

**LA APLICACIÓN DEL DERECHO, SIN OLVIDAR LOS
PRINCIPIOS**

MODIFICACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR

Mag. María R. Dabadie

Mar de Ajó, Noviembre de 2012

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible señalar que es necesaria una reforma al Código Civil, por diversas razones, entre las más relevantes podemos señalar que en los más de cien años que tiene de vigencia la relaciones negociales individuales y colectivas han sufridos grandes modificaciones adaptándose a los tiempos. Pensemos en el hecho de que Vélez Sarsfield viajaba en carruaje y nosotros hemos llegado aquí en automóvil de última generación con aire acondicionado entre otros elementos del confort.

Menos aún podemos ser reticentes a los cambios que demandan las denominadas cuestiones de familia, no olvidemos que en la primera redacción no ni siquiera posible pensar en el matrimonio igualitario, en la familia ampliada, la unión de hecho era desconocida en cuanto a los efectos que podía conllevar para sus miembros, entre otras situaciones; sin olvidar la incapacidad civil de la mujer superada ampliamente por la legislación complementaria.

A modo de referencia histórica quiero señalar que fue Aurelia Vélez, mujer formada en la elite

académica de sus tiempos por su padre, que fue la primera mujer que intervino en un proceso judicial en ejercicio de su propio derecho, la intervención consistió en solicitar la apertura y prosecución del proceso sucesorio de su madre; conducta ésta que escandalizó a la comunidad jurídica de la época.

Estos hitos que sólo son ejemplos, se han visto acompañados de la actividad de la judicatura, de la academia del derecho y ni que decir de la urbe de abogados; estos actores jurídicos han cumplido su misión mediante la interpretación de la norma codificada, de los principios y de la fuente constitucional. Por ese camino han dado respuesta a las demandas de la sociedad toda para solucionar conflictos o evitarlos, en consonancia con las nuevas realidades socio-culturales y negociales.

Para que esa actividad pudiera tenerse por cumplida ha sido necesario superar las barreras que el Código Civil actual contiene en su redacción, extremo inevitable como se verá, debido a que en tiempos de su redacción otros eran los paradigmas que imperaban, otro era el estado de derecho.

Es por ello que anticipo no comparto la incorporación o podría decir el mantener un Título Preliminar, o al menos si se optare por sostenerlo otra debe de ser la redacción de su articulado, pues como trataré de demostrar en estas escasas páginas esa

modalidad se ve superada por el estado de derecho constitucional y el neoconstitucionalismo que en modo alguno pueden ser apartados a la hora de una reforma como la que nos ocupa.

Para marcar el sendero que se debe recorrer y las modificación que se deberían realizar he de seguir las enseñanzas de mi maestro el Profesor Rodolfo Vigo.

ASPECTOS GENERALES

Las constituciones europeas del siglo XIX tuvieron el papel de ser un programa dirigido al legislador que era el que debía desarrollarlo y plasmarlo en el derecho según los criterios fijados por la voluntad general. Fue el Código Civil al que se le asignó un rol central en el derecho y prueba de esa relevancia era el Libro Primero (Titre Préliminaire) en el que se incluían definiciones y reglas que pretendían regir para todo el ordenamiento jurídico. Es que en buena medida esa materia más que de derecho privado era de derecho constitucional.

Sin embargo, aquel marco tan característico del Estado de Derecho Legal cambió a partir de la segunda mitad del siglo XX, y el nuevo Estado de Derecho Constitucional implicó, entre otros efectos, el reconocer a la Constitución el carácter de una verdadera fuente del derecho, e incluso la fuente de las fuentes. En este

nuevo paradigma aquel Título Preliminar o Libro Primero carecía de justificación que pudo hacerse invocado cuando la Constitución no era propiamente una norma jurídica, pero no en tiempos de constitucionalización del ordenamiento jurídico. La relevancia del impacto de las nuevas constituciones sobre aquellos Libros Primeros quedó de manifiesto en España cuando cuatro años después de haberse llevado a cabo una significativa reforma de ese libro en el Código Civil, se sanciona la nueva y vigente Constitución española de 1978, lo que supuso una transformación en muchos de sus artículos, como por ejemplo aquel que regulaba las fuentes del derecho.

Es válido señalar que en el Estado de Derecho Legal el proceso de aplicación del derecho se encontraba limitado a la actividad de subsumir el hecho en la norma, aquel que se apartaba de la respuesta indicada cometía delito de prevaricato. Más aún muchos casos llevados a los tribunales quedaban sin juzgamiento por la imposibilidad de cumplir con la tarea de subsunción.

En el marco del Estado de Derecho Constitucional hay una, dos o más respuestas para el caso; no obstante este abanico de posibilidades juzgatorias para el caso luego de elegir una hay respuesta, la más justa o la mejor, es deber de los jueces dar razones buenas razones para justificar la elección. Esta actividad de argumentación debe ser

suficiente para que el destinatario individual o plural, en algunos casos la sociedad toda hasta el destinatario universal de Perelman en "La nueva retórica" reciba lo que debe ser, con la superación de problemas de índole regulatorio, fáctico, lógico, axiológico y lingüístico.

Cómo rasgos distintivos o criterios de distinción entre el Estado de Derecho Legal y el Constitucional, se deben remarcar los siguientes. Para entender los problemas propios de la sociedad, ante la nota gregaria de la humanidad, se creó la figura del jurista que en el primero se encontraba limitado a ser interprete de la ley, hoy en plena vigencia del segundo y aún superándolo se ocupa del derecho como objeto de estudio.

Una segunda distinción radica en que en el Estado de Derecho Legal los abogados eran los únicos habilitados para interpretar la ley, los jueces sólo podían pronunciarla; en tanto que en el Estado de Derecho Constitucional todos los sujetos tienen la calidad de sujetos interpretativos.

No podemos olvidar por la trascendencia que han de tener en la redacción a los artículos que se ha de proponer los significados de interpretar, en cuanto es un proceso simple de desentrañar el sentido de la norma. Mientras que el de argumentar es una actividad compleja

que consiste en dar razones dentro del marco constitucional, consiste en un verdadero saber práctico.

Como consecuencia de lo dicho es dable concluir que en sentido estricto y desde las características propias del Estado de Derecho Constitucional, han perdido sentido los Libros Primeros o Preliminares de los Códigos Civiles y sólo un sentido inercial de la cultura decimonónica europea permitiría comprender su mantenimiento en su proceso de reforma como el que se intenta.

ASPECTOS PARTICULARES

El Proyecto de Reforma nos propone mantener el Título Preliminar con cuatro capítulos a saber; Derecho, Ley, Ejercicio de los derechos y Derechos y bienes.

Por el camino marcado estimo que es recomendable mantener dos capítulos, el primero referido a la tarea que es propia de los jueces, consistente en "decir" o concretar el derecho en cada caso, que si bien tiene un alcance que trasciende al derecho civil y carece de peculiaridades destacables, puede señalarse que no está de más insistir con la caracterización de ese momento definitivo en que se discierne el derecho. Resulta pertinente mantener en su totalidad y sin

modificación el articulado que hace al modo de contar los intervalos del derecho, debiendo titulárselo de esa manera y no "Ley" con un solo artículo referido al ámbito de aplicación de la ley respecto de las personas.

El título que se propone debe ser el primero por la relevancia de su contenido y su denominación aconsejable es "De la aplicación del Derecho", siguiendo en el tema a la Reforma, aunque con modificaciones y simplificando su contenido.

Cabe señalar a continuación, aunque de manera breve, algunas características del contenido que tiene la modificación que se propone; a saber:

- Los jueces deben resolver "todos" los casos puestos bajo su jurisdicción o competencia, se trata de la obligación de fallar y de la prohibición de invocar silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.
- El proceso de decisión debe ser racional, y por ende, la posibilidad de ser comprendido racionalmente por su destinatario o destinatarios.
- Se debe asumir la importante distinción entre "ley" y "derechos" introducida en Europa por la ley fundamental de Bonn de 1949, a mediados del siglo pasado.
- Hay un reconocimiento explícito de que pesa sobre las opciones del juez un límite en el proceso de

elección establecido por los principios del derecho y por los que iluminan el derecho civil.

- La distinción previa apunta a la existencia de principios a los que remite todo el derecho en tanto exigencias intrínsecas e inalienables a favor de todo miembro de la especie humana, sin dejar de lado aquellos principios en los que se ha originado y orientan el derecho civil.
- En total sintonía con las extendidas teorías de la argumentación, se pretende que los jueces brinden explícitamente las razones que justifican la respuesta jurídica que han elegido para el caso dado en el derecho vigente.
- En la línea marcada se hace la reivindicación de la razón práctica sustancial como también de una racionalidad formal que incluye a las exigencias de la lógica.
- Hay una demanda de la decisión judicial clara e inteligente, medida desde las partes procesales o sus destinatarios.
- Se destaca la relevancia de los "casos" concretos y circunstanciados difícilmente subsumibles en supuestos genéricos previstos en la ley.
- en el art. 2 se insiste en el esfuerzo de la justicia que no puede agotarse en una mirada

circunscripta a la equidad o al caso en cuestión, sino que siempre debe incluirse una perspectiva comprensiva del interés y del bienestar general.

TEXTO PROPUESTO

Se propone como texto para los artículos individualizados el siguiente.

"Titulo I

De la aplicación del derecho

Art. 1. Los jueces deben resolver todos los asuntos que conozcan derivando en forma racional desde la ley y el derecho la mejor o más justa solución, sin contradecir los principios generales del derecho y los principios que informan el derecho civil, dando de manera clara y ordenada las razones o argumentos idóneos jurídicamente válidos aptos para justificación esa elección.

Art. 2 En la solución de los casos los jueces deben tener en cuenta y ponderar de modo racional las exigencias vinculadas en forma directa con aquellos, y las derivadas del bien común, la moral y el orden público."

CONCLUSIÓN

Como ha quedado expuesto considero necesaria la modificación postulada, sobretodo porque esta Reforma se debe realizar con una visión correcta del tiempo que nos toca vivir y sus repercusiones.

No podemos olvidar que una obra de este porte debe estar destinada a sobrevivirnos como lo hizo el actual texto del digesto civil respecto de su redactor y de sus contemporáneos, de nos ser así estaríamos ante una visión muy escasa del concepto tiempo y trascendencia.

Por último insisto en fijar extremos acordes con el actual Estado de Derecho Constitucional y con la claridad que deben tener las normas pensando en su destinatario final, que no es otro que la ciudadanía toda.

