

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: la mentada
“Constitucionalización” del derecho privado y sus implicancias en torno a la
politicidad de la actividad judicial

Sumario: I. La “Constitucionalización” del derecho privado. II. Código vigente vs. Código proyectado: A. Dos concepciones diferentes acerca del Derecho. B. Situación actual y normativismo: un par de aclaraciones. C. Normativismo e interpretativismo. III. Constitucionalización del derecho privado, derechos humanos y división de Poderes. IV. Algunas dudas en torno a la interpretación. Bibliografía.

I. La “Constitucionalización” del derecho privado.

1. Doctrinarios, jueces y abogados sostienen, sin mayores discusiones, que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 (en adelante: el Proyecto) supone una “Constitucionalización” del Derecho Privado.

De hecho, la Comisión redactora del Anteproyecto -que precedió al Proyecto-, utilizó esa específica expresión en sus Fundamentos, explicando en qué consistía esa “Constitucionalización”:

“Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.”

De la lectura se desprende que, en resumidas cuentas, la Comisión entiende que se produce la “Constitucionalización” del derecho privado porque el Anteproyecto –ahora Proyecto, con unas pocas modificaciones- reflejó, en las distintas áreas normadas, un esquema protectorio de los derechos humanos, conforme las ideas existentes en torno a los mismos al momento de la redacción del articulado.

2. Es probable que, efectivamente, el Proyecto suponga una “Constitucionalización” del derecho privado en el sentido referido por la Comisión.

No discutiré aquí este asunto pues ello supondría ingresar a relevar, área por área, cada una de las modificaciones que intentan introducirse a la legislación argentina actual.

Tampoco discutiré aquí si en verdad existe algún tipo de consenso en torno a los derechos humanos pretendidamente protegidos ¹ ni cuál es la naturaleza de ese supuesto consenso ² ni, tampoco, si el Proyecto verdaderamente supone un esquema protectorio de los derechos humanos, conforme éstos son entendidos en la actualidad.

Pero sí me interesa destacar que, en la medida en que se considere que la “Constitucionalización” depende de la inserción en algún área del derecho privado de determinado esquema normativo protectorio específico de alguno de los denominados “derechos humanos”, esa pretendida Constitucionalización penderá siempre de un hilo, estará herida de muerte desde el inicio.

Ello así porque, si seguimos la lógica argumental vertida en los fundamentos del Anteproyecto, cada vez que pueda considerarse que la normativa del Código proyectado no proteja adecuadamente algún “derecho humano”, nos veremos obligados a sostener que el Código ha perdido, en todo o en parte, esa nota de “Constitucionalización” -la cual, supuestamente, constituiría una de sus características principales y más relevantes-.

Ocurre que, aún admitiendo que efectivamente el Proyecto llega al noble objetivo de armonizar y dar coherencia al derecho privado con el “bloque de constitucionalidad” protectorio de los derechos humanos, siempre será previsible que, en el futuro, la normativa proyectada no alcance a cubrir los requerimientos correspondientes a los derechos humanos en alguna de las áreas específicas de la realidad que son reguladas.

¹ Es obvio que sin un mínimo consenso en torno al contenido de los derechos humanos, la Comisión no podría estar hablando de la armonía y coherencia entre las distintas ramas del derecho que supuestamente se lograría con el Proyecto ni, mucho menos, referir que la mayoría de la doctrina jurídica argentina ha estado reclamando una legislación como la proyectada. Por ello es que, al haberse expresado de ese modo en los fundamentos del Anteproyecto, debo asumir que la Comisión consideró que efectivamente existe dicho consenso o bien en la comunidad política en general o bien en el seno más restringido de la comunidad jurídica (doctrinarios, jueces, abogados).

² Real o hipotético, subjetivo u objetivo, etc.

Lo anterior es susceptible de producirse por una serie de factores que son harto conocidos tanto por los teóricos cuanto por los operadores del derecho. Entre esos factores puede mencionarse a la modificación del ideario correspondiente a los derechos humanos dentro de la comunidad o, lo que suele ser mucho más tangible para la sociedad en general, la imprevisión por parte del legislador de alguna contingencia futura, relativa a las conductas humanas interrelacionadas, que torne a la normativa del Proyecto violatoria de algún derecho humano en el momento en que la misma debe ser aplicada para dar respuesta a algún caso concreto y particular ³.

3. En lo que sigue, sostendré que la mentada “Constitucionalización” del derecho privado queda consagrada en el Proyecto de una manera mucho más estructural –y dinámica- que lo que los fundamentos del Anteproyecto sugieren.

Esto se da, centralmente, a partir de lo normado en los tres primeros artículos del Proyecto y no a partir de lo que se ha propuesto para cada instituto jurídico en particular.

En los tres primeros artículos del Proyecto se consagra una determinada concepción de lo que es –o debe ser- el Derecho, la cual, a grandes rasgos, puede ser identificada como una concepción que lo entiende como un fenómeno integrativo o interpretativo.

Y, por cierto, esta concepción no resulta coincidente con la concepción de Derecho subyacente al articulado de nuestro Código Civil vigente ⁴.

4. Intentaré también explicar por qué motivo la concepción de Derecho que subyace a los tres primeros artículos del Proyecto facilita que, en los casos particulares, pueda lograrse (o, al menos, intentarse) algún nivel de coherencia entre las apetencias constitucionales protectorias de los derechos humanos y la legislación ordinaria –como la de un código-.

Esto último dejará en claro –o así lo espero- que la concepción de Derecho inherente al Proyecto obliga a asumir debates y decisiones en el ámbito judicial

³ Equidad, lagunas axiológicas, derrotabilidad, etc. son sólo algunas de las categorías teóricas que han sido utilizadas desde antaño para abordar cierto tipo de problemas de naturaleza ética que inevitablemente se derivan de la aplicación de una norma general a casos particulares cuya solución, según esa norma general, no se adecua a determinados requerimientos axiológicos de la comunidad en general o de la comunidad jurídica en particular.

⁴ Tampoco a la de nuestro Código de Comercio vigente, aunque no me detendré a analizarlo, por considerarlo sobreabundante respecto de los fines que ahora nos ocupan.

que, conforme el paradigma tradicional de división de Poderes, se han considerado típicamente reservados a los otros dos Poderes del Estado.

5. Finalmente, procuraré destacar algunos problemas que los dos primeros artículos del Proyecto son susceptibles de generar tanto a los ciudadanos en general cuanto a los operadores del derecho en particular al momento de interpretar su sentido para guiar sus conductas a partir de ellos. Esto, en virtud de ciertas deficiencias de técnica legislativa que esos artículos presentan. Ello mostrará, paralelamente, el modo en que esas deficiencias conspiran en contra del propio objetivo de “Constitucionalización” que la Comisión ha planteado.

II. Código vigente vs. Código proyectado.

A. Dos concepciones diferentes acerca del Derecho.

1. Si se comparan los actuales artículos 1, 15, 16, 17 y 22 del Código Civil con los artículos 1, 2 y 3 del Proyecto, podrán visualizarse dos concepciones diferentes de lo que es (o debe ser) el Derecho ⁵.

Digamos que la normativa del Código vigente descansa, en buena medida, en una concepción que puede ser rotulada como “normativista”, en tanto que la normativa del Proyecto presenta una concepción que ya he calificado como “interpretativa” o “interpretativista”.

B. Situación actual y normativismo: un par de aclaraciones.

Previo a ingresar en la comparación de los articulados de ambos Códigos, formularé dos aclaraciones:

1. Durante los más de ciento cuarenta años que separan la redacción del Código Civil de la redacción del Proyecto, tanto la jurisprudencia cuanto la legislación nacional fueron mutando de lo que podía calificarse como una concepción normativista del Derecho hacia una concepción interpretativa del mismo ⁶.

⁵ Es posible ensayar una distinción entre lo que es una “concepción” del Derecho y lo que es un “concepto” de Derecho. Así, puede verse por ejemplo, Dworkin, 1988: 74-78. Sin embargo, dado que lo que me interesa destacar en esta exposición no depende de esa distinción y que esa distinción, en sí misma, puede resultar discutible –o de discutible utilidad en determinados contextos teóricos de análisis-, prescindiré de esta diferenciación y me referiré indistintamente a la “concepción” o al “concepto” de Derecho, tratándolas como expresiones de idéntico significado.

⁶ Es un camino que parece haber seguido el derecho de Occidente en general.

Esto significa que lo normado en los tres primeros artículos del Proyecto no supone una innovación radical ni un cambio de paradigma profundo en la manera en que, de hecho, funciona el Derecho en ámbitos tribunalicios.

Hecha esta primera aclaración, uno podría estarse preguntando en este momento para qué, entonces, los juristas están ocupando tanto tiempo y esfuerzo en destacar y analizar todo esto de la “Constitucionalidad” del derecho privado si, en definitiva, no estamos en presencia de nada novedoso en términos del funcionamiento real del Derecho en nuestro país.

Incluso yo mismo, en mis primeros acercamientos al articulado proyectado, expresé que los tres artículos iniciales del Proyecto no cambiaban la situación actual en materia de adjudicación de derechos, restándole trascendencia al Proyecto en este aspecto ⁷.

Entre otras cosas, mencioné:

“Todos los abogados litigantes y los jueces conocemos que un juez puede echar mano a los criterios interpretativos consagrados en el art. 2º, que existen “principios” jurídicos que subyacen a las normas o al derecho en general que definen la suerte de los casos judiciales tanto como las normas expresas (“reglas” en terminología más exacta de la Teoría General del Derecho), que cuando hay un vacío o laguna legal los usos, prácticas o costumbres pueden ser dirimentes y que si una decisión jurisdiccional no se encuentra razonablemente fundada la misma es susceptible de quedar invalidada por vicio de arbitrariedad.”.

O sea que, guiado por estas ideas, podría pensarse que esta exposición es una más de las tantas reiteraciones inútiles que los juristas solemos efectuar en torno a los artículos de una ley o, como en este caso, de un Proyecto de ley.

Sin embargo, con el paso del tiempo, comprobé que, si bien abogados y jueces operan con total naturalidad en su labor cotidiana de la manera en que prescriben los tres primeros artículos del Proyecto, cuando se colocan en la situación de analizar la realidad jurídica con categorías más abstractas, típicas de un abordaje teórico, en su gran mayoría, siguen realizando sus análisis bajo el influjo de los lineamientos teóricos de un decimonónico paradigma normativista.

⁷ Me refiero a las *Consideraciones en torno al Capítulo 1 del Título Preliminar del Anteproyecto del Código Civil de la República Argentina*, presentadas en abril 2012 a la Presidencia del Colegio de Abogados de Córdoba, en el marco de las tareas de la Sala de Filosofía del Derecho del Colegio de dicha Institución, como material informativo de análisis para las distintas actividades del Colegio de Abogados en relación al Proyecto de Código Civil de 2012.

Es más, en las exposiciones de este Programa de Discusión y Debate (así como en otros ámbitos académicos), he escuchado una y otra vez, que los propios doctrinarios y académicos ven en los aspectos de la reforma que expresan esa concepción interpretativa del Derecho toda una innovación respecto de nuestro esquema de derecho vigente, manifestando en más de una ocasión su preocupación respecto de las eventuales consecuencias futuras que ello puede acarrear.

Tal vez este desacople entre lo que efectivamente se hace cuando se opera con el Derecho para adjudicar derechos y las categorías teóricas de análisis del fenómeno jurídico que continúan empleando muchos de los juristas, sea uno de los componentes del fuerte escepticismo que existe en la comunidad jurídica argentina respecto de la eficacia que puede tener el Derecho como instrumento de ordenación social.

De todos modos, sea lo que fuere en relación a lo expresado en el párrafo precedente, lo que resulta relevante destacar ahora, es que la respuesta a la pregunta planteada acerca de la utilidad de esta exposición proviene, precisamente, de la dicotomía existente entre las categorías de análisis abstractas, típicas del nivel de una teoría general del derecho, y la tarea cotidiana que se desarrolla en el ámbito forense.

Esa dicotomía ha tornado indisimulable que ni en el ámbito más llano de la práctica profesional ni, tampoco, en determinados ámbitos académicos, existe demasiada familiaridad con las categorías centrales de análisis provenientes de esa concepción del Derecho que ve al mismo como un fenómeno interpretativo.

De allí que un abordaje de la temática como la que propongo en el presente, en donde contrastaré de manera simplificada dos modelos o concepciones distintos acerca del Derecho y, a partir de este contraste, introduciré ciertas nociones básicas, definitorias, de la concepción del Derecho a la que se corresponde la mentada “Constitucionalización” del derecho privado, pueda resultar fructífero.

Al afirmar lo anterior, doy por supuesto, es obvio, que la introducción o explicitación de estas nociones básicas y su progresivo empleo de parte de juristas y operadores del Derecho en general, son susceptibles de mejorar la calidad de la argumentación dialéctica que caracteriza a los desarrollos de la ciencia jurídica.

Quizás sean estos tres primeros artículos del Proyecto los que a la postre terminen obligando a los juristas a reformular algunas metodologías académicas de explicación del Derecho cuya correspondencia con la realidad forense parece ser cada vez más forzada.

2. La segunda de las aclaraciones referidas se encuentra relacionada con la terminología empleada.

Hay quienes podrían sostener que la concepción jurídica subyacente al articulado de nuestro Código Civil no es “normativista” en sentido estricto sino, antes bien, una concepción diferente, que sería más adecuado calificar como “formalista”⁸.

No obstante, he empleado deliberadamente la calificación de “normativista” por dos motivos principales.

En primer lugar, por una razón retórica-pedagógica, a saber:

Para destacar el rol central, casi excluyente, que, dentro de esta concepción, presenta la norma jurídica positiva general como elemento identificador del Derecho, según veremos.

Y, si se quiere, en el mismo orden de motivos, para evitar introducir una terminología identificatoria de una concepción que, nos guste o no, posee una inevitable connotación peyorativa, como lo es la denominación de “formalismo”. Una connotación de este tipo siempre es susceptible de afectar la objetividad del análisis crítico racional. De allí que sea conveniente evitarla.

En segundo lugar, por una razón conceptual:

Las características que suelen adscribirse al formalismo no coinciden exactamente con las que aquí me interesa destacar como correspondientes a la concepción subyacente al articulado de Vélez Sársfield⁹.

Sólo mencionaré a título ilustrativo que, entre otras, suele caracterizarse a una concepción formalista como una concepción que sostiene la completitud, la coherencia y la precisión del ordenamiento jurídico (Nino, 1980: 36) o como una concepción que entiende que:

⁸ Esto ocurre, por ejemplo, si se identifica al normativismo con posiciones teóricas acerca del Derecho como son las de, por ejemplo, Kelsen o Hart, quienes ponen el acento de sus respectivos análisis en la noción de norma, mas no necesaria ni excluyentemente en la norma positiva general emanada del legislador que sería, precisamente, una de las notas que diferencian al “formalismo” del “normativismo”. Así lo hace, entre otros, Atienza, 2001: 286-294.

⁹ Es la misma razón por la cual he evitado calificar a la concepción subyacente a nuestro Código vigente como “exegética”.

“El Derecho tiene –o debería tener- un carácter esencialmente estático; los cambios legislativos deben reducirse al mínimo y no implicar, en la medida de lo posible, una ruptura con respecto al Derecho ya existente (...)” (Atienza, 2001: 278).

Las anteriores características que –junto con otras- suelen adscribirse a la concepción formalista, o bien no están presentes en el articulado de nuestro Código Civil, o bien es dudoso que lo estén.

Por lo demás, ideas como las de completitud, coherencia y precisión juegan, de algún modo, un rol relevante dentro del esquema interpretativista que introduce el Proyecto, en la medida en que las mismas constituyen la base sobre las que se asientan argumentos “interpretativos” típicamente empleados en el marco de una concepción de este tipo, tales como los argumentos a *completudine*, analógico, a *fortiori*, a *contrario*, económico, etc.

En consecuencia, sería impreciso –y potencialmente problemático- introducir la denominación de “formalista” para caracterizar a la concepción subyacente al articulado del Código vigente.

De allí que, según vengo diciendo, haya optado por una denominación diferente a los fines de esta exposición.

C. Normativismo e interpretativismo.

1. Una concepción normativista, a grandes rasgos, puede ser destacada por las siguientes notas características:

a- Entiende que el Derecho o bien se identifica lisa y llanamente con los preceptos legislativos (leyes), o bien que se compone sustancial y predominantemente por este tipo de mandatos.

Cuando se piensa en los preceptos legislativos o, más llanamente, en las “leyes” con las que se identifica el derecho, se está pensando, específicamente, en normas generales promulgadas por escrito, es decir, normas generales promulgadas explícita y deliberadamente por el Poder Legislativo.

Lo anterior supone, en definitiva, que el normativismo considera que el Derecho no se identifica –por lo menos, no paradigmáticamente- con normas jurisprudenciales, consuetudinarias o morales.

Los artículos 1, 17 y 22 del Código Civil vigente, reflejan estas ideas de modo transparente. Basta su lectura para corroborarlo:

Art. 1. *Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.*

Art. 17. *Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.*

Art. 22. *Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.*

b- Una concepción normativista sostiene que los jueces tienen competencia para aplicar el derecho -o sea, las leyes- y no para resolver los casos conforme otro tipo de normas.

Únicamente puede resolverse un caso sin echar mano a la subsunción del dato fáctico en un texto legal expreso cuando no hay duda acerca de la inexistencia de un texto legal en el cual pueda subsumirse la situación fáctica.

De esta idea dan cuenta los artículos 15 y 16 del Código Civil:

Art. 15. *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*

Art. 16. *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

Repárese en que, según reza el art. 16, incluso cuando un juez no tiene a mano un texto legal específico en el cual subsumir el caso a resolver, debe privilegiar la legalidad intentando obtener una respuesta para el caso por aplicación analógica de un texto legal determinado. Sólo si ello no es posible, es decir, únicamente cuando no se cuenta con ninguna norma, ni siquiera analógica (conf. art. 16 C.C.) o implícita (conf. art. 22 C.C.) en la cual justificar la solución al caso, podrá el juez echar mano a esos inespecíficos e indeterminados “principios generales del derecho”.

Aquí se percibe también, la característica del normativismo que señalo a continuación.

c- La finalidad primordial del Derecho, es decir, aquello que justifica la existencia de éste como fenómeno cultural y coactivo, es el logro de la seguridad jurídica (certeza y predecibilidad).

La función inherente al Derecho como invención o producto cultural humano, está en permitirnos predecir cómo reaccionará la comunidad a través de

sus instituciones frente a nuestros comportamientos para, a partir de allí, poder decidir actuar de un modo u otro.

Esto último, sin perjuicio de que el Derecho pueda servir paralelamente a la obtención de otro tipo de objetivos como, por ejemplo, objetivos de naturaleza moral sustantiva.

Pero, en todo caso, estos objetivos no serán inherentes al funcionamiento o a la existencia del Derecho, sino que los mismos resultarán contingentes.

Ocurre que resulta muy difícil discutir que, si el Derecho se concibe como un sistema de normas generales positivas, la adopción de dicha forma normativa no encuentre razón de ser en que la función básica y elemental del mismo sea la de generar seguridad jurídica o previsibilidad para los súbditos.

Si una comunidad ha optado por otorgar algún tipo de validez a las normas generales positivizadas, pretendiendo regirse por las mismas, es porque esa comunidad alguna importancia está asignando a la previsibilidad que se sigue de su hipotética –aunque expectable– aplicación por parte de los órganos decisores del Estado.

El art. 16 del Código vigente refleja esta idea.

Correlativamente, también ilustra la presencia de este rasgo –así como del rasgo legalista– la Ley Nº 340 de Sanción del Código Civil, cuyos artículos 2 y 3 poseen como evidente finalidad legalizar y, con ello, uniformizar soluciones para todos aquellos casos que pudieren presentarse de dudosa solución según el articulado del Código sancionado:

Art. 2. La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nación, darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica la aplicación del Código así como de los vacíos que se encontrasen en sus disposiciones, para presentarlas oportunamente al Congreso.

Art. 3. El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia, por conducto de los respectivos Gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior.

d- De algún modo queda implícito en lo que vengo diciendo que, para el normativismo, las normas generales que caracterizan al Derecho son, en su estructura típica, reglas y no principios.

De manera sucinta –sin pretender esconder las muchas discusiones habidas al respecto- puede recordarse en qué consiste la distinción entre reglas y principios del siguiente modo:

*“Para algunos autores, que siguen una distinción propuesta por Dworkin (Dworkin, 1977: cap. II), cabe distinguir entre las normas jurídicas prescriptas dos subclases: la clase de las **reglas**, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho, y la clase de los **principios**, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta, o bien porque algunas de sus condiciones de aplicación son implícitas o bien porque todas son implícitas. Es decir, en el caso de las reglas, el supuesto de hecho el supuesto de hecho es una condición **suficiente** para la aplicación de la consecuencia jurídica; en el caso de los principios, el supuesto de hecho es tan sólo una condición **contribuyente** –una condición contribuyente es una condición **necesaria** de una condición **suficiente**- de la aplicación de la consecuencia jurídica.” (Moreso/Vilajosana, 2004: 90).*

Agregando los autores citados como criterio de tipificación paralelo al anterior:

“... los principios establecerían, mediante normas constitutivas, determinadas dimensiones de los estados de cosas ideales que el mundo debe tener para ser conforme al Derecho.” (Moreso/Vilajosana, 2004: 91).

De este modo, una regla diría “Todo el que conduzca un automóvil a más de 120 km. por hora deberá pagar una multa de mil pesos (\$ 1.000)”, en tanto que un principio diría “Debe conducirse en condiciones de seguridad adecuadas”.

Se sigue de lo expresado que el normativismo no identifica al Derecho con normas que no especifiquen sus condiciones de aplicación o las consecuencias normativas que se siguen de su hipotética violación o acatamiento.

De aquí la fuerte tendencia que ha tenido el normativismo a entender las normas constitucionales (generalmente son principios y no reglas) como programáticas y no como normas operativas.

e- Conforme las características apuntadas, al momento de interpretar y de aplicar el derecho ¹⁰, se privilegiarán métodos interpretativos que hagan decir a los textos legales lo que ellos restrictivamente dicen conforme el uso ordinario del

¹⁰ Nada de lo que aquí diga dependerá de la distinción entre la interpretación y la aplicación del derecho, consideradas como operaciones diferentes. Por tanto, me manejaré bajo la idea – teóricamente sustentable- de que toda aplicación del derecho, si quiere estar justificada, depende de la específica interpretación previa que se haya hecho del material normativo que luego se aplica.

idioma (o, eventualmente, el uso técnico específico que el propio legislador ha estipulado) pero no más -ni tampoco menos- que eso.

Así, se tenderá a hacer prevalecer una interpretación literal sobre otras opciones interpretativas ¹¹.

A su vez, cuando ninguna de las opciones interpretativas planteadas en un caso determinado pueda ser considerada como "literal", se hará prevalecer siempre a la interpretación que, de algún modo, pueda presentarse como más apegada al texto legal. De este modo, por ejemplo, una interpretación conforme al espíritu de la ley (*ratio legis*) tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la naturaleza de las cosas (argumento naturalista); una interpretación sistemática tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la reducción al absurdo de la solución normativa establecida por el texto interpretado (argumento apagógico); una interpretación conforme la voluntad del legislador (argumento psicológico) tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la coherencia con las soluciones dadas para otros supuestos diferentes por otras normas del ordenamiento (argumento *a coherentia*); etc.

4. La concepción del derecho como integridad, en cambio, se contrapone a la anterior, por lo siguiente:

a- El Derecho se considera compuesto de normas legales, jurisprudenciales, morales y consuetudinarias. Todas ellas son fuentes del derecho, no sólo la legislación.

Lo anterior es debido a que el Derecho se concibe, no ya como un sistema de normas legales, sino como la mejor justificación posible de las prácticas jurídicas concretas de una comunidad, más específicamente, como la mejor justificación que tenemos disponible para adjudicar derechos en sede tribunalicia.

La mejor justificación es aquella que puede ser aceptada socialmente como suficiente para adjudicar derechos, siempre, por cierto, partiendo, a los efectos de esa justificación, del material jurídico positivo existente (sea éste de naturaleza legislativa o jurisprudencial) y no de meras elucubraciones conceptuales que no posean algún tipo de anclaje o conexión con el mismo.

¹¹ En verdad, será una técnica de interpretación literal combinada con una de las formas del argumento *a contrario*. Pero no ingresaremos ahora sobre esta descripción porque excede el marco de esta exposición.

El derecho es, por tanto, un fenómeno que, en sí mismo, es interpretativo de las prácticas institucionales pasadas y actuales.

Así las cosas, las normas morales (lo mismo que las consuetudinarias) formarán parte del Derecho en la medida en que las mismas se vean reflejadas, aunque sea de modo lato e inespecífico, en las decisiones institucionales pasadas o presentes. Ello es lo que típicamente ocurre, por ejemplo, en las normas constitucionales en las que se enuncian los derechos y garantías básicos.

En concordancia con lo expresado, podemos observar que ya desde el artículo 1 del Proyecto se deja en claro que ley y derecho no son equivalentes, siendo la ley sólo una de las fuentes del Derecho:

Capítulo 1: Derecho

1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

A los efectos de aventar toda duda originada en la encriptada redacción del artículo, repárese en que, según se lee en la última parte del artículo proyectado, se entiende que existe la posibilidad de que la costumbre sobre una situación no reglada legalmente pueda ser “contraria a derecho”. De este modo, es claro que existe la posibilidad de que una norma sea calificada jurídicamente como conforme o contraria a Derecho, aún cuando no exista una ley que rija esa situación. Esto sólo es posible si ley y Derecho no son equivalentes.

Préstese atención también al hecho de que, a diferencia del Código vigente, se regula expresamente la aplicabilidad –interpretación mediante- de las normas jurisprudenciales, las cuales deben ser tenidas en cuenta por el intérprete cada vez que se dispone a interpretar –y potencialmente aplicar- una norma legal. O sea, hay un test de adecuación jurisprudencial que constituye una especie de requisito previo que debe superar toda norma legal para a su aplicación.

Además, dado que, a partir del articulado Constitucional y el de los Tratados Internacionales, se produce una positivización de muchas normas morales, es decir, se da una suerte de juridificación de la moral (Atienza, 2001:

266-267), el artículo 1 del Proyecto introduce inevitablemente a las normas morales como componente esencial del andamiaje jurídico.

En la misma línea va el artículo 2 del Proyecto, al mencionar como pautas interpretativas ineludibles tanto a “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” cuanto a “los principios y valores jurídicos”:

2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

b- Desde la concepción que ahora analizo, la existencia de una ley en cuyo supuesto fáctico se subsume perfectamente el caso a resolver no impone sin más la consecuencia jurídica (solución normativa) contenida en esa ley.

La existencia de esa ley sólo constituye una razón *prima facie* para aplicar la consecuencia jurídica prevista en el texto legal pero no un dato concluyente que, por sí solo, cierre toda discusión.

El ideal, entonces, es que las normas del ordenamiento (reglas y principios) no sean interpretadas aisladamente sino en su conjunto, como un conjunto dotado de sentido, procurando que guarden entre sí un nivel general de coherencia en lo que respecta a sus consecuencias prácticas.

De este modo, a diferencia de lo que prescribe el Código de Vélez, un juez podrá –y deberá– hacer jugar un principio para contrariar una solución legal expresa, en la medida en que eso se presente como lo más coherente y razonable conforme los objetivos perseguidos por lo que puede considerarse el “Derecho” de esa comunidad.

Es precisamente en búsqueda de ese ideal de coherencia y razonabilidad¹², que las leyes análogas dejan de jugar un papel subsidiario, previsto para hipótesis de lagunas normativas (conf. art. 16 del Código); para pasar a desempeñar un papel protagónico cada vez que debe aplicarse una norma legal (conf. art. 2 del Proyecto).

También por ello que cumplen similar tarea “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” y “los principios y valores jurídicos” (art. 2 del Proyecto).

¹² En verdad, no se trata de dos nociones demasiado que puedan presentarse por separado ya que la razonabilidad presupone la coherencia, según veremos.

c- La seguridad jurídica deja de ser entendida como el principal objetivo del derecho, el que justifica su existencia como fenómeno cultural.

Sigue siendo un valor relevante. Pero su obtención debe armonizarse, al momento de entender y aplicar el derecho, con los demás componentes constitutivos del valor justicia que puedan encontrarse involucrados en los casos a resolver.

Un modo teóricamente diferente (aunque con iguales consecuencias prácticas) de explicar la posición de esta concepción frente a la seguridad jurídica, es sostener que la seguridad jurídica continúa ocupando el rol central y preponderante, sólo que, como la misma es entendida de un modo distinto al modo en que la concibe el normativismo, será la propia seguridad jurídica la que exigirá, en ciertos casos, que no se apliquen las soluciones contenidas en los textos legales.

La idea anterior se funda en el hecho de que las personas no pueden conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios básicos.

En consecuencia, se considera que lo que otorga certeza y predecibilidad a la sociedad no es la aplicación aislada de un texto legal sino, por el contrario, la aplicación efectiva de los principios o ideas-fuerza sobre los cuales se asienta todo el andamiaje jurídico y, por tanto, la seguridad jurídica impondrá, en ocasiones, la desobediencia al mandato expreso contenido en un texto legal si éste va en dirección opuesta a esas ideas-fuerza del ordenamiento. Esto es lo que, en definitiva, exige el principio de integridad o de coherencia que se considera constitutivo de todo Estado de Derecho ¹³.

A este ideario responden, como surge de su sola lectura, los arriba transcritos artículos 1 y 2 del Proyecto, agregándose también lo expresado en el artículo 3 del Proyecto respecto de la “razonabilidad” requerida a toda decisión jurisdiccional:

3. *Deber de resolver.* El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

d- A esta altura, constituye una obviedad marcar que la concepción interpretativista, a diferencia de la concepción normativista, entiende que el

¹³ Explicar los motivos por los cuales el Estado de Derecho exigiría el imperio de este principio de integridad excede la presente. Basta por el momento expresar que, a grandes rasgos, se sostiene que en un Estado de Derecho debe poder justificarse razonablemente el uso de la fuerza (coacción) inherente al Derecho para que su uso se encuentre legitimado.

Derecho se compone tanto de reglas como de principios y que éstas no tienen menor preponderancia dentro del mundo jurídico que aquéllas. Creo que no es necesario insistir sobre el punto debido a lo ya mencionado.

e- Como correlato de todo lo anterior, para esta concepción ya no deben prevalecer los argumentos interpretativos que muestren un mayor apego a los textos legales.

Si una interpretación integral del derecho es requerida, argumentos como el apagógico o el de la coherencia, adquirirán comparativamente un peso que no poseían con la concepción normativista. Si existen otros valores distintos al de seguridad jurídica a los cuales también debe tenderse, un argumento naturalista o un argumento por la equidad, tendrán una relevancia de la que claramente carecían en la concepción precedente. Si las palabras de la ley parecen contradecir su finalidad, deberá prevalecer esta última por sobre aquéllas. Y, así, en cada caso a resolver.

Esto último es lo que, aunque de un modo asistemático e impreciso –según detallaré abajo-, se ha plasmado en los tres primeros artículos del Proyecto al mencionarse esa diversidad superpuesta de métodos interpretativos y al exigirse coherencia y razonabilidad a toda interpretación y/o aplicación del Derecho.

Desconozco si esa asistematicidad e imprecisión del articulado se deben a falencias técnicas de los autores del Proyecto o si las mismas han sido buscadas de modo deliberado, debido a la posible resistencia que una explicitación sistemática, clara y ordenada de los lineamientos de una concepción interpretativista en un Código podría generar en muchos juristas formateados bajo un modelo diferente.

Lo cierto es que, si algún sentido coherente podemos dar a los tres primeros artículos del Proyecto, ese sentido sólo puede darse bajo los lineamientos de un modelo de corte interpretativista.

Esto último, por supuesto, más allá de las numerosas críticas de que pueda ser objeto esta concepción acerca del derecho.

III. Constitucionalización del derecho privado, derechos humanos y división de Poderes.

1. He sostenido que la concepción del Derecho que subyace a los tres primeros artículos del Proyecto facilita que, en los casos particulares, pueda

lograrse cierta coherencia entre las apetencias constitucionales protectorias de los derechos humanos y la legislación ordinaria.

Esta afirmación parte de entender que los denominados “derechos humanos” no son estáticos sino dinámicos, sea porque en sí mismos van mutando debido a los cambios humanos, sea porque va mutando su percepción, su descubrimiento o la manera en que los entendemos, sea porque va modificándose la manera en que los aplicamos en virtud de las particulares características de cada caso, sea, en definitiva, por una combinación de todas o algunas de estas razones.

Lo cierto es que, al momento de intentar concretarse el contenido de un derecho humano determinado en una situación histórica específica, las conductas que se encuentran implicadas en el mismo varían.

Así, por ejemplo, la enunciación indeterminada en un texto normativo de un “derecho a la salud” o a la “integridad psico-física”, puede ser la misma ahora que hace cincuenta años. Sin embargo, las prácticas médicas concretas implicadas en ese derecho han variado sustancialmente en los últimos cincuenta años debido a los avances realizados en la materia.

Llegados a este punto, no es difícil darse cuenta que una regla legal (en virtud de los cambios sociales o a la presencia de determinadas circunstancias específicas del caso a resolver que no fueron tenidas en mente por el legislador) será siempre un instrumento humano potencialmente inadecuado para satisfacer la efectiva protección de un derecho humano en su realización concreta.

Una ley que especificase qué tratamientos médicos concretos suponían cubrir adecuadamente el derecho a la salud hace cincuenta años, sería una regla que, en la actualidad, previsiblemente no lograría cumplir con su finalidad, por lo menos, no en una gran cantidad de casos.

Y, evidentemente, resulta imposible pretender que el legislador de turno tenga un nivel de omnisciencia que le permita anticiparse a todos los cambios sociales (de muy variada naturaleza: culturales, tecnológicos, naturales, etc.), previendo de antemano todas las reglas capaces de solucionar todos los problemas futuros que puedan llegar a afectar a los derechos humanos y que, además, tenga la capacidad de acción, el poder efectivo, para dictar las leyes correspondientes antes que tales problemas se sucedan.

Este estado de cosas, hace que, si verdaderamente se pretende lograr un esquema protectorio que garantice, en la mayor medida posible, el ejercicio efectivo de los derechos humanos (de cada derecho humano, de cada individuo en su situación concreta, sin resignar de antemano su satisfacción en pro de algún otro objetivo social), sea necesario concebir al Derecho a la manera interpretativista ¹⁴.

2. Sólo en una concepción de este tipo podrá dejarse de aplicar una ley para preferirse servir a un principio que, en un caso determinado, se considere más relevante.

Sólo en una concepción de este tipo podrá “interpretarse” que esa ley, en la que parece subsumirse el caso a resolver conforme sus palabras, no regula la situación porque la misma es alcanzada por principios constitucionales preeminentes que se suponen previstos, precisamente, para este tipo de casos. Principios que si bien pueden mostrarse algo vagos en lo que hace a su formulación lingüística en el texto constitucional, se dirá que resultan indudablemente aplicables y adecuados para resolver el problema concreto “conforme a derecho”.

Sólo una concepción de este tipo podrá, en definitiva, permitir la operatividad de las normas constitucionales en casos regulados por reglas legales que no puedan ser consideradas, en sentido estricto, como inconstitucionales debido a que las mismas no atentan contra algún derecho o garantía constitucional. En este tipo de casos se argumentará, por ejemplo, que, si bien la norma legal bajo análisis no resulta *per se* inconstitucional, en el caso concreto se torna aplicable un principio constitucional que lleva a una solución jurisdiccional en dirección diferente al de esa ley.

Sucedo que las leyes se sustentan en principios constitucionales que, a su vez, suelen entrar en conflicto entre sí. Sólo la ponderación efectuada en el caso concreto a resolver permitirá saber si prevalece el principio constitucional cuya protección se satisface a partir del seguimiento del texto legal o si, por el

¹⁴ En verdad, lo que acabo de decir podría aplicarse a cualquier derecho o expectativa social que pretende obtenerse a través de la sanción de leyes (entendidas como reglas) y no sólo en materia de derechos humanos. Sin embargo, la importancia de éstos hace que, por un lado, hayan sido protegidos en textos de jerarquía constitucional inmunes a la legislación ordinaria y, por otro lado, se haga mención expresa de ellos en el art. 2 del Proyecto.

contrario, prevalece el principio constitucional con el cual aquél ha entrado en colisión en el caso concreto, el cual obliga a desconocer la solución legal.

De allí que yo haya afirmado al inicio de esta exposición que no es lo normado en el Proyecto en cada instituto jurídico en particular lo que genera la Constitucionalización sino que es el modo de concebir al Derecho que se consagra en los tres primeros artículos el que lo hace.

Ahora bien, esta concepción interpretativista no nos está diciendo que las reglas contenidas en los textos legales puedan ser desobedecidas o interpretadas más allá de sus palabras cada vez que al juez le parece adecuado conforme algún principio de justicia. Nada de eso.

Esta concepción obliga a argumentar “razonablemente” (conf. art. 3 del Proyecto) en las ocasiones en que ello pretenda llevarse a cabo, es decir, el juez debe tener la capacidad de justificar de modo persuasivo y convictivo que su decisión es la que exigen los principios madre del Derecho vigente y no la decisión que se sigue del apego al texto legal.

Moreso y Vilajosana lo explican del siguiente modo:

*“El derecho a comunicar libremente información veraz –establecido por el art. 20.1.d) de la Constitución- puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad personal –establecido por el art. 18.1 de la Constitución. Las disposiciones mencionadas expresan, entonces, principios jurídicos en el sentido que aquí nos interesa. Principios que pueden entrar en conflicto entre sí y que, por lo tanto, establecen derechos –y deberes de no interferencia- sólo **prima facie**: son pautas no concluyentes. Los tribunales, cuando aplican tales preceptos, deben ponderar los principios que expresan, es decir, deben establecer cuáles son las condiciones de aplicación implícitas, para extraer las consecuencias aplicables al caso concreto.”* (Moreso / Vilajosana, 2004:91)

Explicándolo con palabras de Dworkin, lo que el juez debe hacer, al fin de cuentas, es mostrar el Derecho en su mejor versión, bajo su mejor luz, la cual, se supone, será la más coherente respecto de las prácticas institucionales de la comunidad (conf. Dworkin, 1984 y 1988).

Sucede que, según quedó señalado, los principios son mandatos de optimización que obligan al juez a hacer aquello que sea necesario para que los estados de cosas ideales contenidos en ellos se realicen en la mayor medida y del mejor modo posible.

3. La idea inherente a la concepción interpretativa es que los pronunciamientos judiciales actuales mantengan un diálogo con las decisiones institucionales del pasado -sean éstas legislativas o judiciales- y que exista coherencia o compatibilidad entre las decisiones pasadas y las presentes.

Mediante la exigencia de mirar hacia el pasado, se sirve al principio de igualdad ante la ley que tiene tiende a evitar que se trate un caso actual de manera diferente a la manera en que fueron tratados casos similares en el pasado.

Aunque esto no significa que necesariamente deba resolverse el caso actual de la misma manera en que se resolvieron situaciones análogas en el pasado, la idea u objetivo a lograr es que el Derecho hable con una sola voz.

Es necesario, pues, hacer un “encaje” entre las decisiones del presente y las decisiones del pasado.

Esto último, incluso cuando la solución propuesta pueda considerarse reformadora de las soluciones institucionales que el derecho ha brindado hasta el presente.

En estos casos, se exigirá que se den razones contrarias a las soluciones institucionales pasadas que ahora dejan de aplicarse.

Tales razones deberán estar fundadas en principios u objetivos subyacentes a algunas otras decisiones institucionales del pasado -que obviamente no eran las utilizadas para la resolución de los casos análogos hasta el presente- o en una mejor interpretación de los principios u objetivos subyacentes a aquellas decisiones institucionales en las que se fundaba la decisión de la que, ahora, el juez se aparta.

Pero, en ningún caso, debe fundarse la actual decisión judicial en consideraciones morales desvinculadas del material jurídico concreto de una comunidad política.

En los casos en que se dejan de aplicar los criterios utilizados hasta el presente, el principio de igualdad ante la ley exigirá, a su vez, que el juez explique por qué motivos la nueva solución adoptada es la que mejor se deriva de una interpretación más coherente de los distintos principios y/o normas que conforman el derecho vigente.

En definitiva, el Derecho es entendido como un todo, cuyas partes deben resultar coherentes entre sí.

Esta concepción es la que surge de las ideas expresadas por autores como Neil MacCormick y Ronald Dworkin.

Nos dice Manuel Atienza en relación a las ideas de MacCormick:

“...Que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa -...- que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. El requisito de consistencia puede entenderse, pues, que deriva ... de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente

Pero la exigencia de consistencia es todavía demasiado débil. Tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, las decisiones deben, además, ser coherentes aunque, por otro lado, la consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia: mientras que la coherencia es una cuestión de grado, la consistencia es una propiedad que, sencillamente, se da o no se da; por ejemplo, una historia puede resultar coherente en su conjunto aunque contenga alguna inconsistencia interna (...).

... Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren –cuando se tomen conjuntamente– una forma de vida satisfactoria (...).” (Atienza, 2003: 117-118).

En sentido semejante, Dworkin refiere:

“... La integridad es burlada ... cada vez que una comunidad aprueba y hace cumplir distintas leyes cada una de las cuales es coherente en sí misma, pero que no pueden ser defendidas en conjunto como la expresión de una serie coherente de diferentes principio de justicia, de equidad o de debido proceso. ...” (Dworkin, 1988: 137).

“... Está de moda decir que este tipo de igualdad ¹⁵ no es importante porque ofrece poca protección contra la tiranía. Sin embargo, esta denigración supone que la igualdad formal es sólo una cuestión de hacer cumplir las reglas, sean cuales fueren, que han sido establecidas en la legislación, en el espíritu del convencionalismo. Los casos de protección equitativa demuestran la importancia que adquiere la igualdad formal cuando exige fidelidad no sólo a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas presuponen por medio de la justificación. ...” (Dworkin, 1988: 138).

“El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos el convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios

¹⁵ Se refiere, específicamente, a la denominada “igualdad ante la ley” entendida como mera “igualdad formal”.

interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. De modo que el derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna.” (Dworkin, 1988: 164).

Recurriendo a la conocida metáfora de la novela en cadena para explicar la tarea de los jueces en concordancia con este principio, expresa:

“... Podemos hallar una comparación aún más fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena.

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario es fantástico, pero no irreconocible. ... Los melodramas de televisión abarcan décadas con los mismos personajes y una mínima continuidad de argumento, a pesar de estar escritos por diferentes grupos de autores aun en diferentes semanas. Sin embargo, en nuestro ejemplo, se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible.

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él le agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes. ...” (Dworkin, 1988: 167).

4. De acuerdo a lo expuesto, la referida “Constitucionalización del derecho privado” no es entonces sino la consagración en tres artículos del Código proyectado de la ya conocida operatividad para cada caso (es decir: se discuta o no en ese caso la constitucionalidad de una ley) de los principios contenidos en las normas de jerarquía constitucional (que, en gran número, son principios morales juridificados).

La operatividad de los principios constitucionales se pretende lograr a partir de la consagración normativa expresa de una diversidad de fuentes jurídicas, cuya sola existencia y reconocimiento como tales obligan al intérprete asumir una

variedad de métodos interpretativos alternativos y, correlativamente, requieren al juez que el empleo de tales técnicas interpretativas –así la decisión correspondiente- sea justificada de modo razonable en las decisiones jurisdiccionales.

No desconozco que a muchos abogados –quizás también a algunos magistrados- les pueda generar alguna resistencia y preocupación la idea de que las normas morales sean consideradas como parte del Derecho, no sólo del modo estático que supone su reconocimiento en textos canónicos, sino también del modo dinámico que permite su consideración en cada contienda judicial.

No obstante, sea cuál fuera la inquietud que esto sea susceptible de generar en mis colegas, se trata de una situación que, como ya dije, no es novedosa.

Más allá de las disquisiciones teóricas relativas a si la moral forma parte necesariamente del derecho, la situación, desde la praxis más llana, no es novedosa porque la misma ya se encuentra consagrada normativamente tanto a partir de la reiterada y abundante doctrina jurisprudencial de operatividad de los derechos y garantías de jerarquía constitucional, cuanto a partir de disposiciones expresas, como las contenidas en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional ¹⁶.

5. Mencioné al comienzo de esta exposición que la concepción de Derecho inherente al Proyecto obliga a asumir debates y decisiones en el ámbito judicial que, conforme el paradigma tradicional de división de Poderes, se han considerado típicamente reservados a los otros dos Poderes del Estado, en especial, al Poder Legislativo.

Decisiones que, en un sentido específico, pueden ser calificadas como decisiones políticas, correspondientes a las atribuciones concedidas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y no al Poder Judicial.

Un didáctico ejemplo de este modo entender al Derecho así como los consecuentes límites que el mismo impone al poder del Legislativo, podemos encontrarlo a partir de las siguientes expresiones sentenciales vertidas en razón de un pronunciamiento en el que se debatió si el plazo de prescripción de las

¹⁶ **Art. 28.**- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. **Art. 33.**- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

acciones de daños y perjuicios originadas en un contrato de transporte terrestre de pasajeros estaba dado por el art. 855 del Código de Comercio (regla expresa que subsume la hipótesis) o, en cambio, por el art. 50 de la ley de Defensa del Consumidor que fija un plazo mayor:

*“IV. Desde esta perspectiva de la existencia de un estado constitucional de derecho se reconoce la relevancia del principio que informa el sistema de protección al consumidor (el art. 42 de la Constitución Nacional) sin que, a la vez, ello implique repudiar la dignidad que corresponde otorgar al legislador que aunque debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho y no como “todo el derecho” también recibe el reconocimiento por el órgano judicial de mantener abiertas sus posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir política y democráticamente mediante su actividad legislativa a la formación del ordenamiento jurídico (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9ª ed., Madrid. Ed. Trotta, 2009, pág. 153, Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág. 158).”* (Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 12/03/2012, recaído en autos “SÁEZ GONZÁLEZ, Julia del Carmen c/ ASTRADA, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte)” ¹⁷.

En este fallo, en concordancia con la parte del mismo que acabo de citar, se asumieron una serie de argumentaciones interpretativas, pretendiéndose dar una lectura coherente al Derecho nacional en su conjunto, asumiéndose una decisión en pro del plazo fijado por la Ley de Defensa del Consumidor, fundada en la ponderación detenida de los diversos principios en pugna, a la luz de consideraciones legales, constitucionales, doctrinarias, jurisdiccionales y objetivos de naturaleza social o política. La extensión de los fundamentos me impide aquí su transcripción pero estimo que el texto citado es suficientemente elocuente para que el lector tenga una muestra de la efectiva presencia en nuestra jurisprudencia de este modo de concebir al Derecho.

6. Es fácil entender que si los jueces no deben tomar la sola existencia de una ley que regula la situación a ser juzgada como una razón suficiente para adjudicar derechos, el esquema tradicional de división de poderes, que ve al Poder Judicial como un mero aplicador de las decisiones de naturaleza política

¹⁷ Publicado en el sitio web de Microjuris Argentina, bajo la cita MJ-JU-M-70925-AR / MJJ70925.

tomadas por los otros dos Poderes del Estado –paradigmáticamente por el Poder Legislativo-, se derrumba por completo.

Frente a este estado de cosas aparecen objeciones que he reseñado del siguiente modo:

“ ... el juez siempre podrá apelar a justificaciones “interpretativas” del derecho vigente, sobre la base de supuestos principios subyacentes a las normas efectivamente legisladas –muchas de ellas extremadamente vagas-, mediante las cuales imponer, en definitiva, sus propias preferencias morales por sobre las del legislador, generando, con ello, inseguridad jurídica y una desobediencia de decisiones legislativas expresas, tomadas sobre la base de la regla democrática de mayoría.” (Barbará, 2007: 112).

También mencioné en esa oportunidad que, en relación a las objeciones de tipo democrático, se ha afirmado que las mismas no resultan plausibles, dado el funcionamiento concreto de las comunidades políticas y sus decisiones políticas reales en torno al derecho:

“ ... Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto posible de conflicto. ...” (Dworkin, 1988: 140).

Y, en contra de las objeciones dirigidas a la discrecionalidad judicial, puede expresarse que el derecho posee criterios de corrección “internos” al mismo (si fuesen “externos” estaríamos ante una posición correspondiente al objetivismo moral), como lo son las decisiones institucionales del pasado, las cuales constituyen fenómenos sociales que, como tales, imponen límites a la pura voluntad del individuo –en este caso, al juez-. Tales límites no resultan absolutos o infranqueables, pero sí importantes. Es que, en todo discurso racional, debe partirse de presupuestos comunes y el juez, si pretende que su discurso sentencial sea calificado como racional y, por ello, como válido jurídicamente, deberá tomar como punto de partida esos presupuestos comunes que, en el caso del derecho, están constituidos por las decisiones institucionales del pasado.

IV. Algunas dudas en torno a la interpretación.

1. El articulado contenido en el Capítulo 1 del Título Preliminar del Proyecto es susceptible de generar una serie de interrogantes.

Sólo me referiré a continuación a algunos de ellos, a título ilustrativo, con el objeto de mostrar que una deficiente técnica legislativa es susceptible de conspirar contra los fines que persigue la propia normativa proyectada.

Del artículo 1 surge la obligación expresa de interpretar el Derecho conforme las disposiciones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales en los que el Estado sea parte.

Si bien esta disposición puede parecer superflua o ya consolidada en nuestras prácticas judiciales, denota que el proyectista ha hecho una opción concreta y preferente en cuanto al concepto de Derecho que tiene en mente y en lo que respecta a los métodos interpretativos correspondientes, instaurando en un nivel superior y como criterio rector la usualmente denominada interpretación “coherentista” del ordenamiento jurídico, por sobre otros criterios interpretativos, tales como, por ejemplo, la interpretación literal o la intencionalista (que atiende a la voluntad del legislador histórico) o la sistemática (se suele visualizar bajo el argumento interpretativo denominado *sedes materiae*, el cual atiende al contexto normativo específico en el cual se encuentra la norma), etc.

No obstante, luego de que parece ejercerse aquella preferencia conceptual e interpretativa, el Proyecto impone otros criterios complementarios en su artículo 2 que vienen a sembrar complicaciones.

El artículo 2 impone al juez que las leyes sean interpretadas de acuerdo a sus palabras, sus finalidades, leyes análogas, disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

Aún cuando esta norma complementa la idea interpretativa “coherentista”, no expone el orden de prelación entre los diversos métodos que enuncia ni entre la idea de una interpretación coherentista y los métodos prescriptos en el art. 2.

Entonces, surgen eventuales interrogantes ante un caso concreto que el juez deba resolver: ¿el juez debe agotar previamente el método literal antes de poder optar por una interpretación teleológica, o por el contrario, puede optar por uno de los dos de manera discrecional?, ¿hay equivalencia entre los métodos?, ¿se descartan métodos interpretativos que han sido utilizados en reiteradas

oportunidades por nuestros Tribunales y, en especial, por los Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia pero que no son mencionados en el artículo (por ejemplo, argumento económico que prescinde de una interpretación que suponga una reiteración de lo ya establecido por otro artículo, el argumento *ad absurdum* que reniega de interpretaciones que contrasten con el sentido común, etc)?

2. Lo que ocurre es que el articulado del Proyecto pretende regular algo que, por definición, resulta irregulable *a priori*, es decir, con independencia del texto legal concreto a interpretar, de las circunstancias de su específica creación y de las circunstancias de su específica aplicación.

Invariablemente, por necesidades axiológicas y pragmáticas, la jurisprudencia terminará apelando a distintos métodos interpretativos que exceden los señalados por el Código Civil (de hecho, viene ocurriendo sistemáticamente desde el siglo XVIII en que se impuso en el mundo occidental la obligación de los jueces de fundar sus sentencias), transformándose, en tales casos, la normativa restringida del Código Civil proyectado en un corsé incompatible con las exigencias dinámicas y cambiantes de justicia de una sociedad y, vaya paradoja, con la propia concepción que subyace al Proyecto.

3. El artículo 2 del Proyecto es susceptible de provocar también la siguiente duda: ¿sólo los valores o, por el contrario, también los principios deben ser “jurídicos”?

Si se opta por lo primero, llegaremos inevitablemente a la conclusión de que los jueces podrán fundar sus decisorios en principios morales o socio-económicos desvinculados del material normativo vigente. Si se opta por lo segundo la disquisición resulta innecesaria. Huelga referir que la opción coherente con el resto de lo normado es la segunda pero, en todo caso, la inclusión de la alternativa genera un interrogante innecesario y una posible fuente de problemas.

Además, ¿qué es lo que exactamente se quiere decir en el art. 2 cuando se obliga al juez a interpretar la ley de modo coherente con todo el ordenamiento? ¿acaso se trata de una exigencia diferente a la consagrada en el artículo 1?, si fuese así, ¿se trata, acaso, de que en un caso civil tiene igual nivel de validez para su solución una ley tributaria, laboral o de naturaleza administrativa que el propio Código Civil?, si esto nos parece absurdo, ¿a qué se refiere semejante

exigencia de hacer coherente la ley con “todo” el ordenamiento? O bien la disposición es superflua o bien conduce a resultados absurdos. En ambos casos, lo aconsejable hubiera sido no incluirla o redactarla de modo más riguroso.

4. Sólo los hechos dirán si deficiencias como las apuntadas conspirarán contra la eficacia de las propias disposiciones del Proyecto.

Por el momento, sólo estamos a tiempo de señalarlas para que, tal vez, si tenemos una buena dosis de fortuna, las mismas sean revisadas a tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1998.
- ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, U.N.A.M., Mexico, 2003.
- ATIENZA, MANUEL, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- BARBARÁ, JORGE AUGUSTO, “Principio de igualdad ante la ley. Opciones que plantea para la solución de casos” en *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007.
- BARBARÁ, JORGE AUGUSTO, “La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil: ¿un concepto descriptivo o valorativo?” en *Discusiones en torno al Derecho Judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.
- BARBARÁ, JORGE AUGUSTO, “Algunas notas sobre la argumentación en el marco del “derecho de la emergencia” a raíz de la emergencia provisional de la Provincia de Córdoba” en *La lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*, Alveroni, Córdoba, 2011.
- CALVO SOLER, RAÚL, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- DWORKIN, RONALD, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1995.
- LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1971.
- MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría del derecho*, 1992, Gedisa, Barcelona, 2001.

MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

PERELMAN, CHAIM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

REDONDO, CRISTINA, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

SCHAUER, FREDERICK, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.