LA NOCION DE DERECHO PRIVADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1) El funcionamiento de las normas

1. La noción de Derecho Privado puede construirse desde múltiples perspectivas. Aunque creemos que el criterio más significativo es el de las exigencias de la justicia particular¹, varias de ellas son las que se relacionan con el *funcionamiento de las normas*, es decir, con *tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, síntesis y aplicación*.

A nuestro parecer, que corresponde a los desarrollos que consideramos más actuales de la teoría trialista del mundo jurídico, fundada hace cuatro décadas por Werner Goldschmidt², se trata de diversas perspectivas de la difícil senda, integradora de despliegues jurídico sociológicos, jurídico normológicos y jurídico axiológicos,

(*) Profesor titular de Filosofía del Derecho Privado y director de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R

1. Diferenciándose así del Derecho Público, signado por los requerimientos de justicia general (dirigida al bien común).
2. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "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.

con miras a que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado, en definitiva de acuerdo con lo que se considera valioso.

Además, como suele ocurrir en los diversos puntos de vista con que puede construirse el ámbito del Derecho Privado, también en cuanto al funcionamiento de las normas se advierten distintas *características internas* que diferencian el área más patrimonial, contractual o de derechos reales, y el espacio de la familia. De cierto modo, los dos grandes polos del Derecho Privado son el *contrato* y la *familia*, cuyo régimen es de modo principal impuesto por la *ley*³.

Incluso el *funcionamiento conjetural* de las normas jurídicas tiene características distintas según se trate del campo del Derecho Público o del Derecho Privado o de los campos privatistas específicos contractuales o de familia.

2. La posibilidad de reconocer estos enfoques interesantes para la caracterización del Derecho Privado se debe en mucho a la riqueza del enfoque *trialista*. Se trata de particularidades relacionadas en gran medida con las dimensiones sociológica y axiológica⁴. En cambio, el normativismo, sea éste metodológico, como el de la escuela de la exégesis, u ontológico, como el de la teoría pura del Derecho, suele marginar las diferencias entre los despliegues funcionales de lo público y lo privado, y las distintas áreas privadas⁵.

2) El Derecho Privado desde el enfoque del funcionamiento de las normas

1') El funcionamiento real

a) *El reconocimiento*

3. La tarea básica del funcionamiento de las normas es el reconocimiento, relacionado con la fuente de que ella emerge. Las fuentes más tradicionales del Derecho Privado en general son los contratos y la ley, aunque en nuestros días ese marco se ha diversificado, dado que junto al gran avance de los contratos como fuentes

3. Es interesante advertir que el «contrato» como fuente se diferencia de la ley y en nuestro caso, como contenido, de la familia.

4. Goldschmidt preferiría decir en lugar de dimensión axiológica dimensión dikelógica.

5. El funcionamiento de las normas guarda estrecha relación con la cultura toda, donde se diferencian el Derecho Público, el Derecho Privado y sus áreas (pueden v. nuestras «Bases justafilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993).

del Derecho en general y a la disminución del papel de la ley se ha incrementado el papel de la sentencia, de la Constitución formal y de los tratados. La diversidad de fuentes entre el Derecho Privado y el Derecho Público se ha atenuado. Sin embargo, en general cabe reconocer que en tanto la ley y los otras fuentes reclaman una problemática de reconocimiento centrada en la *vigencia*, el reconocimiento del contrato se nuclea en la *validez*.

b) *La interpretación*

4. En cuanto a la interpretación, pese a que a nuestro parecer debe remitirse en principio a la auténtica voluntad de los autores a nivel de fines, no de meras intenciones, creemos que esa referencia tiene diversos sentidos de factibilidad y legitimidad según se trate del contrato o la ley⁶.

No obstante las tensiones interpretativas que suelen presentarse entre las partes de los «*con-tratos*», es en general más fácil referirse a su auténtica voluntad que a la de los *legisladores* democráticos. En cuanto a éstos, la tarea de «reconstrucción» interpretativa es mucho más difícil, porque hay que fijarse en el punto de «coincidencia» de numerosas voluntades. Sin embargo, en el contrato la habitual diversidad de móviles de las partes obliga a menudo a recortar su voluntad, ateniéndose menos a ellos y más a la «causa».

La voluntad de las partes tiene un valor específico en el tiempo, al momento de producirse, que ha de tomarse como referencia. En cambio, a favor de la mutación de la voluntad legislativa puede invocarse en especial que el legislador es una realidad dinámica.

Como hemos señalado, la consideración de estas particularidades de la ley no nos aparta del criterio general ya señalado de que lo más esclarecedor es referirse a la voluntad del legislador histórico, a nivel de fin y no de mera intención, de modo que si se pretende descartarla hay que reconocer la producción de una carencia axiológica.

La remisión interpretativa a la voluntad del legislador actual tiende a ocultar el papel de conducción en el texto redactado históricamente y, de acuerdo con la teoría *trialista* del mundo jurídico, creemos que uno de los propósitos del saber jurídico ha de ser evidenciar el rol de cada uno de los conductores del Derecho. Lo que nos parece más acertado es interpretar la ley según la voluntad del legislador histórico y, en casos de no coincidir ésta con la voluntad del legislador actual o con la voluntad del pue-

6. Es posible v., en relación con el tema, BETTI, Emilio, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», 2ª. ed., Milán, Giuffrè, 1971, esp. págs. 379 y ss.

blo representado de la actualidad, considerar la posibilidad de producir, por estos motivos, una carencia dikelógica contra la norma emergente de la voluntad ya pasada.

Pese al mantenimiento del criterio general de referencia a la auténtica voluntad del autor, las *diversidades* interpretativas en cuanto a fuentes que acabamos de señalar muestran las tensiones que diferencian al Derecho Privado en general y a sus distintas áreas en particular.

5. En la interpretación de los contratos es especialmente fuerte la posibilidad de la “*dominación interpretativa*”, que en su caso lleva a que la ley, interpretable en sí conforme a la voluntad del legislador, cuando tiene carácter supletorio sea «interpretable» según el significado que le atribuyeron los contratantes. En realidad, no se trata de una doble interpretación, sino de la incorporación de una fuente, con su norma, en otra.

Uno de los enfoques muy descuidados en la doctrina jurídica tradicional es en general el de la *conjetura*. A veces es necesario conjeturar el Derecho, en nuestro punto de vista, conjeturar las *normas*. Hay casos en los que puede ser muy acertado conjeturar lo que hubiese sido la voluntad de los autores, como en los testamentos; otros donde dicha conjetura es más cuestionable, como en los contratos, y otros en los que es necesario incluso apartarse de los sentidos históricos de esa voluntad y atenerse más a la literalidad del texto, según sucede en los títulos de crédito⁷ (aunque en estos casos se trate, más que de interpretación de la norma, de interpretación de un *documento*). La conjetura de las normas, más allá no sólo de la intención sino del fin, nos coloca, sin embargo, en el terreno de la elaboración de normas por carencia histórica.

En el marco de la ley la interpretación suele evidenciar conflictos entre normas que deben quedar al descubierto, aunque a menudo dichas diferencias pueden ser salvadas conforme a la jerarquía de las fuentes (o sea, situándose en el terreno del reconocimiento de las normas). No creemos esclarecedor abusar del elemento interpretativo sistemático haciendo decir al autor lo que surja de una norma superior si su voluntad ha sido otra. A nuestro parecer, este elemento sistemático sólo sirve para aclarar la voluntad histórica del autor.

c) *La determinación*

6. La existencia de normas determinadas es con frecuencia una cualidad más exigible a los contratos que a las leyes, en especial cuando éstas son de Derecho Pú-

7. V. íd., págs 407, 423 y ss. y 429/30.

blico. La técnica legislativa suele recurrir, a menudo con acierto, a la indeterminación. Las leyes del área de familia son muchas veces más determinadas, pero el Derecho Penal liberal se vale de manera habitual de normatividades indeterminadas en cuanto a la fijación de las penas y lo propio, en cuanto a indeterminación, sucede en el Derecho Constitucional.

Los despliegues sociales y axiológicos a tener en cuenta en la determinación de las normas varían según se trate del Derecho Público o del Derecho Privado y, dentro de éste, v. gr., conforme se consideren cuestiones contractuales o familiares.

d) *La elaboración*

7. La producción de carencias axiológicas, cuando existen normas pero se las descarta por considerarlas injustas, y la elaboración de las normas responden a complejos de valor distintos según se consideren casos publicistas o privatistas y, dentro de éstos, conforme sean problemas contractuales o de familia. En el Derecho Público la justicia suele presentarse en más vinculación con el orden; en el Derecho Privado de los contratos hay con gran frecuencia integración de la justicia con la *utilidad* y en el Derecho Privado de familia a menudo la integración axiológica más intensa incorpora exigencias de *amor*.

La producción de carencias, con miras a elaborar nuevas normas que se estiman valiosas, tiene en principio menos legitimación en las normas contractuales que en las legales, dada la fuerte carga de legitimación que brinda la autonomía de las partes, sólo excepcionalmente superable por la falta de valor en cuanto a los otros aspectos del contrato, en especial su objeto y la negociación de su forma. La permanente presencia del pueblo en la democracia puede fundamentar de modo más fácil la producción de carencias axiológicas para cumplir su voluntad.

La analogía y los principios generales, como sendas para la autointegración del ordenamiento normativo, pueden tener significación en el sentido de conjeturarse la voluntad del repartidor que no se pronunció o como expresión de la exigencia dicalógica de igualdad. La analogía está más cercana al camino «particular» del Derecho Privado, los principios generales son relativamente más «publicistas»⁸.

8. Pese a las observaciones generales que hemos expuesto, como en todo marco de generación de carencias axiológicas y de elaboración de normas suelen influir

8. Puede c. no obstante ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch.

las ideas socioeconómicas que se sustentan. Un *liberal* tendrá más apego a la autonomía de las partes y resistirá más la carencia en las normas contractuales. Sus referencias axiológicas preferirán la relación de la justicia con la utilidad. A la inversa, un *socialista* se referirá más a la ley y se inclinará con más facilidad al rechazo de la norma contractual. Sus consideraciones axiológicas tendrán más proyecciones a la cohesión social y al amor.

e) La argumentación

9. La argumentación del Derecho Privado se refiere a un *auditorio* distinto y en general más limitado que la del Derecho Público, diversificándose a su vez según se trate del ámbito de los contratos o de la familia⁹. Al menos hasta la intervención judicial, la argumentación contractual se dirige de modo principal a las partes, en tanto en el área de familia se orienta en especial a los integrantes de ésta, a su vez con más referencia a la sociedad en general que en el marco contractual. La argumentación en el Derecho Privado ha de tener como auditorio de destacada significación a los particulares interesados; en cambio, el discurso del Derecho Público es más social¹⁰.

En el Derecho Público la *finalidad* principal de la argumentación es el «*consenso*» (el sentir, pensar u opinar en común de todas las personas de un conjunto), pero también hay una importante función autoritaria dirigida a «*di-suadir*» (inducir, mover con razones, no siempre directas, a cambiar de propósito), en especial en el ámbito penal. En cuanto a la autonomía del Derecho Privado, la argumentación busca más el «*con-vencimiento*» (el «vencer», mover con razones a alguien), pero en muchos casos lo que se pretende es la mera «*per-suasión*» (que sólo vale para inducir, «mover», obligar con razones, no necesariamente directas a determinadas personas), con ciertos rasgos más autoritarios¹¹. La propaganda, empleada en lo público y lo privado, pero dominada muchas veces por el sentido del mercado, procura más persuadir que convencer.

Los *argumentos* varían también conforme a los valores en juego en los distintos campos jurídicos. En general, la argumentación pública vincula más a la justicia

9. En cuanto a la diversidad de los auditorios, v. por ej. PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, L., «Tratado de la argumentación», trad. Julia Sevilla Muñoz, 1ª. reimp., Madrid, Gredos, 1989, por ej. págs. 168 y ss.

10. La diversidad de auditorios en la argumentación y en particular en la fundamentación de las decisiones es un terreno en el que hay que hacer avances muy significativos, sobre todo en la práctica.

11. V. PERELMAN- OLBRECHTS - TYTECA, op. cit., pág. 67.

con el orden; la argumentación privatista contractual la relaciona más con la utilidad y la familiar la vincula más con el amor. No obstante, en la disuasión y la persuasión estos caracteres suelen mezclarse.

f) *La síntesis*

10. Dada la libertad que suele dejarse a la actividad contractual, a menudo las normas emergentes de ella producen conflictos, por superación de las posibilidades patrimoniales, que requieren la tarea de síntesis a través del «con-curso», donde se compatibilizan las diversas obligaciones mediante la intervención legislativa y judicial. Tal vez la necesidad de esa síntesis privatista contractual sea especialmente intensa. Sin embargo, también las normas emergentes de las leyes pueden enfrentarse a la necesidad de síntesis, como lo muestran el propio concurso respecto de obligaciones legales, la exigencia de *compatibilizar* (unir o hacer «concurrir») el ejercicio de los derechos de los padres separados, divorciados o con matrimonios anulados sobre sus hijos y el «con-curso» real de delitos.

g) *La aplicación*

11. A veces, los *hechos* a encuadrar en la aplicación deben ser *conjeturados*. La conjetura depende de datos psicológicos, sociológicos, económicos, antropológicos, religiosos, etc., a reconocer en la realidad, que varían según se trate del Derecho Público o del Derecho Privado y, dentro de éste, del área de los contratos o del ámbito de la familia. No es lo mismo conjeturar, por ejemplo, el comportamiento de un gobernante o un gobernado, de un contratante o del integrante de una familia.

12. Por su especial vinculación con el interés de los particulares, el Derecho Privado suele encarar el *encuadramiento* según el método *sistemático*, que parte de las pretensiones, y no conforme al método histórico, que es más común en la problemática referida de modo más directo a los hechos, frecuente en el Derecho Público.

A su vez, en cuanto a la *efectivización* de la consecuencia jurídica, en la que culmina la aplicación, los límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, hacen que más a menudo haya tropiezos en las respuestas legales que en las contractuales. Los contratantes suelen tener gran sentido de la realidad, en tanto los legisladores pretenden prescindir más de ella. En especial, las aspiraciones desmedidas de los autores del Derecho Público conducen a muchos repartos frustrados, y no ca-

rece de significación que las revoluciones sean más numerosas en este ámbito. Con razón suele hablarse de la “locura de Césares”.

Dados los requerimientos especiales de la justicia particular, que caracterizan al Derecho Privado, en éste la importancia de los casos es al menos más evidente que en el Derecho Público.

13. Algunas de las particularidades de la vida de los contratos pertenecen a la esfera de su propia producción, como sucede con la conversión del negocio jurídico¹², pero otras, como la *suspensión*, tienen claro carácter funcional¹³. La suspensión por incumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, vicisitud de aplicación que hace a las normas temporariamente ineficaces, es más frecuente en los contratos que en las leyes.

2') El funcionamiento conjetural

14. Además del funcionamiento por producir y del ya producido (que se refiere a las normas ya dictadas, v. gr., en cuanto a reconocimiento y ejecución de sentencias) hay que atender al funcionamiento conjetural¹⁴. También en esta perspectiva, los elementos a tener en cuenta son diferentes según se trate del Derecho Público o el Derecho Privado y de las áreas contractual o familiar. Conforme el funcionamiento conjetural se produzca en el ámbito público o privado, sea éste contractual o familiar, deben emplearse aportes *psicológicos, sociológicos, económicos*, etc. diferentes. En lo contractual es más importante la economía; en lo familiar lo son la psicología y la sociología.

12. V. por ej. BETTI., op. cit., pág. 411.

13. Puede c. v. gr., ARIZA, Ariel C., «La suspensión del contrato», en «Estudios de Derecho Privado moderno. Homenaje al Dr. Ángel B. Chávarri», Bs. As., Ad-Hoc, 1998, págs. 187 y ss.

14. Es posible v. nuestro estudio «La conjetura ...» cit.