

Juan Pablo
Lionetti de Zorzi*

*Cuestiones básicas del
nuevo Código Civil y
Comercial Nacional
Argentino bajo la mirada
de tres filósofos del
derecho*

Resumen

El presente trabajo muestra algunos problemas potenciales, que trae aparejado el nuevo Código, analizados bajo las enseñanzas de importantes autores de la filosofía del derecho. Dichas cuestiones podrían acarrear una serie de sentencias dispares trayendo consigo las consecuencias que ocasiona una jurisprudencia imprevisible.

Abstract

This paper presents some potential problems, which brings about the new Code, analyzed under the teachings of important authors of the philosophy of law. These issues could lead to a number of disparate rulings bringing the consequences it causes an unpredictable jurisprudence.

SUMARIO: Advertencia preliminar y metodología / Introducción / I. Distintos códigos / II. Un punto de referencia necesario / III. Comenzando por el principio / IV. El problema de las palabras / V. El uso de las palabras / VI. Las palabras como herramientas del legislador / VII. El nuevo código y lo que destacados autores de la filosofía del derecho tienen para decir al respecto/ VIII. Conclusión / Fuentes de consulta

* Miembro del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino.

Advertencia preliminar y metodología

El objeto de estudio del presente trabajo es el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina a la luz de tres autores clásicos de la filosofía del derecho: Herbert Hart, Hans Kelsen y Alf Ross. Dentro de ese objeto, el subtema específico es el análisis en cuanto a la claridad conceptual en los artículos que tienen un principio interpretativo.

Se han realizado muchos análisis desde distintas ramas del derecho civil y comercial (las cuales están fuera del análisis del presente estudio), pero ninguno a la luz de la filosofía del derecho a excepción de un trabajo (mencionado en este artículo), elaborado según la mirada de Ronald Dworkin. Lo que le otorga cierto marco de novedad al presente. La importancia de este artículo radica en que el anterior Código Civil (1869), así como también el Comercial (1862), que estuvieron vigentes hasta el 1 de agosto de 2015, datan de hace 150 años. Cuando no se contaba con las enseñanzas de los autores mencionados por lo que mal pudieron, los juristas de aquella época, contar con dichos conocimientos.

En el siglo XXI uno espera que ciertas falencias detectadas por la doctrina filosófica sean disminuidas o, al menos, no se agraven. No obstante, la hipótesis a verificar es que no se han tomado en cuenta ciertas cuestiones básicas señaladas por los expertos mencionados.

Asimismo, es importante destacar que se analizará a la luz del tema y no del autor. Ello por cuanto que cada uno de los juristas citados tiene una concepción distinta del derecho, por lo que su análisis es producto de una mirada epistémica diferente. Para solucionar dicho problema sólo nos atendremos a lo que expresan de la importancia de la claridad conceptual (como se mencionó), sin profundizar demasiado en las diferentes posturas de cada uno. Este no pretende ser un estudio de técnica legislativa, ni de interpretación legal, ni de las tesis de los tres autores. Es muy probable que roce esos temas, pero por una cuestión de cercanía; Sin embargo, no es el objeto principal de estudio. Haciendo una analogía con el fútbol: no se analizará la estrategia del equipo ni las tácticas (de ataque o defensa), sino simplemente si los jugadores le están pegando bien al balón; es decir, lo básico.

También es importante destacar que como sólo se analizarán aquellos artículos que tengan algún principio interpretativo, se utilizará el método inductivo, en donde su tesis final será una conclusión general, desprendida de lo que se concluye con cada uno de los artículos que se estudiaron de manera separada e individual.

En vista a lo nuevo del Código, el método empírico es imposible porque no hay aún jurisprudencia al respecto. El método descriptivo y explicativo sería vacío porque no hay en este momento, información suficiente para constatar su funcionamiento actual, por lo que se utilizará el método exegético.

Lo mencionado hasta aquí obedece, simplemente, a contar con distintos elementos que le otorguen, al presente, carácter de refutable. Que quien desee refutar este

artículo tenga las herramientas para hacerlo, o al menos para intentarlo. Ya sea desde nuestra propia óptica o desde una mirada distinta.

Por último, el motivo por el que se busca publicar en una revista mexicana se debe a que al día de hoy es el país, de América latina, donde a nuestro entender se ha estudiado más el realismo jurídico (a lo que se suma su larga tradición iusfilosófica). Por lo que, si bien el auditorio puede llegar a desconocer los vericuetos del derecho civil y comercial argentino, no obstante, gracias al manejo que se tiene de los tres autores mencionados posee el *know how* para ser juez y jurado de este trabajo.

Introducción

El 1 de octubre de 2014 fue sancionada la Ley 26.994. El día 7 de octubre de ese mismo año fue promulgada. Culminó, así, un proceso que comenzó el día 23 de febrero de 2011 cuando, mediante el Decreto N° 191, se creó la “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”. En ese acto se habían designado a los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, como integrantes de dicha comisión. Como final del capítulo se estableció que el nuevo Código comenzará a regir a partir del 1 de agosto de 2015.

En ese contexto, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, y coordinador de la redacción del nuevo Código, comentó que dicho texto legal es un “gran avance”.¹ Estamos de acuerdo. No obstante, habría que reflexionar si es un “gran progreso”. La diferencia radica en que avanzar es simplemente ir hacia adelante. En cambio, progresar es acercarse al objetivo propuesto. Esto último es importante remarcarlo porque, a veces, para progresar es necesario retroceder. Es decir, si en una bifurcación tomo el camino equivocado, cuanto más avance más me alejare del punto de llegada. Por otra parte, para retomar el camino correcto, a veces, no nos queda otra alternativa que retroceder hasta el punto de bifurcación para poder continuar en la dirección acertada.

Ahora bien, a lo largo de los años, muchos fueron los académicos que promovieron cambios en el Código Civil, pero eran pocos los que propugnaban un nuevo código. Ello es así por cuanto, generalmente, se hacían estudios previos a fin de poder concluir cual era la mejor alternativa, si un Código nuevo o la reforma y actualización del actual y la conclusión a la que arribaban esos estudios, era la reforma del actual.

Un claro ejemplo a citar es el proyecto de reforma de 1936² cuyos estudios previos dieron como conclusión que una reforma del Código Civil sería lo más adecua-

¹ (Lorenzetti: El nuevo Código Civil es un gran avance, 2014).

² El 2 de julio de 1926, mediante el Decreto N° 12542, el entonces presidente Alvear y su Ministro de Justicia Sagarna crearon la comisión revisora del Código Civil. Dicha comisión estaba integrada por un

En el caso del Código actual, se desconocen los estudios hermenéuticos, metodológicos e históricos que dieron como conclusión la necesidad de un nuevo Código; cuando la mayoría de los proyectos anteriores dieron como resultado la reforma del existente.

do. Dichos trabajos de referencia fueron publicados en 1940, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, bajo el título *La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del proyecto de 1936*.

En el caso del Código actual, se desconocen los estudios hermenéuticos, metodológicos e históricos que dieron como conclusión la necesidad de un nuevo Código; cuando la mayoría de los proyectos anteriores dieron como resultado la reforma del existente.³ Asimismo, tampoco se conoce si hubo una etapa de revisión de dicho proyecto.

I. Distintos códigos

Tras la guerra de las Galias los pueblos vencidos (sajones, anglos, teutones, francos, bávaros, burgundios, longobardos, etcétera) siguieron manteniendo algunas costumbres celtas dado que Roma no pudo someterlos en su totalidad.

En ese sentido, el derecho celta era mucho más comunitario y local. Al no haber un poder centralizado había una importante presencia de la costumbre como fuente del derecho (aun mayor que en el derecho romano). Eso ocasionaba que el ciudadano celta poseyera una capacidad de fomentar la legislación (por medio de los

representante de la Corte Suprema, un representante de la Cámara Civil, primera de la Capital y otro por la Cámara segunda, un representante por parte de la Academia de Derecho de Buenos Aires, un representante de las principales Facultades de Derecho del país (que fueron cuatro: La Plata, Buenos Aires, Córdoba y el Litoral), y un representante por parte del colegio de abogados de Buenos Aires. Dicha comisión encomendó de manera unánime al representante de la Academia de Derecho de Buenos Aires (Juan Antonio Bibiloni), los estudios de anteproyecto que más tarde serían la base de las deliberaciones de la Comisión. Dado su endeble estado de salud, la Comisión se reunía en la casa de Bibiloni para discutir diversos temas. Bibiloni dedico los últimos seis años de su vida a dichos estudios que culminaron los primeros meses de 1933. A los pocos meses, acontece el deceso de Bibiloni. No obstante, la comisión estuvo tres años puliendo y discutiendo los conceptos de dicho autor y, finalmente, el 1 de octubre de 1936 se eleva al Poder Ejecutivo un proyecto de Ley propiciando ciertas reformas al Código Civil.

³ Cabe destacar que en los diversos actos administrativos relaciones con ese proyecto en ningún momento se brindan motivos sólidos que justifiquen la necesidad de un nuevo Código. En los *considerandos* del Decreto 191/2011 se hace mención a los cambios “*culturales y legislativos*”, poniendo como ejemplo la reforma constitucional de 1994. Al respecto el ministro Lorenzetti expuso en una introducción a la publicación del nuevo Código que: “Es importante señalar que en la comunidad académica de Argentina existe un consenso muy amplio sobre la necesidad de una reforma de este tipo. Tal acuerdo fue expresado en siete proyectos presentados a lo largo de muchos años” (Código civil y Comercial de la Nación, 2014: 7). En lo referente a esto último cabe destacar tres cuestiones. La primera es que sólo tres de los siete proyectos (los de 1987, 1993 y 1998) estipulaban la unificación de un nuevo Código Civil y Comercial.

usos y costumbres) en las distintas relaciones comerciales. Y esa diferencia entre un derecho con un fuerte impulso de fuente de normas mediante la costumbre y otro derecho donde imperan las fuentes de normas mediante la ley centralizada siguió existiendo por muchos siglos.

Con la desaparición del Imperio romano muchos de estos pueblos fueron conquistados y, por lo tanto unificados, dando lugar al Sacro Imperio Romano Germánico que permitió la invasión normanda a la Gran Bretaña. Para esa época, toda Roma había caído. Por su parte, el Sacro Imperio lejos de imponer un derecho común había permitido que cada tribu mantuviera el suyo, aunque se notaba una leve influencia del derecho canónico (el cristianismo era la religión oficial). No obstante lo que no se impuso por ley se adquirió de formación.⁴

Ello nos dirige a una visión de distinta temporalidad. El sistema continental, con fuerte influencia del romano, mira cómo modificar la realidad actual para transformar el futuro. Así, por ejemplo, en Francia la capacidad jurídica era el privilegio de unos pocos. Al caer la monarquía por la Revolución francesa, dicha capacidad legal se expandió a un sector mucho más grande de la población. Es decir, las normas modificaron la realidad.⁵

Los demás eran reformas al Código Civil y no un Código Nuevo. Mucho menos la unificación del Civil, con el Comercial. Lo segundo es que no se hace mención, en el mensaje de elevación, de la reforma llevada a cabo en 1968. Es decir, no es un Código de 150 años como pareciera darse a entender. Tercero, si la memoria no nos traiciona y los artículos que se publicaron en su momento nos sirven como prueba, el consenso nunca fue del todo amplio. Si bien, había cierto grado de acuerdo entre los civilistas; los expertos en derecho comercial estaban bastante lejos de tolerar de manera pacífica una unificación. Máxime tomando en cuenta que en realidad lo que hacían los distintos proyectos no era una unificación de Códigos sino la inclusión del Código de Comercio dentro del Código Civil. Los argumentos vertidos en general por los expertos de derecho comercial era que ambos Códigos se basaban en principios rectores distintos. Mientras en el Código Civil prima la “seguridad” y por eso se defiende al indefenso y se protege al incapaz, en el Código de Comercio, prima la “celeridad” necesaria para los negocios. Por eso, mientras para un préstamo hipotecario se requiere: estudio de título, inscripción en el registro de la propiedad inmueble del nuevo estado del bien, presencia de escribano, etcétera. Para un préstamo de dinero comercial sólo hace falta firmar un pagare. Y esos dos principios no son compatibles porque la seguridad por su propia naturaleza exige tiempo de estudio y análisis, tiempo que puede acarrear el fracaso de un negocio en un ámbito en donde se suele decir que “el tiempo es oro”. No obstante los ríos de tinta que los académicos de derecho comercial dedicaron al tema, en los fundamentos del nuevo Código, se remarco no sólo que se busca la seguridad jurídica para las transacciones comerciales sino que además reconocen de manera fehaciente, como un logro, que esto último está presente en pocos Códigos: “Estos valores y principios están en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultura remarcable” (Comisión para la Redacción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, 2011 p. 6). Es decir, no se ha prestado atención lo que a lo largo de los años distintos expertos en derecho comercial, han venido manifestando acerca de los principios que rigen dicha rama del derecho.

⁴ Para esa época, todos los estudiantes de derecho deseaban ir a estudiar a la Università di Bologna y al egresar eran expertos en el *Corpus Juris* de Justiniano. De ese modo floreció la diferencia entre el sistema continental con el germánico y el *common law*.

⁵ Lo mismo sucedió en distintos países de América con las primeras Constituciones cuando se abolió la esclavitud y la sociedad, de golpe, debió asimilar una nueva realidad para la que quizás no estaba socialmente preparada.

Por su parte, el sistema germánico, y en menor medida el *common law*, analizan cómo fue la realidad en el pasado para decidir sobre el presente. No buscan plantear modificaciones de la realidad, sino que intentan plasmar en texto legal lo que ya ocurre en la sociedad.

Esta remembranza histórica explica el motivo de la solución de compromiso del Código Napoleónico de 1804.⁶ No obstante, para Savigny esa mezcla dio un resultado negativo.

Expresó que en Francia se dictó un Código merced a un trabajo apresurado; que lo hizo lleno de imprecisiones y además empobreció la ciencia jurídica limitándola a comentarios del texto. Propuso por eso que, en lugar de ocupar esfuerzos en confeccionar y sancionar un Código para Alemania, las energías debían enfocarse hacia la construcción del sistema científico del derecho vigente en la Alemania de ese momento, cosa que no se había hecho aún, y que más adelante podía sentar bases que hagan oportuna alguna codificación.⁷

En síntesis, Savigny manifestaba que el derecho es el producto del pasado de una nación. Al igual que la lengua o el arte no podían ser impuesto y que el espíritu del pueblo alemán, no estaba maduro para darse un Código que no fuera una mera, dañina e infructuosa imposición artificial.

II. Un punto de referencia necesario

Tras lo comentado se pueden entender esas diferencias conceptuales como una cuestión doctrinaria. Por un lado, están los autores que como Savigny proponen que el derecho es el espíritu de un pueblo y que se manifiesta en la costumbre;⁸ por otro, hay autores como Hart, quien sostenía que el derecho, por medio de las reglas, puede llegar a modificar las elecciones de los individuos en lo relacionado a su conducta y que, con el tiempo, esas nuevas acciones se transformarían en hábitos, por ejemplo, manejar por la izquierda en Inglaterra.⁹

⁶ Dicho texto fue redactado por una comisión compuesta por cuatro juristas (Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis y Maleville) que tomaron como modelo el proyecto de Jean Jacques Cambacérès de 1796 junto con el de Jacqueminot de 1799. El problema residía en que en el norte de Francia, de raíces normandas/celtas, primaba el derecho consuetudinario, y en el sur, más cerca de la influencia de Italia, el derecho escrito. Así los juristas debieron realizar una transacción entre el derecho escrito y centralizado y las costumbres a fin lograr la unidad del sistema (Bariza, 1990-1991 pp. 481-497).

⁷ M.G. Morelli, "Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny". *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, de la Universidad Nacional de Rosario, núm. 28, 2004/2005, pp. 69-100.

⁸ "El derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo, y por ello habremos llamarlo Derecho del Pueblo [...]. Se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos, vive y actúa y que produce el derecho positivo". (De Savigny, 1840 p. 6).

⁹ "Los hombres pueden, por cierto, adquirir literalmente el hábito de acatar ciertas normas jurídicas: conducir por la izquierda es quizás un paradigma, para los ingleses, de un hábito adquirido de este tipo". (Hart, 1961 p. 65).

Es síntesis, la primera pregunta a formular a fin de comprender cuál fue la causa de la nueva creación legal es: ¿Qué fue lo que se intentó hacer con el nuevo Código? ¿Actualizar el Código a la realidad social o modificar la Ley para obtener una modificación de la realidad? De acuerdo lo que se impulse distintos serán los principios a utilizar. Al no hacerse públicos los estudios previos no es posible saber, con certeza, cuál fue el objetivo por lo que nos obliga a inferirlo a través de su resultado.

No obstante, y tomando como parámetro que un Código es un cuerpo normativo que debe contener unidad, coherencia, etcétera, se puede ver que ninguna de esas cualidades sobresale en el nuevo Código en donde una y otra postura se cruza, mezclan y oponen entre sí.

Se puede ver cómo en ciertos puntos se busca modificar la realidad y en otros actualizarla. Eso no es para nada reprochable si se da sólo en algunos casos aislados. Pero el alto grado de antinomia¹⁰ da lugar a que no quede claro si esas diferencias conceptuales son las que se buscaban o son el resultado de una metodología alejada de una postura de unidad y coherencia.¹¹

III. Comenzando por el principio

Como advertimos, no haremos un análisis de institutos jurídicos o de principios establecidos en el nuevo Código. Sino que solo evaluaremos el A-B-C del derecho, es decir, la claridad de conceptos a través de la utilización de las palabras adecuadas. Este estudio se limitará, estrictamente, a eso: a exponer la opinión de autores clásicos de la doctrina (en lo que a filosofía del derecho se refiere) y compararlo con algunos artículos que establecen ciertas reglas a seguir en el nuevo Código.

Ahora bien, es sabido que los abogados utilizamos a las palabras como el viejo juego del LEGO. Es decir, las usamos para armar un nuevo estado de situación: en la política, las palabras se usan para construir realidades; en las leyes del Congreso, para reconocer derechos o modificar conductas de la ciudadanía; en las sentencias judiciales de los tribunales superiores, para poner límites a los abusos; en la diplomacia, para originar guerras o sellar la paz.

¹⁰ No forma parte del presente mostrar todos los casos de antinomia para dar un porcentaje exacto. No obstante, partimos de la premisa que el grado de antinomia del Código nuevo es superior al del Código civil anterior. En ese mismo sentido, si bien no tenemos un estudio cuantitativo, es tremendo y notoria la ausencia de definiciones del nuevo código unificado en comparación con el viejo. Muchos conceptos que en el código viejo se encontraban definidos en el nuevo, no sólo no se actualizaron, sino que carecen de definición. Cabe destacar que, al carecer de un estudio cuantitativo al respecto, el único respaldo que cuenta la opinión vertida son los conocimientos propios de quien la emite.

¹¹ No es difícil imaginar, por su resultado, redactores sin comunicación entre sí y que se dedicaron a un capítulo en particular sin tener una visión del todo, con algún que otro posible *copy paste* de leyes extranjeras y traducidas de manera literal. Sería interesante saber, de los ciento once redactores, cuántos especialistas en derecho comercial participaron y si hubo, al menos, un especialista en filosofía del derecho. O mejor aún, saber si alguno de todos ellos tuvo la oportunidad de leer un borrador completo e integrado previo a emitir su opinión (Mensaje 884, 2012 p. 4).

A pesar que existe una gran cantidad, no conocemos las suficientes para abarcar todas las posibles situaciones. Entonces se tiene que utilizar en más de un sentido, lo que ocasiona que las personas y, por sobre todo los jueces, tengan que llevar a cabo la actividad de interpretar.¹² Pero no es una tarea fácil. Por eso, cuantas menos palabras haya que interpretar, más fácil será para el juez hacer su trabajo.

IV. El problema de las palabras

Algunas palabras se caracterizan por su extremada ambigüedad, siendo entonces de vital importancia el contexto y la situación a la que se refieren. Es el caso, por ejemplo, de la palabra *vela*.¹³ No nos referiremos al mismo objeto si hablamos de “izar las velas del barco”, de “apagar las velas de cumpleaños” o de “pasar la noche en vela”.¹⁴ El “viático” puede ser la última

Algunas palabras se caracterizan por su extremada ambigüedad, siendo entonces de vital importancia el contexto y la situación a la que se refieren. Es el caso, por ejemplo, de la palabra vela.

comuni3n cristiana administrada a una persona convaleciente o el dinero que percibe un empleado para afrontar una serie de gastos reconocidos por la legislaci3n laboral.¹⁵

Como puede verse el contexto es fundamental porque nos posibilita comprender cuál es el alcance del significado; veamos otro ejemplo:

¹² “La actividad que se dirige a exponer el significado de una expresi3n se llama interpretaci3n” (Ross, 1958 p. 152).

¹³ R. A. Guibourg, A. M. Ghigliani y R. V. Guarinoni, *Introducci3n al conocimiento científcico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, p. 49.

¹⁴ En cierta clase, una profesora le preguntó a un alumno: “¿cómo come usted?”, a lo que el alumno, perplejo respondió “¿Cómo? Como, como”. De más está decir que, si bien dijo tres veces las mismas palabras, no quiso decir tres veces lo mismo.

¹⁵ Al respecto existe lo que algunos denominan “ambigüedad técnica”. Un ejemplo de ello es el término “concepci3n”. Un sacerdote cat3lico, un médico y un abogado argentino pueden usar, de manera técnica, la misma palabra, pero se estarán refiriendo a tres momentos distintos del embarazo. Para la teología cat3lica la concepci3n es el momento donde comienza el intercambio, del mensaje genético, entre el óvulo y el espermatozoide. En ese momento existe un organismo vivo que tiene un mensaje distinto, que no es ni el de la madre ni el del padre. Para un médico la concepci3n está más ligada a la individualidad. Es decir, al momento en donde el intercambio del mensaje genético termino y comienza la reproducci3n celular posterior a la formaci3n del cigoto. En ese instante existe un ser único y nuevo. Por último, un abogado argentino antiguamente se regía por el Art. 63° del antiguo Código Civil el cual establecía “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. Es decir, como la concepci3n se realiza en las Trompas de Falopio, y se asimila al seno materno con el útero, en honor a la verdad lo que estaba diciendo es que habría persona a partir de la implantaci3n del cigoto (óvulo fecundado) en el útero. Desde esa visi3n, entre la “concepci3n” cat3lica y la legal había *varios* días de diferencia y muchas discusiones estériles a raíz de la ambigüedad técnica. No obstante, el actual Código Civil y Comercial de la Naci3n, que comenzó a regir en 2015, establece en su Art. 19° “La existencia de la persona humana comienza con la concepci3n” sin definir el término o el momento de la “concepci3n”.

Si en una de las entradas de una exhibición ganadera hay un cartel que dice “Por aquí solo pueden entrar cuidadores con animales”, nadie imaginaría que el cartel autoriza la entrada a cuidadores que lleven consigo a sus canarios. Es fácil pasar por alto el hecho de que la palabra “animal” recibe aquí una interpretación condicionada por la situación y el propósito, que es mucho más restringida que una definición del significado de la palabra según el uso.¹⁶

No obstante, la correcta utilización del contexto¹⁷ no siempre ocurre de forma inmediata, sino sucesiva. Es prueba y error. Dicho en otro término, jurisprudencia a favor y en contra.

Otras palabras se caracterizan por la dificultad que les otorga la vaguedad de su significado, por ejemplo: *preadolescente*. En esos casos el problema reside en que entre la zona de notable aplicación del término y la de imposible aplicación hay una zona de grises lo suficientemente extensa como para no saber dónde ubicarlo (riesgo razonable, mediano plazo, etcétera). A lo que debemos sumarle los casos en donde su uso no ha sido todavía decidido.¹⁸

Esta vaguedad es conocida y utilizada en los ámbitos judiciales. Técnicamente, se utilizan los términos vagos como “términos llave”. El ejemplo más conocido es el de “buenas costumbres”.¹⁹ Se le denomina “términos llave” porque permite abrir la puerta a una batería de argumentos ¿Alguien sabe fehacientemente qué es una buena costumbre? No obstante, cuando un juez quiera denegar algo podrá utilizar el argumento de que atenta las buenas costumbres y, a través de ese argumento, se le permitirá utilizar una serie de baterías, doctrinales y jurisprudenciales, en donde se ponga de relieve la importancia de mantener y preservar las buenas costumbres y de evitar las que no lo son. Es decir, las “buenas costumbres” son como las siliconas; no sabemos qué son ni de qué están compuestas, pero coincidimos en que son útiles y tienen múltiples usos.

Por todo lo expuesto, es conocido desde hace mucho tiempo que, cuanto peor técnica legislativa se plasme en textos legales y más términos vagos o ambiguos sean utilizados, mayor será la diferencia de criterios judiciales y, por tanto, la sensación de arbitrariedad (ya sea justificada o no) que flotara en los pasillos de los tribunales.

¹⁶ A., Roos, (1958), *On law and justice*. London: Stevens y Sons. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *Sobre el derecho y la justicia*. 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2005.

¹⁷ Como ejemplo de cómo el contexto nos guía a la correcta interpretación de la palabra. Guibourg, y otros autores, citan un ejemplo de Wittgenstein en donde remarcan que si una madre nos pide que le enseñemos un juego a sus hijos de siete y ocho años no es probable que le enseñemos a jugar al poker (Wittgenstein, 1963 pp. 31-33) comentado por (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1985 p. 51).

¹⁸ “El uso puede estar, a este respecto, totalmente “abierto”. Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones” (Carrió, 1994, p. 35).

¹⁹ Cabe destacar que todo “término llave” es un “término vago”. Pero no todo “término vago” es un “término llave”. La consigna de “término vago” se lo asigna su claridad conceptual. La consigna de “término llave” se lo asigna el uso que de él se haga en el ámbito judicial.

V. El uso de las palabras²⁰

Ahora bien, el significado que se les atribuye a las palabras lejos de permanecer indemne con los años se va cargando paulatinamente de historia que provoca un cambio de sentido. A veces para toda la sociedad²¹ (historia general) y en otras circunstancias sólo para el emisor o el receptor (historia particular).²²

En el caso de la historia general del término, mucho tienen que ver los medios de comunicación, por que;

[...] si estos órganos de comunicación masiva martillean incesantemente para la producción por ejemplo de una serie de reacciones ante palabras tales como comunista, burócrata, wall street [...] pueden producir a largo plazo reacciones de identificación ante palabras [...].²³

En el caso de la historia particular²⁴ este ejemplo grafica su funcionamiento: “Cuando leo un libro [...] Ocurre a menudo que mi comprensión de las primeras páginas del libro ha cambiado cuando lo termino y comienzo a leerlo de nuevo”.²⁵

Ahora bien, conjuntamente con los significados, en ciertos grupos de palabras aparecen sentimientos tanto favorables como desfavorables. Dichos esquemas de reacciones²⁶ pueden justificarse como prejuicios,²⁷ significado emotivo,²⁸ etcétera.

²⁰ En este apartado desarrollaremos de manera más detallada y completa una temática que trabajamos de manera más rudimentaria en otro trabajo (Lionetti de Zorzi, 2012, pp. 136-138).

²¹ Como es el caso del término *anticuado* “que una vez significó ‘de hace mucho tiempo, comprobado y confiable, y todavía valorado’, y que con el cambio de valores sociales gradualmente llega a significar, obsoleto, inaceptable, ya sin valor y pasado de moda” (Mulholland, 1991 pp. 25-26).

²² La historia particular tiene una gran importancia al demostrar los peligros que encierra la interpretación gramatical o literal de los textos legales. Dicho método surgió de los glosadores para interpretar los textos romanos. No obstante, hay circunstancias en donde dicho método no sería recomendable. Ello por cuanto los textos normativos tienden a regular de acuerdo a un sentido, socialmente válido, el cual puede no coincidir con la experiencia individual del intérprete (Catenacci, 2006 p. 305).

²³ S. I., Hayakawa, 1958, “How words change our lives”, *Saturday Evening Post*, vol. 231, núm. 26, (27/12/1958) pp. 267. Citado por la traducción castellana de Del Valle, F. “Como las palabras cambian nuestras vidas”. En: *Aventuras de la mente*, Van Thruelsen, M. y Kobler, J. Eds. Buenos Aires, Ed. Libro Centenario, 1964.

²⁴ Muchas veces, esa diferencia en la historia particular está dada por diferencias culturales. Esas diferencias cuando no son compartidas traen consigo problemas en la comunicación. En ese sentido la relación de la comunicación con la cultura ha dado lugar a lo que se conoce como “conciencia intercultural” (Van Hooff, Korzilius, y Planken, 2005).

²⁵ A., Roos, 1958, *On law and justice*. London: Stevens y Sons, p. 153. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *Sobre el derecho y la justicia*. 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2005.

²⁶ “[...] la suma total de nuestras maneras de actuar en respuesta a los hechos, a las palabras y a los símbolos”, Hayakawa, 1958, p. 257).

²⁷ “[...] esquemas de reacción fijos e inalterables”, (Hayakawa, 1958 p. 263).

²⁸ “[...] palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo,

Al respecto se comenta que

Las personas que sufren de prejuicios semejantes parecen tener en el cerebro un cable al descubierto que al entrar en contacto con palabras tales como “capitalista”, “patrón”, “huelguista”, “descamisado”, “demócrata”, “republicano”, “medicina socializada” y otros términos tales cargados de energía, origina de inmediato un cortocircuito, a menudo con una explosión de fusibles [...] (es decir, tratan como idénticos) todos los valores de un vocablo símbolo dado; dicho de otra manera, identifican todos los casos comprendidos bajo el mismo nombre.²⁹

Por tal motivo, si bien es cierto que hace falta un nombre, también es cierto que ese nombre probablemente no sea el mismo a lo largo del tiempo. Sobre todo, si se han formado esquemas de identificación.

En ese orden de ideas Copi comenta un ejemplo de la necesidad de modificación:

El vuelo de los términos menos cómodos a los más cómodos solamente puede tener un éxito temporal. Cuando el “enterrador” es sustituido por el “empresario de pompas fúnebres”, este último término pierde su atractivo hasta que eventualmente sea reemplazado por “ejecutivo funerario”, y así sucesivamente.³⁰

Una práctica para nada nueva: “elegir el nombre que sugiere aquello que deseamos es una vieja práctica, sobre todo en la propaganda de guerra. Una estrepitosa derrota se llama, así, una “retirada temporal”; una retirada masiva se llama “consolidación ordenada de las fuerzas”.³¹

Ese tipo de cuestiones³² queda más claro en el ámbito jurídico, tal como comentara un gran jurista:

1. Pedro flexionó con fuerza el dedo índice de su mano derecha.

tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres” (Carrió, 1994 p. 22). “Una palabra o frase puede tener tanto un significado *literal* como un impacto *emotivo*. Éste último se llama comúnmente el “significado emotivo” de la frase” (Copi, 1953 p. 109).

²⁹ (Korzybski, 1948) comentado por (Hayakawa, 1958 pp. 263-264).

³⁰ I. Copi, *Introduction to Logic*, New York, The Macmillan Company, Citado por la traducción castellana de Míguez N., *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1953, p. 111.

³¹ *Ibidem*, pp. 110-111.

³² Al respecto un ejemplo claro puede ser el que nos explica ese personaje al que llaman el “Hada” en el último libro de la Trilogía de Ransom: “[...] si llegara aunque sea a murmurarse que el NICE desea poderes para experimentar con criminales, tendrás a todos los ancianos de ambos sexos con los brazos en alto y dando grititos por la humanidad. Llámalo reeducación de los inadaptados y los tendrás a todos babeando encantados porque la era brutal del castigo compensatorio, por fin ha terminado. Lo raro es que la palabra “experimento” es impopular, pero la palabra “experimental” no. No debes experimentar con niños, pero jofréceles a las queridas criaturitas educación gratis en una escuela experimental vinculada al NICE y todo irá bien!” (Lewis, 1945 p. 52).

2. Pedro presionó el gatillo de un revólver.
3. Pedro disparó un proyectil con un revólver.
4. Pedro causó a Juan una herida desgarrante en el corazón.
5. Pedro mató a Juan.
6. Pedro asesinó a Juan.
7. Pedro se vengó de Juan.
8. Pedro cometió un delito.³³

Dicha postura sostiene que no es la norma jurídica la que sensibiliza al juez, sino que son los hechos del caso, y se intenta presentar al juez los hechos de tal manera que lo predisponga favorablemente.

El secreto es harto conocido por todo abogado litigante y consiste en que cada una de esas ocho posturas expuestas corresponde a un punto de vista distinto. Así, ante un hecho particular, un abogado puede argumentar que el demandado reaccionó de manera desproporcionada toda vez que ante un chiste que realizó su cliente fue atacado a golpes. Y el defensor contesta que su patrocinado se defendió ante una serie de agresiones verbales llevadas a cabo por el actor.

Si se presta atención, nadie niega el hecho sucedido, sino que se lo presenta de distinta manera. Este es un método muy utilizado por los abogados litigantes que lo llevan a cabo de manera intuitiva y es el principio del realismo americano. Dicha postura sostiene que no es la norma jurídica la que sensibiliza al juez, sino que son los hechos del caso, y se intenta presentar al juez los hechos de tal manera que lo predisponga favorablemente.³⁴

No obstante lo expuesto, es importante hacer una salvedad. Adornar los hechos es una cosa y mentir es otra. Cuando mis hijas me dicen que hicieron algo malo no me mienten, reconocen el hecho. Pero son expertas en adornar lo sucedido, con una serie de artilugios que muestran lo ocurrido como un acontecimiento excepcional que está fuera de las generales de la ley de la casa. La prohibición de mentir está impuesta por los códigos de ética de los colegios de abogados toda vez que el abogado es un auxiliar de la justicia. Por eso es importante distinguir al abogado del mentiroso matriculado.³⁵

³³ C. S. Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 57.

³⁴ Frank, J., 1931a, "Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Humans Beings", *University of Pennsylvania Law Review*, 80 pp. 17-53, [ref. 5/4/2015] también disponible en, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8493&context=penn_law_review. 1931b, "Are Judges Human? Part Two: As Thought a Class Darkly", *University of Pennsylvania Law Review*, 80: pp. 233-267, [ref. 5/4/2015] también disponible en http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn_law_review.

³⁵ En este punto es importante recordar que el derecho permite mentir como estrategia defensiva en el ámbito penal. Sólo mediante una interpretación amplia, se puede llegar a tolerar como una estrategia

VI. Las palabras como herramientas del legislador

Veamos un ejemplo del uso de los términos positivos con las “palabras cohete” de Philip Brighton³⁶ adaptadas al idioma español.³⁷

Columna 1	Columna 2	Columna 3
0. Programación	0. Funcional	0. Sistemática
1. Estrategia	1. Operacional	1. Integrada
2. Movilidad	2. Dimensional	2. Equilibrada
3. Planificación	3. Transicional	3. Totalizada
4. Dinámica	4. Estructural	4. Insumisa
5. Flexibilidad	5. Global	5. Balanceada
6. Implementación	6. Direccional	6. Coordinada
7. Instrumentación	7. Opcional	7. Combinada
8. Retroacción	8. Central	8. Estabilizada
9. Proyección	9. Logística	9. Paralela

El método de empleo es el siguiente. Se escoge al azar un número cualquiera de tres dígitos y se busca la palabra correspondiente a cada dígito en cada una de las tres columnas. Por ejemplo, el número 316 produce “planificación operacional coordinada”, el número 139 “estrategia transicional paralela” y el número 740, “instrumentación estructural sistemática”. Cualquiera de ellas puede insertarse en cualquier informe y resonará con decisiva e indiscutible autoridad. Según afirma el inventor original del sistema, “nadie tendrá la más remota idea de lo que usted ha dicho pero, y esto es lo verdaderamente importante, nadie estará nunca dispuesto a reconocerlo.”³⁸

Ahora bien, esto último, que puede sonar divertido, descabellado o hasta incluso absurdo, forma parte de la vida de todos los días en el derecho. Y fue descubierto hace más de medio siglo por el danés Alf Ross quien nos mostró la importancia que reviste en el ámbito legislativo el problema de las palabras y una posible solución a dicho problema.

de defensa general en los distintos fueros, pero nunca como estrategia de la parte actora. Iniciar una demanda basado en una mentira se denomina “malicia”.

³⁶ En 1968 Philip Brighton cobra renombre a través de la publicación de un estudio que el mismo denominó “Proyector sistemático de Frases Cohetes”.

³⁷ Ver las palabras originales en idioma inglés [ref. 20/5/2004], en <http://www.acronymfinder.com/buzz-gen.asp?num=31>.

³⁸ Ver, *Sistema para elaborar frases técnicas* [ref. 20/5/2004] <http://club.telepolis.com/ijas/frastec.html>.

Comienza uno de sus trabajos comentando ciertas cuestiones de la tribu Aisat-naf en donde comenta que dicha tribu:

[...] está en la creencia de que en caso de que se viole un determinado tabú —por ejemplo, si un hombre se encuentra con su suegra, o si se mata un animal totem, o si alguno ingiere comida preparada para el jefe— surge lo que es denominado *tû-tû*. Los miembros de la tribu dicen, además, que quien comete la infracción se pone *tû-tû*. Es muy difícil explicar qué significa esto. Quizás lo más cercano a una explicación sea decir que *tû-tû* es concebido como una especie de fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre. Por esta razón una persona que esté *tû-tû* tiene que ser sometida a una ceremonia especial de purificación. Es obvio que la tribu Aisat-naf vive en la más oscura superstición. “*tû-tû*”, por supuesto, no es nada, una palabra desprovista de todo significado.³⁹

Hasta ahora sólo tenemos la existencia de una abstracción. Sin embargo, Ross no se detiene en eso y continúa:

Ahora bien, es patente que con total independencia de lo que represente “*tû-tû*”, o aun cuando no represente nada en absoluto, estos dos enunciados, cuando se combinan de acuerdo con las reglas usuales de la lógica, dicen exactamente lo mismo que el siguiente enunciado:

Si una persona ha ingerido comida del jefe deberá ser sometida a una ceremonia de purificación.

Esta proposición es notoriamente un enunciado prescriptivo lleno de significado, sin el menor asomo de misticismo. Este resultado no tiene por qué sorprender, pues se debe simplemente al hecho de que estamos usando aquí una técnica de expresión del mismo tipo que ésta: “Cuando $x = y$ e $y = z$, entonces $x = z$ ”, proposición que es válida cualquiera sea lo que “*y*” representa, o aun cuando no represente absolutamente nada.⁴⁰

Lo que Ross está diciendo, es que mediante una estructura lógica deductiva como lo es el silogismo hipotético, el cual es muy usado en el derecho, no es necesario conocer el significado de todos los operadores. Alcanza con entender sólo a los que serán inferidos para arribar a la conclusión.

El silogismo hipotético tiene la siguiente estructura:

$P \rightarrow Q$	Si como la comida preparada para el jefe seré <i>tû-tû</i> .
$Q \rightarrow R$	Si soy <i>tû-tû</i> debo purificarme para evitar una maldición.

³⁹ A., Roos, *Tû-Tû*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law Review, vol. 70, 1956-1957, pp 8-9. Traducido por Carrió, G. R. *Tû-Tû*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1976.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 12.

├ $P \rightarrow R$ Por tanto, si como la comida preparada para el jefe
debo purificarme para evitar una maldición.

Como puede verse, no tenemos la menor idea de que significa ser “tû-tû”. No obstante, por medio de este método lógico no necesitamos saberlo para arribar a una proposición prescriptiva de conductas. De hecho, en opinión de Ross, el derecho está plagado de palabras “tû-tû”.

Veamos otro ejemplo:

Si solicito dinero prestado contraigo un crédito.

Si contraigo un crédito debo devolver el dinero que se me prestó.

Por tanto, si solicito dinero prestado debo devolver el dinero que se me prestó.

En este ejemplo, la palabra crédito bien puede cumplir la función de “tû-tû” de la sociedad occidental. Y de hecho para Ross así ocurre.⁴¹ Pero ese no es el único caso.⁴² Volviendo a lo expresado con anterioridad bien se podría utilizar como “tû-tû” los denominados “términos llave” como “orden público”, “buenas costumbres”, etcétera.

Y ¿Por qué ocurre esto en el derecho?

La respuesta del autor es simple. Porque en cuestión de definiciones no hay palabras verdaderas o falsas. Es decir:

Una definición no puede ser demostrada como verdadera, sino sólo *justificada como un recurso conveniente* bajo el supuesto de las consideraciones mencionadas, que pueden denominarse también las exigencias de *conveniencia* y la exigencia de *relevancia*, respectivamente. Ello se olvida cuando la tarea definitoria, por ejemplo, de los conceptos de “Estado”, “justicia” o “democracia”, es pensada como la tarea de encontrar la “esencia verdadera” de esas cosas. “Estado”, “justicia” o “democracia” carecen en sí de una “esencia” que pueda ser objeto de reconocimiento en verdad.

⁴¹ “Propiedad”, “crédito” y otras palabras, cuando son usadas en el lenguaje jurídico, tienen la misma función que la palabra “tû-tû”; son palabras sin significado, sin referencia semántica alguna, y sólo sirven un propósito; como una técnica de presentación. Sin embargo, es posible hablar con sentido acerca de derechos subjetivos, tanto en la forma de prescripciones como de descripciones” (Ross, 1957 pp. 32-33).

⁴² “A veces nos encontramos con expresiones que parecen basar el derecho en factores extra-jurídicos. Así, por ejemplo, cuando se fundamenta el derecho en la voluntad del pueblo o en el poder efectivo. Pero esto es sólo una semblanza. La voluntad *del pueblo*, si tal cosa existe en verdad, puede ser sólo creadora de derecho como una voluntad formalmente jurídica del estado. Y *el poder efectivo* del derecho y primariamente, es apenas un mito. *Poder* es sólo tal a través de instituciones y organizaciones, o sea a través del derecho” (Ross, 1946 p. 67). “En sí misma, abstraída del orden jurídico, la expresión ‘yo prometo [...]’ carece de significado. Tendría el mismo efecto decir ‘abracadabra’. Pero, por virtud del efecto que el orden jurídico atribuye a la fórmula, ésta funciona como una directiva al juez y puede ser usada por los particulares para el ejercicio de su autonomía” (Ross, 1958 p. 274).

Somos nosotros los que decimos qué significados daremos a esas palabras. Se trata, sólo de hacerlo de la manera científicamente más apropiada”.⁴³

Por tanto: o se legisla con definiciones claras o, en su defecto, se legisla con definiciones cargadas de vaguedad que contengan un antecedente fáctico y una consecuencia jurídica.

Tras todo lo expuesto queda claro que no necesitamos de la definición para prescribir conductas; por eso el derecho está plagado de palabras sin definición clara. Ahora bien, para que eso funcione, es fundamental que haya una estructura lógica acorde. Es decir, que haya una metodología legislativa clásica de antecedente fáctico, conector deóntico y consecuencia jurídica. Sin esa estructura no es posible prescribir conductas sin definiciones claras. Por tanto: o se legisla con definiciones

claras o, en su defecto, se legisla con definiciones cargadas de vaguedad que contengan un antecedente fáctico y una consecuencia jurídica. De lo contrario será muy difícil prescribir conductas sin una interpretación judicial. Por tanto, una definición siempre es bienvenida.

Pero entonces, ¿qué es una definición?

Ahora tendremos que recurrir a Hart, quien nos explica que una definición:

[...] suministra un código⁴⁴ o fórmula que traduce la palabra a otros términos que se entienden bien, y ubica para nosotros el tipo de cosas a que se refiere la palabra según su uso, indicando las características que comparte con una familia más amplia de cosas y aquellas que la distinguen de otras de la misma familia.⁴⁵

Dicho en otros términos, la actividad de definir exige hacer una analogía. En este sistema de razonamiento lo que se hace es una comparación. A partir de un objeto conocido, echar luz en el desconocido a través de un elemento relevante en común

⁴³ Roos, A., *Why Democracy?*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1952, p. 86. Citada por la traducción castellana de Vernengo, R. *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴⁴ Si bien el término “código” no es de uso habitual en el mundo jurídico sí lo fue para Hart. En 1938 Hart conoce en Oxford a Jennifer Fischer Williams quien trabajaba como secretaria privada de Sir Alexander Maxwell (la cabeza del *Home Office*). Al estallar la Segunda Gran Guerra, ella tenía entre sus funciones la de asesorar acerca de posibles académicos que tuvieran las condiciones necesarias para unirse a sus filas. De ese modo, por medio de la recomendación de Williams, en junio de 1940, Herbert Hart y un grupo de académicos, son reclutados por el MI5 en donde trabajo en contraespionaje por más de un lustro decodificando transmisiones interceptadas al servicio secreto alemán que luego se retransmitían con información falsa mediante dobles agentes (Simpson, 2006, pp. 1437-1460; MacCormick, 1993 pp. 337-338; Banakar, 2006 pp. 96-101).

⁴⁵ H. L. A., Hart, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 17. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

al que generalmente se le llama punto de comparación (*tertium comparationis*). En el caso particular de las palabras, se buscaría la característica esencial que sea compartida entre un término y una familia de palabras más amplia. Por eso, como bien dice Ross, si no se encuentra cual es su característica esencial no es posible llevar a cabo analogía alguna y, por tanto desentrañar significado alguno.

VII. El nuevo código y lo que destacados autores de la filosofía del derecho tienen para decir al respecto⁴⁶

Tras todo lo expuesto, intentaremos medir a la luz de ciertos juristas provenientes de la filosofía del derecho, el alcance de los significados de los distintos términos, que nos brinda el nuevo Código. Asimismo, y por razones de brevedad, solo nos limitaremos a un grupo limitado de artículos que tengan algún lineamiento interpretativo para utilizarlos como modelo ejemplificativo.

“ARTÍCULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

De acuerdo con las ideas de Alf Ross ya comentadas, las partes son libres de celebrar contratos siempre y cuando no sean “tû-tû” (atenten el orden público, buenas costumbres, etcétera).

Como ya se explicó, la utilización de términos vagos no es de por sí un demérito. En este caso, el problema radica en que estas reglas no especifican cuál es la consecuencia jurídica de celebrar un contrato que sea contrario al “tû-tû” de Alf Ross. Podría ser la nulidad del contrato, la nulidad de la cláusula, la atemperación por parte del juez, etcétera. No está clara la consecuencia jurídica ante dicha situación. Es decir, no cumple con lo que habitualmente se denomina técnica legislativa clásica (antecedente fáctico, operador deóntico, consecuencia jurídica). Esto puede traer algunas consecuencias indeseables toda vez que si no hay consecuencia no hay castigo o beneficio, es decir, motivación de conducta.⁴⁷

⁴⁶ Con anterioridad se ha llevado a cabo la lectura del nuevo Código a la luz de autores como Ronald Dworkin (Barbarosch, 2012, pp. 1304-1308). Nosotros lo haremos con autores más alejados en el tiempo, considerados clásicos, para rememorar sus enseñanzas y demostrar que, si bien no es la única mirada importante, dada su antigüedad deberían haber sido las más conocidas.

⁴⁷ “Hay dos métodos sociológicamente diferentes por los cuales se puede inducir al prójimo a cierta conducta: la influencia directa sobre su voluntad, y la indirecta. La primera consiste en la expresión de un deseo por un individuo a otro; si ambos son iguales, es un pedido; si uno de ellos es superior, es un orden. El segundo método consiste en hacer una promesa o asegurar una ventaja en el caso de que la conducta deseada ocurra, o amenazar con un mal en el caso de la conducta opuesta” (Kelsen, 1943 p. 111). Con esto Kelsen no está asegurando un resultado sino mencionando métodos de influencia dado que: “No conocemos exactamente qué motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas [...]. Lo único que podemos hacer son conjeturas más o menos plausibles” (Kelsen, 1945, pp. 27-28).

En segundo lugar, pareciera verse una confusión entre el concepto de libertad y el de validez. Ejemplo: Si yo celebro con mi hermano un contrato que tiene un contenido contrario a la ley; ¿paso a convertirme en un esclavo carente de libertad? No. Sigo siendo libre. Por tanto, tengo toda la libertad de celebrar todos los tipos de contrato que quiera. En todo caso no se me quita la libertad de contratar de manera contraria a la ley, sino que el contrato que celebré libremente carecerá de validez jurídica.

Al respecto, Kelsen hace ya varios años, expresó:

[...] será necesario decidirme a concluir, no como se hace por los teóricos engolfados en la hipótesis de un concepto psicológico de la voluntad, diciendo que un negocio jurídico es válido porque y en cuanto que es (psicológicamente) querido, sino a la inversa, afirmando que un negocio jurídico es querido porque y en cuanto que es válido, tesis en la que la nota de la validez es la razón de conocimiento de la nota de la voluntariedad.⁴⁸

Lo que Kelsen explica, según su visión, es que la voluntariedad de las acciones es una ficción del derecho. Es decir, no es que porque el acto fue libre el contrato se considera válido, sino que, al contrario, porque el acto es válido, el derecho presumirá que es libre. Es la validez y no la libertad lo que el derecho mira y enfoca. En resumen, la validez es el eje alrededor del cual gira la libertad. En su opinión hay innumerables casos de reservas mentales que el derecho lo presumirá libre por ser válido en su exteriorización:

[...] existen numerosos casos de coacción a los que el orden jurídico no considera tales para ningún efecto, a pesar de que, *psicológicamente*, no se distinguen en lo más mínimo de aquellos que jurídicamente determinan un “vicio de la voluntad”. Quién empujado por el hambre, compra a crédito víveres, es decir, promete pagar su precio, obra bajo el peso de la misma coacción que quien los roba; no obstante a ningún jurista se le ocurrirá dictaminar la nulidad del negocio jurídico concertado [...].⁴⁹

Como se puede ver, para Kelsen, intención y manifestación van por dos carriles distintos. El autor comenta que la ficción del derecho de que lo que se manifiesta o exterioriza es la voluntad, deviene de la necesidad de fundamentar la voluntariedad del contrato. Así, por ejemplo para el autor una persona puede contratar sin tener nunca la voluntad de cumplir. No obstante, esa reserva mental no conduce a la invalidez del negocio jurídico.

⁴⁸ Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., Aufl., Tübingen, 1923, p. 114. Citado por la traducción castellana de Rocas, W. revizado por Schmill, U. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Ed. Porrúa, 1987.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 113.

Por todo lo expuesto, se evidencia que el artículo 958 no es claro. No hay consecuencias a su incumplimiento y le quiere asignar a la libertad una condición de validez, cuando Kelsen ya explicó que es la validez lo que presume la ficción de libertad.

Dicho de otro modo: ¿Cómo sabe usted si el contrato se celebró libremente?, ¿por su manifestación?, ¿acaso la gente no se ve obligada a mentir en casos de necesidad? Y en el fondo, los expertos en derecho civil y comercial lo intuyen. Por eso, la “usura” no es tolerada ni bien vista por el derecho. Si todos los contratos se celebraran libremente, sin urgencia ni apremio de ningún tipo, no habría porqué reducir intereses usurarios de préstamos de dinero.

ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

ARTÍCULO 1061.- Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

ARTÍCULO 1067.- Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

Muchos son los tópicos a analizar. En este caso, colocamos estos artículos juntos porque parecen estar relacionados. Si bien el primero habla de buena fe, otro concepto vago que si bien ha sido muy estudiado no ha llegado a una clara delimitación.

No obstante, su importancia es radical. Hart comenta que un elemento esencial para la existencia de un sistema jurídico es: “[...] restringir, de alguna manera, el libre uso de violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros”.⁵⁰

Lo valorable de lo que el nuevo Código intenta hacer es, restringir el engaño por intermedio de los artículos antes señalados. No obstante, de momento pareciera haber en cuanto a su interpretación dos posibles alternativas.

El Art. 961 dice que los contratos deben, entre otras cosas, interpretarse de buena fe, postura que lo refuerza el Art. 1061. Asimismo, el Art. 1067 dice que la interpretación de los contratos, sea cual fuere, debe proteger la confianza y la lealtad de las partes.

Eso puede significar, entre otras cosas:

⁵⁰ H. L. A., Hart, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 114. Citado por la traducción castellana de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

A.- Que los contratos deben interpretarse de buena fe y que esa interpretación debe proteger la confianza y la lealtad. Por tanto, si su interpretación protegió la confianza y lealtad de las partes puede entenderse que es una interpretación de buena fe. Lo cual, a su vez, es conforme al interés de las partes.

B.- Pero también hablan de ejecución. El Art. 961 habla de ejecutarse de buena fe y el 1067 dice que será inadmisibles una conducta jurídicamente relevante contraria a la confianza. Es decir, con esa visión, los contratos deben ser ejecutados de buena fe y protegiendo la confianza y la lealtad. Es decir, ejecutarse cumpliendo las tres condiciones. Podría ser que la buena fe sea algo más amplio que la confianza y la lealtad o que sea algo distinto. Y en caso que sean distintas cosas, ¿cuál prevalece en caso de antinomia? De hecho, a ciencia cierta no sabemos aún, qué es la confianza.⁵¹ Pero, aún así, el nuevo Código la exige.⁵²

Podría ser que la buena fe sea algo más amplio que la confianza y la lealtad o que sea algo distinto. Y en caso que sean distintas cosas, ¿cuál prevalece en caso de antinomia? De hecho, a ciencia cierta no sabemos aún, qué es la confianza.⁵¹ Pero, aún así, el nuevo Código la exige.

Dicho de otro modo, con la interpretación “A” se entiende que el conjunto buena fe es algo que incluye los subconjuntos confianza y lealtad. En “B”, se interpreta que buena fe, confianza y lealtad son tres tópicos distintos. Lo que significa que con la interpretación “A” se deben cumplir dos requisitos para que haya buena fe y con la interpretación “B” tres requisitos.

Ahora bien, en otro orden de ideas y haciendo referencia a la cuestión de protección de la confianza y la inadmisibilidad de conductas relevantes, si alguien le pidiera una garantía de cumplimiento contractual, ¿qué pensaría? ¿qué confía en usted?, ¿es un signo de confianza en la persona pedirle garantías? Por otra parte,

el solicitar cauciones y garantías ¿será válido o inadmisibles? Y, ¿a qué se refiere con inadmisibles? Dicho en otros términos, ¿cuáles son las conductas que atentan contra la confianza?

Esto viene a colación porque hay una doctrina de EUA. que sostiene que una garantía mata la confianza. Ello, por cuanto si tengo una garantía no necesito confiar

⁵¹ Para Annette Baier es un sentimiento (Baier, 1992 p. 111). Para Kenneth Arrow es una virtud (Arrow, 1972, pp. 345-346). Para Solomon y Flores es una elección (Solomon y Flores, 2001 p. 7). Y así podemos continuar por decenas a lo que debiera sumarse el concepto proveniente del derecho administrativo de “confianza legítima”. La cual ha ido variando desde su origen, en Alemania, hasta nuestros días y que cuenta con distintas tonalidades de acuerdo al país (Coviello, 2004 pp. 145-205).

⁵² Cabe destacar que no estamos interesados en entrar en la discusión de si es un principio o una regla; dado que, a nuestro entender, toda esa discusión entre “principios y reglas”, “ponderación y subsunción” ha sido superada por los conceptos de Arthur Kaufmann (Kaufmann, 1997, pp. 170-196 y 267-286).

en la otra persona dado que la deuda contraída tiene un bien como respaldo. Para esa postura, las transacciones por Internet son una muestra de negocio basado en la confianza, dado que la gente no se conoce y no hay garantía de la concreción del negocio.⁵³ Dicha corriente usa como ejemplo el contrato prenupcial.⁵⁴ Para los que sostienen esta visión un contrato prenupcial es signo de ausencia de confianza.

La otra postura sostiene que por el contrario la garantía no hace más que asegurar la buena intención de una de las partes creando una expectativa de cooperación. Comprometiendo así su patrimonio como prueba de futura fidelidad de cumplimiento. Es decir, lo consideran como un signo de querer continuar con la relación.⁵⁵

Como sea, si no está definido en el nuevo Código que es la confianza, será difícil, para los jueces, asignar qué conductas la favorecen y cuáles la perjudican. Especialmente en los casos litigiosos en donde los abogados nos ocuparemos de señalar los hechos dentro de una zona gris.

Por último, en cuanto a lo referente a los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, ¿cuál es ese alcance?, ¿cuándo se es razonablemente cuidadoso y previsor?, ¿cuál es el límite de “razonablemente”? La experiencia como litigantes nos dice que se corre el riesgo de que ese límite quede al arbitrio del juez en cada caso en particular: por lo menos durante algún tiempo.

Asimismo, el Art. 961 exige otra aclaración. Dicho texto expresa que no sólo se obliga a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos. Al respecto Kelsen comentó:

Al celebrar los negocios, las partes profanas en derecho sólo se proponen alcanzar ciertos resultados efectivos, materiales, y no determinados efectos jurídicos: en su voluntad consciente se da la representación, no de tales o cuales resultados jurídicos, sino de ciertas consecuencias de hecho: al concertar, por ejemplo, una compra, el comprador se propone entrar en posesión de una cosa, y no hacer nacer, modificar o extinguir un *derecho* [...] Sólo las partes versadas en derecho pueden asociar, en su conciencia, a la idea de los efectos de hecho la de los efectos jurídicos que emanan del derecho vigente. Cuando A promete a B devolver al cabo de cierto tiempo la suma de dinero de él recibida, lo más probable es que el primero se represente la obtención de la causa de dinero y su devolución al cabo del plazo señalado, y el segundo la entrega de la cantidad y su recuperación como medio para la satisfacción de sus necesidades, pero sólo una persona perita en cosas de derecho convertirá el contenido de su voluntad, en nuestro ejemplo, la idea de determinados cambios operados

⁵³ L. E. Ribstein, “Law v. Trust”, *Boston University Law Review*, núm. 81, 2001, pp. 553-590.

⁵⁴ A. Marston, “Planning for love: The Politics of Prenuptial Agreements”, *Stanford Law Review*, 49 núm. 4, 1997, pp. 887-916.

⁵⁵ E. S. Scott, y R. E. Scott, “Marriage as relational Contract”, *Virginia Law Review*, 84, núm. 7, 1998, pp. 1225-1334.

en el derecho de propiedad sobre la suma prestada y del nacimiento de un derecho de crédito”.⁵⁶

Lo que dice Kelsen es que salvo para los abogados no hay, en general, consecuencias *que puedan considerarse comprendidas*. No obstante, en el nuevo Código, los jueces, que son abogados, están en condiciones de adjudicar las consecuencias que se pudieron considerar comprendidas. En otros términos, se corre el riesgo de que un juez, que es un experto en derecho, pueda ver consecuencias que pudieron verse comprendidas que la parte (médico, ingeniero, albañil, mecánico, etcétera), no haya siquiera imaginado.

Asimismo, este tipo de utilización de la “buena fe” es otro ejemplo de lo que Kelsen denominaba objetivización subjetiva. Es decir, el medio por el cual una norma social que generaba una obligación social (a la que Kelsen llamaba “deber”), pasa a transformarse en una obligación jurídica⁵⁷ siendo de ese modo uno de los típicos casos de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente.⁵⁸ Lo importante de esta aclaración es que en este punto se percibe un Código al estilo Savigny.

Ahora bien, no obstante, Kelsen no es el único autor que reconoce la intromisión de normas sociales en las legales; Hart también lo hace, aunque deja muy en claro sus diferencias. Por una parte, dice que el “deber ser” no es la creación de una obligación, sino el antecedente de un juicio de valor con base en un estándar de conducta que puede ser de índole social, moral, etcétera.⁵⁹

⁵⁶ H., Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2a. ed., Aufl., Tübingen, 1923, p. 129. Citado por la traducción castellana de Rocas, W. revizado por Schmill, U. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Ed. Porrúa, 1987.

⁵⁷ “Un contrato estipula que las partes contratantes deben comportarse recíprocamente de determinada manera; un contrato de compraventa, por ejemplo, establece que el vendedor debe entregar determinada cosa al comprador, mientras que el comprador debe entregar determinada suma de dinero al vendedor. El contrato es un acto cuyo sentido subjetivo es un deber. En tanto el orden jurídico faculta, a través de una norma general, a los individuos a celebrar contratos, eleva el sentido subjetivo del negocio jurídico a uno objetivo. Cuando el contrato crea obligaciones de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico enlaza a la conducta contraria al contrato, es decir, a la conducta contrapuesta a la norma producida por el contrato, una sanción. La norma producida por el negocio jurídico es, en este sentido, una norma no independiente. Cuando el contrato crea derechos subjetivos de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico, al facultar a los individuos a celebrar contratos, otorga poder público a los contratantes a reclamar mediante una acción por el incumplimiento de las obligaciones estatuidas por la norma contractual, es decir, por la violación de las normas jurídicas producidas por el contrato, reclamo que implica participar en la producción de la norma jurídica individual que aparece en la sentencia judicial. La capacidad de celebrar negocios jurídicos, para producir, fundándose en las normas generales, producidas legislativa o consuetudinariamente, normas jurídicas de nivel inferior, y de participar en la producción de las normas individuales jurídicas de nivel inferior y de participar en la producción de las normas individuales jurídicas producidas por el tribunal. Se trata de un auténtico poder jurídico” (Kelsen, 1960 p. 159).

⁵⁸ Para una excelente explicación de la diferencia entre positivismo incluyente y excluyente recomendamos a Jiménez Cano (Jiménez Cano, 2008, pp. 192-200).

⁵⁹ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, p. 36. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. “El positivismo jurídico y la separación entre

Asimismo, deja en claro que para que eso ocurra (un deber pase a ser exigible jurídicamente),⁶⁰ es fundamental que haya reglas claras. Sin cuestiones difusas que pudieran verse comprendidas.⁶¹

ARTÍCULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a. normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b. normas particulares del contrato;
- c. normas supletorias de la ley especial;
- d. normas supletorias de este Código.

El orden de prelación es básicamente la metodología utilizada por la estructura de la pirámide de Kelsen. Ahora bien, dos son los temas a tomar en consideración; por un lado, se mantiene el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Por definición, una norma indisponible es aquella a la que no se puede renunciar como las de orden público, los derechos humanos, etcétera. Por tanto, el orden de prelación es la de normas de orden público, cláusulas contractuales y el resto de las normas.

No obstante, el problema es el siguiente: Si los contratos ahora son como un iceberg, en donde lo plasmado es sólo una pequeña parte que se ve, pero que bajo el agua está la mayor parte que incluye lo que no se ve, como “*las consecuencias que pudieran considerarse comprendidas y los alcances razonables*”. Los cuales, aunque no hayan existido en un caso en particular, el juez los puede adjudicar ¿En qué parte de la orden de prelación entran esas consecuencias no escritas, pero que forman parte del contrato?

- Una respuesta posible es que se consideren como normas particulares del contrato.
- Otra es que no se lo considere como parte del contrato pero si como instancias interpretativas.

el Derecho y la Moral”. En: Hart, H. L. A. *Derecho y Moral (contribuciones a su análisis)*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.

⁶⁰ Al respecto aclara que sólo se da en ciertos casos: “Pero la situación moral que nace de una promesa o compromiso (donde la terminología de tono jurídico sobre derechos y obligaciones es en mayor grado apropiada) ilustra con la máxima claridad que la noción de ser titular de un derecho y la de ser beneficiario del cumplimiento de un ‘deber’ (*duty*) no son idénticas. X se compromete frente a Y, a cambio de algún favor, a cuidar a la anciana madre de éste durante su ausencia. Esta transacción origina derechos, pero es por cierto Y, a quien se le ha hecho la promesa, y no su madre, quien *tiene o posee* estos derechos. No cabe duda de que la madre de Y es la persona acerca de quien X tiene una obligación (*obligation*), y es la persona que se beneficiará con su cumplimiento, pero la persona *frente* a quien X tiene la obligación (*obligation*) de cuidar a la anciana es Y” (Hart, 1955, pp. 73-74).

⁶¹ H. L. A. Hart, *The concept of Law*. Oxford, Clarendon, 1961, pp. 64-65. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

- Otra es que se lo consideren de orden público y estén por encima de las normas del contrato, como sería el caso en donde alguna de las partes pudiera probar que esas previsiones hacen a la buena fe, la confianza, etcétera.

Por tanto, la habilidad del abogado litigante estará en cruzar esos órdenes de prelación. Es decir, si se logra argumentar que cierta norma no es supletoria, sino que es de carácter de orden público, ese texto pasa de ser denigrado por el contrato a ser superior al contrato.

Por tanto, la habilidad del abogado litigante estará en cruzar esos órdenes de prelación. Es decir, si se logra argumentar que cierta norma no es supletoria, sino que es de carácter de orden público, ese texto pasa de ser denigrado por el contrato a ser superior al contrato. Y lo mismo con respecto a lo que se encuentra bajo del agua del iceberg (contrato), como lo previsible y demás circunstancias. La habilidad estará en hacer ver como incluido dentro del contrato algo que, en realidad, taxativamente, no existe pero que el artículo 961 habilita para su utilización en el proceso argumental.

Por último, ¿dónde se coloca a las normas particulares del Código? o ¿acaso se está insinuando que los textos legales del nuevo Código son, todos, de orden público? De ser así, ¿cuál fue la finalidad del Nuevo Código modificar conductas o plasmar en Ley una realidad subyacente?

ARTÍCULO 1063.- Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato.

Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

ARTÍCULO 1065.- Fuentes de interpretación. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración:

- a. las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares;
- b. la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración;
- c. la naturaleza y finalidad del contrato.

Es decir, prevalece el significado técnico de la palabra. Dicho de otro modo, recién cuando la ley, los usos y costumbres y el contrato no le asignen un significado es cuando aparece en acción el diccionario.

Lo que significa que serán los jueces los que asignarán cuál es el significado según la ley, los usos y costumbres. Ello es así por lo que se explico antes, por medio de los conceptos de Ross, y porque, en última instancia, los jueces son las personas competentes por el Estado para interpretar el derecho. Eso no es un problema en sí, y de hecho se encuentra contemplado en la doctrina.⁶²

La cuestión es que, en la realidad, no siempre son los jueces los que asignan los significados. Ello sólo ocurre cuando el conflicto llega a juicio. Pero eso no siempre ocurre en las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, cuando se realizan contratos de compraventa internacional, el significado de los INCOTERMS se lo da la Cámara de Comercio Internacional, que no es nada de lo mencionado.⁶³ En las mediaciones empresariales, la parte con mayor solvencia financiera adjudica la interpretación a la parte que no puede hacer frente a un juicio largo, ya sea por el pasivo financiero que le representa el incumplimiento contractual que la empresa grande provocó en la PYME o por los gastos que acarrearía dicho juicio. Y así podríamos seguir nombrando ejemplos en el mundo del ejercicio de la profesión. Un mundo en el que ocurren cosas de las que los jueces nunca tomarán conocimiento; al menos en sus despachos.

Ahora bien, volviendo al ámbito judicial, entre la interpretación de la Ley y el contrato ¿cuál prevalece? En el Art. 1063, la Ley esta antes que la voluntad de las partes, por lo que se puede entender como prelación. Pero en relación con el Art. 963, el orden de prelación establece el acuerdo de las partes por sobre normas supletorias de la Ley especial. Y la Ley especial sigue siendo Ley en términos generales, por lo que no queda claro en dónde se ubicaría.

Ahora bien, ¿y si el contrato se celebró en el exterior?, ¿cómo interpretar los términos? Para esto último, una posible respuesta la brinda el Art. 1065 y es que se tenga que atribuir una interpretación contextual. Es decir, en esos casos, y por los motivos que ya se ha expuesto por intermedio de Alf Ross, no se encuentra un significado, sino que se lo asigna. Lo que le otorga una gran ventaja al abogado que sepa desempeñarse con fluidez en el ámbito argumental y persuadir al juez acerca de una postura de la interpretación de un término en particular.

⁶² “[...] la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía en cada caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente)” (Hart, 1961 pp. 168-169).

⁶³ Si bien algunos podrían llegar a interpretar a los INCOTERMS como costumbre internacional. Ese argumento sería válido si dicha costumbre fuera perdurable en el tiempo. Sin embargo, hoy en día los significados, creaciones y derogaciones se están modificando cada diez años; muy poco tiempo para una costumbre internacional. Asimismo, una costumbre no deroga una cláusula INCOTERM de golpe y porrazo como lo suele hacer la Cámara de Comercio Internacional.

No obstante, a pesar de esta última idea, no queda claro cuál es el orden de prevalencia para encontrar sentido a la palabra. Si el contexto, la ley, el contrato, etcétera. Por lo que pasará una larga cadena de razonamientos jurisprudenciales hasta que haya un acuerdo importante entre los tribunales. Ni qué hablar de la interpretación de signos.

En cuanto al punto de interpretación contextual el Art. 1065 da una fórmula muy simple. Para entender en el presente lo que ha de hacerse en el futuro se deberá mirar al pasado (circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración). Eso significa que el abogado que tenga mejores pruebas acerca del pasado, podrá sostener de manera eficaz sus argumentos en el presente, para lograr en el futuro el mejor resultado.

ARTÍCULO 1064.- Interpretación contextual. Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto.

ARTÍCULO 1074.- Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

Ese mismo principio pasa ahora de lo particular a lo general, o sea, de la palabra a la cláusula. Es decir, la utilización del contexto para asignar un significado particular. Por eso, cabe la posibilidad de que, para la jurisprudencia, la misma cláusula en distintos contratos podría llegar a tener significados diferentes.

VIII. Conclusión

Tras todo lo expuesto, podemos concluir una serie de premisas.

La *primera*, que ciertos textos normativos, muy importantes en el nuevo Código, no parecen seguir los conceptos de autores clásicos de la teoría del derecho.

La *segunda* que al no haberse expresado cuál fue la política legislativa planteada (si acoplarse a la realidad o modificarla), los juristas carecen de una guía rectora que facilite encontrar una interpretación adecuada a la finalidad del Código.

La *tercera* es que se ha abandonado en muchas partes del nuevo Código la técnica legislativa clásica.

La *cuarta* es que no se encuentran (en los artículos analizados) definiciones que permitan dar un concepto cerrado. Lo que se puede entender que se mantienen los conceptos de la jurisprudencia basados en el viejo Código o que se deja a la doctrina y a la jurisprudencia la ardua tarea de delimitar los alcances de un término.

Por *último*, y a modo intuitivo dado que no se ha hecho un estudio comparado, pareciera haber un uso mayor, en comparación con el viejo Código Civil, de términos abiertos.

Por tanto, concluimos que hay un alto potencial de volatilidad jurisprudencial. Ello por cuanto en cada uno de los artículos analizados se han encontrado razones que puedan motivar interpretaciones distintas y razonables a la vez. A lo que debe sumarse que, si en el curso ordinario de la función judicial cabe la posibilidad de que los tribunales no siempre analicen los casos bajo la misma lupa,⁶⁴ ¿cuanto más se incrementará si se carece de un faro de referencia?

Además, como se explicó en el presente trabajo, un término que carece de un significado cierto y delimitado corre el riesgo de ser atribuido por el juez o, en su defecto, por la doctrina. Lo que puede dar lugar a resultados que estarán lejos de ser una mirada homogénea.⁶⁵ Ello así, toda vez que siempre es necesario encontrar un significado a términos legales en circunstancias litigiosas, aún cuando no haya acuerdo generalizado, acerca de un término. Y si bien es cierto, y así lo hemos expresado en varias ocasiones, que la existencia de términos de amplio espectro no es de por sí contraproducente, sí lo es la exageración de su utilización por parte del legislador. Especialmente si tomamos en cuenta que, si bien en el Código Civil anterior había cierta utilización de términos abiertos, en el nuevo, su aplicación pareciera ser aún mayor. A lo que se le debe sumar la falta de una técnica legislativa clásica que enmarque una consecuencia jurídica al antecedente fáctico.⁶⁶ Todo ello podría haberse reducido si se hubieran tomado ciertos recaudos.⁶⁷ Máxime si se toma en consideración que, según sus redactores, el precepto originario del proyecto fue que: “El Código está diseñado para resolver conflictos”.⁶⁸

Asimismo, cabe destacar que, si bien se desconoce si hubo filósofos del derecho participando en el proyecto, indudablemente son ellos, las fuentes doctrinarias,⁶⁹ que brindan los métodos y las herramientas, para resolver los conflictos planteados.

⁶⁴ “Los tribunales son como los individuos: en la mayoría de los casos razonan como deontologistas, y esto es justamente lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer” (Farrell, 2006 p. 13).

⁶⁵ R. A. Guibourg, “El reformista, el revolucionario y el mono con navaja”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia *LA LEY*, tomo (C), 2007, pp. 1359-1362.

⁶⁶ Como se mencionó en apartados anteriores, no es válido para nosotros el que se argumente que corresponden a principios jurídicos y por ello no tienen consecuencias jurídicas toda vez que, a nuestro entender, esa discusión fue superada por los conceptos de Arthur Kaufmann.

⁶⁷ R. A. Guibourg, *Saber derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013, pp. 179-243.

⁶⁸ R. L. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1a. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 26.

⁶⁹ Catenacci, I. J. *Introducción al derecho*. 1a. reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006; Douglas Price, J. E. *La decisión judicial*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012; Guibourg, R. A. *Pensar en las Normas*. Buenos Aires, Eudeba, 1999; Vigo, R. L. *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999; ———. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015; Zuleta Puceiro, E. *Interpretación de la Ley*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2003.

Por último, y ante tanto desconocimiento y falta de transparencia en cuanto a la metodología utilizada, sólo podemos confiar en que no se haya repetido lo ocurrido con la reforma de Borda de 1968.

Por último, y ante tanto desconocimiento y falta de transparencia en cuanto a la metodología utilizada, sólo podemos confiar en que no se haya repetido lo ocurrido con la reforma de Borda de 1968,⁷⁰ quien sólo tenía oídos para sus ideas, puesto que muchas veces: “Los más altos valores morales fueron perjudicados por la intolerancia de sus defensores”.⁷¹

A la memoria del Prof. Clr. Marcos Hopff (q.e.p.d.)
(01/05/1975- † 07/01/2015)

Counselor, formador de counselors, profesor y autor de artículos de su especialidad.

Un hombre que, a pesar de haber sido forjado en un ambiente de dificultad y desaliento, supo combatirlas con trabajo, confianza, dedicación y buen humor. Una persona a la que, si bien nadie le regalo nada, siempre lo dio todo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Arrow, K. J. “Gift and Exchanges”. *Philosophy and Public Affairs*, 1(4), 1972.
- Banakar, R. “A life of H.L.A. Hart”. Retfaerd Argang. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, NR. 4/115, 55, 29, 2006.
- Baier, A. “Trust and its vulnerabilities”, *The Tanner Lectures on Human Values*. University of Utah Press, 13, 1992.
- Carrió, G. R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª Edición corregida y aumentada, 1994.
- Catenacci, I. J. *Introducción al derecho*. 1a. reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006.

⁷⁰ Guillermo Borda, eximio civilista, fue el presidente de la comisión redactora de la reforma del Código civil. Toda vez que el relator de la reforma había sido él. No tomaba en consideración ninguna de las objeciones que el resto de los miembros hacían a su proyecto. Con el pasar del tiempo los distintos miembros fueron renunciando hasta que, finalmente, la comisión estuvo compuesta por una sola persona, él mismo. Es por ello que, dicha reforma, contó con la sabiduría de un solo jurista.

⁷¹ H., Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Franz Deuticke, 1953, p. 80. Citado por la traducción castellana de Garzón Valdés, E.: *¿Qué es la Justicia?*, 9a. ed., México, Ed. Fontamara, 1998.

- Copi, I. *Introduction to Logic*. New York, The Macmillan Company, Citado por la traducción castellana de Míguez N. *Introducción a la Lógica*. Buenos Aires, Eudeba, 1953.
- Coviello, P. J. J. *La protección de la confianza del administrado (Derecho Argentino y Derecho Comparado)*. Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004.
- De Savigny, M. F. C. *System des heutigen römischen Rechts*. Traducido del alemán por Guenoux, M. CH, vertido al castellano por Mesías, J. y Poley, M., 1878, *Sistema del derecho romano actual*. (Tomo I), Madrid, F. Góngora y Compañía editores, 1962.
- Douglas Price, J. E. *La decisión judicial*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Farrell, M. D. *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006.
- Frank, J., 1931a. "Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Humans Beings". *University of Pennsylvania Law Review*. 80: pp. 17-53, [ref. 5/4/2015] también disponible en, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8493&context=penn_law_review.
- . 1931b. "Are Judges Human? Part Two: As Thought a Class Darkly". *University of Pennsylvania Law Review*. 80, pp. 233-267, [ref. 5/4/2015] también disponible --en http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn_law_review.
- Guibourg, R. A. *Pensar en las Normas*. Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- . *Saber Derecho*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013.
- Guibourg, R. A., Ghigliani A. M. y Guarinoni R. V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires, Eudeba, 1985.
- Hart, H.L.A. "Are There Any Natural Rights". *The Philosophical Review*. Vol. 64, núm. 2, 1955, pp. 175-191. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. "Hay Derecho Naturales". En: *Derecho y Moral (contribuciones a su análisis)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.
- . "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*. 71, 1958, pp. 593-629. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral". En: Hart, H. L. A. *Derecho y Moral (contribuciones a su análisis)*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.
- . *The concept of Law*. Oxford, Clarendon. 1961, Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Hayakawa, S.I. "How words change our lives". *Saturday Evening Post*. Vol. 231, Issue 26, (27/12/1958) pp. 75-88. Citado por la traducción castellana de Del Valle, F. "Como las palabras cambian nuestras vidas". En: *Aventuras de la mente*, Van Thruelsen, M. y Kobler, J. Eds. Buenos Aires, Ed. Libro Centenario, 1964.
- Jiménez Cano, R. M. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.
- Kaufmann, A. *Rechtsphilosophie*. München, 2a. ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1997. Citado por la traducción castellana de Borda, L. V. y Montoya, A. M. *Filosofía del derecho*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1999.

- Kelsen, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2a. ed., Aufl., Tübingen, 1923. Citado por la traducción castellana de Roces, W. revizado por Schmill, U. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. México, Ed. Porrúa, 1987.
- . *Society and Nature (A Sociological Inquiry)*. Chicago, The University of Chicago Press, 1943. Citado por la traducción castellana de Pierriau, J. *Sociedad y Naturaleza (Una investigación sociológica)*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1945.
- . *General Theory of Law and State*. Cambridge, Harvard University Press, 1945. Citado por la traducción castellana de García Maynez, E. *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2a. Edición revisada, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1958.
- . *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Franz Deuticke, 1953. Citado por la traducción castellana de Garzón Valdés, E.: *¿Qué es la Justicia?*, 9a. ed., México, Ed. Fontamara, 1998.
- . *Reine Rechtslehre*. 2a. ed., Wien: vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1960. Citado por la traducción castellana de Vernengo, R. J.: *Teoría pura del derecho*, 10a. ed., México, Ed. Porrúa, 1998.
- Korzybski, A. *Science and sanity*. Connecticut, 4a. Ed., Lakeville, 1948.
- Lewis, C. S. *That Hideous Strangth*. 1945. Traducido por Gandolfo, E. E., revisión de traducción Villena, M. *Esa horrible fortaleza*, Buenos Aires, Minotauro, 2006.
- Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1a. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Mac Cormick, N. “Herbert L.A. Hart: In Memoriam”. *Ratio Juris*. 6 (3). 1993.
- Morelli, M. G. “Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el Pensamiento de Savigny”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Universidad Nacional de Rosario, núm. 28, 2004/2005.
- Mulholland, J. *The language of negotiation*. London, Routledge, 1991. Citado por la traducción castellana de Mizraji, M.: *El Lenguaje de la Negociación*. Barcelona, Gedisa, 2003.
- Nino, C. S. *Introducción a la Filosofía de la Acción Humana*. Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- Ribstein, L. E. “Law v. Trust”. *Boston University Law Review*. Núm. 81, 2001.
- Roos, A. *Toward a Realistic Jurisprudence*. Copenhagen, Elinar Munksgaard, 1946. Citado por la traducción castellana de Barboza, J. *Hacia una ciencia realista del derecho (Crítica del dualismo en el derecho)*. 1a. reimpresión, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- . *Why Democracy?* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press. 1952. Citada por la traducción castellana de Vernengo, R. *¿Por qué democracia?* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Tû-Tû*. Cambridge, Massachusetts, Harvard Law Review, vol. 70, (1956-1957). Traducido por Carrió, G. R. *Tû-Tû*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1976.

- _____. *On law and justice*. London: Stevens y Sons, 1958. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R. *Sobre el derecho y la justicia*. 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2005.
- Salomon, R. C. y Flores, F. *Building Trust in business, politics, relationship and life*. New York, Oxford University Press, 2001.
- Vigo, R. L. *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.
- _____. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Wittgstein, L. *Philosophical Investigations*, Oxford, 1963.
- Zuleta Puceiro, E. *Interpretación de la Ley*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2003.

Electrónicas

- Brighton, P., 1968. *Proyector sistemático de Frases Cohetes*, en idioma inglés [ref. 20/5/2004], en <http://www.acronymfinder.com/buzzgen.asp?num=31>.
- “Lorenzetti. El nuevo Código Civil es un gran avance”. Diario *INFOBAE* de fecha 02/10/2014, [03/04/2015] en <http://www.infobae.com/2014/10/02/1599012-lorenzetti-el-nuevo-codigo-civil-es-un-gran-avance>.
- “Sistema para elaborar frases técnicas”. [ref. 20/5/2004] en <http://club.telepolis.com/ijas/frastec.html>.

Hemerográficas

- Barbarosch, E. “La interpretación en el proyecto de Código”. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia La Ley*, 2012.
- Bariza, R. “Aspectos poco explorados del Código Civil Francés”. *Jurídica*, México, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 20, 1990-1991.
- Guibourg, R. A. “El reformista, el revolucionario y el mono con navaja”. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia LA LEY*, Tomo (C), 2007.
- Lionetti de Zorzi, J. P. “Negociación y retórica: Por que argumentar y como hacerlo”. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2012.
- Marston, A. “Planning for love: The Politics of Prenuptial Agreements”. *Stanford Law Review*. 49 (4), 1997.
- Scott, E. S y Scott, R. E. “Marriage as relational Contract”. *Virginia Law Review*. 84 (7), 1998.
- Simpson, A. W .B. “Herbert Hart Elucidated”. *Michigan Law Review*. 104 (6), 2006.
- Van Hooft, A., Korzilius, H. y Planken, B., 2005. “El aprendizaje de segundas lenguas (L2) y la adquisición de conciencia intercultural II. Un estudio longitudinal”. *Revista de Investigaciones y estudios hispánicos aplicados IDEAS*. Núm. 1, [ref. 2/2/2006] en www.ideas-heilbronn.org/elements/artic/A_van_Hooft_ideas.pdf.

Legislativas

Código Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014.

Comisión para la Redacción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, [ref. 05/02/2015] en http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf.

Decreto 191/2011, [ref. 12/03/2015], en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/175000-179999/179643/norma.htm>.

Ley 26.994 [ref. 22/03/2015], en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2014/PDF2014/SANCIONES/0102-S-2013d.pdf>.

Mensaje No. 884/12 [ref. 02/03/2015], en <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/verExp/parla/PE-57.12-PL>.