

FUNDAMENTACIÓN DE LAS II JORNADAS NACIONALES SOBRE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

(En conmemoración del 140° aniversario del Código Civil argentino
y el 110° aniversario de “Método de interpretación y fuentes
en Derecho Privado Positivo” de François Géný) *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se expone la fundamentación de las Jornadas relacionándola con la necesidad de que las normas sean elaboradas en marcos estratégicos y en planteos de investigación científica.

Palabras clave: Elaboración de normas - Código Civil - Géný - Estrategia - Libre investigación científica.

Abstract: The basis of the Seminar is explained, related to the need for norms to be developed into strategic frameworks and approaches of scientific research.

Key words: Drafting of norms - Civil Code - Géný - Strategy - Free scientific research.

1. Las presentes Jornadas se llevan a cabo en conmemoración de dos descollantes ejemplos de cualidades que se consideran básicas en la elaboración

* Organizadas por la *Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_tpen_juridicas.php (9-12-2009) y su *Centro de Estudios sobre la Elaboración de Normas Jurídicas*. Llevadas a cabo en la mencionada Facultad los días 10 y 11 de diciembre de 2009.

** Director de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas. Director del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex investigador principal del CONICET.

Ideas básicas de la exposición del autor en el acto de apertura.

Testimonio de reconocimiento del autor, en su calidad de director de la Maestría organizadora, al coordinador general de las Jornadas, abogado Roberto Andrés Campos –coordinador del Centro de Estudios sobre la Elaboración de Normas Jurídicas–, sin cuya valiosísima tarea la reunión académica no hubiera podido realizarse.

de normas en general y en la Maestría que nos convoca, sobre todo en el cambio de *era de la historia* que nos toca vivir, signado de modo principal por las posibilidades científicas y técnicas referidas a la vida humana. Esas cualidades son la capacidad de insertar a las normas en *enfoques estratégicos*, como sucedió con el Código Civil argentino, y la aptitud para la *libre investigación científica*, cuyos despliegues básicos presentó François Géný¹. En correlación con la materia de referencia, en mucho las Jornadas tienen, como una temática principal, la codificación y la remodificación civil en la Argentina.

2. El *Código Civil argentino* se inscribe en el marco de una *estrategia de país* que incluye a personajes cuyas ideas fueron muchas veces diversas, pero al fin coincidentes y brillantes, como son Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento. Vale recordar que fue el presidente Sarmiento quien hizo aprobar, a libro cerrado, el proyecto de Código Civil que había encargado el presidente Mitre a Dalmacio Vélez Sársfield.

El proyecto velezano se inscribe en *referencias filosóficas* en gran medida “sansimonianas” fuertemente remitidas a la producción y de hondas simpatías con la Revolución de Mayo, que caracterizaron a la Generación del 37, a la cual pertenecieron Alberdi y Sarmiento. Con referencia a la recepción

1 Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; también “Líneas problemáticas del Derecho Privado de nuestro tiempo”, en AS. VS., “Atilio Aníbal Alterini. Testimonio de una vocación. Libro Homenaje”, Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, págs. 49/58.

El Código Civil fue dictado mediante la ley 340, sancionada el 25 de septiembre de 1869 y promulgada por el presidente Domingo F. Sarmiento el 29 de dicho mes; puede v. por ej. Infoleg, http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_sancionley340.htm (8-12-2009). Es posible c. GÉNY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, Reus, Madrid, 2ª ed., 1925.

Vale señalar que, con un despliegue claramente estratégico que no refiere el Derecho sólo al poder o al Estado, la Maestría organizadora dirige su “investigación científica” (con proyecciones teóricas y prácticas) a toda la elaboración de normas jurídicas, no sólo las que producen el poder o el Estado. Esta concepción del Derecho se vincula de un modo relevante al integrativismo tridimensionalista que, en complejidad pura, propone la teoría trialista del mundo jurídico (cabe 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; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000). Acerca de la estrategia es posible v. 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.

de esas ideas filosóficas cabe atender al “acertado” o “erróneo” pero rotundo y brillante análisis de la realidad social argentina contenido en el “Facundo” de Sarmiento, cuyo subtítulo es “Civilización y barbarie en las pampas argentinas”². Sobre esas bases se recurrió a la también muy lúcida capacidad técnica de Dalmacio Vélez Sársfield, quien además de ser un gran jurista había enseñado Economía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

La estrategia sarmientina, tendiente a incorporar a la Argentina a la cultura “anglofrancesa” y norteamericana y a eliminar a la cultura “gauchesca” (“hispanica tradicional”), se apoyaba en el desarrollo científico y técnico; la aplicación radical de la ley de vagos y malentretidos; el desenvolvimiento de la escuela pública orientada por maestras norteamericanas³; el Código Civil de la propiedad privada y la libertad de contratación, de importante inspiración napoleónica y con hondas afinidades capitalistas y “portuarias”, y la política inmigratoria destinada a contar con bases poblacionales para fundar la burguesía nacional y desenvolver la democracia⁴.

La obra sarmientina muestra que la elaboración de toda norma debe inscribirse en perspectivas estratégicas, de modo quizás destacado las normas gubernamentales.

3. El jurista francés *François Gény* nació en 1861 y murió en 1959. Fue Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Nancy y además del libro cuyo aniversario conmemoramos produjo la gran obra “Science et technique en droit privé positif”⁵, punto culminante de su pensamiento⁶. Gény revolucionó la teoría de las fuentes. Con posición relativamente afín a algunas que hoy se anuncian como grandes novedades, afirmó que existen *principios superiores por encima de las leyes positivas* que deben

2 Proyecto Biblioteca Digital Argentina, Facundo/1845, http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo_00indice.htm (8-12-2009).

3 Escuela que al fin se consagró como laica, común, gratuita y obligatoria –ley 1420, de 1884 (Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=48921> –8-10-2009–).

4 Puede v. nuestro trabajo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113/126.

5 Es posible c. ed. Sirey, 4 vols., 1914/24.

6 Cabe c. Persee, Bulletin de la Société de Législation Comparée, Año 24, N° 2, Nécrologie, Le Doyen François Gény 1861-1959, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1961_num_13_2_13086 (9-12-2009). Es posible. v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III-II, 1994, págs. 241 y ss.

ser interpretados por el juez. Su escuela de la *libre investigación científica*, enfrentada al legalismo, indica el deber de atender a lo “dado” (científicamente) y lo “construido” (técnicamente)⁷.

Lo *dado* se integra con datos reales, históricos, racionales e ideales. Los *reales* son las condiciones de hecho en las que se encuentran los elaboradores (realidades físicas, biológicas, psicológicas; condiciones económicas, fuerzas políticas y sociales). Los datos *históricos* son los procesos que han configurado las situaciones concretas, generando sus reglamentaciones. Los datos *racionales* son el fondo esencial del Derecho natural clásico. Los datos *ideales* son las aspiraciones sociales.

Gény no fundó la ciencia y la técnica de la elaboración de las normas y mucho se ha avanzado desde entonces, pero su propuesta es uno de los jalones fundamentales al respecto. Algunas de las consideraciones del maestro francés han perdido aceptabilidad mayoritaria, pero el método de su pensamiento posee amplia actualidad.

4. El *Derecho Civil* de nuestro tiempo –a desenvolver con estrategia y libre investigación científica– presenta *enormes desafíos* que tienen puntos culminantes en la globalización/marginación y en la reproducción humana, principalmente en la genética. Estos retos afectan, de maneras muy a menudo desconcertantes, al Derecho Patrimonial y, sobre todo, a la Parte General y al Derecho de Familia. Sin entrar a la “ciencia ficción” cabe reconocer que la persona tendrá modificaciones quizás hasta no hace mucho inimaginables. El sujeto, contratante o productor de conductas culposas o dolosas, que podrá ser “programado” (tal vez según exigencias del mercado) resultará, en consecuencia, diverso del actual. En el Derecho de Familia las vinculaciones de pareja tendrán grandes modificaciones y al fin entrarán en cuestión papeles inmemoriales como los de *padre, madre e hijo*.

En la producción de hombres “creados” por la ingeniería genética estarán en juego herencias profundas de Occidente respecto del origen de los dioses y los hombres. Cabe recordar a Zeus, que generó a Atenea con su mente; Pígalión “creador” de Afrodita; Prometeo, protagonista del pecado triunfante que da el espíritu a los hombres y, por sobre todo, al Dios creador judeocristiano y la encarnación por obra del Espíritu Santo. Estimamos, en

7 Puede v. “La filosofía de la práctica jurídica de François Gény”, capítulo de RECASÉNS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, t. I, 1963, págs. 26 y ss.

suma, que la Parte General del Derecho Civil y el Derecho de Familia son los ámbitos más críticos del Derecho de nuestro tiempo y los escenarios más claros de la nueva era jurídica.

5. El nuevo tiempo pone al Derecho, en este caso al Derecho Civil, ante la necesidad de nuevos despliegues *jurístico-sociológicos*, *jurístico-normológicos* y *jurístico-dikelógicos*. De manera ahora destacable, ante la exigencia de nuevos complejos de *fuentes* y diverso *funcionamiento* de las normas.

En cuanto a *fuentes reales formales*, se requieren cambios tendientes a la flexibilidad y la elasticidad, nuevas vías de participación y otras jerarquías. El bloque constitucional y el resto de los tratados van adquiriendo presencia más directa en los pronunciamientos judiciales; los contratos y los principios generales del Derecho desbordan los límites de los Estados. Según caminos que en alguna medida abrió Gény, las *fuentes de conocimiento*, o sea la doctrina jurídica, se amplían e incluso tienen proyecciones interdisciplinarias.

En el campo del *funcionamiento* se van planteando carencias (en gran medida “lagunas” en el ordenamiento normativo) que requieren *elaboración* (en gran medida, “integración” del ordenamiento normativo). Las *lagunas* normativas son a veces *históricas*, por olvido o por novedad, sea ésta jurídica o científico-técnica. Las novedades jurídicas son ejemplificables mediante las normatividades que puede requerir la introducción del matrimonio homosexual. Las científico-técnicas pueden ser generadas, por ej., por la posibilidad del manejo genético de la humanidad. Otras lagunas son *dikelógicas* y consisten en la necesidad de excluir normatividades injustas. Esto va sucediendo por los enormes cambios valorativos, v. gr., en cuanto al control sexual. Las lagunas exigen *integración*. A menudo el recurso inicial a la autointegración de los ordenamientos normativos se hace inaceptable porque las bases existentes no satisfacen, de modo que se necesita la *heterointegración*. Hay que recurrir entonces a valoraciones y criterios orientadores que no están en el ordenamiento.

En este panorama, los papeles de los repartidores van variando. La autonomía de las partes, el papel de los constituyentes y la intervención de jueces, administradores y legisladores van buscando nuevos equilibrios. Por ejemplo, los *jueces* poseen espacios de desempeño más amplios, tal vez porque así se atenúan los enormes cambios que van ocurriendo, de manera diversa a lo que sucedió en la Revolución Francesa, cuando la mutación se

trajó al fin en una codificación defendida exegéticamente.

Lo que nos espera será enorme (sea que resulte valioso o “disvalioso”) y requiere estrategias e investigaciones que exigen gran capacidad en la elaboración de normas jurídicas.

6. Una “*jornada*” es un trecho de un camino. Hago votos para que las Jornadas que ahora se inauguran sean parte de un camino perdurable que, con participación nacional integral, conduzca a inscribir (de cierto modo reinscribir) a la elaboración de las normas jurídicas en general en la estrategia y la “investigación científica”.