

## ¿Es tan importante recodificar? (codificación *revisited*)

Dr. Gonzalo SOZZO

A Ricardo Lorenzetti, pues sin su magnífica obra *Las normas fundamentales de derecho privado* no hubiera existido, seguramente, este trabajo tampoco.

A los alumnos del Taller de Derecho Privado de la FCJS de la UNL, con quienes en los últimos años nos hemos ocupado de estos temas.

### Sumario.

Primera Parte: Significado histórico de la codificación para el Sistema Jurídico (*la maquinaria formidable*)

Sistema jurídico: nociones

Noción de código y evolución de su relación con el sistema jurídico

Características y cualidades de los códigos

El funcionamiento del modelo de identidad "código-sistema" y sus implicancias teóricas

Segunda Parte: ¿Cuál es la situación actual de los Códigos en el contexto jurídico?  
(instantáneas de la tempestad)

El núcleo del problema: pérdida de centralidad y carácter totalizante

El fenómeno de la decodificación

1. Las leyes negociadas

2. Del monopolio de la razón estatal a un derecho de las fuerzas sociales

La ley global uniforme

Las nuevas técnicas legales

El proceso de constitucionalización del Derecho Privado o decodificación superior

1. Constitucionalización del Derecho Privado y los principios

1. A) La constitucionalización del Derecho Privado no es sólo la introducción de materiales propios de esa área en la Carta Magna

1. B) Existe una nueva relación entre Derecho Privado y Derecho Constitucional que debe asumirse prácticamente

2. Los cambios en el Derecho Constitucional

3. El orden público constitucional

La vinculación del Derecho Privado con la Filosofía, las Ciencias Sociales y la Epistemología

Otras cuestiones conexas

Recodificación y las codificaciones tardías

Unificación y reformas de los códigos

Vinculación entre códigos y modelos de adjudicación

Complejidad del sistema jurídico

Tercera parte: El significado de la recodificación (*la otra dimensión*)

Posición relativa del código en el sistema

Recontextualizar los códigos

Los interrogantes del codificador en el fin del milenio

1. Los códigos proyectados ¿dan cuenta de los cambios y avances en el terreno del Derecho Constitucional, la Epistemología, la Filosofía, la Filosofía del Derecho y las Ciencias Sociales?

2. ¿Asumen los intentos de recodificación la idea de que existe un sistema en funcionamiento que difiere parcialmente del sistema tal como está legislado?

3. ¿Cuánto de desarrollo propio tienen nuestros intentos de recodificación? ¿existe una impronta latinoamericana en dichos intentos?

Cuarta Parte: Deconstruir el Sistema: reconstruir un sistema abierto y funcional (*uma outra estação*)

Los riesgos del paradigma cerrado

Recodificación y sistema abierto

## Primera Parte:

### Significado histórico de la Codificación para el Sistema Jurídico (*la maquinaria formidable*)

La respuesta al interrogante del comienzo depende del lugar que se le atribuya a la ley en el contexto de lo jurídico. En la edad de la codificación (s. XIX) la ley era todo y codificar resultaba fundamental. Los Códigos estaban en el centro del sistema y contenían el núcleo y también la periferia de la materia a regular.

Nos detendremos un instante a analizar la relación sistema-Código.

#### Sistema jurídico: nociones

El profesor Norberto Bobbio nos ilustra en el concepto de sistema jurídico:<sup>(1)</sup> “Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden existir normas incompatibles. Aquí, *sistema* equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que la relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad. Adviértase, sin embargo que decir las normas deben ser compatibles no significa que se ensamblen la una con la otra, es decir que constituyan un sistema deductivo perfecto”.<sup>(2)</sup> También resulta interesante la noción de sistema que esboza la profesora rosarina Noemí Nicolau: “El sistema jurídico (*sistema* en sentido metodológico y conceptual) es un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia”.<sup>(3)</sup> Con esta idea de unidad axiológica coincide el Prof. Wilhelm Canaris: “Una vez determinado el concepto de sistema con referencia a las ideas de adecuación valorativa y unidad interior del Derecho, se debe definir el sistema jurídico como un orden axiológico o teleológico de principios jurídicos generales”.<sup>(4)</sup>

#### Noción de código y evolución de su relación con el sistema jurídico

En realidad, en un comienzo, la idea de Código no estaba asociada con la de sistema. Ello obedece a que la introducción de la idea de sistema en el derecho se debe a Savigny, en cuya obra *sistema* era sinónimo de cientificidad del derecho y como tal es posterior al Código Civil Francés (primera codificación); recién con la codificación alemana las nociones de sistema y código se aproximan y comienzan a coincidir. No obstante estos datos

<sup>(1)</sup> Un *sistema* es “una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan sólo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí”, Bobbio, Norberto, Ob.cit. pág.177.

<sup>(2)</sup> Bobbio, Norberto, ob. cit., pág. 183.

<sup>(3)</sup> Nicolau, Noemí: “La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado”, en *Revista Estudios del Centro*, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones en Derecho Civil, N° 2, 1997, pág. 80.

<sup>(4)</sup> Canaris, Claus-Wilhelm: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Traducción de Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, pág. 280.

históricos, “la idea de código está indisolublemente asociada a la noción de sistema” pues el código contribuye a la realización de los caracteres del sistema.<sup>(5)</sup>

Cuando la idea de sistema se instala en el ámbito jurídico –con la obra de Savigny–, los códigos, que no son otra cosa que un agrupamiento ordenado (sistematización)<sup>(6)</sup> de leyes o *cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático* (Dic. Real Academia de la Lengua Española) y éstas un conjunto de normas, se transforman en una necesidad, en un punto de partida indispensable para alcanzar el sistema. *Originariamente la relación entre código y sistema se presentó no ya como de centralidad del primero respecto del segundo, sino como identificación.*<sup>(7)</sup> Los códigos –se pensaba– *pueden convertirse en exponentes totalizadores de la experiencia jurídica.*<sup>(8)</sup> *La codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo.*<sup>(9)</sup> Los códigos se transformaron en el centro único de lo jurídico; los alumnos estudian códigos, los profesores los enseñan, los abogados los aplican en sus litigios, los jueces deben someterse a ellos para explicar sus decisiones; manteniéndose este conjunto de prácticas casi inamovibles, ante la aparente conformidad de los operadores jurídicos. El código plasma una imagen de mundo, un orden de poderes.

En síntesis: código es sinónimo de la totalidad de la juridicidad. La visión de lo jurídico que encierran los códigos es la del Derecho como un conjunto de normas, lo que lleva a soslayar el aspecto procedimental de la aplicación interpersonal.<sup>(10)</sup>

Finalmente, fiel al proyecto de la modernidad, la idea de código se asocia a las de construcción de la nación, de utopía, de ilusión y de progreso...

## Características y cualidades de los códigos

Los códigos tienen ciertas pretensiones, similares (interrelación) a las de un sistema:<sup>(11)</sup>

- Ser completos, autosuficientes (nota de totalidad o universalidad) y sin lagunas (nota de plenitud); deben poder abarcarlo todo, todas las cuestiones de la vida, por eso se dice que son totalizantes. Esta última pretensión los convierte en sistemas cerrados, independientes del sistema social general (sistema externo).

- Conformar una unidad (para lo cual debe existir cierta jerarquía entre las normas y algo que les proporcione esa unidad); ser coherentes y ordenados, es decir, carecer de

<sup>(5)</sup> Sieberneichler de Andrade, Fábio: “Da codificação. Crônica de um conceito”, Librería Do Advogado Editora, Brasil, 1997, pág. 28. Agrega este autor que “...cuando se identifican esas dos ideas, normalmente se tiene presente el concepto de sistema externo, esto es, la existencia de una cierta ordenación para las soluciones que la dogmática produce. El fundamento para esta identificación, entre código y sistema, reside básicamente en las características que la noción de sistema posee”, pág. 29.

<sup>(6)</sup> Esta característica fue fundamental en el Código Civil Francés que pretendió ordenar el caos reinante en el antiguo derecho francés. Cf. Sieberneichler de Andrade, Fábio, ob.cit., pág. 71.

<sup>(7)</sup> Schelesinger, Pietro: *Codice Civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e suoi satelliti*, R.D.C., N° 4, 1993, pág. 404.

<sup>(8)</sup> Tau Anzoátegui, Víctor: *Casuismo y sistema*, Instituto de investigaciones de historia del derecho, Bs.As., 1992, pág. 402.

<sup>(9)</sup> Díez Picazo y Ponce de León, Luis: *Codificación, descodificación y recodificación*, ADC, Tomo XLV, Fac.II, pág.473.

<sup>(10)</sup> Vid. Alexy, Robert: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

<sup>(11)</sup> También tiene el Código cualidades propias: se sanciona y publica en un solo acto; posee homogeneidad de contenido; exclusividad; origen estatal; sistematización, consistente en la coherencia y plenitud de sus preceptos, cf. Guastavino, Elías: *Estado actual de la codificación del Derecho Civil*, L.L. 1979- 135.

antinomias (cualidad de sistémico, según Bobbio).<sup>(12)</sup> Los códigos persiguen y pretenden haber conseguido la unicidad interna de sus elementos.

- Simples, reduciendo al máximo la complejidad social. Ronda en todo esto la idea de alcanzar la perfección, que previene de la sencillez, lo que asegura la asequibilidad de las normas.<sup>(13)</sup>

- Duraderos, cuando no permanentes. En efecto, son garantes de la estabilidad del nuevo orden económico y social, estabilidad que era, en principio, perpetua, lo que hizo de los códigos y sus instituciones algo perenne.<sup>(14)</sup> A su vez, la estabilidad proporciona seguridad, seguridad respecto de su continuidad lo que a su tiempo es indispensable para la previsibilidad. Estas características terminaron por hacer de los códigos estructuras rígidas altamente resistentes al cambio o inmutables.

- Y como adelantamos, se pretendían a sí mismos herméticos y autosuficientes, pues el positivismo si bien llegó a admitir la existencia de lagunas ideó –en razón de que los jueces no pueden dejar de fallar– un mecanismo para subsanarla: la analogía (art. 16 del Código Civil). Su pretensión era grande: todos los temas encontrarían solución en los Códigos, en la medida en que todas las respuestas podían deducirse del texto normativo. Ello se explica pues los códigos decimonónicos fueron construidos en un contexto de gran confianza en el legislador y gran desconfianza en los jueces. Por ello, el legislador del siglo XIX se ilusionó –como dice Natalino Irti– con crear figuras que anulasen el margen de acción de los jueces, seleccionando en esa direccionalidad la técnica de regulación por medio de reglas, es decir, normas que identifiquen de manera única y definitiva la conducta prescripta, a través del modelo de “presupuesto de hecho” y “consecuencia jurídica”.

- Importaban un sistema ordenado, no contradictorio internamente y, si excepcionalmente llegaba a serlo, el propio sistema prevenía las reglas para dirimir los conflictos normativos: la ley superior se imponía por sobre la de jerarquía inferior (criterio de jerarquía), la posterior por sobre la anterior (criterio temporal) y la especial prevalecía por sobre la general (criterio de especialidad).

## El funcionamiento del modelo de identidad “código-sistema” y sus implicancias teóricas

Es importante tener siempre presente que un modelo de derecho lleva aparejado un modelo de funcionamiento; esto es, una serie de definiciones sobre las relaciones entre los operadores del derecho y la norma, en especial entre el juez y la norma, el verdadero *nudo de Godard* del derecho en acción. De pautar estas relaciones se encargaron el positivismo, el formalismo, la exégesis consecuente<sup>(15)</sup> y la teoría del silogismo jurídico, consiguiendo cerrar un círculo casi perfecto que permitía que no existiera ningún tipo de desfasaje entre el Derecho en funcionamiento y el Derecho en la ley. El procedimiento de adjudicación que los jueces debían seguir era el de la subsunción del caso en los presupuestos de

<sup>(12)</sup> Bobbio, Norberto: ob.cit., pág. 152 y sgtes.

<sup>(13)</sup> Cf. Díez Picazo y Ponce de León, Luis: ob.cit.

<sup>(14)</sup> Cf. Nicolau, Noemí: ob. cit.

<sup>(15)</sup> Menezes Cordeiro, A.: *Introducción a Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, de Claus Wilhem Canaris, Serviço de educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

hecho de la norma, o en una concepción más amplia se recurría a la analogía o a las derivaciones teleológicas,<sup>(16)</sup> y en eso consistía hacer justicia. A esta estructura de la decisión judicial se ajustaban tanto la formación profesional como la actuación de los operadores frente a los tribunales.

El conjunto de instituciones jurídicas era reflejo del monopolio estatal de la racionalidad legal: la razón legal es privativa y exclusiva del Estado y esto no se discutía.

Asimismo, el funcionamiento del modelo exigió realizar una serie de precisiones a fin de dotarlo de un cierto grado de mecanicidad que le permitiese cumplir el objetivo primigenio de reducción de la complejidad social: es así como, en pos de la construcción del sistema (*Savigny*), el Derecho tuvo que volverse necesariamente más abstracto y perder el lastre de historicidad que traía. Su método derivó así irreal,<sup>(17)</sup> pues se independizó de los casos, como consecuencia de lo cual el Derecho se desproblematizó.

El derecho se presumía conocido por todos, por ello las codificaciones no admitieron el error de derecho (vid. Art. 920 Cod. Civ.) ni la ignorancia iuris. A nivel judicial, el *iuria novit curiae* es reflejo de esta ficción.

Se lograba así el objetivo perseguido: que el sistema sea transparente.<sup>(18)</sup> Esta transparencia era fruto también de la unicidad axiológica: el Derecho Privado codificado fagocitó para sí el principio de la libertad, al que sólo se le fijó un límite amorfo y negativo: el orden público; y complementó el esquema principista admitiendo la igualdad formal ante la ley (igualdad de trato).

La puesta en acción del modelo de identidad implicaba un especial posicionamiento de los códigos respecto del resto del Derecho. Las leyes especiales que fueron apareciendo en la edad de la codificación eran, como las califica el profesor Natalino Irti, leyes excepcionales que en forma cauta y tímida introducían excepciones a las disposiciones del Código Civil, o leyes que podríamos denominar complementarias, ya que incorporaban instituciones que no se encontraban reguladas en dichos códigos o nuevos tratamientos de instituciones conocidas.

Finalmente, los códigos siempre estuvieron disociados de las constituciones; en efecto, mientras que aquellos eran el proyecto social (Código Civil) y el modelo económico (Código de Comercio), la Constitución era el programa político-institucional.

## Segunda Parte

### ¿Cuál es la situación actual de los Códigos en el Contexto Jurídico? (instantáneas de la tempestad)

Abordaré esta cuestión tratando de efectuar un análisis sociológico de la ley privada y su relación con el sistema jurídico, lo que equivale a preguntarse: ¿qué significado tienen hoy los códigos para el sistema jurídico? Es importante focalizar el problema, puesto que en derredor de estos temas abundan los falsos interrogantes que conducen a dilemas inútiles,

<sup>(16)</sup> Debiendo entenderse por ello no una deducción lógica, sino una ordenación valorativa. Cf. Canaris, Claus Wilhem: ob.cit., pág. 153.

<sup>(17)</sup> Cf. A. Mendez Cordeiro: ob. cit.

<sup>(18)</sup> Cárcova, Carlos M.: *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998.



tales como la pregunta sobre si debe codificarse o no, planteada a manera de una opción excluyente entre “el código o el caos jurídico”, o “el código o un sistema de casos símil al anglosajón”, o como el interrogante acerca de si hoy debemos dictar un nuevo Código Civil, que refiere a una cuestión de oportunidad.

En cuanto al primer interrogante, tengo para mí que la idea de código en el sistema de Derecho Privado debe mantenerse pero, como lo desarrollaré a continuación, la misma no garantiza la existencia del sistema y resulta compatible con otras formas de configuración de la juridicidad que se encuentren fuera de los códigos, sean normativas o procedimentales. En lo relativo a la oportunidad de dictado de un nuevo Código Civil, me sumo al movimiento reformista, en el entendimiento de que el código de *Vélez Sarfield* hace tiempo que ha dejado de ser funcional.

No obstante, insisto: El *focus* del diálogo que se viene desarrollando en el seno de la comunidad jurídica iusprivatista, en torno de una nueva experiencia codificadora, debe reorientarse hacia la re-significación de la posición del código en el sistema jurídico.

### El núcleo del problema: pérdida de su centralidad y carácter totalizante

Se afirma que los códigos han perdido la centralidad que tenían.<sup>(19)</sup> Que son el etcétera del sistema, esto es, que ya no contienen las cuestiones centrales sino las materias y temas secundarios. “Frente al denso y cotidiano multiplicarse de las leyes especiales, los códigos civiles asumen una función diferente. Representan no ya el derecho exclusivo y unitario de la relaciones privadas, sino el derecho común, es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales.”<sup>(20)</sup>

Responder al interrogante acerca de la posición actual de los códigos en el sistema requiere –como adelanté– de una especie de análisis sociológico de la ley.

Por mi parte, creo que es más acertado afirmar la tesis general de considerar más pausable que el código ha perdido la función y característica de universalidad o, lo que es lo mismo, su pretensión totalizante. A su vez, también ha perdido centralidad en relación con la Constitución.<sup>(21)</sup>

La ley de Derecho Privado sufre la incidencia de una serie importante de fenómenos: decodificación, recodificación, unificación, armonización, constitucionalización, internacionalización, las reformas, etc. Sin embargo, como explica un autor italiano, el Derecho Privado evoluciona a través de otras fuentes –*fenómeno de la multiplicación de fuentes*– no menos importantes en la hora actual, como son la práctica contractual, la

<sup>(19)</sup> Cf. Lorenzetti, Ricardo: *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

<sup>(20)</sup> Irti, Natalino: *La edad de la descodificación*, Bosch, pág. 22.

<sup>(21)</sup> En este sentido –pérdida de centralidad del código en relación con la Constitución– Ricardo Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado*; en contra Fabio Sieberneichler, quien sostiene luego describir el proceso de constitucionalización del derecho privado, que “a pesar de todo el aparente poderío de la norma constitucional, ésta no es capaz, por sus propios medios, de substituir el primado del código civil. Y esto por qué ocurre? La razón se encuentra en el hecho de que la realización de una constitución democrática requiere del consenso. Es propio del proceso constituyente que las diversas fuerzas políticas – especialmente cuando no poseen una amplia mayoría –, tengan forzosamente que hallar puntos comunes entre sí. Al tratar específicamente las materias del derecho privado, es frecuente que los grupos políticos, incapacitados para sobreponerse a su oponente, establezcan un compromiso en el sentido de dejar para la legislación ordinaria la resolución definitiva del problema”. Sin embargo, pese a lo dicho, es notable el progreso en la incorporación de temas de Derecho Privado en el seno mismo de la Constitución.

jurisprudencia y en Europa el Derecho Comunitario –en particular, la unificación del mercado bancario en la CEE y el reconocimiento mutuo de los entes creditorios en la misma CEE–, cuyos dictados inciden en la legislación interna de los países miembros y obligan a la convivencia de regulaciones diferentes en el mismo Estado nacional.<sup>(22)</sup> Si volviéramos la mirada hacia nuestra región, descubriríamos que a partir de la recepción normativa, incluso con rango constitucional, de algunos principios propios de los procedimientos de integración (incluso de rango constitucional), se comienza a generar cambio en la lectura de algunos principios de derecho interno.

Pero veamos los cambios que se dan en ley privada.

## El fenómeno de la descodificación

Convengamos pues en que existe una primera forma de descodificación, como ruptura de la unidad del código a causa de la proliferación de leyes especiales.<sup>(23)</sup> Que existe un proceso de descodificación que significa básicamente que el código va perdiendo terreno frente a la leyes especiales, las que resultan más dúctiles para captar las nuevas realidades negociales.

Un factor fundamental que llevó a la descodificación del derecho privado es el cambio en el rol del Estado, ámbito en el cual se pasó de un Estado de Derecho a un Estado Social y, en consecuencia, al dictado de una legislación social; ello generó la necesidad de una ruptura del sistema de principios del Derecho Privado y, a su vez, el dictado de leyes especiales que desarrollaran los nuevos principios.

En este punto creo que son necesarias precisiones: si dichas nuevas realidades negociales son recogidas por simples leyes especiales o por verdaderos microsistemas que contienen principios propios derogatorios de los Códigos decimonónicos;<sup>(24)</sup> pues no es lo mismo, pese a que generalmente los microsistemas están constituidos por varias leyes especiales.

Cabe preguntarse: ¿cuándo una ley especial se transforma en un microsistema? El proceso ha sido expuesto por Natalino Irti: en una primera etapa las leyes especiales dejan de ser excepciones a la regla del código y pasan a contener reglas; dejan de ser provisorias y adquieren estabilidad temporal; luego comienzan a dictarse otras leyes especiales que las complementan y que, en conjunto, terminan disciplinando una determinada materia (vgr. el Derecho del Consumidor, el Derecho Monetario, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías –Ley. N° 22765–). Con ello se va consolidando el microsistema que, finalmente, en un tercer momento logra configurar sus propios principios de funcionamiento que resultan diferentes y, por tanto, derogatorios, de los del Código y con lo que adquiere generalidad. Es recién en este tercer estadio cuando nos encontramos con leyes microsistémicas, las que constituyen el verdadero

<sup>(22)</sup> “Los factores de evolución de los aspectos que caracterizan el nuevo giro del Derecho Privado no se agotan con la relación entre derecho común y estatutos especiales”. Este excelente párrafo es de Giuseppe Sbisà: *Fattori di evoluzione del diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzione del sistema*, R.T.D.P.C., pág.811. “(...) Existe otro aspecto de las transformaciones del sistema jurídico que atraviesa horizontalmente el derecho común y las disciplinas de sectores, aunque incide más directamente sobre el Código que sobre los estatutos de los grupos, y es aquel de la multiplicación de las fuentes. El derecho no es más solamente el derecho de producción estatal, sino también un derecho de creación jurisprudencial y contractual.”

<sup>(23)</sup> Cf. Díez Picazo y Ponce de León, Luis: ob.cit.

<sup>(24)</sup> Cf. Benjamín, Antônio Herman; Mosset Iturraspe, Jorge-Lorenzetti, Ricardo.



fenómeno de decodificación.<sup>(25)</sup> El sistema jurídico deviene policéntrico (código y leyes especiales) y el Código Civil pasa a tener el rol de una regulación no ya general sino común; es decir, contendría el conjunto de materias e instituciones en las que abrevan y presuponen las demás leyes del sistema; por ejemplo, en el código subsistirían: el acto jurídico, las nulidades, el contrato, el proceso de formación del consentimiento, la obligación, sus elementos, el pago, el incumplimiento, etc.

El proceso de descodificación y de proliferación de leyes especiales lleva al desorden, por oposición al orden del código.

Vinculado a ello ocurre también otro fenómeno, las leyes especiales a su vez han cambiado: abundan los tecnolenguajes, vgr., la reglamentación de la Ley N° 24.999 de tránsito y su anexo sobre transporte de mercancías peligrosas y el acuerdo respectivo de Mercosur; luego, los lenguajes técnicos difieren entre sí, con lo que asistimos a la convivencia de una multiplicidad de tecnolenguajes.<sup>(26)</sup>

## 1. Las leyes negociadas

La ley se negocia, es decir, se contractualiza, pues la distribución de derechos que antes quedaba librada a la libertad de las partes ahora es sustituida, intervencionismo mediante (vgr. leyes incentivos), por una asignación estatal efectuada por vía legal<sup>(27)</sup> lo que a su vez hace que la ley “se transforma así, de general y abstracta, en individual y concreta; de regla de juego, ignorante de los resultados obtenidos, en voluntad de dirección y tutela de intereses específicos”.<sup>(28)</sup>

En las leyes especiales se regulan ahora también materias o temas generales, tan generales como los del código, por lo que se pueden aplicar analógicamente (lo que no era permitido cuando se trataba de leyes especiales excepcionales).<sup>(29)</sup>

Hasta se habla de una *lex mercatoria* que, construida por la costumbre de los participantes, dicta las reglas en el ámbito de las transacciones internacionales. Este fenómeno significa que el Estado ha perdido su poder absoluto y exclusivo sobre la producción de la ley y su monopolio sobre la racionalidad legal,<sup>(30)</sup> ésta es la lógica de una determinada ley que ya no es proporcionada por el Estado, sino por los actores interesados a quienes alcanzará una vez que entre en vigencia (vid, en este mismo trabajo pto II.2.2.). Esto es predicable a mi juicio de cualquier ley, incluso de un código.

Existen también las denominadas *leyes medidas o leyes ad hoc*, que son aquellas que instrumentan determinadas soluciones para problemas puntuales y urgentes, vgr. una ley que establezca un precio máximo para un producto o que obligue a la prórroga automática de los contratos de locación de inmuebles con destino a vivienda.

<sup>(25)</sup> Ob. cit.

<sup>(26)</sup> Irti, Natalino: ob.cit., pág. 26.

<sup>(27)</sup> Irti, Natalino: ibídem, pág. 31.

<sup>(28)</sup> Irti, Natalino: ibídem, pág. 31.

<sup>(29)</sup> Cf. Irti, Natalino: ibídem, pág. 31.

<sup>(30)</sup> De Souza Santos, Boaventura: *Towards a postmodern understanding of law*, Ofiati Proceedings, “Legal Culture and every day life”, N° 1, 1989, págs. 113 y sgtes.

## 2. Del monopolio de la razón estatal a un derecho de las fuerzas sociales

El Estado atiende al fenómeno de corrosión de su monopolio sobre la producción legal que produjo el entendimiento moderno de la ley, el cual “sacralizó la ley y trivializó los derechos”.<sup>(31)</sup> En efecto, ciertos sectores de la sociedad crean su propio derecho, que aparece así como alternativo al oficial.

La ley hoy es producida por los grupos sociales que tienen un interés concreto en ella: ambientalistas y empresarios; sindicatos, trabajadores y cámaras empresariales; consumidores, asociaciones de defensa de consumidores y empresarios; feministas; sin techo; deudores de los bancos y bancos; inquilinos e inmobiliarias; inmigrantes; ocupantes de inmuebles y propietarios; ahorristas y bancos; empresas dedicadas a la prevención de riesgos (aseguradoras, promotores de seguros, empresas de seguros de retiro –AFJP–, de seguro contra accidentes laborales –ART–); laboratorios de medicamentos; indigenistas; portadores de H.I.V.

Existen varios procesos sociales que concurren en este sentido. Son los viejos usos y costumbres pero remozados por un proceso de admisión de *pluralismos culturales*, con las consiguientes respuestas normativas, entre ellas el interculturalismo.<sup>(32)</sup>

El fenómeno descrito posee múltiples puntos de contacto con el de las llamadas leyes transaccionales (vid. pto. 1.), en razón de que en ambos fenómenos se asiste a una pérdida de protagonismo de la fuente de producción tradicional de los textos legales, al menos en lo que respecta a sus contenidos, como ley material.

Presenciamos el fraccionamiento de la racionalidad legal que marca el surgimiento de “mini-racionalidades al servicio de una global e incontrolable racionalidad”; este fraccionamiento es el rasgo característico de la posmodernidad, que permite hablar entonces de una ley posmoderna que trivializa la ley y sacraliza los derechos.<sup>(33)</sup>

El profesor *Boaventura de Souza Santos* lo describe en estos términos: *Esta emergente y todavía muy marginal legalidad posmoderna coexiste pacíficamente con la legalidad propia de la modernidad, pero a medida que la primera va ganando terreno corroe la pose simbólica de la legalidad moderna forzándola a descender en la legalidad de hic et nunc. Lentamente pero constantemente, la ley moderna transita desde la planificación a la ratificación, de la duración a la copresencia, de la generalidad al particularismo, de la abstracción a la rematerialización.*<sup>(34)</sup>

Si esto es así, y el proceso se acentúa y profundiza, no será aventurado pensar que el fenómeno podrá reputarse también respecto de los códigos.

### La ley global uniforme

Desde Europa se postula la uniformización del Derecho Privado, compatibilizando el Sistema Continental europeo con el Sistema Angloamericano del Common Law, cuyo primer gran exponente fue la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de

<sup>(31)</sup> De Souza Santos, Boaventura: ob. cit., págs. 117.

<sup>(32)</sup> De Lucas, Javier: *Pluralismo jurídico, multiculturalismo y conflictos de derechos*, Oñati Proceedings, Nº 1, “Legal Culture and every day life”, 1989, págs. 48 y 49.

<sup>(33)</sup> De Souza Santos, Boaventura: ob. cit., págs. 113 y sgtes.

<sup>(34)</sup> De Souza Santos, Boaventura: ibídem, págs. 113 y sgtes.

Mercaderías. A ella le han seguido otros pasos, tales como el que importaron las Directivas – hoy ya recibidas por los derechos internos– de 24-85 sobre responsabilidad por productos elaborados y la 13-93 sobre cláusulas abusivas y la regulación de UNIDROIT, que através de una comisión de juristas ha elaborado un catálogo de Principios para los contratos civiles y comerciales europeos; todo lo cual genera que algunas reglas y principios vengan sugeridos. Surge una ley global, y esto es una realidad incontestable, que no significa que debamos copiarla irreflexivamente, pero ése ya es otro problema que excede este planteo general que hacemos aquí.

## Las nuevas técnicas legales

Las técnicas de formulación de las normas también han mutado. Si en la época de la codificación la alternativa casi privativa de expresión del deber ser legal estaba constituida por las reglas, es decir por normas del tipo todo o nada, que identifican al momento de su aparición en el mundo jurídico la conducta prescripta en forma definitiva, y que en hipótesis de conflicto con otras normas se excluyen pues una de ambas es inválida, en la actualidad, el operador jurídico debe enfrentarse con otras configuraciones normativas –incluso dentro de los códigos– tales como las “cláusulas abiertas” y los “standards”.

Las cláusulas abiertas son normas jurídicas que incluyen en su formulación lingüística un concepto jurídico indeterminado, es decir, un concepto, que a diferencia de los hartianos de núcleo duro y periferia vaga o difusa, son vagos per se, puesto que de la mera lectura del texto normativo no se desprende cuál es la conducta prescripta. Factum queda subsumido en el texto legal: no se trata del problema inherente al lenguaje natural en el que se expresan las normas identificado por Hart y en nuestra doctrina por Genaro Carrió, sino de una cuestión de semántica jurídica, puesto que los conceptos que deliberadamente utiliza el legislador para individualizar lo debido no tienen un significado único y definitivo que permita aprehender el factum del que se predica el deber ser, con la mera lectura de la norma tal como se la sancionó.

Esta ausencia de carácter prescriptivo definitivo no es casual, sino que el legislador (u otros actores con representatividad en el mundo jurídico) la utiliza deliberadamente a fin de dotar al sistema jurídico de funcionalidades que un modelo constituido sólo por reglas no activa: permiten la adaptación sincrónica y diacrónica del sistema a la realidad social, y la realización dentro del ámbito del Derecho Privado (ya que muchas de ellas tienen presencia en los códigos y leyes privatísticas), de principios jurídicos diversos de aquellos que inspiraron las codificaciones (libertad e igualdad formal); como ha sucedido en materia de Derecho Privado patrimonial con la “buena fe” y el “abuso del derecho”, lo que en el caso de tratarse de principios que reconocen derechos subjetivos, trae aparejada la irrupción de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Al enfrentarnos con cláusulas abiertas, la determinación definitiva de la conducta prescripta se efectúa en el momento de la aplicación de la norma, frente a la cual el operador jurídico deberá desarrollar un específico procedimiento de concreción o cierre de la cláusula abierta, previo al quehacer de subsunción, consistente en la atribución de un concreto significado para el caso, al concepto jurídico indeterminado que selecciona sólo genéricamente las conductas debidas.

Urge entonces pautar este procedimiento de concreción de las cláusulas abiertas, que implica para el juez un plus respecto de la tarea de subsunción a la que estaba acostumbrado en el “mundo de las reglas”: antes de subsumir deberá desentrañar para el caso el significado de la cláusula: ¿qué significa ‘ejercicio regular de un derecho’, ‘razonable precaución’, ‘buena fe’?; con ello concretará o cerrará la norma, es decir, terminará —en el momento de la aplicación— de individualizar la conducta prescripta, sólo genéricamente individualizada en abstracto, a fin de que el resultado del mismo sea justificable. Es necesario dotar a los jueces, y a los operadores jurídicos en general, de técnicas diferenciales para desempeñarse con todas las normas del sistema, según la tipología de que se trate. Para las reglas, el juicio de subsunción alcanza; para las cláusulas abiertas es preciso regular la etapa de concreción o cierre de los conceptos jurídicos indeterminados, con lo que se está exigiendo de la dogmática un esfuerzo de construcción de una trama de reglas, es decir de un método que indique al juez cómo operar con estas cláusulas.

A modo de anticipación de esta metodología de operacionabilidad con cláusulas abiertas que se encuentra en proceso de elaboración dogmática, y en concordancia con nuestra opinión de que los procedimientos de aplicación del derecho son constitutivos del sistema, sostengo que existen al menos dos recursos a los que pueden recurrir los jueces para cerrar las cláusulas: los antecedentes jurisprudenciales y los principios generales del derecho, descartando las hipótesis (como la del art. 2618 C.C.) en las que la propia norma proporciona al operador los elementos normativos para la concreción de los conceptos vagos, y la necesaria atención del juez a los datos fácticos del caso.

Los *standards* coinciden con las cláusulas abiertas en la ausencia de individualización de la conducta prescripta en forma definitiva y concluyente, pero a diferencia de éstas, su peculiaridad es que aprehenden el *factum*, no a través de conceptos jurídicos indeterminados, sino de *standards* que son nociones que describen conductas medias en un determinado ámbito de la vida social: “debido cuidado”, “razonable”, “normal tolerancia”. En consecuencia, si un hecho cae o no dentro del ámbito de aplicación de la norma, dependerá de qué es lo que en el momento de aplicación de la misma se entienda por conducta media en un delimitado círculo de relaciones sociales (por ejemplo, las que se traban entre comerciantes, o entre automovilistas y peatones, etcétera). Al igual que lo que ocurre con las cláusulas abiertas, la tarea de subsunción es en sí insuficiente, previa a ésta se requerirá un instancia de definición o determinación del *standard*, lo que supone que el operador deberá, antes de proceder a la comparación de los hechos con el deber ser de la norma, seleccionar de entre todas las conductas genéricamente aprehendidas por el texto legal aquella que constituya la media. Nuevamente, urge la elaboración dogmática de una metodología que habilite al juez a operar correctamente con estas tipologías normativas, que sea susceptible de fundamentación y control. En una primera aproximación, considero principalísima la recurribilidad a antecedentes jurisprudenciales que recojan los usos sociales (*lato sensu*: pueden ser profesionales, científicos, pragmáticos) y las pautas de moral social identificatorias de las conductas medias.

Por último, creo que resulta fundamental aclarar que no se postula la sustitución de las reglas por un sistema de cláusulas generales, sino que estas últimas constituyen una técnica legislativa nueva que cumplirá un rol en el sistema junto a aquéllas.<sup>(35)</sup>

<sup>(35)</sup> Conf. con esto Canaris, Wilhem, ob. cit., págs. 127 y sgtes, quien también señala la posibilidad de la utilización de un *sistema móvil* en el sentido de un sistema con criterios de justicia sustituibles.

## El proceso de constitucionalización del Derecho Privado o descodificación superior

Se asiste a un proceso de constitucionalización del Derecho Privado<sup>(36)</sup> que significa, por un lado, que temas típicos del derecho privado son incorporados en las recientes reformas constitucionales y, sobre todo, que se asiste a un fenómeno de revalorización dogmática de la conexidad existente entre Constitución, como último anclaje de todas las reglas, y los Códigos de Derecho Privado. La codificación parte del principio de supremacía de la Ley como fuente del derecho;<sup>(37)</sup> ello suele salir directamente a flote *en los primeros artículos de los diferentes códigos, destacando la fuerza normativa de la ley o formulando, más o menos expresa y directamente, la jerarquía de las fuentes.*<sup>(38)</sup> Es que el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado importa reconocer a la Constitución el carácter normativo y no sólo político, por lo que la constitucionalización antes referida impone revisar por completo la Teoría de las Fuentes del Derecho.

### 1. Constitucionalización del Derecho Privado y los principios

#### 1. A) La constitucionalización del Derecho Privado no es sólo la introducción de materiales propios de esa área en la Carta Magna

La dogmática iusprivatista ha comenzado a estudiar en nuestro país el fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado. El problema nace, en palabras de Julio César Rivera, porque *ingresan a la constituciones materias que —al menos en algunos países— hasta ese momento se consideraban propias del Derecho Privado.*<sup>(39)</sup> *En síntesis, en Argentina advertimos una constitucionalización de materias de Derecho Privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía del reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil.*<sup>(40)</sup>

Como certeramente apunta el mismo autor, en nuestro país *algunas cuestiones de Derecho Privado están incorporadas a la Constitución desde su sanción en 1853; protección de la privacidad (Arts. 19 y concs., Const. Nac.), de la propiedad (art. 17); reconoce a los extranjeros los derechos de testar y casarse conforme a las leyes (art. 20). De todos modos, la exteriorización de estas materias de Derecho Privado en la Constitución ha sido parca y su desarrollo ha provenido de la legislación dictada por el Congreso en ejercicio de las atribuciones del artículo 67 de la Constitución Nacional (...). Sin embargo, aparecen algunas razones que mueven a hablar hoy en Argentina de Derecho Civil (o Privado) constitucional, las que se vinculan de manera directa con la reforma constitucional de 1994.*<sup>(41)</sup>

En efecto, las constituciones siempre contuvieron cuestiones ligadas al núcleo conceptual del Derecho Civil —y aun aquellas otras que el Derecho Civil trata en virtud de su

<sup>(36)</sup> Cf. Hesse, Conrad: *Derecho constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Cuadernos, Madrid, 1995; Arce y Flores Valdez, Joaquín: *El Derecho Civil constitucional*, Civitas, Cuadernos, 1986 reimpresión, 1991.

<sup>(37)</sup> Cf. Gordillo Canas, Antonio: *Apuntes para una relectura de la teoría de las Fuentes del Derecho*, en A.D.C., pág. 477.

<sup>(38)</sup> Cf. Gordillo Canas, Antonio: ob.cit.

<sup>(39)</sup> Cf. Rivera, Julio César: "El Derecho Privado constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 7, 1994, pág. 29.

<sup>(40)</sup> Rivera, Julio César: ob.cit., pág. 36.

<sup>(41)</sup> Rivera, Julio César: ob.cit., pág. 33.



carácter de categoría histórica y tronco común de las ramas del Derecho Privado—; entonces: ¿qué es en realidad lo que nos permite, en la hora actual, hacer referencia a la existencia de un proceso de constitucionalización del Derecho Civil o del Derecho Privado, o a la formación de un Derecho Civil constitucional o Privado Constitucional? Pueden apuntarse diferentes procesos que, concomitantemente y sin proponérselo, han contribuido a configurar aquel fenómeno.

En primer lugar, una actitud investigativa diferente, que parte de ciertos hallazgos de la dogmática —como el descubrimiento de la interpenetración del Derecho Público y Privado—, consiste en procurar identificar y abordar como objeto de estudio, los materiales jurídicos civiles contenidos en la Constitución con un sentido de conjunto.

En segundo término, una cuestión que podríamos llamar cuantitativa, la existencia de reformas constitucionales ocurridas en los últimos ciento veinte años que incorporan nuevas cuestiones de Derecho Privado, lo que en general suele ser el único dato destacado por los autores.

Finalmente, en tercer lugar, no podrá hacerse referencia seria a una constitucionalización del Derecho Privado sin antes haber procedido a *examinar (...) la entidad de tales materias civiles constitucionales y, a la vista de su resultado, la generalidad y eficacia jurídica de que están dotadas. Porque, como hemos indicado ya, solamente si gozan de una cierta entidad y si les es predicable la nota de generalidad y atribuible eficacia jurídica se podrá concluir la posibilidad de aunarlas en lo que hemos venido denominando Derecho civil constitucional, como expresión de un cierto cuerpo normativo, dotado de unidad material y especificidad formal.*<sup>(42)</sup>

Así como sin los recaudos explicados no podríamos referirnos a un Derecho Privado constitucional, tampoco tendría sentido hacerlo si este fenómeno no alcanzara ciertos efectos, como ser el enriquecimiento de las argumentaciones que explican decisiones de casos difíciles de Derecho Privado.

Este último proceso es para nosotros el dato fundamental que hace que sea relevante la cuestión del Derecho Civil constitucional. Dicha constitucionalización es una de las vías a través de las cuales se produce el fenómeno de *decodificación*.<sup>(43)</sup> A este aspecto de la decodificación hemos denominado *decodificación superior*, por oposición al otro proceso decodificador que se concreta en el vaciamiento de los Códigos de fondo por medio de leyes especiales, al cual designamos como *decodificación inferior*.

### 1. B) Existe una nueva relación entre Derecho Privado y Derecho Constitucional que debe asumirse prácticamente

Sostiene *Conrad Hesse* que el Derecho Constitucional resulta fundamental para el Derecho Privado; en primer lugar, asegura y garantiza la preservación de algunos fundamentos del Derecho Privado *que este mismo no podría producir*,<sup>(44)</sup> por ejemplo, mediante el derecho a la libertad y el derecho general de la personalidad *tutela la personalidad libre y autodeterminada*.

En segundo término, *corresponde al derecho Constitucional una función de guía*,<sup>(45)</sup> así verbi-gracia, la Constitución ordena realizar la igualdad de los individuos protegiendo a los débiles.

<sup>(42)</sup> Arce y Florez-Valdés, Joaquín: ob. cit., pág. 70.

<sup>(43)</sup> Díez Picazo, Luis-Ponce de León: ob. cit., págs. 480-481.

<sup>(44)</sup> Hesse, Conrad: ob. cit., pág. 83-84.

<sup>(45)</sup> Hesse, Conrad: ob. cit., pág. 84.

En tercer lugar, guía la interpretación de las leyes al tiempo de aplicarlas.<sup>(466)</sup>

Y finalmente, proporciona *directrices e impulsos*,<sup>(467)</sup> convirtiéndose así en un medio para el desarrollo del Derecho Privado.

Por su parte, mientras tanto, el Derecho Privado concreta y desenvuelve el camino señalado por el legislador constitucional. Pero, como bien observa la dogmática jurídica, como la Constitución era el programa político y los Códigos de Derecho Privado el programa social y económico de la Nación, los Códigos, en especial los códigos civiles, tienen una función constituyente en muchos temas con relación al Derecho Constitucional, por ejemplo, en lo que respecta a la temática de la persona.

El fenómeno acontece para algunos pues, como dijimos, las constituciones contienen el programa político y los Códigos de Derecho Privado el plan para la sociedad civil. También se citan tradiciones jurídicas diferentes para marcar la referida disociación. Sin embargo, pensamos con Stefano Rodotà que el fondo de dicha disociación se encuentra en que mientras los cuerpos constitucionales prometen derechos iguales para todos los ciudadanos, los códigos introducen nuevas formas de distinción generando así la disociación entre derechos y los procesos de consagración de los mismos.<sup>(468)</sup>

Los problemas prácticos y cambios en las funciones de ambas ramas del ordenamiento las han puesto en la necesidad de diseñar y concretar una estrecha relación.

La constitucionalización ha obligado al Derecho Privado a ascender a un nivel en el cual todos son principios y, por tanto, normas no conclusivas. Aquí, la ponderación es indispensable al tiempo que la simplicidad y certezas del sistema codificado se pierden.

El fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado descrito ha hecho que aumente el número de principios que juegan en el Derecho Privado, pues las normas constitucionales son, en general, estructuralmente principales.

## 2. Los cambios en el Derecho Constitucional

Es necesario considerar, aunque más no sea enunciativamente, los cambios vividos en el seno mismo del Derecho Constitucional que se relacionan directamente con los procesos de constitucionalización del Derecho Privado.

En primer lugar, la dogmática constitucional “viene avanzando” en el sentido de reconocer que las normas fundamentales son normas que poseen eficacia jurídica, esto es que son operativas *sin necesidad de mediación del legislador ordinario*.<sup>(469)</sup> Como bien explica Joaquín Arce y Flórez Valdés, ello no implica negar el carácter de disposiciones programáticas ya que *...ha de destacarse que ambas hipótesis (normas operativas-normas programáticas, el paréntesis es mío) no tienen razón de ser disyuntivas o antitéticas. A nuestro juicio, no se excluyen entre sí (...). Lo que sucede es que históricamente, la condición normativa constituye una etapa de superación —no de suplantación— del carácter programático habitualmente defendido y, ahora, la atribución de eficacia normativa constituirá un plus, un nuevo estadio alcanzado. No representa un cambio de sustancia, modo alternativo, sino por conjunción o aposición,*

<sup>(466)</sup> Rivera, Julio César: ob. cit., pág. 41.

<sup>(467)</sup> Hesse, Conrad: ob. cit., pág. 84.

<sup>(468)</sup> Rodotà, Stefano: *Repertorio di fine di secolo*, Sagitari Laterza, pág. 91 y sgtes.

<sup>(469)</sup> Arce y Flórez-Valdés, Joaquín: ob. cit., pág. 88.

Luego, en segundo término, debe recordarse que se ha avanzado también notablemente en el sentido de abandonar la idea de que la Constitución estuviese integrada sólo por normas dirigidas a los poderes públicos, para pasar a sostener que los derechos fundamentales pueden tener vigencia entre particulares.

Tercero, aunque se sostiene que la Constitución es una norma jurídica, se admite que no toda disposición constitucional llega a ser una norma fundamental.<sup>(50)</sup>

### 3. El orden público constitucional

Dicho proceso de constitucionalización del Derecho Privado Patrimonial, a través de la incorporación de nuevos derechos privados al texto de la Constitución y el realce de los ya existentes, ha hecho que estos aspectos se acentúen y haya que, por ejemplo, buscar hoy más que siempre los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la Carta Magna.

De modo que el límite a la autonomía de la voluntad no debe hallarse sólo en los códigos sino en todo el sistema; esto mueve a una consideración y a una formulación sistémica de la noción de orden público.

Este fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado que llevó a consagrar algunos derechos —como el derecho a la protección de los consumidores— produce un puente de unión evidente entre orden público y derecho a la protección de los consumidores.

Esta visión permite resolver una serie de problemas (por ejemplo, aquellos vinculados al objeto contractual) que no podían quedar adecuadamente solucionados sin estas consideraciones con una explicación razonable, pues los materiales que la dogmática proporciona en torno de la noción de orden público, aún habiendo atravesado los procesos de especificación por categorización, resultan a esos fines insuficientes. Verbigracia, se ha planteado ante los tribunales la licitud del objeto de un contrato en el que se establecía que se implantaba a una madre sustituta un embrión y esta última renunciaba a todos sus derechos como “madre” debiendo entregar el hijo después del parto, todo ello a cambio del pago de una suma de dinero.<sup>(51)</sup> O el caso en el que se celebrara un contrato con el objeto de presionar sobre quienes tienen que tomar una decisión, denominado *contrato de lobbying*.<sup>(52)</sup> O los negocios que establecen ciertos tipos de pactos de exclusividad o convenios restrictivos de la competencia.

### La vinculación del Derecho Privado con la Filosofía, las Ciencias Sociales y la Epistemología

Paralelamente, en otro plano, se recomienda que el Derecho se acerque a las Ciencias Sociales, a la Epistemología<sup>(53)</sup> y a la Filosofía del Derecho.<sup>(54)</sup>

<sup>(50)</sup> Sobre la distinción entre *normas fundamentales* y *disposiciones fundamentales*, ver por todos, Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, N° 34, págs. 62 y sgtes.

<sup>(51)</sup> Sup. Corte de California (EE.UU.), 20/05/93, Johnson v. Calvert, 1993, 167789 (cal.) (1), J.A. 1995-1-Págs. 440 y sgtes.

<sup>(52)</sup> CNCiv., Sala M, agosto 7/1992, “Durante, Lilia y otros c/ Compañía Standard Electric Argentina S.A.I.C. y otro s/ordinario,” E.D. 152, Págs. 479 y sgtes.

<sup>(53)</sup> Canaris, Wilhem: *Estructuralismo, falsacionismo y funcionalismo en la ciencia jurídica*, Civitas, Cuadernos.

<sup>(54)</sup> Perlingieri, Pietro: *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Scientifiche Italiane, Nápones, 1991.

Por ejemplo, existe un reconocido vínculo entre economía y derecho. Se postula que el Derecho no debe obstaculizar las transacciones sino incentivarlas.

Son también síntomas de este acercamiento a las Ciencias Sociales –que debe profundizarse– los estudios efectuados en el ámbito de la criminología, del derecho de familia y del laboral,<sup>(55)</sup> en los cuales se abordan cuestiones propias de dichas ramas jurídicas desde la metodología de la sociología.

También cabe mencionar aquí los trabajos que, desde la lingüística, se aproximan al estudio del fenómeno jurídico.<sup>(56)</sup>

## Otras cuestiones conexas

Vinculado a la constitucionalización del Derecho Privado, en el ámbito de la Teoría General del Derecho se reconoce que los principios son normas, tanto desde lo sustancial como desde lo formal (De los Mozos, José Luis; Ferreira Rubio, Delia Matilde; Lorenzetti, Ricardo), y que el otro tipo de normas son las reglas, por lo que el sistema normativo se encontraría (en una línea diferente: Hart; Aarnio, Aulis)<sup>(57)</sup> integrado por ambos tipos de normas (Alexy, Robert; Dworkin, Ronald): las reglas y los principios. En efecto, se parte de la base de que las normas no se encuentran aisladas sino relacionadas entre sí, en un sistema que conforma una estructura que recibe el nombre de sistema u ordenamiento jurídico<sup>(58)</sup> y que los principios son una especie de normas y el otro, las reglas. Lo que sí es cierto es que el sistema se encuentra constituido por ambos tipos de normas: las reglas y los principios. Desde otro punto de vista, puede afirmarse que los principios pertenecen al sistema.<sup>(59)</sup>

Todo ello tiene una importancia fundamental a la hora de las decisiones, pues aparece normal la presencia de conflictos de derechos fundamentales entre particulares<sup>(60)</sup> y la necesidad de recurrir a un procedimiento de ponderación; además de ello, la utilización de principios incide en la argumentación de los casos; así se sostiene que aventajan a las reglas pues: *Al estar enunciados –o poder enunciarse– en términos más generales, entran también en juego en un mayor número de situaciones y en razón de que la menor fuerza de los principios en cuenta premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva.*<sup>(61)</sup>

Se presta una gran atención a la cuestión de la decisión judicial (vgr., Rodríguez, César).<sup>(62)</sup> Se asume que el Derecho en la letra de la ley difiere del Derecho en funcionamiento ya que los

<sup>(55)</sup> Cabe citar los estudios de Irene Vasilachis de Gialdino: *Enfermedades y accidente laborales*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992; *Métodos cualitativos I, los problemas teórico epistemológicos*, Centro Editr de América Latina, Bs.As., 1993.

<sup>(56)</sup> Por ejemplo, Pardo, María Laura: *Derecho y Lingüística, cómo se juzga con palabras*, Ediciones Nueva Visión, Bs. As., 1996.

<sup>(57)</sup> Aarnio, Aulis: "Las reglas en serio" en *La normatividad del derecho*, Gedisa, España, 1997.

<sup>(58)</sup> Lumia, Giuseppe: *Principios de la teoría e ideología del Derecho*, Debate, Madrid, España, decimocuarta reimpression, 1994, pág.53. En verdad, referirse al sistema importa algo mas que decir "ordenamiento", sobre esto, ver, Bobbio, Norberto: ob.cit.

<sup>(59)</sup> Afirma José Luis De Los Mozos: *El conjunto armónico de las normas y de los principios, reducido a una cierta unidad, forma el sistema jurídico*. Ob. cit., pág. 114.

<sup>(60)</sup> Bilbao Ubillos, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Centro de estudios políticos y constitucionales.

<sup>(61)</sup> Conf. Atienza, Manuel.

<sup>(62)</sup> Rodríguez, César: *Introducción a La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Colombia, 1997.

jueces tienen en los casos difíciles (Dworkin, Ronald) gran nivel de discrecionalidad (Hart); plasman en sus decisiones su formación, su pertenencia a cierta clase social, sus miedos y sentimientos, etc.,<sup>(63)</sup> frente a lo cual algunos postulan la posibilidad de construir una mejor forma de justificar las decisiones judiciales mediante una teoría de la argumentación (Dworkin, Ronald; Alexy, Robert) a través de ejercicios (juicios) de ponderación de principios.

Lo anterior, a su vez, ha puesto sobre el tapete la cuestión de la conexidad entre derecho y moral, lo que importa asumir el carácter incompleto del sistema y admitir definitivamente la vinculación con los textos constitucionales, pues en éstos se encuentran los principios que receptan los valores sociales superiores y que deben ser ponderados en forma optimizadora (Alexy, Robert).

Se postula la necesidad de problematizar el Derecho Privado (Lorenzetti, Ricardo) retomando la idea de que el derecho debe ser una técnica de resolución de problemas (Viehweg, Theodor). Sería como visitar (revisited) el proceso de sistematización y, consecuente, de su generalización progresiva en procura de las reglas y principios que, finalmente, fueron codificados, lo que condujo a un olvido de los problemas de origen (A. mendezes Cordeiro).

Se asumen las *incoherencias del sistema* producidas sobre todo por el proceso de descodificación generado por el advenimiento de leyes microsistémicas, derogatorias de los Códigos en su ámbito (vgr. El Derecho Monetario, de la empresa y del consumidor) dado que cuentan con sus propios principios diferentes de los de los Códigos; frente a lo cual resulta patente la inutilidad de los criterios clásicos para resolver conflictos normativos (Lorenzetti, Ricardo).

A ello hay que sumar el desprestigio social de la Ley como producto de su propia inoperatividad, y de la gran cantidad de efectos socio-económicos no queridos que suele acarrear su entrada en vigencia, lo que revela la falta de reflexión y de estudios previos necesarios para poder prever dichas consecuencias; y del desprestigio moral de sus autores: los legisladores (vgr. la reciente crisis del Senado de la Nación); y la circunstancia de que es *vox populi* la existencia de lobbies y de profesionales de este rubro. Sólo recuerdo aquí, a título de ejemplo, las sugerencias que efectúan, cuando visitan el país, los enviados de los organismos de crédito internacionales.

El desprestigio de la ley y la proliferación de normas contradictorias complican en demasía la tarea del aplicador del Derecho que no tiene ya certeza de las soluciones que brinda. Los principios tienen, frente a este problema, dos virtudes: proporcionan sencillez al sistema y tienen jerarquía superior pues son fuentes fundantes de normas.<sup>(64)</sup> Estas constataciones han hecho que la doctrina impulse una concepción principal del derecho y fundamentalmente de la creciente importancia del rol de los principios en la actividad decisiva.<sup>(65)</sup>

Finalmente, pienso que los Códigos han perdido la potencia que tuvieron de generar cambios sociales o, mejor dicho, de mantenerlos vigentes; la puesta en vigencia de un código hoy seguramente no variaría la condición social y económica de los argentinos.

<sup>(63)</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico Temas, Ed.: Universidad de los Andes- Pontificia Universidad Javierina, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre editores, Colombia, 2000.

<sup>(64)</sup> Sobre esto ver ampliamente en Lorenzetti, Ricardo: ob.cit., págs. 258 a 266.

<sup>(65)</sup> De los Mozos, José Luis: *Metodología y ciencia en el Derecho Privado moderno*, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1977, pág. 89.



Quiénes podrían decidir sobre cómo mejorar la distribución de recursos en América Latina no son quienes elaboran los Códigos. En una palabra: la entrada en vigencia del Código no será precedida en lo inmediato por un cambio en las distribuciones sociales.

### Recodificación<sup>(66)</sup> y las codificaciones tardías

Se llama “codificaciones tardías” a las surgidas luego de la codificación del BGB, hacia fines de la primera mitad del siglo XX y durante la segunda mitad del siglo: Italia 1942, Portugal 1966, Grecia 1940, Quebec 1994. Como explica el profesor A. Mendezes Cordeiro: *Las codificaciones tardías tienen, esencialmente, las siguientes características: son fruto de la tercera sistemática; corresponden a una cierta universalización del Derecho y de su Ciencia; tienen en cuenta las críticas sectoriales realizadas a la primera y segunda codificación y consagran ciertos institutos nuevos obtenidos después de ellas; presentan desvíos provocados por las diversas realidades nacionales.*

También recodificaron los países que adoptaron el régimen socialista: Checoslovaquia (1950); Hungría (1959); Polonia (1964); URSS (1961); República Democrática Alemana (1975). En América Latina: Paraguay (1986); Perú (1984).

Son además codificaciones tardías las que produjeron los países que declararon su independencia luego de la 2ª Guerra Mundial: Irak (1951); Libia (1953); Sudan (1971); Siria (1949); Turquía (1940); Egipto (1948).

La idea de recodificación, entonces, no se corresponde exactamente con la de las codificaciones tardías, pues en muchos de los países en que tuvo lugar una codificación tardía, ésta fue guiada por la idea de alcanzar la modernidad,<sup>(67)</sup> tal como ocurrió con los países árabes, en los que el dictado de los códigos se vinculó a la necesidad de romper con viejas tradiciones imperiales y no por un espíritu de reforma del derecho codificado para actualizarlo a las nuevas concepciones de lo jurídico, como ocurrió en Italia, Portugal, etc.

A mi entender, recodificar implica resignificar el Código.

### Unificación y reformas de los códigos

La unificación es otro de los fenómenos a que está sujeta la ley de Derecho Privado Patrimonial junto con los de descodificación, constitucionalización, etc. La Profesora Noemí Nicolau ha calificado, en un excelente trabajo sobre el tema, a la unificación como un intento de *recodificación más reforma*,<sup>(68)</sup> acotando que para llegar a ser una verdadera reforma debería, palabras más, palabras menos, mejorar lo existente.<sup>(69)</sup>

Desde otro punto de vista, la unificación del Derecho Privado constituye una recodificación. Es lo que ha ocurrido vgr. en Italia en el año 1942. Así lo explica Luis Díez Picazo.<sup>(70)</sup>

<sup>(66)</sup> El proceso de recodificación debería consistir en la incorporación a los grandes códigos de las materias e instituciones que los descodificaron, debería ser la vuelta al cuerpo de leyes metódico y sistemático, Noemí Nicolau: ob. cit., pág. 761 y sgtes.

<sup>(67)</sup> Siebeneichler, Fábio: ob. cit., pág. 147-152.

<sup>(68)</sup> Nicolau, Noemí L.: ob. cit., pág. 754.

<sup>(69)</sup> Ob. cit., Pto. 2.4.

<sup>(70)</sup> Díez Picazo y Ponce de León, Luis. ob. cit.

## Vinculación entre códigos y modelos de adjudicación

Los códigos decimonónicos encerraban —como dijimos— una cierta noción de juez y de su función, en la que el primero sólo debía descubrir los principios del sistema para solucionar los casos mediante un procedimiento de adjudicación que consistía en la subsunción normativa, que supone encuadrar los hechos en el presupuesto de la norma y, automáticamente, aplicarle la respuesta jurídica asignada normativamente. Esta técnica de adjudicación fue complementada luego, cuando el positivismo comenzó a admitir la posibilidad de que existan lagunas, con la de la *analogía*, que importa la adjudicación basada en un juicio de semejanza.

El juez aparece así vinculado a la ley codificada. La codificación, principio de legalidad mediante, garantizaba merced a los procedimientos de adjudicación descritos la corrección de sus sentencias, ya que el juez se limitaba a transportar la norma codificada y, a su vez, la sentencia obtenía su legitimación —en virtud de dicho procedimiento de derivación— directamente de dichas normas codificadas.<sup>(71)</sup>

Este modelo de adjudicación no se corresponde con las concepciones actuales del código y del sistema jurídico y ha sido fuertemente criticado.

Los jueces son quienes deciden. Están, además, obligados a ello.

Recuerdo las palabras del Profesor Ciuro Caldani pronunciadas en el Sexto Congreso de Estudiantes y Tercer Congreso de Jóvenes graduados del Mercosur.<sup>(72)</sup> Allí señalaba el eminente profesor rosarino que juzgar es algo más que decidir, es algo más que resolver una controversia, significa esa utilidad que implica la resolución de un conflicto, pero también encierra la necesidad de que dicha solución esté orientada a la realización del valor justicia.

Los aspectos principales en que puede ser dividida la actividad judicial es la elaboración o argumentación de los fallos y las decisiones en sí, encontrándose ambas profundamente ligadas pues las últimas se justifican y fundan en los primeros. Los estudios realizados desde la perspectiva de una teoría comprensiva de la argumentación jurídica, que se propone indagar para así *aclarar lo que constituye el sentido y la tarea de la argumentación jurídica*, concluyen que la justificación no sólo debe ser aceptable sino también correcta, en tanto justa, lo que importa —a su vez— *el consenso jurídico, pues, solamente se transforma en criterio de justicia cuando las argumentaciones que condujeron a dicho consenso fueron racionales.*<sup>(73)</sup>

Los magistrados deciden con el fin de reducir o eliminar las incertezas de modo tal de satisfacer las expectativas de certeza de quienes se someten a ellos. La certidumbre se posiciona sobre dos pilares: ausencia de arbitrariedad y la corrección de la decisión.<sup>(74)</sup> La idea acerca de que los razonamientos de tipo netamente silogístico y el manejo exclusivo de reglas contribuyen a lograr más seguridad es sólo un espejismo. La certeza, por el contrario, deviene de la corrección y, aceptado que no existe sólo una decisión correcta, consideramos que esta cualidad se vincula directamente, en primer término, con el diálo-

<sup>(71)</sup> Hassemer, Winfried: "O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz a lei", en *Coleção estudos do direito brasileiro-Alemao*, Fac. de direito, Univ. Fed. Do Rio Grande do Sul, 1985, págs. 189 y sgtes.

<sup>(72)</sup> Realizado en la ciudad de Córdoba, del 30 a 1º de agosto de 1997.

<sup>(73)</sup> Jochen Schneider-Ulrich Schroth: "Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: determinación, argumentación y decisión", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, edición española a cargo de Gregorio Robles, Debate, 1992, pág. 391 y sgtes.

<sup>(74)</sup> Aarnio, Aulis: *Lo racional como razonable*, Centro de estudios constitucionales, España, 1991, págs. 25 y sgtes.

go de las diferentes líneas argumentales que contribuye a proporcionar información para la decisión (de ahí la importancia de que la doctrina impulse construcciones –pues con ello se amplía el espectro–; y que lo haga teniendo a la vista el problema) y, en segundo lugar, con la exposición (publicidad) adecuada y ordenada de dichas líneas discursivas efectuada por el juez en la sentencia.

El profesor Manuel Atienza nos auxilia al diferenciar con suma claridad la actividad de *decidir* por un lado, y *explicar* y *justificar* por otro. Luego, afirma la necesidad de trazar una segunda diferenciación en el segundo sector: *explicar* consiste en mostrar las causas que permiten ver a la decisión como un efecto, mientras que *justificar* consiste también en exponer razones pero no de tipo explicativo sino justificatorio, o sea, aquellas que muestran la decisión como aceptable. Así, la primera tarea se vincula con la noción de contexto de descubrimiento y la segunda con la de contexto de justificación. Esta distinción analítica debe completarse con una aclaración más: ambas se conjugan de modo que una influye en la otra y hasta pueden encontrarse intrínsecamente ligadas.

Nos preocupa fundamentalmente indagar acerca de cómo se hace y cómo debe realizarse el proceso de toma de las decisiones, ya que es allí donde radica la *justificación* de la *solución*; en otros términos: ¿cómo debe solucionarse el caso x?; ¿debe la cláusula x ser anulada?; ¿debe el contrato x ser anulado?

El juez aparece vinculado así al Derecho y no ya sólo a la ley.

Se entiende que si las ideas en torno del sistema jurídico han cambiado y la técnica legislativa plasmada en los códigos también lo ha hecho, pues se exige que los códigos posean cláusulas abiertas, principios, standares, etc.,<sup>(75)</sup> también debe cambiar el procedimiento de adjudicación, que ya no puede limitarse a la subsunción o la analogía con la ley codificada, sino que requiere de la *ponderación* entre principios y de una técnica para “concretizar” las cláusulas abiertas del sistema.

Por consiguiente, los cambios del código impulsaron correlativos cambios en los procedimientos a través de los cuales se consigue que el sistema funcione, y sobre ellos es que debe profundizarse.

Observado desde una perspectiva general, puede decirse que el fenómeno es grave, puesto que al haber perdido el código la aspiración de regulación totalizante, han dejado de coincidir las ideas del derecho en la norma y el derecho en su funcionamiento, generándose entre ambas un *salto* o *gap*, que debe ser salvado por los jueces, los que deben re-definir sus métodos de vinculación con la norma.

Tengo para mí que el sistema ya no se encuentra en las normas, sino en el modo en que éstas entran en funcionamiento, todo lo cual torna sumamente relevante explicitar los procedimientos de adjudicación.

En síntesis, lo que consideramos perjudicial para el sistema jurídico y su progreso es que aún se continúe –como ocurre, basta leer fallos para constatarlo– recurriendo únicamente al procedimiento de subsunción.<sup>(76)</sup>

<sup>(75)</sup> Lorenzetti, Ricardo; Siebeneichler, Fábio: ob. cit., pág. 156.

<sup>(76)</sup> Por ello tampoco concordamos con Natalino Irti cuando, de cara al proceso de descodificación, propone una *nueva exégesis*.

## Complejidad del sistema jurídico

El mundo aparece como complejo<sup>(77)</sup> y desordenado y lo mismo parece acontecer hacia el interior del ámbito jurídico (ello es lógico, pues se trata de un subsistema social) donde, por ejemplo, las leyes especiales no exhiben una posición clara respecto de los códigos, lo que tiene un efecto desordenador; aparecen día a día nuevas especialidades y especialistas que contribuyen a una mayor diferenciación.

La reacción en el siglo pasado fue encontrar el orden a través de la técnica de la codificación, lo cual significó ordenar a través de la sencillez o simplicidad ( Vid. pto I.-2.- de este estudio). La meta era terminar con el caos y el desorden; reducir la complejidad del entorno.

Esta obra aparece ahora como una utopía irrealizable, y hasta no aconsejable pues importaría caer en un reduccionismo.

Hay que asumir la complejidad aunque hoy se piense que si bien exige una actividad de selección a través de la cual los sistemas alcanzan estabilidad, *los sistemas reducen la complejidad del ambiente (...) pero al hacerlo, transforman la complejidad externa en complejidad interna, produciendo una situación de naturaleza paradójica.*<sup>(78)</sup> En síntesis, se sabe que los sistemas son complejos y que dicha complejidad va siempre en aumento a medida que aumenta la complejidad del entorno.

Debemos buscar la tranquilidad que otrora proporcionaba el código en otro lado.

Pero hay aún vestigios indiciarios de una *fascinación por la ley. Al referirme a este concepto, aludo a algo muchísimo más amplio que lo que el término significa en clave de estricta teoría jurídica. Entenderé, más bien, por ley, una determinada obsesión normativa o normativizante concebida como principio definidor de toda una cultura. Esta obsesión normativa, en un preciso momento histórico, llegará virtualmente a identificar la razón con la norma, haciendo de lo racional todo aquello susceptible de ser previsto, catalogado, codificado o predefinido.*<sup>(79)</sup> Sin embargo, leyes transaccionales, derechos alternativos dictados por comunidades específicas, sitúan la elaboración de los contenidos de la ley en el nivel de las relaciones sociales; sumado a ello el fenómeno de descodificación superior e inferior conlleva, en conjunto, a un progresivo debilitamiento de la racionalidad legal. Y frente a la crisis de la racionalidad formal moderna, el Derecho Privado, cambiando su fisonomía, deberá echar mano *...de ciertas categorías generales y conceptos standards, que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema.*<sup>(80)</sup> Y legislará así mediante *principios abiertos.*

El postulado de asequibilidad y transparencia de lo jurídico no es visto más que como una ficción.<sup>(81)</sup>

<sup>(77)</sup> La "complejidad" no es más que "exceso de las posibilidades del mundo" dice Cárcova citando a Luhman, ob. cit., pág. 174.

<sup>(78)</sup> Cárcova, Carlos M.: ob. cit., pág. 174.

<sup>(79)</sup> Rodríguez Ibañez, José Enrique: *La fascinación de la ley: la razón normativa y sus paradojas a la luz de la teoría sociológica*, Oñati Proceedings, N° 19, pág. 155 y sgtes.

<sup>(80)</sup> De Trazegnies Granda, Fernando: *Posmodernidad y Derecho*, Colección Monografías Jurídicas, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pág. 64.

<sup>(81)</sup> Sobre el punto vid. las citas que hace Cárcova en las págs. 40 y 41 de la obra citada antes.

Un autor ha dicho que el sistema jurídico se ha vuelto opaco, esto es, de difícil comprensión.<sup>(82)</sup>

Por ello, como explicamos antes, quienes en la actualidad estudian la idea de los sistemas sociales<sup>(83)</sup> sostienen que los sistemas son complejos (y no simples) y que frente a ello la actitud de los teóricos debe ser construir técnicas de abordaje también complejas.<sup>(84)</sup>

El fenómeno de complejización de la ley tiene otros efectos: la devaluación de su función regulatoria de la realidad social. Lo explica brillantemente el profesor Boaventura de Souza Santos: *La idea de la reducción de la complejidad social a través de la ley que Weber y Niklas Luhmann celebran como la genialidad de la ley moderna, llega a su fin y esto no es en sí mismo algo negativo. Pero contribuirá definitivamente a decanonizar y a trivializar la ley en general y la ley estatal en particular (...) Bajo estas circunstancias, la ley quedará fácilmente atrapada en este dilema: permanecer estática en el mismo lugar y ser ignorada, o cambiar al paso de la dinámica social y quedar devaluada como referencia normativa.*<sup>(85)</sup>

*También yo he pensado en un modelo de ciudad del cual deduzco todas las otras –respondió Marco–. Es una ciudad hecha sólo de excepciones, exclusiones, contradicciones, incongruencias, contrasentidos. Si una ciudad así es absolutamente improbable, disminuyendo el número de elementos contrarios a la norma aumentan las posibilidades de que la ciudad verdaderamente exista. Por lo tanto basta que yo sustraiga excepciones a mi modelo y de cualquier manera que proceda llegaré a encontrarme delante de una de las ciudades que, si bien siempre a modo de excepción, existen. Pero no puedo llevar mi operación más allá de ciertos límites: obtendría ciudades demasiado verosímiles para ser verdaderas.*<sup>(86)</sup>

### Tercera Parte

#### El significado de la Recodificación (la otra dimensión)

##### Posición relativa del Código en el sistema

Como afirmé, puede concluirse que:

- El código ha perdido la función y característica de universalidad o, lo que es lo mismo, su pretensión totalizante.
- A su vez, también ha perdido centralidad en relación con la Constitución.

<sup>(82)</sup> “El problema (...) consiste en que los hombres, sujetos de derecho, súbditos que deben adecuar sus conducta a la ley, desconocen la ley o no la comprenden. Esto es, desconocen el estatuto jurídico de los actos que realizan o lo perciben con exactitud o no asumen los efectos generados por tales actos o tienen confusión respecto de unos o de otras. Son formas distintas de este fenómeno que venimos llamando ‘no comprensión’ o ‘efecto de desconocimiento’ u ‘opacidad’ del derecho, que obedece a múltiples y heterogéneas razones y que se manifiesta de diversa manera según las características de cada formación histórico-social y, obviamente, de las condiciones concretas, sociales y personales, de cada individuo o conjunto de individuos.”, Cárcova, Carlos María: ob.cit., págs. 20 y 21.

<sup>(83)</sup> Luhmann, Niklas: *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Anthropos, Univ. Iberoamericana, México, 1997; García Amado, Juan Antonio: *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Univ. del Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, N° 5, Colombia, 1997.

<sup>(84)</sup> Conf. Morin Jaques: *El pensamiento complejo*, Gedisa.

<sup>(85)</sup> De Souza Santos, Boaventura: ob. cit., págs. 119.

<sup>(86)</sup> Italo Calvino: *Las ciudades invisibles*, Siruela-bolsillo, pág. 83.



## Recontextualizar los códigos

Debemos entonces repensar el rol del código en el sistema jurídico a la luz de los cambios en la concepción del sistema (Vid. pto II de este estudio).

Pienso, como adelanté, que en la hora actual los códigos han perdido, de un lado, la centralidad del sistema, lo que pasó a manos de la Constitución<sup>(87)</sup> y, del otro, la función totalizante de lo jurídico (en razón del proceso de descodificación);<sup>(88)</sup> todo lo cual debe ser asumido en cualquier intento de recodificación que se realice; es más, debe procurarse depurar a los nuevos intentos de recodificación de los elementos y datos que constituirían un reflejo de aquellas aspiraciones de los códigos.

Concordamos con el diagnóstico de *Fábio Siebeneichler de Andrade* en cuanto a que el Código Civil no posee hoy la función totalizante que se le predicaba. Ahora bien, en relación con el cambio a la función que tenía de proporcionar la idea de centralidad del sistema jurídico, a cumplimentar una función integrativa de dicho sistema<sup>(89)</sup> que, según el autor, aparentemente podría seguir teniendo, creo que el análisis de la situación actual y las tendencias no permite llegar a esa conclusión; sostiene el autor que la tendría si contáramos con un código estructurado sobre la base de principios, estándares y cláusulas generales,<sup>(90)</sup> y que ello requiere en parte admitir y en parte elaborar un sistema abierto.<sup>(91)</sup> Sin embargo, pensamos que un sistema abierto no está dado sólo por un código que emplee como técnicas legislativas las antes referidas, sino por:

- practicar la vinculación entre el Código y la Constitución en la argumentación de los casos;
- reformar el código (rectificar) procurando dejar en él sólo la regulación del *derecho común*; e
- introducir principios generales, cláusulas abiertas y estándares; paralelamente y, vinculado a ello,
- la dogmática debería profundizar el desarrollo de procedimientos (que en cierta forma deberían ser explicitados por la ley, por ejemplo, admitiendo recursos contra las decisiones que no los cumplan) de funcionamiento adecuados a dichos tipos de normas.<sup>(92)</sup>

<sup>(87)</sup> En contra, Siebeneichler, Fábio: *ob. cit.*, pág. 127-128.

<sup>(88)</sup> En esto parecen coincidir: Ricardo Lorenzetti, Fábio Siebeneichler y Natalino Irti.

<sup>(89)</sup> Siebeneichler, Fábio: *ob. cit.*, pág. 155.

<sup>(90)</sup> Como él mismo propone, pág. 156. "De modo que la búsqueda de un nuevo tipo de código se impone. Es cierto que no se puede pretender que la codificación sea una mera compilación de principios y cláusulas generales. Sería totalmente inasequible esa solución (...). Lo que se propugna es la adopción de un sistema de principios que conduzca a un código menor que abdique de la ambición de representar la integridad del Derecho Privado. De modo que un conjunto de principios no sirve para sustituir al Código, más para integrarlo y adaptarlo a una sociedad en transformación permanente.

Pero... ¿cómo podría llevarse adelante una codificación como esa? Hay quien sustenta que el medio más adecuado sería introducir en la parte general los principios y la cláusulas generales...", *ob. cit.*, págs. 160-161.

<sup>(91)</sup> En mi opinión *sistema abierto* es aquel que es dinámico, móvil e incompleto por excelencia. Por ello diferimos con el autor citado en el texto, ya que entendemos que dicho sistema no está dado solamente por un determinado tipo de normas (principios, cláusulas generales, etc.) sino por un conjunto paralelo de técnicas dogmáticas que, por ejemplo, expliquen a los operadores jurídicos cómo resolver problemas con dichas normas, vgr. el denominado *juicio de ponderación*, las técnicas para *cerrar* cláusulas abiertas.

<sup>(92)</sup> Por ejemplo, la pieza fundamental para solucionar los conflictos entre principios es el denominado *juicio de ponderación*.

y luego procurar explicitarlos de alguna manera: estableciendo estos procedimientos en las normas legales; creando recursos procesales que permitan controlarlos; formando a los operadores jurídicos en estas técnicas de aplicación.

Finalmente, sería conveniente que la doctrina y los filósofos del derecho verifiquen si el código que eventualmente proyectemos no presenta elementos que reflejan concepciones anteriores del sistema jurídico, en las que el código se identificaba con el sistema.

Pienso que cualquier intento de construcción de una ley privada en la hora actual debería ser sometido un test de evaluación a los fines de verificar desde qué paradigma se encuentra elaborada. Hay que “anclar” el código en forma integral y definitiva en un nuevo modelo de derecho.

Creo que llevan la razón quienes afirman que cada vez conocemos más sobre las cosas pero cada vez tenemos menos criterio.

Por supuesto que una nueva ley que regule la vida de los ciudadanos y las transacciones nos parece plausible y hasta necesaria, pero por esta razón ella será un obstáculo sólo que menos resistente que la Ley actual para la realización del Derecho; no obstante el sistema seguirá funcionando de la misma manera que hasta ahora. Y es esto lo que hay que cambiar.

## Los interrogantes del codificador en el fin del milenio

Planteamos ahora la necesidad –en la instancia de cualquier proceso de recodificación– de resolver algunos interrogantes que dimanen del análisis de la consideración actual de la ley (Vid. pto II de este estudio).

### 1. ¿Dan cuenta los códigos proyectados de los cambios y avances en el terreno del Derecho Constitucional, la Epistemología, la Filosofía, la Filosofía del Derecho y las Ciencias Sociales?

Por ejemplo, cuando se dice que el llamado Proyecto de 1998 contiene cláusulas generales y que éste es un mecanismo técnico de gran utilidad para poder legislar frente a la complejidad del mundo sin tener que ampliar hasta el infinito la cantidad de normas para abarcar los casos concretos y así, a la vez, reducir el tamaño del Código: ¿se explicita cómo debe procederse para *cerrar* estas cláusulas generales? La respuesta es negativa; en este sentido, el destacado Ricardo Lorenzetti, al interrogarse acerca de cuáles son las directivas que permiten dar contenido y cerrar dichas cláusulas abiertas en el referido

<sup>1921</sup> continuación.

Creo que la gran tarea en la hora actual es esclarecer cuáles son los criterios que guían a los jueces en la solución de los conflictos entre principios fundamentales.

El conflicto no se presenta entre principios ubicados en diferentes fuentes formales, como en el conocido *leading case* “*Cafés La Virginia...*” y otros igualmente famosos, sino entre distintos principios fundamentales de Derecho Privado. El cumplimiento de esta tarea de elaboración de reglas de ponderación, redundará, seguramente, en que la ponderación como método deje de generar desconfianza por carecer de pautas que sean capaces de proporcionar la seguridad necesaria.

Para alcanzar estos fines es una herramienta útil estudiar secuencias de fallos. Así lo hace el filósofo del Derecho *Karl Larenz* quien, analizando algunos fallos del *Tribunal Constitucional* alemán, extrae algunos principios: el del “medio mas idóneo”, la “restricción menos posible” y la “proporcionalidad”.

proyecto,<sup>(93)</sup> ha dicho que no se encuentran enunciadas y que deberían escribirse con claridad dichos principios, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de Daños.

## 2. ¿Asumen los intentos de recodificación la idea de que existe un sistema en funcionamiento que difiere parcialmente del sistema tal como está legislado?

Verbigracia, en materia de rescisión de contratos, el art. 1200 del Cód. Civ. vigente sólo dice que de mutuo acuerdo pueden rescindirse los contratos, y en algunos negocios especiales el mismo código establece la posibilidad de hacerlo unilateralmente. Sin embargo, la jurisprudencia ha diferenciado, a los fines de la procedencia o no indemnización de daños y perjuicios en los casos de rescisión unilateral, según se trate de un contrato de consumo o entre pares y, a su vez, en el segundo sector, según sea de larga duración (sin plazo o con plazo indeterminado) o con plazo determinado de vigencia; pese a lo cual, el “proyecto de 1998” se parece más al Código Civil vigente que a lo que sostiene la jurisprudencia en este aspecto, con lo cual puede verificarse que el sistema en su configuración verdadera se revela en su funcionamiento.

## 3. ¿Cuánto de desarrollo propio tienen nuestros intentos de recodificación?

A. Mendezes Cordeiro, escribiendo acerca de las codificaciones tardías —son las de la segunda mitad del siglo XX—, señala entre sus características: *tienen en cuenta las críticas sectoriales hechas a la primera y segunda codificación y consagran ciertos institutos nuevos obtenidos después de ellas (...) presentan desvíos provocados por las diversas realidades nacionales.*<sup>(94)</sup> ¿Puede esto reputarse de nuestros proyectos de recodificación?

## 4. ¿Existe una impronta latinoamericana en dichos intentos?

Esta es otra pregunta que cabe formularse pero cuyo desarrollo más elemental excede las posibilidades de este estudio.

## Desconstruyendo la oposición sistema legal-sistema funcional

Creo que el punto clave es romper con esta idea de que o tenemos un sistema codificado o tenemos un sistema “caótico” de construcción jurisprudencial caso a caso, pues son diferentes y opuestos. El dilema es falso. Hay que desconstruirlo.<sup>(95)</sup> Uno implica el otro. Esto acercará lo suficientemente el Derecho como estructura a las prácticas sociales que produce y conducirá a indagar en ellas, que es lo que hace falta, si se quiere mejorarlas o

<sup>(93)</sup> Lorenzetti, Ricardo: Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Rosario, octubre de 2000.

<sup>(94)</sup> Mendezes, Cordeiro, A.: ob. cit., pág. XCIX.

<sup>(95)</sup> Derrida, Jaques: *Fuerza de ley. El fundamento mítico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1997. Cristina de Peretti: *Jaques Derrida. Texto y deconstrucción*, Prólogo de Jaques Derrida, Anthropos, México, 1989.

intentar cambiarlas. Es que la realización del Derecho se sitúa en la interrelación recreativa constante entre norma y casos; la norma no es la norma abstracta, sino la norma aplicada.

Esto siempre fue así: lo códigos llevaban aparejada una determinada noción de juez y del proceso de toma de decisiones, lo que ocurría es que no se lo reconocía. Hoy, cuando se piensa en recodificar no se transmite con claridad cual sería el nuevo modelo de juez y del proceso de adjudicación. Existe una correlación entre la noción de juez y de ley, noción que debe ser explicitada. Esto es patente, por ejemplo, en el proyecto de reformas al Código Civil de 1998, en el cuál, como se dijo, se establecen cláusulas abiertas ( lo que supone que se está asumiendo la existencia de un nuevo rol del juez), pero luego no se dice una palabra acerca de cómo concretizarlas.

La esperanza está en la Universidad, donde se forman hoy nuestros futuros operadores jurídicos; allí hay que enseñar a identificar y elegir criterios de decisión en un sistema abierto. Hay que destacar la presencia de un sistema interno (o funcional) *encomendado a la jurisprudencia*.<sup>(96)</sup> Este sistema es abierto en el sentido de que se va construyendo a cada momento, está siempre ubicado en tiempo presente y no se puede uno referir a él más que en ese tiempo verbal; y es por esa razón que también puede decirse de él que es *inacabado e inacabable y fragmentario*.<sup>(97)</sup>

En esta construcción de un *sistema abierto*, no importa dejar absolutamente de lado el sistema cerrado o codificado, sino que el recurso al primero parte del diagnóstico de la insuficiencia del segundo frente a ciertos problemas o casos complejos, manteniéndose el conjunto de disposiciones dadas por el legislador en el sistema codificado como una red de contención donde las decisiones judiciales deben encontrar anclaje.<sup>(98)</sup> Dicho en otros términos, ello no equivale a negar la vigencia del principio de legalidad, sino a redefinir su significación asumiendo los síntomas de un cambio necesario.

## Cuarta Parte

### Deconstruir el Sistema: un sistema abierto y funcional (“uma outra estação”)

#### Los riesgos del paradigma cerrado<sup>(99)</sup>

Si se piensa que la ley es todo –aunque nadie lo diga expresamente, muchos lo tienen internalizado desde su formación como hombres de derecho–, el fracaso ante los intentos por renovar la ley –recodificar– puede tener efectos psicológicos no queridos como es la falta de incentivos para trabajar en la profundización de la teoría y funcionamiento del Derecho Privado.

<sup>(96)</sup> Larenz, Karl: ob. cit., pág. 479.

<sup>(97)</sup> Larenz, Karl: ob. cit., pág. 481.

<sup>(98)</sup> Wicacker, Franz: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 43 a 47.

<sup>(99)</sup> *Sistema cerrado* significa en nuestro entendimiento sistema definitivo o completo de una sola vez. Es una idea estática de lo jurídico. En otro sentido igualmente útil se puede hablar de sistema cerrado como sistema completo y, en consecuencia, prescindente de recurso a elementos externos. Así un sistema donde reinen las cláusulas generales será abierto en el sentido de que éstas deben ser cerradas recurriendo a los principios generales y, en cambio, será cerrado un sistema de normas con forma de reglas.

Si se piensa que el Derecho es la ley y que no hay Derecho Privado sin ley, y si el proyecto de reformas al Código Civil de 1998 y de Comercio fracasa, se correrá el mismo riesgo que frente al veto del art. 40 de la Ley N° 24.240 por el expresidente Carlos Menem; recuérdese que cuando ello ocurrió la crítica al veto por los operadores jurídicos llevó a decir que nos habíamos quedado sin micro-sistema de responsabilidad por daños a consumidores, y que así las cosas debíamos guiarnos por el Código Civil para resolver los problemas en este sector del Derecho de Daños, con lo cual la jurisprudencia echó mano de dicho código y sus herramientas normativas. Al mismo tiempo dejó de indagar en el micro-sistema para detectar allí, esfuerzo teórico mediante, los elementos subsistentes que permitieran construir el necesario micro-sistema de daños derivados del acto de consumo –mucho más luego de la reforma constitucional de 1994 y la consecuente incorporación del art. 42 a nuestra Carta Magna–, lo que a su vez fue fuertemente retardatario para la teoría jurídica e importó una actitud que privó a los ciudadanos del disfrute de una más sofisticada estructura teórica específica que permitiera resolver mejor –más fácilmente– los problemas sociales vinculados a los daños derivados de actos de consumo.

Cuando la reciente crisis del senado de la Nación produjo la renuncia del Sr. vicepresidente Carlos Álvarez y de algún senador, nos encontrábamos reunidos en un Congreso de Derecho Privado para estudiantes en la ciudad de Rosario y en ese ámbito conocimos las noticias, mientras las cinco comisiones del congreso trabajaban sobre las reformas proyectadas en cada una de las áreas del Derecho Privado. Un alumno se acercó y me dijo: “Dr... –refiriéndose a la crisis– esto afecta gravemente las aspiraciones del proyecto, si no *sale*, en el próximo congreso de Derecho Privado no tendremos de qué hablar”. En realidad, pienso que la actitud de los operadores jurídicos debería ser otra, pero para ello se requiere previamente un cambio cultural en lo que al Derecho respecta: terminar con la fascinación por la ley (Rodríguez Ibanez, José Enrique).

Esto, junto a –por ejemplo– la subsistencia de algunos manuales que pretenden explicar la ley en forma sencilla para no iniciados, que rara vez se ocupan de los problemas que una determinada materia encierra, que no muestran el funcionamiento de los principios fundamentales, que rara vez incentivan el pensamiento crítico y reflexivo o instan a establecer relaciones, demuestra que asistimos hoy a una peligrosa coexistencia de paradigmas en la cual, pese a que mientras, por un lado, algunos declaman la necesidad de escalar a un sistema jurídico funcional y abierto, otros siguen obsesionados con la ley y así lo transmiten en las aulas.

### Recodificación y sistema abierto<sup>(100)</sup>

La tendencia en Argentina es a unificar. Como adelanté, se ha conceptualizado a la

<sup>(100)</sup> Para el Prof. Wilhem Canaris la noción de *sistema abierto* debe analizarse desde un doble punto de vista: distinguiendo el *sistema científico* del *sistema objetivo*; el primero es el sistema de proposiciones doctrinarias de la Ciencia del Derecho, su carácter abierto significa: incompletitud y provisoriedad (*Ob. Cit.*, pág. 106), que se modifica a medida que crece el conocimiento de los valores fundamentales del ordenamiento (*Ob. Cit.*, pág. 126); el segundo, es el sistema jurídico en el sentido de plexo de principios que receptan valores fundamentales, el mismo es abierto en cuanto es dinámico: pueden entrar nuevos valores o cambiar los existentes (por evolución jurisprudencial, por incidencia del derecho consuetudinario, de la ley, etc.).



unificación como un intento de *recodificación más reforma*, y que para llegar a ser una verdadera reforma debería mejorar lo existente.

Nosotros pensamos que pese a que ello sea así formalmente, la idea de orden, sencillez, coherencia y totalidad, sin embargo, sigue escapando a las posibilidades de toda recodificación de este tipo que se haga.

Pensar que la recodificación, aunque sea hecha a través de la unificación, permitirá recuperar las características propias del sistema que fue codificado en el siglo XIX, es sólo un ideario que queda desmentido con el trajinar cotidiano por encontrar soluciones a los casos difíciles de Derecho Privado.

No son "estos" códigos los que están en crisis; la crisis es más profunda, lo que está en crisis es la noción de sistema cerrado.

Como explica el profesor Ricardo Lorenzetti el código se ha ido ensanchando pero las realidades a que debe dar respuesta terminaron por exorbitarlo,<sup>(101)</sup> pues el código, como todo sistema, tiene una capacidad de adaptación al cambio limitada. Para el autor que seguimos, frente a ello *la idea de superioridad en el mundo actual es la de sistema de normas fundamentales, que se encuentran en las 'altas fuentes': Constituciones, tratados, principios, valores.*

*No se trata de volver a un orden basado en un centro (...) Actualmente hay una visión sistemática en la que todos los puntos son iguales, necesarios, interactuantes. Las normas fundamentales constituyen una suerte de fuerza de gravedad que los mantiene unidos.*

*Se trata de un cambio en los axiomas. Los elementos básicos, estructurantes del sistema, aquellos a partir de los cuales se inicia la lógica de la inferencia en el juicio decisorio, se encontraban en el Código. Ahora es perceptible que se encuentran en el Código, en la constitución, en los tratados, en la costumbre, que son las fuentes donde encontramos las normas fundamentales.<sup>(102)</sup>*

El sistema jurídico es hoy, y nada parece decir lo contrario, un sistema complejo; esta circunstancia debe ser asumida como una realidad y se debe trabajar para poder funcionar en el marco de dicha complejidad.

En este contexto pienso que el camino a seguir y profundizar es el del diseño de las reglas y principios de funcionamiento de un *sistema abierto*, en el sentido de obra o construcción siempre por hacerse, siempre inacabada. Es más: es una obra que se produce de vez en vez, con cada acto de adjudicación en el cual el ingrediente subjetivo del operador lo recrea.

Necesitamos formar operadores jurídicos del Derecho Privado Patrimonial que sean capaces de comprender los problemas actuales que plantea la filosofía jurídica, hombres de derecho no-fascinados por la ley. En esta tarea el rol de la Universidad es fundamental.

Vinculado a lo anterior, la doctrina deberá asumir la situación actual de la ley y la complejidad irreductible del sistema jurídico y abocarse definitivamente a contribuir a desarrollar un sistema técnico-conceptual con un nivel de complejidad y sofisticación adecuado, que nos permita conducirnos y tomar decisiones en un sistema funcional complejo y abierto.

Es que aquí y ahora, atendiendo al estadio en que el Derecho Privado argentino se encuentra, y mientras los instrumentos con que nos manejemos sigan siendo igual de limitados que hasta ahora,<sup>(103)</sup> el hombre de derecho que se asome por un momento a

<sup>(101)</sup> Lorenzetti, Ricardo: ob. cit., pág. 41- 42.

<sup>(102)</sup> Ibídem, pág. 44.

<sup>(103)</sup> Morello, Augusto: *Contrato y proceso. Aperturas*, Platense, 1990.

estas cuestiones y su tratamiento en nuestra jurisprudencia estaría adoptando una actitud tan pretenciosa como realmente impotente, como la que refleja el relato que cuenta que: *Il venticinque settembre milleduecentosessantaquattro, sul fare del giorno, il Duca d'Avè salì in cima al torrione del castello per considerare un momentino la situazione storica. La trovò poco chiara.*<sup>(104)</sup>

Deberán efectuarse modificaciones institucionales, de modo de lograr una mayor profesionalización de los jueces, y profundizarse otras, como los procedimientos de selección de magistrados; todo ello en pos de lograr un funcionamiento del sistema jurídico a tono con una concepción de lo jurídico —como la que esbozamos en este ensayo— y con las herramientas técnico-jurídicas actualmente disponibles ya que aún no han sido debidamente incorporadas en las argumentaciones de las decisiones judiciales.

Y luchar por lo que vale la pena: luchar por cambiar las prácticas jurídicas y nuestras relaciones sociales, no por obtener más derechos ni leyes.

---

<sup>(104)</sup> R. Queneau: *I fiore blue*, Torino, Einaudi, 1967, pág. 3, citado por Pavarini, Massimo: "I nuovi confini della penatità", edizioni Martina Bologna, 1994.