

LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LA ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS EN LA UNIVERSIDAD

(Homenaje a François Gény en el 110º aniversario de

“Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo”)*

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se consideran la importancia de la elaboración de las normas jurídicas y las dificultades que suelen presentarse, haciendo especial referencia a las condiciones de países como la Argentina, y se atiende al papel que en la capacitación respectiva corresponde a la Universidad.

Palabras clave: Elaboración - Normas jurídicas - Recepción - Abstracto y concreto - Parasitismo - Universidad.

Abstract: The importance of developing juridical norms and the difficulties that frequently arise are considered, with particular reference to the conditions in such countries as Argentina. The training role that corresponds to the University is analyzed.

Key words: Drafting - Juridical norms - Legal transplant - Abstract and concrete - Parasitism - University.

I. Las carencias

1. La necesidad de la *elaboración* de normas, es decir en sentido amplio de la *integración* del ordenamiento normativo, se produce cuando hay

* Ideas básicas de la exposición del autor en las XXIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 19 a 21 de noviembre de 2009.

** Ex investigador principal del CONICET. Director de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_tpen_juridicas.php-8-11-2009-; http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_elaboracion_normas.php-8-11-2009-).

una *carencia* de ellas, o sea una *laguna* en el ordenamiento¹. Aunque desde una posición “puramente” normativista se puede sostener que las carencias no existen², cuando se abandona esa limitación y se atiende a una integración con otras perspectivas se advierte que el despliegue normativo del Derecho es lagunoso. Desde el integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico* corresponde referirse a *carencias históricas*, que ocurren cuando la falta existe en la realidad social, porque no se hicieron normas, y *carencias dikelógicas*, que han de producirse cuando las normas existentes son injustas³. Las carencias históricas pueden suscitarse por *olvido* o por *novedad* de los problemas; en este caso con remisiones a novedades *jurídicas* o *fácticas*.

2. En nuestros días la necesidad de elaborar normas es particularmente exigente porque una *nueva era* plantea enormes carencias normativas⁴. Hay destacables carencias históricas por novedad jurídica, como las que viene planteando la formación de la Unión Europea, y carencias históricas por novedad fáctica, principalmente científico-técnicas, emergentes de revoluciones en las comunicaciones, en la información y sobre todo en la genética humana. La revolución científico-técnica es tan grande que pueden entrar en crisis conceptos inmemoriales como el de hombre, padre, madre e hijo y por primera vez una especie estará en condiciones de decidir el porvenir de su propia existencia. Las carencias dikelógicas surgen de la insatisfacción con las soluciones existentes, por ejemplo, por la globalización/marginación, el desarrollo de un mundo “hiperfinanciero” y las tensiones entre las respuestas de la economía y el capitalismo con las de la democracia y los derechos humanos.

1 Aunque carencia y laguna y elaboración e integración no son respectivamente sinónimos, a los fines de este trabajo pueden considerarse como tales.

2 V. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 172 y ss.

3 Tal vez pueda hacerse referencia a carencias axiológicas, remitidas también a otros valores distintos de la justicia.

Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

4 Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

II. La elaboración

3. La vocación hábil para la elaboración de normas depende también de las *circunstancias*. Por razones de necesidad, los días de cambio están más inclinados a lograrla, pero también varía según los países y las personas.

La aptitud elaboradora de normas gubernamentales se evidenció en diversos grados, por ejemplo, en la sanción de la Constitución norteamericana (1787), de grandes códigos civiles como el francés (1804), el alemán (1896), el suizo (1907) y el italiano (1942) y, en nuestro medio, con la Constitución Nacional (1853/60) y el Código Civil (1869). Por razones limitativas que luego señalaremos, vale destacar que también en la Argentina los juristas del siglo XIX y de parte del siglo XX tuvieron una destacable conciencia de la problemática de la elaboración de las normas⁵.

Los mayores elaboradores de normas gubernamentales argentinos del siglo XIX, Alberdi⁶ y Vélez Sársfield⁷, se preocuparon, aunque no con la debida eficacia definitiva, por las posibilidades de asimilación de la juridicidad que de cierto modo reelaboraban e injertaban, por ejemplo “bajando” las resistencias a través de la inmigración y la escuela, que llegó a ser laica, común, gratuita y obligatoria, para cambiar de manera radical los valores descartados.

5 Cabe c. ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de Argentina”, Scribd, <http://www.scribd.com/doc/8975894/Juan-Bautista-Alberdi-Bases-y-puntos-de-partida-para-la-organizacion-politica-de-Argentina> (6-11-2009); incluyendo también ELEMENTOS DEL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL ARGENTINO; SISTEMA ECONÓMICO Y RENTÍSTICO DE LA CONFEDERACIÓN * DE LA INTEGRIDAD NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARQ, Organización política y económica de la Confederación Argentina, Besanzón, Jacquin, 1856, <http://books.google.com.ar/books?id=GjQpAAAAIAAJ&pg=PP8&lpg=PA360&ots=q3CkvEjFtl&dq=Alberdi+elementos+de+derecho+p%C3%BAblico&output=text>, 7-11-2009). Es posible c. “Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina” y “Elementos del Derecho Público Provincial Argentino” en “Obras Escogidas”, Bs. As., Luz del Día, 1952. Decía Alberdi, por ejemplo, que “el derecho es una cosa viva, positiva, no una abstracción, un pensamiento, una escritura.” (ALBERDI, Juan Bautista, “Fragmento preliminar al estudio del derecho”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998, pág. 15, <http://www.hacer.org/pdf/fragmento.pdf> -7-11-2009-).

6 Valido de la comprensión de Urquiza y de varios constituyentes.

7 Apoyado al fin por la gigantesca percepción de Sarmiento.

La obra legislativa así planteada se integraba a menudo, como corresponde, en *estrategias* dirigidas a los países en su conjunto⁸.

4. Al considerar las necesidades y posibilidades de la elaboración de las normas es importante atender en la mayor medida posible al rico arsenal conceptual de la teoría *trialista* del mundo jurídico. En este sentido, vale referirse a los cambios en cuanto a los repartidores gubernamentales. Una de las dificultades especiales para la elaboración de normas en ese ámbito se debe, en nuestros días, a la *democratización* de la cultura, que exige que obras que antes se encaraban por elaboradores “aristocráticos” hoy deban cumplirse con participación popular (es decir, a través de repartidores legitimados “infraautónomamente”).

5. El patrimonio de cultura jurídica útil para la elaboración ahora se ha reducido de manera considerable. Durante el siglo XIX se fueron preparando cursos de pensamiento que se afirmaron en el siglo XX y concluyeron con el *empobrecimiento de las aptitudes* para la elaboración de las normas y la casi *escisión* entre la elaboración y la aplicación y entre el “derecho” y la “política”⁹.

8 Es posible c. nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación y Docencia”, N° 36, págs. 21/31.

Se puede ampliar en nuestro estudio “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113/26.

9 En cuanto a la consideración de la elaboración de las normas es posible c. v. gr. BENTHAM, Jeremy, “Nomografía o el arte de redactar leyes”, trad. Cristina Pabón, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; GÉNY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2ª ed., Reus, Madrid, 1925; “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey; COLMO, Alfredo, “Técnica legislativa del Código Civil argentino”, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, Bjuar, [http://www.bjuar.edu.ar/cdsinvenio/record/13/files/\(7-11-2009\)](http://www.bjuar.edu.ar/cdsinvenio/record/13/files/(7-11-2009)); MARTINO, Antonio (coord.), “Estudios sobre Ciencia de la Legislación”, Bs. As., Universidad del Salvador, 2004; GUTIÉRREZ PARADA, Oscar, “Técnicas normativas”, México, Universidad Pontificia de México, 2006; MUÑOZ Q., Hugo Alfonso, “Elementos de la técnica legislativa. Hugo Alfonso Muñoz/Enrique Pedro Haba”, San José, Costa Rica, Prodel, 1996; MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso, “La redacción de la ley, entre la política y la técnica”, <http://www.asamblea.go.cr/BIBLIO/revista/articulos%20revista/vol%2016%20no2%20ago%202008/redaccionley.pdf> (1-11-2009); BULYGIN, Eugenio, “Teoría y técnica de la legislación”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Análisis lógico y derecho”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 409 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, “La teoría general del derecho y la técnica legislativa”, en BIAGIOLI, Carlo y otros (ed.), “Legimatica. Informatica per legiferare”, Nápoles, Scientifiche Italiane, 1996, págs. 133 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Fundamentos de Técnica Legislativa”, Bs. As., La Ley, 1999; “Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa”, Bs. As., La Ley, 2007; Manual de Técnica Legislativa, <http://www.salvador.edu.ar/vrid/iiefgs/>

La reducción deductivista sostenida por la escuela de la exégesis es uno de los factores que contribuyeron a esa situación. Quizás en mayor medida quepa hacer referencia al “aislacionismo” kelseniano.

6. En medios como el *argentino* hay una especial inclinación, sobre todo gubernamental, a elaborar muchas normas, alejadas de la realidad y *receptoras* de modelos extraños, sin la pertinente atención a las posibilidades de asimilación y a la legitimidad¹⁰. En muchos casos se trata de improvisación. El pensamiento jusfilosófico argentino ha sido mutilado por una tendencia

tr_manual_tecnica_legis.pdf(10-10-2009); Manual de Técnica Legislativa, http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/sindicatura/biblioteca/manual_tecnica_legislativa.pdf (10-10-2009); Infoleg, <http://infoleg.mecon.gov.ar/basehome/manual.htm> (10-10-2009); Prof. A. A. Martino, http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=63 (10-10-2009); AGUILÓ REGLA, Josep, “Derogación, rechazo y sistema jurídico”, en “Doxa”, 11, págs. 263 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa_11_12.pdf (10-10-2009); ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “Contribución a una teoría de la legislación”, Madrid, Civitas, 1997; CARBONELL, Miguel y PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (coord.), “Elementos de técnica legislativa”, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=21> (10-10-2009); ALCARAZ HERNÁNDEZ, Silvia, “Reflexiones en torno a los problemas que se presentan por la falta de profesionalización legislativa en México”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2406/6.pdf> (10-10-2009); LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Teoría parlamentaria”, México, Mc Graw Hill, 2002; CARNOTA, Walter, “Normas constitucionales. Su elaboración”, Bs. As., Legis Argentina, 2009; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Cómo redactar un contrato”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Cómo contratar en una economía de mercado”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1996; Master Oficial Avanzado en Ciencias Jurídicas, Teoría de la legislación: racionalidad, técnica y metódica legislativa, http://www.upf.edu/masterdret/_pdf/30735cas.pdf (10-10-2009); Poder Legislativo del Estado de México, Diplomado en Derecho Parlamentario, <http://www.cddiputados.gob.mx/POLEMEX/inesle/cartelera/modulo.pdf> (10-10-2009); Federación Argentina de Colegios de Abogados, Instituto de Estudios Legislativos, <http://www.faca.org.ar/idel.php?Idx=estatuto> (15-10-2009); Enciclopedia Parlamentaria de México, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/re/RE-ISS-07-06-05.pdf> (16-10-2009); Comisión de Estudios Legislativos, <http://www.cddhcu.gob.mx/comisiones/estudios/> (15-10-2009); Legislatura Zacatecas, Comisión de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, <http://www.congreso Zacatecas.gob.mx/cgi-bin/coz/mods/secciones/index.cgi?action=comision&cual=estudios> (10-10-2009).

Las guías para la elaboración de normas se refieren a muy distintos ámbitos, v. gr. Guías para elaborar normas de calidad de agua de bebida en los países en desarrollo, Felipe Solsona, <http://www.cepis.org.pe/bvsacg/e/fulltext/guiaanca/guiaanca.pdf> (10-10-2009).

V. *Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas*. También por ej. *Revista Parlamentaria Digital* (Costa Rica), <http://www.asamblea.go.cr/biblio/revista/index.htm> (17-10-2009).

10 Cabe c. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

que, desde un punto principal en la nuestro país, somete las ideas al pensamiento de raíz anglosajona más abstracto.

Pese a las grandes producciones antes referidas, la Argentina llevaba consigo cierta *dificultad* para la elaboración normativa por los obstáculos para integrar lo *abstracto* y lo *concreto* y por una tendencia *parasitaria* que, manifestada de modo principal en lo económico, también se expresó en muchos casos en cuanto a la elaboración normativa¹¹. Nuestro país mostró al fin vocación de país “*comerciante*”, no “*industrial*”, incluso respecto a las ideas y las realizaciones jurídicas. El modelo vital imperante es el del “*adolescente*”, que no alcanza a resolver con suficiente protagonismo los propios problemas.

Ya la genial percepción cervantina había denunciado en el “*Quijote*”, respecto de España, la dificultad integradora de lo abstracto y lo concreto¹². Quizás también la posición parasitaria tenga que ver con las inclinaciones análogas de la ex Metrópoli, promovidas, por ejemplo, por el desarrollo de la Mesta y por la extraordinaria disponibilidad de metales preciosos, la primera dificultando la agricultura y ambas obstaculizando o haciendo prescindible la producción industrial.

Proyectos legislativos de alta calidad producidos en nuestro medio no han tenido el éxito merecido porque no han sido acompañados por las condiciones necesarias del medio. A menudo cuando hay que resolver un problema de elaboración de normas se busca un modelo generalizado que prescinde de las particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas del caso.

7. Cuando se trata de normas gubernamentales, la Argentina tiene dificultades por una *limitada estatalidad*, una limitada referencia común profunda. Se suele invocar al Estado, cuando quizás nunca hayamos tenido un nivel mínimo de conciencia y práctica de Estado. Se producen normas gubernamentales, incluso sólo partidistas, no verdaderamente estatales. Un país a menudo a la deriva no tiene referencias “de Estado”. Es más, se “*nacionaliza*” en un medio que tiene muy limitado proyecto nacional.

11 Se puede ampliar en nuestro trabajo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación...” cit., N° 34, págs. 59/65.

12 Es posible v. nuestro artículo “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, págs. 19 y ss.

8. En la posmodernidad y con intensidad muy especial en países como el nuestro la dificultad para atender al tiempo, el espacio, la materia y las personas en cuanto a elaboración de normas, que resulta imprescindible, se nutren entre sí. La falta de atención eficaz a la “*historicidad*” colectiva se expresa en una limitada “*conciencia biográfica*”¹³. Elaborar normas eficaces no es desarrollar procesos puramente racionales. No es, tampoco, lograr éxitos cualesquiera.

La tendencia actual a la *globalización/marginación*, que promueve la oquedad y debilita las referencias antes mencionadas (temporales, espaciales, materiales y personales) genera muchas veces una vocación receptora indiscriminada de los modelos centrales dominantes en expansión.

9. La integración del ordenamiento normativo puede producirse por *autointegración*, con elementos tomados del mismo, o por *heterointegración* con referencias extrañas. Suele hablarse respectivamente de recurso a la justicia formal o a la justicia material. La gran novedad de los problemas actuales (v. gr. reproducción “artificial” y genética humanas) hace muchas veces imprescindible la remisión a la justicia material, respecto de la cual estamos en gran medida “des-orientados”.

10. La falta en la capacidad elaboradora influye, a nuestro parecer, en el complejo todo del *funcionamiento normativo*, al que pertenecen, por ejemplo, también la interpretación, la determinación, la aplicación y la síntesis de las normas¹⁴. Las carencias en la aptitud elaboradora enrarecen todas estas tareas.

A menudo la elaboración no declarada se esconde en la *interpretación*. La dificultad para elaborar se muestra también en la *determinación*. La *aplicación* es, de cierto modo, una infraelaboración. La *síntesis* –en la que se resuelve la situación planteada por varias normas que reclaman aplicarse en una realidad en la cual no caben– es además de algún modo una “elaboración”.

13 Se puede ampliar en nuestro artículo “La historicidad de las formalizaciones y del funcionamiento de las normas”, en “Investigación...” cit., N° 34, págs. 49/58.

14 Es posible v. por ej. nuestros trabajos “El complejo del funcionamiento de las normas”, en “Investigación...” cit., N° 40, págs. 43/53; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.