos recordemos a Otto Bachof, quien considera que el juez es más importante que el legislador en la realización del derecho (*Jueces y Constitución*, Madrid, 1963).

⁽²⁷⁾ M. Ruiz Sanz: *De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa*, art. cit., pág. 642.

cuanto a: 1. Su objeto, no siendo el legislador un académico, no está obligado a desbordar –en aras del científico sistema– el tema o los sujetos que motivan su intervención; 2. Su extensión: el abuso regulatorio en los detalles –como lo prueba la experiencia tribunalicia– es mal presagio para el respeto irrestricto de la ley; 3. En su originalidad: no es mejor legislador aquel con mayor capacidad de imaginación, por el contrario, su eficacia exige estar muy atento al derecho existente –actual o potencial–; y 4. En su perdurabilidad: algunos países han preestablecido mecanismos de plazos de vigencia legal –generalmente entre 5 y 10 años– que sólo se pueden prorrogar si así lo aconseja el examen previo respectivo (en los Estados Unidos, el “sunset legislation”).⁽²⁸⁾

2. Leyes sólidas formal y sustancialmente: Advierte Aragón Reyes: “Es cierto, y no debe ocultarse, que en la infravaloración de la ley pueden influir no sólo determinadas corrientes doctrinales o el activismo de algunos jueces, sino también, y muy destacadamente, la ineficacia del propio legislador, que a veces elabora textos legales técnicamente defectuosos.”⁽²⁹⁾ Hay muchos países que acertadamente han prestado especial atención a toda la problemática de la técnica legislativa procurando perfeccionar los aspectos formales o estructurales sancionando reglas con ese objeto; en España, por ejemplo, el GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), en Alemania los desarrollos de Gesetzgebungslehre y en Inglaterra el Grating of Statues. No se trata de que la técnica legislativa sustituya a la política,⁽³⁰⁾ pero aquélla puede generar consenso⁽³¹⁾ y, fundamentalmente, mejorar las leyes en sus aspectos formales (normalización del lenguaje, estructura y sistemática de ellas) y también en sus contenidos (así, catálogos de directrices en borradores y anteproyectos de leyes, técnica de cuestionarios a tales fines, etc.).⁽³²⁾ También, la teoría de la argumentación surgida para el ámbito judicial se ha extendido hasta el ámbito legislativo con la preocupación que el mensaje normativo gane en justificación o racionalidad⁽³³⁾ y, por consiguiente, adquiera validez (Cotta) y autoridad. Sin embargo,

⁽²⁸⁾ Cfr. J.L. Palma Fernández: *La seguridad jurídica ante la abundancia normativa*, ob. cit., págs. 26 y 27.

⁽²⁹⁾ M. Aragón Reyes: *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, art. cit., pág. 184.

⁽³⁰⁾ Cfr. A. J. Arnaud: “Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique”, en *Droit et société*, nro. 27, págs. 293 a 301.

⁽³¹⁾ Cfr. P. S. Corderch: “Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa”, en W.AA.-GRETEL: *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁽³²⁾ Cfr. W. AA.-GRETEL: *La forma de las leyes. Diez estudios de técnicas legislativas*, Bosch, Barcelona, 1986. V. Frossini señala: “...durante los años posteriores a la Segunda Guerra mundial, en algunos países europeos, seguidores del ejemplo metodológico de Gran Bretaña, se han elaborado leyes sobre leyes... Dichas leyes han previsto normativamente (a veces con directivas sobre los procedimientos parlamentarios de decisión) las reglas de una técnica legislativa consistente en una serie de pautas a seguir para la redacción por escrito de las leyes, y también para su transcripción en el lenguaje electrónico, con la eliminación de vocablos ambiguos, de expresiones oscuras, contradicciones y repeticiones, y con la sustitución de las ‘verdaderas muestras de la técnica legislativa’, como son los textos de leyes que contienen decenas de apartados de extensión desproporcionada, divididos en letras y subdivididos mediante cifras, por textos con una numeración progresiva y titulada de los artículos y con una reducción de los apartados” (*La letra y espíritu de la ley*, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 41. También M. J. Montoro: *Adecuación al ordenamiento y facticidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989).

⁽³³⁾ Precisa M. Atienza que uno de los campos de la argumentación jurídica es el de la producción normativa, distingue la fase pre-legislativa (donde predominan argumentos políticos y morales) y la fase legislativa (donde prevalecen argumentos técnico-jurídico) (*Las razones del derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, pág. 20); del mismo escritor puede consultarse *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, donde distingue en la actividad legislativa cinco niveles de racionalidad: lingüística, lógico-formal, programática, teleológica y ética.

cuando los mensajes que acompañan a los proyectos de ley⁽³⁴⁾ parecen más destinados a cubrir una irrelevante forma que a justificarla, o cuando los trabajos en las Comisiones del Parlamento no resultan lo exhaustivos, técnicos y públicos que sería de esperar, pareciera que todo ello es una inercia que no ha advertido que el mero origen o el argumento de autoridad ya no justifica ni resuelve la paradoja kantiana que supone toda autoridad. Leyes con trámite oculto o empobrecido en debate racional, seguramente, están más expuestas a perder eficacia.

3. Leyes evaluadas en su eficacia: una vieja suposición implícita en la Ilustración era que, sancionada la ley, la realidad se acomodaría a la ley. Por supuesto que esa ingenuidad ya no cuenta con adeptos, pero lo que se pretende es que haya seguimiento de las leyes y así poder evaluar el nivel de aceptación o resistencia en sus destinatarios y, consiguientemente, introducir los ajustes, derogaciones o profundización necesarios. Pérez Luño señala que la “hipostemia legislativa constituye la reacción antitética correlativa al fenómeno de la hipertrofia, la contaminación y la mitificación de la ley. La extensión de la masa legislativa ha comportado un marcado déficit de la intensidad de su eficacia”;⁽³⁵⁾ por ello, nos parece interesante generar esos equipos o espacios institucionales de seguimiento de las leyes.⁽³⁶⁾

4. Leyes principialistas:⁽³⁷⁾ ya en 1979 Perelman escribía: “La creciente importancia que se otorga a los principios generales del derecho en el derecho continental de la posguerra se pone de manifiesto no sólo en el número cada vez más importante de publicaciones consagradas a esta materia, sino también en el cambio de actitud de los tribunales de casación, incluso de los más conservadores y más respetuosos de la voluntad del legislador”.⁽³⁸⁾ Indudablemente, esa presencia, invocación y reflexión sobre los principios jurídicos, se ha incrementado hasta convertirse en una de las temáticas predominantes en la doctrina jurídica actual. Por sobre diferencias cualitativas entre normas y principios,⁽³⁹⁾ existe un amplio consenso en reconocer que éstos estructuralmente no funcionan a “todo o nada” (Dworkin) dado que no contemplan los supuestos de hecho que regulan, ni tampoco las consecuencias; más bien ellos se limitan a indicar un punto de partida para razonar jurídicamente (Pound). De ese modo, logran los principios una gran generalidad y abstracción que permiten variadas concreciones, ellos son derecho concentrado o “pensamientos directores y causas de justificación de una regulación”.⁽⁴⁰⁾ Una mirada

⁽³⁴⁾ Confiadamente indica V. Frossini: “La noción de ley está hoy renovada, porque se encuentra inserta e integrada en la de ‘mensaje legislativo’, que representa la información jurídica no sólo como expresión del poder legislativo, sino como transmisión de un modelo jurídico de comportamiento social que amplía su significado para su difusión en la sociedad civil” (*La letra y el espíritu de la ley*, ob. cit., pág. 102).

⁽³⁵⁾ A. E. Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, ob. cit. pág. 81.

⁽³⁶⁾ Cfr. V. Zapatero: *De la jurisprudencia a la legislación*, Doxa, vol. 15.16, 1994.

⁽³⁷⁾ M. Ruiz Sanz habla –con remisión a la ob. cit. de G. Zabrebelsky– de la proliferación de las llamadas “leyes de principio”, características del Estado constitucional (*De la ciencia de la legislación a la técnica legislativa*, art. cit., pág. 646).

⁽³⁸⁾ Ch. Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 116.

⁽³⁹⁾ Cfr. mi libro: *Los principios jurídicos (perspectiva jurisprudencia)*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000.

⁽⁴⁰⁾ K. Larenz: *Derecho Justo*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 34.

principialista de los diferentes derechos nacionales seguramente permite comprobar que por sobre las diferentes regulaciones particulares se pueden corroborar distintos principios comunes, y este trabajo doctrinario ha contribuido –por ejemplo en Europa– a fortalecer jurídicamente los espacios comunitarios.⁽⁴¹⁾ Josef Esser ha sostenido cierta tesis de la evolución jurídica: “descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema,”⁽⁴²⁾ y ello se vincula con la afirmación del derecho romano recordada insistentemente por Villey⁽⁴³⁾ de que “la ley viene después del derecho”. Por todo ello, la posibilidad de recurrir a las leyes que sancionen principios jurídicos consolidados aporta solidez, claridad y vigencia a los mismos,⁽⁴⁴⁾ pero al mismo tiempo las leyes ganarán en perdurabilidad y generalidad dejando que otras fuentes vayan proyectando los principios a diferentes y cambiantes circunstancias fácticas.

5. Nuevos códigos: Relata García de Enterría que “en Francia, patria de la codificación clásica, se ha puesto en marcha una importante experiencia de nueva codificación, con escasa relación ya con la histórica”; es que a través de una “comisión superior de codificación” desde 1958 y en los últimos 40 años “ha elaborado unos treinta códigos, especialmente en aquellas materias más volátiles” y esa “nueva técnica de codificación, que es sistemática, esto es, que intenta aplicarse la totalidad del derecho, es, a su vez, temática, esto es, aplicable a ramas homogéneas y coherentes, lo que plantea el problema, nada fácil en ocasiones, de delimitar el perímetro de cada código; opera, en fin, con derecho constante, que supone respetar las innovaciones sucesivas, pero reduciéndolas a sistema e integrándolas en los valores constitucionales superiores... Estos nuevos códigos no se presentan como meras recopilaciones sino que ... pasan al parlamento, que las estudia y articula y les presta el valor superior de la ley, con efecto derogatorio pleno sobre todo lo no expresamente recogido en ellos. Ello permite descargar al derecho de la complejidad de las acumulaciones constantes e inciertas y da a los códigos un valor normativo pleno y superior, que mediante cortes sistemáticos sucesivos aclaran y despejan el programa normativo”.⁽⁴⁵⁾ El maestro español agrega que esas experiencias han influido de manera directa en el derecho comunitario, donde se han emprendido operaciones codificadoras sectoriales. En definitiva, también para nuestro país, podemos imaginarnos equipos oficiales especialistas que afronten de manera permanente esa tarea ordenadora, consolidadora o depuradora de normas vigentes, y que luego el resultado jurídico alcanzado reciba la consagración en una nueva norma legal que beneficiará a la operatividad de un derecho más sistemático, al evitar en el mismo reiteraciones, contradicciones, normas caídas en desuso, incoherencias o jerarquías dudosas.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. E. Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, ob. cit., págs. 76 a 78.

⁽⁴²⁾ J. Esser: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 10.

⁽⁴³⁾ Cfr. M. Villey: *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1981, en especial el T. II.

⁽⁴⁴⁾ Subraya E. García de Enterría: “Pero la verdadera ruptura del positivismo jurídico vendrá a través, más que de teorías, de dos acontecimientos reales: por una parte, la consagración jurisprudencial, cada vez más segura y resuelta, de la técnica de los principios generales del derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la ley... sino como elemento ‘informador del ordenamiento jurídico’ en bloque, para decirlo en los términos de la redacción que este Código Civil recibió en 1974. Ha de notarse que esta tendencia... recibió una espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de los años sesenta” (*La democracia y el lugar de la ley*, art. cit., pág. 89).

⁽⁴⁵⁾ E. García de Enterría: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, ob. cit., pág. 64.

6. Fortalecimiento institucional de la jurisprudencia: El protagonismo asumido por los jueces, especialmente después de la segunda guerra mundial, ha llevado a algunos a hablar de un “estado jurisdiccional de derecho.” Es que en buena medida se ha tomado conciencia de que el derecho culmina en los tribunales y que ellos cuentan con una ineludible capacidad creadora. Sin embargo, no se advierten previsiones y respuestas institucionales que recojan y conserven adecuadamente ese momento jurisdiccional definitivo y final del derecho. Concretamente, y a modo de ejemplo, pensemos que los mecanismos de acceso a esos textos jurisdiccionales⁽⁴⁶⁾ siguen siendo dificultosos, selectivos y en buena medida librados a emprendimientos e iniciativas editoriales privadas. Por otro lado, la difusión y trabajo doctrinario en torno de la jurisprudencia no ha alcanzado toda la energía y extensión que requeriría; buen ejemplo de las posibilidades y beneficios que el mismo ofrece lo exhibe el libro de Wieacker⁽⁴⁷⁾ sobre el “principio de buena fe,” en donde “la necesidad de dotar de unidad u homogeneidad al derecho judicial y que irrumpe por vía del principio de buena fe obliga por una parte a una labor doctrinal que es una labor de clasificación y de tipificación de las líneas de actuación de la jurisprudencia.”⁽⁴⁸⁾ Acertadamente se lamenta Zagrebelsky de que “todavía hoy, en las más diversas sedes relacionadas con el derecho, creación, ejecución, aplicación y estudio, sean muchos los que conciben al derecho como un arsenal de moldes jurídicos –las normas– que se aplican sobre la realidad,” y consecuentemente reclama “reformas que se hacen necesarias para reducir la distancia que media entre la extraordinaria profundidad y creatividad de la función judicial actual y la organización en la que ésta se desarrolla, originariamente pensada para un cuerpo de funcionarios públicos cuya característica más apreciada era la apatía social y el hábito de ocultar las propias decisiones detrás de un burocrático *ita lex*.”⁽⁴⁹⁾ En nuestro país parece bastante visible el apuntado debilitamiento institucional de la jurisprudencia, sin que se advierta un estado preocupado por la difusión oportuna y sistemática de la jurisprudencia, o que aliente la reflexión crítica al respecto.

7. Otras fijaciones del derecho: Desde una mirada histórica puede comprobarse que Occidente ha tenido tres grandes centros forjadores del derecho: jueces, profesores y legisladores,⁽⁵⁰⁾ los que han contado con momentos cambiantes de predominio de unos sobre los otros. Quizás la originalidad del siglo XIX en Europa continental fue concentrar absolutamente la generación del derecho en el poder legislativo y tomar prevenciones para neutralizar las posibilidades creadoras de jueces y profesores. Reiteremos la tesis central de la exégesis en boca de Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos... La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y magistrados usurparían al poder que la nación soberana

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. Galindo: *El acceso a los textos jurídicos*, Ed. Mira, Zaragoza, 1993.

⁽⁴⁷⁾ F. Wieacker: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.

⁽⁴⁸⁾ Prólogo de L. Díez Picazo al libro citado de F. Wieacker: *El principio general de la buena fe*, pág. 18.

⁽⁴⁹⁾ G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, ob. cit., págs. 131 y 149.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. C. García Pascual: *Notas sobre la creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores*, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XII – XIV, 1996 – 1997, págs. 603 a 619.

ha investido con esa atribución”.⁽⁵¹⁾ Por sobre esa voluntad política científica, el derecho ha seguido forjándose y aplicándose más allá de los códigos. En efecto, la vieja y la nueva “lex mercatoria” son manifestación de un derecho anclado en las costumbres pero también de juristas que operan más allá de las pretensiones monopolistas que en materia de jurisdicción siempre ha mantenido el estado nacional. Otro ejemplo lo puede constituir el trabajo en Estados Unidos de grandes juristas agrupados en prestigiosas instituciones como la “American Law Institute”, en donde se ordena y sistematiza derecho de diversas fuentes, que luego se emplea no sólo en la enseñanza del derecho sino también en las decisiones judiciales. Más allá de ejemplos, lo que queremos es llamar la atención acerca de que no puede una comunidad darse el lujo de dar la espalda a todo el aporte que pueden hacer al mejor derecho aquellos que, precisamente, han sido encomendados por la misma sociedad para enseñarlo y operarlo autoritativamente. El silencio oficial sobre esas realidades jurídicas sólo contribuye a esquizofrenias, maquiavelismos o desórdenes nada favorables.

8. Otra cultura jurídica: venimos de una cultura jurídica oficial impregnada de ideología y práctica legalista, en donde, en buena medida, el saber jurídico propiamente dicho, o sea el científico, se reducía a describir normas o a reconstruirlas sistemáticamente. Pero claro está que esa irreductible epistemología no sólo hace agua a instancias de la importancia adquirida por el momento judicial operativo o concretizador del derecho, sino también por ignorar el papel central, e incluso de fuente del derecho, que ha asumido la filosofía jurídica.⁽⁵²⁾ Es que con sólo pensar en el impacto renovador que producen en el derecho los principios, los valores y los derechos humanos, aparece la necesidad de enriquecer la reflexión jurídica con la filosofía, más aún, ella ha llegado a ser –según Dworkin– “el nervio de la reflexión del derecho.”⁽⁵³⁾ A los fines de que el saber jurídico no se convierta en algo “banal”⁽⁵⁴⁾ o irrelevante, resulta necesario comprometerlo con consideraciones axiológicas en torno de proponer soluciones y cambios en las respuestas susceptibles de encontrar en el derecho vigente. Esa nueva cultura jurídica que se propone estará vinculada con ese multifacético “movimiento de rehabilitación de la razón práctica” y contará con características tales como la de ser: 1. Humanista: preocupada por el hombre, para que su dignidad intrínseca impida que se convierta en medio y recupere para el derecho que sólo el servicio al hombre y a la sociedad legitima la existencia del derecho; 2. Transnacional, ya que el debilitamiento del Estado y el fortalecimiento de espacios regionales o comunitarios son una realidad y una oportunidad para superar ficciones o ideología; 3. No juricista, pues la comprensión integral del derecho exige su apertura a dimensiones éticas, políticas, económicas, etc.; 4. Más aporética: el valor del derecho no

⁽⁵¹⁾ Laurent: *Cours élémentaire de Droit Civil*, T. I, préface, pág. 9.

⁽⁵²⁾ La filosofía jurídica en autores como R. Dworkin cumple un papel relevante en la formulación o descubrimiento del derecho (cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo Perrot, Bs. As. 1992, y mi artículo: “La interpretación jurídica en Ronald Dworkin”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milano, IV Serie, LXX – 1993, pág. 659). Giuseppe Capograssi es un buen ejemplo de autores que han reconocido la presencia de la ciencia jurídica en la constitución de la norma: “La scienza e veramente produttrice del diritto” (“Il problema della scienza del diritto”, en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. II, pág. 585).

⁽⁵³⁾ R. Dworkin: *Filosofía del Derecho* (obra en la que se recopilan artículos de diferentes autores), Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 8.

⁽⁵⁴⁾ C. S. Nino: *Algunos modelos metodológicos de Ciencia Jurídica*, Fontamara, México, 1993, pág. 90.

se mide por el sistema que somos capaces de construir y contemplar, sino por el servicio resolutorio y previsible que él aporta a los problemas; 5. Más argumentativa: el recurso a la autoridad o a la lógica resulta ya insuficiente para dotar de justificación a una orden, y las sociedades más maduras y pluralistas de nuestro tiempo requieren de diálogos racionales para su dirección; 6. Menos sectorial: la conservación a ultranza de las decimonónicas “ramas” del derecho y de sus temas específicos genera el peligro de “especialistas” que ignoren el derecho y sus fines legitimadores; y 7. Menos cronológica: el derecho ni viene de arriba ni de la voluntad de iluminados; por eso, las tentaciones radicalmente innovadoras deben ser sopesadas con prudencia, evitando que el mero argumento de lo novedoso o importado resulte suficiente para persuadir.

Conclusiones

Esbozemos algunas conclusiones que resumen lo expuesto:

El proceso “descodificación” y “deslegalización” es parte de un proceso mucho más abarcativo, que incluso desborda al derecho y alcanza el plano político-social y cultural.

Este proceso parece ineludible y no resulta aconsejable insistir obstinadamente en el viejo modelo decimonónico dando la espalda a la realidad, sino que lo conveniente es procurar leyes y códigos adaptados a los nuevos tiempos y requerimientos.

Además de la fijación del derecho por medio de los tradicionales códigos del derecho continental, es posible optar por otras formas de fijaciones.

Ya existen experiencias en el derecho comparado de respuestas que se han dado frente y a consecuencia del proceso aludido, las que pueden resultar provechosas también para nuestro país.

En última instancia, las nuevas exigencias y realidades requieren de todos los operadores jurídicos una disposición diferente en orden a forjar una cultura jurídica superadora de la típicamente decimonónica.

Segunda Parte:

A propósito de la reforma del título preliminar del Código Civil argentino (teoría de las fuentes del derecho y la interpretación jurídica): algunas persistencias criticables

Las consideraciones que siguen se limitan a ser un rápido balance crítico de la proyectada reforma al viejo Título Preliminar del Código Civil argentino —el que pasa a llamarse Libro Primero—, aunque circunscribiéndolo a la teoría de las fuentes del derecho y a la teoría de la interpretación que en él están contenidas. Por supuesto que este análisis se

efectúa teniendo por sustento buena parte del discurso arriba desarrollado, sin perjuicio de las ampliaciones y precisiones incluidas. Consecuentemente –y seguramente– se podrá comprobar cuánta inercia ha acompañado a los reformadores en aquellas materias, quienes en definitiva se han limitado a reproducir en lo esencial las tesis de Vélez Sársfield –parcialmente modificadas en 1968.

Insistimos en la mirada reductiva que nos anima y, además, en que en ningún momento pretendemos poner en dudas o desconocer la solvencia académica específica y el esfuerzo llevado a cabo por la comisión reformadora integrada por notables juristas argentinos.

La importancia tradicional del Título Preliminar

Sabido es el carácter arquitectónico integral que le fue reconocido al código civil por parte del movimiento codificador lanzado en el siglo anterior. A su vez, el Título Preliminar desplegaba de manera relevante aquel papel y así se atrevía a precisar: cómo se publicaban las leyes en general, los alcances de la ignorancia del derecho, el principio de irretroactividad jurídica, e incluso hasta regulaba en forma la aplicación de las leyes penales como el artículo 14 de las “Disposiciones sobre la ley en general” que preceden al código civil italiano de 1942. Una de esas materias predilectas y de inequívoco alcance para todo el ordenamiento jurídico fue la problemática de las fuentes y la interpretación, y así el código civil procuraba sancionar, con su típica fuerza jurídica y política, cuál sería la teoría que en ese punto se aceptaba o se prescribía para ese particular sistema jurídico. El código civil se constituía en una especie de “higher law”, avanzando sobre materias que por su importancia y proyección mostraban un rostro constitucional. Nuestra Corte Suprema así lo ha reconocido respecto del artículo 16 del Código Civil: “La regla de interpretación prevista en el artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos, 312 : 957).

El codificador francés en su rol fundacional incorporó –a su modo– en el Titre Préliminaire aquellas teorías intrínsecas al modelo decimonónico, y si bien es cierto que se dejaron de lado propuestas más explícitas como, por ejemplo, la que incluyó Portalis en un proyecto que no llegó a ser tratado,⁽⁵⁵⁾ la escuela exegética comprendió acabadamente qué era lo que prescribía el código en materia de fuentes del derecho e interpretación.⁽⁵⁶⁾ En efecto, entre los tantos testimonios con los que podríamos acreditar esa conclusión, transcribamos la doctrina del Decano Ch. Aubry cuando enseñaba: “Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, pero sólo la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del código de Napoleón”.⁽⁵⁷⁾

Una buena prueba de aquella importancia que conllevaban los temas incluidos en los Títulos Preliminares del Código Civil, y la pretensión expansiva que el mismo tenía sobre el resto del derecho, las constituye la reforma que se introdujo en España al código civil en

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Toullier: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 3 ed, Buxelles, 1820, I, págs. 94 y 95.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Bonnacase: *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Ed. Cajica, México.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, pág. 146.

1974. Existía plena conciencia entre los reformadores españoles de que se estaba tocando una pieza central del ordenamiento jurídico; así en el “Proyecto de ley de Bases” para encarar dicha modificación (boletín oficial de las cortes españolas, del 22-6-1972) se afirma: “La reforma que ahora se propone difiere de las anteriores porque referida al título preliminar versa sobre un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general, tanto desde el punto de vista del territorio a que se aplican como por la naturaleza y alcance de las propias normas no circunscriptas al estricto derecho privado”; también, en el Decreto que sanciona con fuerza de ley el texto final, leemos: “De todas las reformas (introducidas al código civil) ninguna puede compararse en importancia y entidad a la ahora producida”.

El modelo dogmático-legalista en la materia

¿Y cuál era la teoría de las fuentes y la interpretación jurídica que siguieron los Títulos Preliminares de los códigos civiles inspirados en la concepción típicamente decimonónica? Sin duda, receptan las enseñanzas de la moderna ciencia jurídica configurada por Savigny, la escuela exegética y el primer Ihering. El tema de las fuentes será expuesto por el máximo representante de la escuela histórica como uno de los temas centrales de su “sistema”, otorgándole un giro moderno,⁽⁵⁸⁾ en tanto se las caracteriza desde un punto de vista formal, dado que la juridicidad no depende tanto de su contenido sino de los modos o formas de producción jurídica que se reconoce en ciertos centros con poder para ello. Este formalismo tiñe todo el esfuerzo savignyano por fundar la moderna ciencia jurídica, pues ésta sólo es posible porque es saber de lo formal y prescinde de aquello cambiante y circunstancial propio de las instituciones.⁽⁵⁹⁾ De las tres fuentes postuladas por Savigny: derecho popular, científico y legislativo, importará básicamente esta última que, si bien se limita a reproducir lingüísticamente con la autoridad mayor del Estado el derecho existente, asume a los fines de la interpretación, un papel insustituible atento a que ella refiere a la interpretación en “reconstruir el pensamiento ínsito de la ley”; los intérpretes se colocan “mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad”, valiéndose para tal fin de los cuatro tradicionales métodos o elementos de la interpretación establecidos en los “sistemas”: gramatical, lógico, histórico y sistemático.⁽⁶⁰⁾

“La escuela histórica —concluye Hernández Gil—, que parecía abocada a un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y un dogmatismo”,⁽⁶¹⁾ así, al menos en sus consecuencias vinculadas a forjar las líneas maestras de la cultura jurídica decimonónica, el historicismo terminó aliado a la exégesis, fortaleciéndose y auxiliándose recíprocamente. La ciencia del derecho con la que se formarán los juristas y que se reflejará en los Títulos Preliminares tendrá ciertos rasgos que con poca convicción y mucha inercia se seguirán sancionando en los clásicos Títulos Preliminares; a ese respecto destaquemos: iuspositivismo,

⁽⁵⁸⁾ Cfr. E. Balaguer Callejón: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, T. I, pág. 32 y ss.

⁽⁵⁹⁾ E. Zuleta Puceiro: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pág. 86.

⁽⁶⁰⁾ F. C. de Savigny: “Sistema de derecho romano actual”, traducción parcial de la obra: *La ciencia del Derecho*, Ed. Losada, Bs. As., 1949, págs. 82 y 83.

⁽⁶¹⁾ A. Hernández Gil: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1979, T. I, pág. 126.

legalismo, dogmatismo e iusprivatismo. Digamos con Zuleta Puciero respecto de ese modelo decimonónico: “La ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo, es decir, de lo que desde un punto de vista estrictamente experimental cabe verificar como derecho. Para Savigny y Ihering el derecho no se reconoce a partir de su contenido y como en la teoría del derecho natural, sino a partir de la forma con que aparece en la vida social”.⁽⁶²⁾

La escuela exegética, aunque sin ambiciosas elucubraciones teóricas, será particularmente exitosa en imponer el modelo que no es otro que enseñar el derecho hecho por el legislador. El aporte para el derecho más allá de la ley será considerado irrelevante o mínimo, así Mourlon sentenciará: “Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez un solo derecho existe, el derecho positivo... Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí... Un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella”,⁽⁶³⁾ lo que ratificará Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”.⁽⁶⁴⁾

El “espíritu de Derecho Romano actual” se mantendrá coherente con ese modelo; Ihering se limita a reconocer en la interpretación el inicio de la tarea científica en cuanto tiene por objeto “esclarecer todo el contenido de la voluntad del legislador” aunque sin “crear nada nuevo”.⁽⁶⁵⁾

Sintetizando, el Título Preliminar del Código Civil está encargado de establecer para todos los operadores jurídicos las teorías de las fuentes del derecho y de la interpretación que el sistema adopta, y para ello se inspirará en las ideas predominantes del siglo XIX en Europa continental. Precisamente, la importancia de aquellos temas –no sólo jurídica sino también política y social– determina su vez la importancia y proyección de esos Títulos Preliminares, al margen de que el tratamiento que se consagrara nos remite al Estado burgués y al Iluminismo jurídico que impulsará exitosamente la Revolución Francesa.

La actualidad de las teorías sobre fuentes del derecho e interpretación jurídica

El derecho y la teoría jurídica comienzan una nueva etapa a partir de la Segunda Guerra mundial; simbólicamente –siguiendo a Perelman– podemos indicar a los juicios de Nuremberg como el momento de la quiebra de aquella situación que había imperado monopólicamente en Europa durante el siglo XIX. El iuspositivismo legalista inicia así un largo período en el que la realidad del derecho y, tras ella, la doctrina marcan un creciente distanciamiento con aquello que se practicó y enseñó por espacio de 150 años.

Por supuesto que en esta nueva etapa, lejos de caer la importancia de la temática de las fuentes y la interpretación, se consolidó y hasta profundizó al hilo de algunos de los nuevos ejes centrales, tales como: principios generales del derecho, constitucionalización, globali-

⁽⁶²⁾ E. Zuleta Puciero: *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, ob. cit., pág. 16.

⁽⁶³⁾ Mourlon: *Répétitions écrites sur le code civil*, T. I., pág. 59.

⁽⁶⁴⁾ Laurent: *Cours élémentaire de droit civil*, T. I., préface, pág. 9.

⁽⁶⁵⁾ R. von Ihering: *La dogmática jurídica*, Losada, Bs. As., 1946, pág. 132.

zación y regionalización del derecho, judicialización, etc. Es cierto que bajo los mismos nombres se comprueban a veces realidades muy diversas, pero por sobre respuestas significativamente diferentes persisten las mismas o similares preguntas, que en última instancia remiten centralmente a: ¿qué es el derecho?, ¿dónde, cómo y quién lo descubre o lo determina históricamente?, ¿cuándo es válido y obligatorio que el derecho disponga de nuestra libertad?

La doctrina actual, desde escuelas y presupuestos distintos, ha puesto de relieve las conexiones de los problemas bajo estudio. Es que preguntarnos por quién y con qué características interpreta implica preguntarnos hasta dónde dicha tarea es creativa del derecho; y del mismo modo, hablar de fuentes del derecho supone indagar por los operadores y centros de creación o formulación jurídica, incluyendo el análisis del modo en que se hace surgir o se positiviza el derecho. Se advierte entonces esa circularidad temática que se revela cuando, por ejemplo, nos interrogamos por la jurisprudencia en cuanto a si ella es una fuente y hasta dónde la interpretación es algo diferente de la creación. Aarnio afirma que “las nociones ‘razón de la interpretación jurídica’ y ‘fuente del derecho’ son equivalentes”, y precisa: “Las directivas de la interpretación jurídica consisten en dos categorías de reglas: las reglas que constituyen las fuentes del derecho y las reglas que definen el procedimiento del discurso”.⁽⁶⁶⁾ También Frossini pone de relieve las conexiones temáticas cuando, adhiriendo a Betti, escribe: “Hay dos fuentes del derecho (las cuales) se manifiestan con una fuerza desigual según el tiempo y el lugar, aunque son tanto la una, la legislación, como la otra, la integración y la interpretación oficial, obra de la jurisprudencia”.⁽⁶⁷⁾ De ahí que resulte una ingenuidad suponer que basta conocer las normas y los principios jurídicos para agotar el conocimiento del ordenamiento jurídico que integran, dado que con esos elementos sólo tendríamos una lectura estática del mismo, y para completar la lectura se hace necesario incluir la visión dinámica que nos brinda la teoría de la interpretación que todo ordenamiento incluye de manera implícita o explícita. Podríamos concluir sosteniendo que, conociendo qué teoría interpretativa se suscribe, uno puede suponer –en mayor o menor medida– qué teoría de las fuentes del derecho se postula, y viceversa.

Si se nos pide un panorama sucinto acerca de dónde está hoy la teoría interpretativa, subrayaremos, en primer lugar, que se han debilitado o desaparecido las distancias que el modelo decimonónico había enseñado entre interpretación e integración, y entre interpretación y creación. Ya Kelsen precisó que ahí donde hay creación hay interpretación; desde otros supuestos iusfilosóficos Kaufmann sintetizará que “aplicar el derecho es descubrirlo”,⁽⁶⁸⁾ y Larenz insistirá en que “toda ley, inevitablemente, tiene lagunas... Se trata, por tanto, de un desarrollo del derecho ciertamente extra legem, al margen de la regulación legal, pero intra ius, dentro del marco del orden jurídico total y los principios jurídicos que le sirven de base”.⁽⁶⁹⁾

En segundo lugar, nos interesaría remarcar cuánto se ha ampliado la “materia” de la regulación jurídica (es decir, el campo de exigencias) o de dónde surgen problemas para el

⁽⁶⁶⁾ A. Aarnio: *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 123 y 141.

⁽⁶⁷⁾ V. Frossini: *La letra y el espíritu de la ley*, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 69.

⁽⁶⁸⁾ A. Kaufmann: “En torno al conocimiento científico del derecho”, en: *Persona y Derecho*, Pamplona, n° 31, 1994, pág. 12.

⁽⁶⁹⁾ K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 359 y 410.

intérprete. En efecto, recordemos que para el modelo dogmático la materia se reducía a la ley cuyo sentido debía desentrañarse conforme a la voluntad o finalidad del legislador. Sin embargo, hoy estamos advertidos de que habría hasta cinco materias que comprometen la labor y la atención del intérprete,⁽⁷⁰⁾ a saber: la propiamente regulatoria, la fáctica, la lógica, la lingüística y la axiológica. Con “materia regulatoria” apuntamos –si pretendemos decirlo con lenguaje tradicional– a la temática de las fuentes, es decir, al problema de cuáles son las reglas –normas o principios– y adónde debe buscarlas el intérprete a los fines de “medir” o regular en términos de prohibido, obligado o permitido la conducta objeto de la interpretación. Está claro que el intérprete necesita encontrar o construir una regla o mensura en donde subsumir el caso que debe resolver, y a veces la tarea es fácil, pero frecuentemente es dificultosa y tendrá que determinar la norma general desde diferente material jurídico –y no desde la nada o desde sus convicciones o actitudes personales– que dé respuesta al caso concreto que tiene entre manos. Esta tarea determinadora, prudencial o constructiva, se realiza con distinto material jurídico, en el que ocupará un lugar destacado la ley y otras normas provenientes de los otros poderes del Estado, pero también normas surgidas más allá del Estado y otras por debajo del mismo, y, por supuesto, la Constitución, los principios jurídicos y los derechos humanos.⁽⁷¹⁾ Para cumplir ese cometido el intérprete necesita justificar racionalmente el enunciado normativo general que le posibilita la resolución del caso, dado que pretende la validez jurídica de su decisión.

En cuanto a la materia fáctica, también se ha superado la visión ingenua, simplificadora o juricista del modelo decimonónico, y hoy debemos subrayar que la reconstrucción jurídica que realiza el intérprete de los hechos denunciados por las partes es el momento de mayor discrecionalidad y más dificultoso control. Pero, además, destaquemos todo el aporte que proviene de otras ciencias, incluidas las duras, que resultan necesarias en orden al conocimiento verdadero de los hechos.

En la materia lógica, el modelo dogmático apostaba sólo a un silogismo de rigurosidad teórica, mientras que hoy sabemos cuánta riqueza nos brinda la lógica (en particular algunas lógicas como la deóntica), no sólo la lógica formal, sino también la no formal (Perelman), para-lógica (Kalinowski) o retórica. Para dar una idea de la amplitud actual de la lógica recordemos las diferentes especies de raciocinios jurídicos señalados por Kalinowski, entre normativos y no-normativos, y entre éstos, razonamientos inductivos completos, deductivos, reductivos, por analogía, estadístico e inductivos incompletos.⁽⁷²⁾

El plano lingüístico es otro de los campos donde se ha perdido cierta ilusión mágica (Carnap) –hoy ingenua– que llevaba a Ihering a proponer un alfabeto jurídico universal que hasta un niño podría usar sin problemas. Ríos de tinta se han volcado con el “giro lingüístico” de la filosofía, y aunque no se compartan los excesos de algunas versiones analíticas, lo cierto es que no se puede ignorar que el intérprete enfrentará serios problemas lingüísticos, tanto semánticos, sintácticos y pragmáticos, por lo que resulta aconsejable prestarle debida atención y procurar controlar los mismos valiéndose provechosamente de un sinnúmero de enseñanzas semióticas.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. mi libro: *Interpretación jurídica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, cap. I, y mi artículo “Razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa* 21, vol. II, Alicante, 1998, pág. 483.

⁽⁷¹⁾ Cfr. A. E. Pérez Irujo: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, 1993.

⁽⁷²⁾ Cfr. Kalinowski, Georges: *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Bs. As. 1973.

Finalmente, en materia axiológica también tenemos que recordar que el modelo científico decimonónico ponía asepsia o pureza, de lo contrario el derecho se convertiría en un terreno donde reinaría la subjetividad y la irracionalidad, imposibilitando toda previsibilidad y objetividad. La década del '70 estuvo marcada por lo que se llamó la "rehabilitación de la razón práctica", y es precisamente esta vía la que permite enfrentar todo el contenido axiológico que opera en el derecho con el nombre de Constitución, principios o derechos humanos. Las 28 reglas de la razón práctica de Alexy son un ejemplo de los desarrollos existentes en el plano formal o procedimental. También Finnis o Kalinowski son ejemplos ya de una razón práctica que se atreve a avanzar con originalidad y rigor sobre lo sustancial, haciéndose cargo de realidades jurisprudenciales: "La injusticia extrema no es derecho" (Radbruch), o del reconocimiento de la desobediencia del derecho, o de los derechos humanos que si se explican en clave decimonónica se reducen a "edictos de tolerancia revocables" (Spaemann).

Un tercer punto de consideración y comparación puede ser la cuestión del "sujeto interpretativo." En este punto recordemos el carácter de intérprete auténtico que investía el legislador, lo que se respaldaba en la sinonimia entre el derecho y la ley, pero que además resaltaba el rol central que ocupaba aquél frente a los roles inauténticos que desempeñaban los otros intérpretes. Ante esa superada visión afirmemos, una vez más, que ahí donde hay creación, determinación, aplicación u operatividad jurídica estará presente la interpretación. Por supuesto que esa amplitud y diversidad de sujetos interpretativos no suponen identificar totalmente los resultados interpretativos, pues a veces éstos resultan autoritarios, o sea, impuestos coercitivamente, y otras veces no alcanzan o alcanzan dudosamente tal carácter.

Del modelo dogmático decimonónico que reconocía centralmente el derecho, hoy sólo con la forma de la ley no resulta fácil una enunciación universal o general de las fuentes, por eso hay autores como Aarnio que las identifica como "toda razón que de acuerdo con reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación".⁽⁷³⁾ Es decir, ya no circunscribimos las fuentes a normas y a normas generales, sino que el lugar para reconocer las fuentes debe ser ahí donde culmina la obra del derecho que positivamente comenzó el constituyente, o sea, en los tribunales; más concretamente, las fuentes nos remiten a las razones o argumentos jurídicos que sirven para conferir validez jurídica a las decisiones judiciales. Las fuentes se presentan con forma de normas, principios o valores, y a veces se ofrecen al intérprete muy claras en su contenido y contorno, pero otras veces no tanto. Pensemos a este respecto, desde nuestra propia realidad, en las dudas que suscitan en cuanto al carácter de "fuente" las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Ekmekdjian"),⁽⁷⁴⁾ o los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("Giroldi", "Acosta").⁽⁷⁵⁾ Estas preguntas seguramente tienen una respuesta dubitativa que en buena medida se elabora a la luz de la jurisprudencia, e incluso, de poco valen las ficciones o los propósitos ineficaces de los científicos o de los legisladores. Por otro lado, en el derecho habitualmente no se aplica aisladamente una norma (pues es extraño en el

⁽⁷³⁾ A. Aarnio, ob. cit., pág. 123.

⁽⁷⁴⁾ Fallos, Fallos, 315:1492.

⁽⁷⁵⁾ Fallos, 318:514 y 321:3555, respectivamente.

derecho la aplicación aislada de una norma), sino que —como lo señala metafóricamente Cossio— lo que se aplica es todo el derecho que como una esfera se apoya en un punto y sobre éste descansa el peso de toda la esfera.

Análisis crítico de la Reforma del Título Preliminar del Código Civil

Con los elementos señalados, más los que iremos ampliando, aboquémonos ahora al prometido análisis crítico de la reforma en el punto en cuestión.

1. ¿Es procedente incluir un Título Preliminar en el Código Civil para regular materias tales como las fuentes del derecho o la teoría de la interpretación? Tenemos que recordar, al formular la pregunta, que la modalidad de incluir en el Código Civil un Título con las características que conocemos tiene que ver con ese momento histórico particular en el que se desarrolló el movimiento codificador y, en consecuencia, no encontramos razones permanentes o universales que justifiquen esa modalidad legislativa. El derecho público ha reivindicado inequívocamente una teoría de la interpretación y de las fuentes adaptadas a su propia realidad, rechazando los intentos de aplicación de teorías de cuño iusprivatista. Esta misma reivindicación se ha generado en torno de otras ramas del derecho, sosteniendo la definitiva pérdida del carácter de derecho común o tronco central que ya no reviste el Derecho Civil. No es difícil argumentar, sosteniendo que la materia implicada en las fuentes y la interpretación reviste estatus constitucional, atento a que ellas tienen que ver con la asignación de poder o capacidades o jurígenas, y con la estructuración del ordenamiento jurídico. Tanto es así que autores tales como Pizzoruso⁽⁷⁶⁾ han impugnado por inadecuado el resabio de concretar esas regulaciones en el Código Civil, o también que la doctrina constitucional española haya coincidido que la Constitución de 1978 alteró⁽⁷⁷⁾ el sistema de fuentes del derecho del Código Civil. Por otro lado, no debe perderse de vista que el Código Civil es técnicamente una ley y que en consecuencia cualquier otra ley posterior puede cambiarla, o que como cualquier otra ley la jurisprudencia puede confrontarlo desde la Constitución. Una pregunta que nos podríamos formular con Castro y Bravo⁽⁷⁸⁾ es qué consecuencia acarrearía esto para un juez que se aparte del sistema de fuentes o de la teoría de la interpretación prevista en el Código Civil.

En definitiva, no parece una técnica legislativa aconsejable hacer opciones de escuela que tengan que ver con problemas particularmente cargados de historicidad o de fuerte disputa doctrinaria, salvo que resulte inevitable y procurando siempre brindar soluciones que resulten eficaces. En este punto recordemos que, si bien está extendida la modalidad del Título Preliminar, existe una notable diversidad en cuanto a las materias incluidas en el mismo; y así nos encontramos con el viejo Código Alemán, cuya Ley de Introducción prácticamente carece de norma que se ocupe de las fuentes o de la interpretación jurídica;⁽⁷⁹⁾ o el Código de

⁽⁷⁶⁾ Cfr. A. Pizzoruso: *Delle fonti del diritto. Comentario del codice civili*, Art. 1-9, Zanichelli Editore, Bologna-Roma, 1977, pág. 4.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. A. Ollero: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 176 y 206.

⁽⁷⁸⁾ F. de Castro y Bravo: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley* (consideraciones en torno del art. 3º, apartado 1, del Código Civil) en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, octubre - diciembre de 1977, pág. 836.

⁽⁷⁹⁾ Sólo se vinculan dos artículos: el art. 2 (concepto de ley): ley en el sentido del Código Civil y de esta Ley es toda norma jurídica y el art. 6 (ver más abajo).

Quebec (1976-1977) que contiene una sola Disposición Preliminar que se limita básicamente a establecer que el Código Civil rige “en armonía con la carta de derechos y libertades de las personas y los principios generales del derecho”; luego declara que el conjunto de reglas que componen el Código tanto en lo explícito como en lo implícito constituye el “derecho común.” Resumiendo, preferiríamos que el Código Civil se limitara a regular las materias que le son propias y consecuentemente careciera de previsiones expresas sobre el sistema de fuentes o teoría de la interpretación.

2. ¿Hubo trabajo técnico suficiente y adecuado a la importancia que implican las materias del Título Preliminar? Descontamos la responsabilidad y seriedad de los integrantes de la Comisión Reformadora, pero lo que no sabemos es si efectivamente se trabajan los temas a los que nos referimos, teniendo a la vista la doctrina actual iusfilosófica o de teoría general del derecho que tanta y renovada atención le ha prestado a esos puntos. Además, si tomamos la página que se dedica al libro primero en los “fundamentos del proyecto de Código Civil” y la comparamos con la reforma en España de 1972-1974 al Título Preliminar del Código Civil, que se tradujo en el informe del Consejo de Estado de 117 páginas,⁽⁸⁰⁾ ello revela una increíble desproporción en preocupación justificadora.

Conforme a lo que llevamos dicho, los temas bajo estudio desbordan al Derecho Civil y, en consecuencia, necesariamente requieren el aporte de otras especialidades. Sin perjuicio de haber señalado que nos parece inadecuado un Título Preliminar con las pretensiones reiteradas en la reforma, ya que se optó por afrontar esa regulación consideramos que la importancia y proyecciones de los temas exijan un debate especial en cuanto a los puntos de vista por parte de aquellos que estaban legitimados para aportar sus consideraciones.

3. ¿Es correcta y realista la teoría de las fuentes del derecho postulada? Reiteramos la injustificada inercia con la que el reformador regula el punto, siguiendo a Vélez Sarsfield e ignorando todo el avance y renovación que en la teoría y en la realidad jurídica se comprueban fácilmente. Señalemos puntualmente algunos puntos críticos:

3.1. “Del Derecho” en lugar de “De las leyes”: Este cambio en el Título del Libro Primero constituye un retroceso respecto del Código vigente, dado que no obstante seguir hablando en el contenido de “las leyes”, se rotula “del derecho”, como si se tratara de sinónimos. Esta conclusión resulta objetiva sin perjuicio de las convicciones teóricas implícitas de los reformadores. Pues lo que traduce esa sustitución de nombres pero conservando la materia del Libro es que el derecho coincide básicamente con las leyes, no obstante que pueda reconocerse algún otro derecho que opere en los supuestos de lagunas. García de Enterría advirtió⁽⁸¹⁾ la significación que introdujo la Ley Fundamental de Bonn en 1949 al diferenciar el derecho de la ley, distinción que en buena medida se alimentaría en las décadas siguientes.

⁽⁸⁰⁾ A. Hernández Gil: “Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1987, T. I., pág. 376.

⁽⁸¹⁾ E. García de Enterría: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 93.

3.2. ¿Qué se entiende por ley? Rubio Llorente se ha ocupado de señalar las dificultades para definir la ley, e incluso ha manejado categorías tales como “rango de ley”, “fuerza de ley” y “valor de ley.”⁽⁸²⁾ La doctrina más tradicional intentaba explotar la noción de ley “en sentido formal” y “en sentido material.” A pesar de estos esfuerzos, es indudable que aquel término está cargado de vaguedad y ambigüedad, e incluso cualquier definición estipulativa del legislador no puede desligarse de las posibilidades de lograr la receptividad de los operadores. Si se ha pensado en que la ley es toda norma sancionada por el Poder Legislativo estaríamos negándole capacidad jurídica a los otros poderes constituidos del Estado, al Poder Constituyente, al Estado como unidad cuando suscribe tratados con otros Estados, a grupos sociales, a personas colectivas, etc. Si se identifica la ley con toda norma general, estaremos ampliando el término hasta abarcar normas tan disímiles como la Constitución Nacional, las Constituciones Provinciales, Ordenanzas Municipales, Fallos Plenarios, Decretos del Poder Ejecutivo, tratados internacionales, convenios colectivos de trabajo, Acordadas de las Cortes Supremas, etcétera.

3.3. La jurisprudencia: un silencio inconcebible. Los fundamentos del proyecto de reforma invocan al Título Preliminar del Código Civil Español; sin embargo, ni siquiera se atreven a la modesta fórmula de este último, o sea, que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (artículo 1.6.). Aludiendo a esa realidad española, de Asís Roig concluye: “... Hemos constatado una importante contradicción entre la regulación formal de las fuentes del derecho y la realidad”.⁽⁸³⁾ Esto refuerza que seguir negando en nuestro país el valor de fuentes del derecho a la jurisprudencia o, al menos, a cierta jurisprudencia, sólo puede explicarse por un dogmatismo legalista muy alejado de la realidad. Calificada doctrina ha puesto de relieve que los jueces no sólo crean una norma individual, sino que lo más importante es el enunciado normativo general⁽⁸⁴⁾ en el que subsumen los casos. Precisamente, esta norma o cuasinorma judicial general construida generalmente con diverso material jurídico se constituye en precedente y permite predecir con mayor confiabilidad decisiones judiciales futuras. Además, cuando ese precedente jurisprudencial tiene por objeto materia constitucional, no es difícil sostener que él puede considerarse parte del bloque de constitucionalidad.

3.4. La pobre referencia a los principios generales del derecho: Con acierto se ha destacado que los principios viven una nueva “edad de oro”⁽⁸⁵⁾ tanto en el derecho como en la teoría, y así se habla de teorías “principalistas”⁽⁸⁶⁾ por cuanto subrayan el papel privilegiado que cumplen los principios respecto de las normas. Zagrebelsky llega a escribir: “Dis-

⁽⁸²⁾ Cfr. Rubio Llorente: “Rango de la ley, fuerza de la ley y valor de la ley”, en W.A.A.: *Las fuentes del derecho*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, págs. 41 a 54.

⁽⁸³⁾ R. de Asís Roig: *Jueces y Normas* (la decisión judicial desde el ordenamiento), Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 281.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, pág. 242 y ss.

⁽⁸⁵⁾ L. Prieto Sánchez: *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 17.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. mi libro: *Los principios jurídicos*, Depalma, Bs. As., 2000.

tinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.⁽⁸⁷⁾ El proyecto de reforma sólo menciona a los principios cuando alude a las lagunas de la ley, es decir, los reconoce exclusivamente en función supletoria, negando implícitamente otras funciones cuya aceptación está muy extendida en la doctrina actual, tales como: fundamentadora, interpretativa, teleológica, limitativa y sistematizadora. Una vez más resulta oportuna la comparación con el Código Civil español cuando reconocen los “principios generales del derecho” su “carácter informador del ordenamiento jurídico,” si bien incurre en cierta contradicción dado que sólo reconocer que “se aplicarán en defecto de ley o costumbre” (artículo 1.4.) y de ese modo, contra toda lógica, lo informado valdría más que lo informante. El Código Civil de Quebec, al disponer que “rige en armonía con los principios generales del derecho”, estaría reconociéndoles una función informadora, interpretativa y limitativa. Funciones más amplias y sugerentes que la reconocida por la Reforma encontramos en el artículo 6 de la mencionada ley de introducción al Código Civil alemán, al establecer que “una norma jurídica de otro Estado no será aplicable cuando su aplicación conduzca a un resultado que sea inconciliable con principios esenciales del derecho alemán”. “El Código Civil peruano de 1984, por su parte, prescribe que los jueces para integrar la ley, recurran preferentemente a los que inspiran al derecho peruano.” (artículo 8).

3.5. La ausencia de remisión explícita a los valores: La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido de diversa manera en la presencia de valores en el derecho; así, por ejemplo, cuando ha invocado la “arbitrariedad axiológica,”⁽⁸⁸⁾ los derechos humanos,⁽⁸⁹⁾ la equidad,⁽⁹⁰⁾ o la razonabilidad.⁽⁹¹⁾ De esa manera, la Corte dice que el derecho contenido en la ley o en una sentencia debe ser confrontado con aquella dimensión del valer jurídico intrínseca al derecho argentino y que llega en algún punto a ser indisponible por la voluntad estatal (“Priebke”).⁽⁹²⁾ La doctrina constitucional (Bidart Campos, Sagües, etc.) ha explotado las consecuencias que se derivan del mandato preambular de “afianzar la justicia”. Sin embargo, ninguna palabra encontramos en la reforma sobre esa exigencia constitutiva de la validez jurídica y, por supuesto, que sólo forzosamente podemos leerla como implícita en la genérica remisión a “las circunstancias del caso” que trae el artículo 5, remisión que, por otra parte, sólo opera frente a las insuficiencias de la ley. Recordemos que el artículo 3.2. del Código español prescribe que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas” y, consecuentemente, la doctrina⁽⁹³⁾ ha incluido la equidad entre las fuentes del derecho. El silencio axiológico en cuestión nos retrotrae a un modelo epistemológico fuertemente impugnado por diversas

⁽⁸⁷⁾ G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 110.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. N. Sagües: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Bs. As., 1992, T. II, pág. 273.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. R. Rabbi-Baldi: *Los derechos humanos como derechos “anteriores” o “preexistentes”: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *El Derecho*, 10-XII-97.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. R. Rabbi-Baldi: “La interpretación del derecho de acuerdo a ‘equidad’ en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, n° 40, año 1999, págs. 445 a 486.

⁽⁹¹⁾ Cfr. J. Cianciardo: *La Corte Suprema y el Constitucionalismo de principios*, *El Derecho*, 10-VI-99.

⁽⁹²⁾ Fallos, 318:2148.

⁽⁹³⁾ Cfr. E. Ruiz Vadillo: “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título preliminar del Código Civil Español”, en *Documentación jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1974.

corrientes que reivindican la ineludible conexión entre descripción y justificación (Nino, Dworkin, Finnis, etc.).

3.6. La ausencia de otras fuentes del derecho: Sin perjuicio de que ya hemos hecho arriba alguna enumeración y de que ella puede tenerse en cuenta para esta crítica, queremos señalar ciertos silencios difíciles de sostener y otros más polémicos. Entre los primeros mencionemos a la Constitución, y digamos con Pérez Royo que ella “es, por tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica;”⁽⁹⁴⁾ también digámoslo con la autoridad de García de Enterría cuando descubre que la constitución es una norma jurídica, o “el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas y que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple, según el artículo 3 del Código Civil.”⁽⁹⁵⁾ De todas maneras, nos parece innecesario seguir respaldando con argumentos de autoridad la obvia conclusión de que la Constitución es la fuente de las fuentes o el “higher law.” Otra ausencia manifiesta es toda la producción normativa del Poder Administrador en sus diversos ámbitos, sea centralizado o descentralizado. Para ir a nuestro país pensemos en algunos ejemplos que avalan la crítica: decreto de necesidad y urgencia, decretos generales, resoluciones ministeriales, resoluciones de la AFIP, circulares telefónicas del Banco Central, etc. Recordemos que el Código Civil italiano en el artículo 1 de las “disposiciones sobre la ley general” menciona a “los reglamentos” entre las “fuentes del derecho.” También denunciamos el silencio de los “tratados” particularmente después de la rica jurisprudencia generada por la Corte Suprema y el tratamiento brindado por la Constitución Nacional de 1994. El Código español en el capítulo 1 dedicado a las “fuentes del derecho” menciona expresamente en su artículo 1.5. a “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales”. Respecto de olvidos más discutidos sólo nos interesa mencionar a la doctrina, entendiéndose que es aquella que se despliega en el plano de la ciencia (Alexy y Capograssi)⁽⁹⁶⁾ como también la que corresponde a la filosofía jurídica (Dworkin).⁽⁹⁷⁾ Al margen de estos análisis teóricos, lo cierto es que los juristas de la Argentina saben bien cuánto peso configurativo de normas tiene la doctrina, ello al margen de que sólo le reconocamos el valor de “fuente auxiliar,” pues de lo que se trata es de impugnar también el silencio total poco realista en ese punto de la reforma.

La teoría de la interpretación jurídica: También en este tópico se revela una injustificada persistencia de ideas que se promovieron con el modelo dogmático decimonónico, pero que hoy, no obstante su nivel de difusión entre los juristas prácticos, carecen mayormente de respaldo doctrinario y no resultan constatables en la realidad jurídica.

⁽⁹⁴⁾ J. Pérez Royo: *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 27.

⁽⁹⁵⁾ E. García de Enterría: *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 190.

⁽⁹⁶⁾ R. Alexy le atribuye a los enunciados de la dogmática contenido normativo (*Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 246) y G. Capograssi afirma que la “scienza è veramente produttrice del diritto” (“El problema della scienza del diritto”, en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. II, pág. 585).

⁽⁹⁷⁾ *La teoría jurídica de la integridad*, de R. Dworkin, es intrínsecamente iusfilosófica, llegando a decir: “philosophers are par of law’s story” (Law’s Empire., Fontana, London, 1986, pág. 40).

1. Ley existente y clara: el artículo 5 de la reforma reproduce casi textualmente el viejo artículo 16, confiando en que los casos sean resueltos “por las palabras y la finalidad de la ley,” es decir, se limita a prescribir a los “jueces” los métodos gramatical y teleológico. Fue Savigny el que postuló que con los cuatro clásicos métodos o elementos interpretativos “se agotaba la comprensión del contenido de la ley”;⁽⁹⁸⁾ sin embargo, esa confianza típicamente científicista hace tiempo que ha perdido entusiasmo y así Alexy confirma que dichos “cánones no ofrecen una garantía de que se encuentre el único resultado correcto”.⁽⁹⁹⁾ Bastaría vincular aquella nómina de métodos interpretativos con los quince clásicos argumentos o directivas interpretativas propuestos por Tarello,⁽¹⁰⁰⁾ o los trece de Perelman,⁽¹⁰¹⁾ para subrayar la distancia que se comprueba entre el reformador y las teorías interpretativas más difundidas, y para insistir en la inconveniencia de que el legislador consagre teorías o doctrinas sometidas a fuerte debate.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema y de nuestros tribunales en general se han elaborado pacíficamente pautas interpretativas que quedan ignoradas por la reforma. Pensemos en algunas de ellas: a) interpretación conforme a la constitución;⁽¹⁰²⁾ b) armonización con los principios que informan o inspiran al ordenamiento jurídico;⁽¹⁰³⁾ c) irracionalidad de los medios legislativos respecto de los fines propuestos;⁽¹⁰⁴⁾ d) resultado axiológicamente absurdo al que conduce la letra de la ley,⁽¹⁰⁵⁾ etc. Entre los tantos argumentos que podríamos esgrimir para desalentar confianzas ingenuas en el método gramatical remitamos a lo ya expuesto, y remarquemos sólo el problema que puede presentársele al intérprete cuando se enfrenta con palabras que tienen distintos significados según se tenga en cuenta el “lenguaje natural,” el “lenguaje científico o sobre el derecho,” el “lenguaje de ley” y el “lenguaje de otras leyes.” El recurso a la “finalidad de la ley” no deja de suscitar problemas dado que puede haber disonancias entre la finalidad del legislador y lo que se consagró en las palabras de la ley, y además la polémica entre interpretación originalista o interpretación dinámica.

2. Ausencia de ley: El artículo 5 resuelve la hipótesis de “lagunas de la ley” recurriendo genérica e indiferenciadamente a “las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del derecho, conforme a las circunstancias del caso”. Es decir que, en líneas generales, reitera la solución del Código Civil vigente. También esta propuesta nos merecería serias críticas puntuales al margen de todo lo expuesto. Aquella fórmula parecía ignorar todo el desarrollo polémico que se generó en torno de “laguna de la ley” y “laguna del derecho.”⁽¹⁰⁶⁾ Por otra parte, se insiste en suponer que hay aplicación de leyes aisladas cuando lo propio del juez es “derivar razonadamente de todo el derecho la solución equitativa para el caso” —según una fórmula reconstruida a partir de diversas afirmaciones

⁽⁹⁸⁾ F. C. de Savigny: *Sistema del derecho romano actual*, ob. cit., pág. 84.

⁽⁹⁹⁾ R. Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pág. 240.

⁽¹⁰⁰⁾ G. Tarello: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè Editore, Milano, 1980, cap. VIII.

⁽¹⁰¹⁾ Ch. Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 78 y ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. mi libro *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, 1992, pág. 129.

⁽¹⁰³⁾ Fallos, 242:128; 246:162; 248:91; 254:483; 262:41; 267:478; etc.

⁽¹⁰⁴⁾ Fallos, 264:416; 308:418.

⁽¹⁰⁵⁾ Fallos, 234:482; 241:277; 249:37; 255:360; 258:75; 281:146; 302:1284; 303: 917; 316:3043; etc.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. mi libro: *Integración de la ley* (art. 16 del Código Civil), Astrea, Bs. As., 1978.

jurisprudenciales de la Corte Nacional⁽¹⁰⁷⁾ y, por ello, debe enfrentarse a plurales soluciones que no siempre resultan estrictamente contradictorias. El Código de Quebec en su Disposición Preliminar afirma que el mismo está compuesto por un “conjunto de reglas” (“d’un ensemble de règles” o “compromises a body of rules”). La admisión por parte del juez de una laguna no es la conclusión de un análisis lógico en el cual mecánicamente comprueba la imposibilidad de subsunción y declara la ausencia de norma, sino que él sólo sabe de la eficacia y corrección regulatoria de una norma cuando la supone aplicada al caso, de modo que —digámoslo una vez más— interpretación, integración y aplicación son momentos conexos e indiferenciados en la tarea juzgadora.

2.1. La técnica integrativa de las leyes análogas afronta varias discusiones: una tradicional es entre “analogía legis” y “analogía iuris”; otra más actual es si efectivamente el recurso a la analogía puede diferenciarse del recurso a los “principios generales del derecho”⁽¹⁰⁸⁾ que están implícitos o se obtienen por vía inductiva. El Código español con técnica más elaborada y haciéndose cargo de ciertas discusiones doctrinarias regula “la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón” (artículo 4 .1.).

2.2. El reformador incluye en el artículo 5 a “los usos y costumbres” para suplir las ausencias de ley, lo que reitera con criticable técnica en el artículo 6 inciso b. Frente al actual artículo 16 que contempla la “laguna de la ley,” el artículo 5 de la reforma incluye entre los mecanismos de integración “los usos y costumbres,” si bien el artículo 17 remite a los mismos modos cuando no hay regulación legal, por lo que en realidad se pierde originalidad en la reforma. De ese modo se conserva esa falta de “recepción franca de la costumbre como fuente del derecho”⁽¹⁰⁹⁾ que podría tener algún sentido en la actitud revolucionaria dispuesta a borrar el Ancien Régime, pero que luego de tanto tiempo no puede suscitar sospechas anti-revolucionarias. También aquí se regula con cierto prejuicio ilustrado, atento a que los “usos y costumbres” han cumplido y siguen cumpliendo una respetable función el derecho, particularmente la “interpretativa,” incluso en el derecho constitucional.⁽¹¹⁰⁾ Por otro lado, se comprueba que no se señalan límites o condicionamientos para la validez de esos “usos y costumbres”, como suelen incluirlos Códigos como el español que acepta la costumbre supletoria de ley “siempre que no sea contraria a la moral o al orden público” (artículo 1.3.).

2.3. El artículo 5 de la reforma sigue mencionando como recurso integrativo a los “principios generales del derecho,” negándose aquí —al menos a tenor del texto en estudio— la evidente función interpretativa que ellos siempre deben cumplir, pues como enseña Frossini, la interpretación jurídica se inicia en los principios.⁽¹¹¹⁾ Evidentemente, esa

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Fallos, 271:130; 288:373; 291:202; 296:356; 300:349; 301:1089; 305:1945 y 2040; 306:1658; 308:956; 311:2223; etc.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. M. Atienza: *Sobre la analogía en el derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 41.

⁽¹⁰⁹⁾ A. Hernández Gil; A. Cienfuegos y E. Zuleta Puceiro: *El tratamiento de la costumbre en la codificación Civil Hispanoamericana*, Madrid, 1976, pág. 91.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. J.J. Orozco Henríquez: *Derecho Constitucional Consuetudinario*, UNAM, México, 1993.

⁽¹¹¹⁾ V. Frossini: *La letra y el espíritu de la ley*, ob. cit. pág. 110.

pobre mención no aventa los muchos problemas que conllevan los principios, de los cuales –por mencionar algunos– recordemos al menos dos: la clasificación de ellos y los criterios para solucionar la atención entre ellos.⁽¹¹²⁾ La jurisprudencia de la Corte ha sido generosa en invocar y reconocer⁽¹¹³⁾ la presencia preferente de los principios, incluso aquellos que el constituyente o el legislador se limita a reconocer.

2.4. Finalmente, el artículo 5 aludido se cierra con la exigencia para el juez integrador de la ley de atender a “las circunstancias del caso”; una alusión que no llega a identificarse con la equidad o, a lo sumo, si eso se hubiese querido, se habría podido ser más explícito. Pero además, una mirada del juzgador circunscripta al caso resulta una técnica fuertemente criticable desde un punto de vista teórico y ha sido rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁽¹¹⁴⁾ La perspectiva “consecuencialista” (MacCormick), aun cuando no sea la única pauta interpretativa, resulta imprescindible dado el valor del precedente y de las consecuencias sociales o más allá del caso que siempre trae aparejada una resolución judicial. En el caso, además de una justicia proyectable para él, no puede dejar de considerarse al mismo tiempo la justicia general o del bien común que siempre está presente –en mayor o menor medida– en todo caso jurídico (Finnis). Sin duda que se trata de otra remisión cargada de vaguedades, oscuridades y ambigüedades, que no sólo no resuelve problemas para el intérprete, sino que los agrava.

Conclusión

Ahora sí reiteremos a modo de conclusión algunos propósitos que hemos tenido en cuenta al elaborar el presente artículo:

A esta altura de la cultura jurídica resulta inadecuado seguir insistiendo en incluir los clásicos Títulos Preliminares en los Códigos Civiles que regulan temas de proyección para todo el ordenamiento jurídico, como “fuentes del derecho” e “interpretación jurídica.”

De persistirse en los Títulos Preliminares aludidos debería –como mínimo– hacerse cargo de las actuales doctrinas más allá del Derecho Civil, dando cabida a otras especialidades (en particular, iusfilosofía, teoría general del derecho y derecho constitucional) y asumiendo las tesis consolidadas en la jurisprudencia.

En particular, la proyectada reforma al Título Preliminar del Código Civil reitera las regulaciones vigentes en materia de fuentes del derecho e interpretación jurídica, lo cual resulta una inercia alejada de la realidad jurídica y de las doctrinas más difundidas al respecto.

⁽¹¹²⁾ Cfr. J. Ciancardo: *El conflictivismo en los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 2000.

⁽¹¹³⁾ Cfr. mi libro: *Los principios jurídicos*, ob. cit.

⁽¹¹⁴⁾ Fallos, 178: 9; 211:162; 240:223; 302:1284; 313:1232; 316:2624; 319:3241; etc.