

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICOS

Colección Derecho Privado

II

DE LA CODIFICACIÓN A LA DESCODIFICACIÓN Code Civil (1804 - 2004) Código de Bello (1855 - 2005)

Cuadernos de Análisis Jurídicos
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE
Andrés Cuneo Macchiavello
Decano de la Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales

EDITORES
Carlos Pizarro Wilson
Mauricio Tapia Rodríguez

EDITOR DE LA PRODUCCIÓN
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales
República 105, Santiago de Chile
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.lueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ALEJANDRO GUZMÁN B.
RAMÓN DOMÍNGUEZ A.
FABRICIO MANTILLA E.
IRIGO DE LA MAZA G.
GONZALO FIGUEROA Y.
MICHEL COUAILLER
HERNÁN CORRAL T.
JAVIER BARRIENTOS G.

ENRIQUE BARROS B.
MAURICIO TAPIA R.
DANIELA ACCATINO S.
CARMEN DOMÍNGUEZ H.
CHRISTIAN LARROUMET
AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
BRUNO CAPRILE B.
CARLOS PIZARRO W.



Ediciones
Universidad Diego Portales
Escuela de Derecho

SENTIDOS Y MÉTODOS DE LA CODIFICACIÓN EN EL DERECHO*

Enrique Barros Bourie**

I

Esta ponencia intenta enfrentarse con algunas interrogantes acerca de la naturaleza y sentido de la codificación en el Derecho Contemporáneo. Con ese fin, siguiendo una distinción asentada, resulta útil asumir como esquema de análisis un sentido formal y un sentido material de codificación¹.

Formalmente, el código es un ordenamiento de normas referidas a materias de diversa generalidad². La codificación civil responde al propósito de ordenar sistemáticamente las normas relativas a un extenso ámbito de relaciones privadas, que nacen de la familia, de la propiedad, del acto y del hecho jurídico, incluida la muerte. En tal sentido, el Derecho Civil está codificado en un sentido formal; como también lo son las codificaciones sucesivas que han ordenado las más diversas áreas del Derecho, desde el *Código Constitucional* hasta el *Sanitario*.

De particular interés como ejemplo de codificación en un sentido estrictamente formal es la codificación de Derecho Constante emprendida en el moderno Derecho francés³. Esta tarea tiene esencialmente por objetivo la consolidación en un texto ordenado de la legislación vigente, que se encuentra dispersa en incontables fuentes legales y reglamentarias. El proceso

* Este texto es una versión corregida y ligeramente ampliada de la presentación Codificación civil y administrativa leída en el congreso organizado en el marco del bicentenario del *Código Civil* francés por la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latinoamericanos y publicada en Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 313 y ss.

** Profesor de la Universidad de Chile.

¹ Véase Alejandro GUZMÁN, *La fijación del Derecho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, p. 21 y ss.

² Sobre el origen y evolución del concepto de código en el Derecho, Alejandro GUZMÁN, "Codex", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, x, 1985, p. 107.

³ Sobre esta práctica, G. BRAIBANT, "Comment codifier. La méthode", Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 275.

va más allá de nuestra práctica legislativa chilena de los "textos refundidos", que usualmente resultan de autorizaciones que el legislador otorga a la administración para establecer en un único texto leyes que han sido objeto de innumerables modificaciones con el correr del tiempo. El procedimiento francés es más institucional, porque consiste en una práctica sustentada en un órgano administrativo permanente que actúa por mandato legal. Pero también es más comprensivo, porque responde al propósito de racionalizar la presentación de todo el Derecho vigente, favoreciendo su claridad y accesibilidad. Su modesta finalidad es hacer más transparente la legislación: "se trata de ofrecer a los ciudadanos, a los empresarios, aún a los funcionarios, la posibilidad de acceder fácilmente al derecho, pues es más cómodo consultar un código que buscar en doscientos textos"⁴. Me parece que la experiencia de la técnica del Derecho Constante, debidamente ponderada en sus virtudes y debilidades⁵ es del mayor interés práctico, porque favorece el conocimiento y certeza del Derecho vigente. Por esos solos méritos merece la mayor atención, especialmente en áreas del Derecho donde concurren múltiples regulaciones. En esencia, se trata de una codificación administrativa, que rastrea, ordena, descubre inexactitudes, incoherencias y defectos y propone un texto que no innova normativamente, pero elimina la carroña legal y pretende hacer luz en el Derecho vigente. De paso, el rastreo administrativo puede dar con incoherencias o imprecisiones que suelen motivar una reforma legal, allí donde ésta es necesaria.

El proceso regulador, que se materializa en leyes y normas administrativas de carácter general, es esencialmente técnico e instrumental. A menudo, es también oportunista, porque tiene por objetivo corregir sobre la marcha conductas impropias o resolver problemas en un área específica de actividad. El método de codificación de Derecho Constante nos abre luces acerca de la potencia práctica de introducir racionalidad en el confuso "estado de cosas" a que conduce un conjunto de normas que suelen encontrarse dispersas en multitud de leyes o regulaciones y que responden a una legislación inspirada por fines diversos y, a veces, contradictorios.

II

Pero la codificación también puede ser entendida en un sentido *material*. Puede entenderse por tal un ordenamiento que responde a un cierto sistema

⁴ BRAIBANT (n. 3), p. 277.

⁵ N. MOLFESSIS, "Comment codifier. La méthode", en Christian LARROUMET y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 265.

'interno', porque está articulado en torno a principios normativos y a categorías conceptuales, y que usualmente consolida los cambios, por lo general incrementales, aunque en ciertos lugares críticos también suelen ser discretos, introducidos por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina jurídica. Ésta parece ser la naturaleza esencial de la codificación en el Derecho Privado, en el Derecho Penal y, desde luego, de la parte normativa del Derecho Constitucional⁶.

¿Por qué esta diferencia? Porque el Derecho no sólo es un programa de conducta (al modo de las regulaciones administrativas) sino, también, es un ordenamiento inteligible a la luz de principios y de una forma conceptual, que no es monolítica, como ha destacado Busnelli⁷, pero que está articulada por una *ratio* que sirve de horizonte interpretativo a casos suscitados en circunstancias muy diversas. En cierto sentido, el Derecho Privado expresa la dialéctica de experiencia y de razón, que se formula en un *corpus* de principios que orientan el discernimiento y de reglas de diferentes grados de precisión. Por el contrario, como lo ha explicado correctamente la teoría funcionalista del Derecho, en el ámbito de las regulaciones todo contenido es experimentado como fungible, porque también podría ser formulado de una manera diferente. El Derecho Urbanístico o las regulaciones ambientales son instrumentos utilizados para establecer políticas públicas que cambian periódicamente. Son programas de conducta, que presentan típicamente la estructura de un juicio condicional: dado tal antecedente, se sigue tal efecto normativo⁸.

⁶ La parte general del Derecho Administrativo ha adquirido, también, la forma comprensiva de una disciplina fundada en principios y reglas. Desde esta perspectiva, debe distinguirse ese ordenamiento común de las administraciones públicas de las regulaciones que son dictadas en ejecución de las tareas asignadas por la ley; sobre el Derecho Administrativo como derecho común estatutario de las administraciones públicas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Madrid, Civitas, 2002, I, p. 42.

⁷ F. BUSNELLI, "Comment codifier? La méthode", en Christian LARROUMET y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 265.

⁸ Es interesante recordar las ventajas que N. Luhmann atribuía al Derecho como subsistema social que permite la programación social mediante el Derecho Administrativo: ante todo, el Derecho Positivo abre camino para la variación de sus contenidos, permitiendo que las regulaciones sirvan alternativamente, por ejemplo, para impulsar el consumo o controlar los equilibrios macroeconómicos; enseguida, esta elasticidad del Derecho Positivo permite tecnificar los programas condicionales, hasta el límite en que pueden devenir en verdaderos algoritmos; finalmente constituyen un ahorro de comunicación, porque el programa puede ser formulado en términos generales que descarga a quien lo aplica de la necesidad de volver a discernir las consecuencias en cada caso individual ("Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft" en *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, p. 141 y ss.).

Sin embargo, el modelo de las regulaciones no agota las formas de manifestación del Derecho. Para ello es conveniente recordar la distinción que hacía Wittgenstein entre "reglas subsumtivas", que son esencialmente ciegas, pues carecen de una lógica interna; y "reglas creativas", que están dotadas de un cierto sentido, lo que les permite dar respuestas, incluso, para los casos no previstos por la propia regla.⁹ Ambos tipos de reglas coexisten en el Derecho. La potencia del Derecho Civil, especialmente del Derecho de Obligaciones, está dada precisamente porque incluye reglas de esta segunda clase. Y en este punto reside una diferencia bien esencial con las regulaciones administrativas. Mientras la norma reglamentaria que fija el límite de emisión de una cierta sustancia contaminante difícilmente va a dar respuesta a la pregunta por el límite vigente respecto de otra sustancia diferente, las normas que rigen las relaciones provenientes de un contrato permiten usualmente inferir soluciones, aun, en casos que no están exactamente cubiertos por la regla. Desde el Derecho Romano, las relaciones jurídicas privadas no están regidas por las meras palabras, sino por el sentido, de modo que la tarea del juez y del experto es comprender el caso a la luz de la razón que subyace a la norma aplicable.¹⁰

Aunque los principios que los inspiran y su función son diferentes al Derecho Privado, algo semejante ocurre en el Derecho Penal y Constitucional. En el primero, las categorías básicas, que son constitutivas del concepto de delito, están dadas por un conjunto de doctrina científica y jurisprudencial que no puede ser subsumtivamente derivada de las palabras del Código. Aún más extremo es el caso del Derecho Constitucional. Ante todo, porque la Constitución expresa los derechos de una manera muy general, de modo que constituye un ordenamiento positivo provisto de un fundamento semántico muy elemental. Además, porque esos derechos, de límites indefinidos por el texto, pueden ser regulados por la ley en una extensión que tampoco resulta precisa. En tercer lugar, porque no es infrecuente que los derechos estén recíprocamente en colisión, con la consecuencia de

⁹ Pueden compararse L. WITTOGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1958, párrafos 85, 99, 100, 201, 2002; la idea de 'reglas subsumtivas' y 'reglas creativas' en Wittgenstein proviene de S. KÖRNER, "Über Sprachspiele und rechtliche Institutionen", en *Ethik: Grundfragen, Probleme, Anwendungen* (Actas del 5° Simposio Internacional sobre L. Wittgenstein), 1981, p. 481. La distinción parece estar en el trasfondo de la conocida caracterización de H.L.A. Hart de un escepticismo ante las reglas, que a falta de certeza subsumtiva duda que haya regla, y de un platonismo ante las reglas, que asume que, toda regla, por definición, debe ser subsumtiva (*The Concept of Law*, 1961, capítulo VII).

¹⁰ Alejandro GUZMÁN, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Biblioteca Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, vol. I, p. 167 y ss.

que una tarea esencial de la jurisprudencia y la doctrina es precisamente discernir sus límites. Finalmente, en el caso chileno, porque el orden fundamental vigente en la parte normativa de la Constitución no puede ser hipotéticamente reconducido a un acuerdo originario; en efecto, más allá de los acuerdos constitucionales sucesivos, que han modificado el estatuto constitucional en forma sustancial, incluso los textos que han permanecido inalterados han adquirido un nuevo sentido, diferente al originario, por la modificación de su contexto valórico y político. Así y todo, en uno y otro caso, lo que queda más allá del texto del Código Penal y de la Constitución no es un vacío normativo. Las decisiones no son arbitrarias, aunque sólo elementalmente tengan por referencia a los textos positivos, porque lo determinante son las razones, que atienden a un correcto ordenamiento de los bienes jurídicos que expresan esos textos.

En distintos grados, algo semejante ocurre con la legislación especial que responde a principios de Derecho Privado, como ocurre con parte esencial del ordenamiento sobre sociedades anónimas y mercado de valores; cuyo origen en el Derecho Comparado (de donde fueron adoptados esos ordenamientos legales) es reconducible a un desarrollo jurisprudencial, que esencialmente se produjo a partir de los institutos del derecho general de los contratos, de las sociedades y de la responsabilidad civil. En otras palabras, la codificación en sentido material no sólo se produce al interior de los códigos tradicionales sino, también, en la legislación especial comprensiva, que no recibe el nombre de 'código', pero que tiene una lógica interna que permite discurrir soluciones 'conforme a la ley' respecto de situaciones que el ordenamiento legal no ha previsto.

III

La diferencia entre ambos tipos de reglas abre el horizonte para comprender la lógica del desarrollo jurisprudencial y doctrinario del Derecho Privado. La legislación especial en ámbitos específicos del Derecho Privado, como la relativa a los deberes de los controladores y administradores de sociedades anónimas, no es una especificación lógica (esto es, subsumtiva) del Derecho Civil o Comercial, pero puede ser comprendida a la luz de sus principios y reglas. Por eso, mientras la codificación de las regulaciones administrativas puede favorecer la visibilidad de un material normativo que responde a propósitos políticos que permanecen generalmente ocultos tras los programas condicionales de conducta, la codificación material (civil, penal o constitucional, por ejemplo) es discernible como un orden general que está dotado de conexiones internas de sentido. Por eso, ante nuevas realidades,

el Derecho Civil suele adaptarse jurisprudencialmente, de mejor manera si cuenta con el auxilio de la doctrina, sin que por ello se abdique del principio de sometimiento del juez al Derecho vigente. De ello hay reiteradas evidencias en la historia del Derecho y en el Derecho Comparado.

Siempre me ha impresionado cómo a partir de las dos reglas que subsistieron de la *Lex Aquilia* pudo derivarse un extenso conjunto de normas, que fueron recopiladas en un título completo del *Digesto*. De los ilícitos civiles originales de matar injustamente un esclavo u otro ser viviente de propiedad de otro¹¹ y de causar daño quemando, quebrando o rompiendo¹², fueron inferidas reglas que se extienden a materias muy distintas a esos tipos arcaicos y que, sin embargo, responden al mismo principio del daño causado por el hecho injusto o ilícito. A la época de los códigos decimonónicos no había mercados de valores, pero las reglas sobre el contrato y la responsabilidad mostraron la suficiente flexibilidad como para cubrir al menos los aspectos esenciales del abuso de información privilegiada, de la actuación de directores de sociedades anónimas en contra del interés los accionistas y de muchas otras cuestiones que jamás estuvieron en el horizonte de Pothier ni de los codificadores.

En este mismo orden de cosas, quisiera citar una experiencia comparada. El formalismo contractual que dominó el Derecho europeo y americano del siglo XIX, que se expresa en el aforismo de francesa claridad, *qui dit contractuel dit juste*, conduce a que donde haya consentimiento la aplicación de lo pactado resulte inexcusable para el juez. Sin embargo, en todo el Derecho Comparado ese principio formal debió ser puesto a prueba, simplemente porque conducía a resultados inicuos en ciertas situaciones. Y esta conclusión era independiente de la vigencia del principio de libertad para contratar. Por ejemplo, si se ha contratado bajo condiciones generales (en contratos de adhesión), los hechos suelen controvertir por sí mismos el principio de que es contrato lo que formalmente puede tenerse por acordado: ¿qué ocurre si el contratante no estuvo en condiciones de conocer alguna de las cláusulas propuestas que está expresada en un lenguaje técnico ininteligible para un lego?; ¿o si han sido redactadas de un modo que induce a error?; ¿o sí, en la confianza de que el comprador no las leerá, alteran dramáticamente la economía del contrato? En un ejemplo clásico de desarrollo jurisprudencial del Derecho, la jurisprudencia alemana posterior a la guerra buscó caminos, que resultaran normativa y conceptualmente coherentes con la doctrina civil del contrato, para ejercer un control judicial sobre

¹¹ *Lex Aquilia*, capítulo primero (*Digesto*, 9.2.2).

¹² *Op. cit.*, capítulo tercero (*Digesto*, 9.2.27.5).

cláusulas de este tipo: si la cláusula era subrepticia, se entendía que no había consentimiento; si se alteraba la conmutatividad básica del contrato sin aviso específico, se entendía que la conducta del proponente era contraria a las buenas costumbres contractuales; si era inductiva a error, se consideraba una actuación contraria a la buena fe. De este modo, se creó por el Tribunal Supremo una doctrina consistente sobre la materia, que luego de treinta años fue recogida por la ley especial sobre condiciones generales de contratación de 1976. Y después de veinticinco años de práctica en la aplicación de esa ley especial, con ocasión de la reforma al Derecho de Obligaciones que entró en vigencia en 2002, esas reglas fueron incorporadas al *BGB*. De las reglas y principios generales del Derecho de los Contratos se derivó una doctrina jurisprudencial, que fue concretizada en una ley especial y que luego regresó al *Código Civil*. Desde el punto de vista de la idea de codificación, la incorporación de estas reglas a un código civil resulta discutible, precisamente porque fue la generalidad del *Código* lo que permitió el desarrollo jurisprudencial. Pero la historia tiene el mérito de mostrar el dinamismo implícito del Derecho Civil.

En verdad, la concreción práctica del Derecho Privado, derivada a partir de los códigos civiles, es difícilmente reconocible a la luz de su situación originaria. Los propios códigos contienen en lugares críticos, conceptos abiertos o indeterminados, que si son debidamente discernidos permiten su concreción a la luz de valoraciones implícitas que permiten resolver cuestiones que el legislador jamás pudo prever¹³. En el Derecho Civil es característico lo ocurrido con el concepto de 'culpa', que invoca un criterio de atribución de responsabilidad cuya construcción en concreto depende de las circunstancias y es adaptable a las situaciones más diversas. Con estos conceptos "la técnica codificadora disimula que los principios valorativos autónomos, incluidos en la ley a la manera de 'ventanas', no representan ningún derecho regular y material, sino que son puntos de partida para la formación concreta de normas por parte de la judicatura"¹⁴. En verdad los principales códigos contienen en lugares críticos invocaciones a la razón práctica, cuya concreción se produce 'a partir' del *Código*, pero que sólo resulta reconocible en la gradual concreción jurisprudencial y en la reordenación que emprende la dogmática.

¹³ Véanse H. KÖTZ, "Towards a European Civil Code: the Duty of Good Faith" en P. CANE y J. STAPLETON eds., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of J. Fleming*, 1998, p. 243 y ss. y R. ZIMMERMANN y N. JANZEN, "Quia movere: Interpretative Change in a Codified System", en P. CANE y J. STAPLETON eds., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of J. Fleming*, 1998, p. 285 y ss.

¹⁴ J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 194.

Por cierto que el legislador también puede tomar parte en este proceso de concreción. Así, en el ejemplo de la culpa, la ley puede definir en concreto los deberes de cuidado, allí donde resulta necesario por razones de urgencia, porque el desarrollo jurisprudencial del Derecho suele tomar tiempo o, simplemente, por razones técnicas o de seguridad jurídica. Es lo ocurrido, entre innumerables otros ejemplos, con la definición legal de los deberes de conducta en las legislaciones tan diferentes como las del tránsito y sobre mercado de valores, o con las regulaciones ambientales o de seguridad industrial establecidas para prevenir daños.

En el dinamismo de la noción de culpa, que ocupa un lugar tan crítico en el Derecho de Obligaciones, se muestra ejemplarmente la capacidad adaptativa de un ordenamiento que es progresivamente configurado por la jurisprudencia y la doctrina, a veces con el concurso de la legislación, en una permanente compensación de flexibilidad y seguridad jurídica.

IV

El Derecho Privado Histórico participa de dos fuerzas dialécticas, de expansión y consolidación, en el juego recíproco de la experiencia que trae nuevos casos y de la razón que los ordena en las coordenadas conceptuales y valóricas del Derecho Civil.

Un camino es dar progresivamente forma codificada a esta práctica. Es la idea que subyace a los sucesivos *Restatements* estadounidenses, que constituyen completos códigos en todas las principales áreas del Derecho Privado Patrimonial. Se trata de ordenamientos que resultan de un trabajo académico privado, carente de reconocimiento formal por la legislación. Sin embargo, gozan de la enorme autoridad de recopilaciones largamente discernidas del Derecho vigente, que consolidan en la forma de códigos con comentarios y ejemplos, las principales orientaciones jurisprudenciales a la luz de los criterios ordenadores de la doctrina.

Otra alternativa es redefinir en su conjunto las instituciones del Derecho de Obligaciones, asumiendo el 'estado de cosas' del Derecho Interno y Comparado¹⁵. Pero este camino supone un espíritu práctico muy desarrollado y una comunidad científica de suficiente densidad. Por lo mismo, en general,

¹⁵ En verdad, las reflexiones anteriores se orientan especialmente al Derecho de Obligaciones, porque el Derecho de Familia y de Sucesiones sigue una lógica independiente, en que los cambios legislativos siguen los que se producen en las costumbres y las valoraciones sociales, Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1992, p. 220 y ss.

soy crítico de los movimientos codificadores hispanoamericanos, que usualmente toman de aquí y de allá lo que tienen por 'moderno', sin dar tiempo para que la reforma nazca del discernimiento práctico de preguntas y problemas que surgen del tráfico jurídico efectivo.

Por eso, donde hay códigos establecidos es conveniente actuar con cautela. Precisamente porque el Derecho Privado se puede desarrollar a partir de su lógica interna, no hay que asombrarse de su continuidad y de la semejanza de sus principales institutos en el Derecho Comparado. Hein Kötz, uno de los principales comparatistas del Derecho Privado Contemporáneo, muestra que los sistemas jurídicos tienden a encontrar soluciones análogas, a pesar de que los caminos técnicos para lograrlos sean diferentes¹⁶. El aspecto central que explica esta naturaleza de "orden creativo" y no meramente "subsumitivo", reside en que no se trata de programas de conducta, que resultan de una racionalidad puramente técnica, sino de reglas que atienden a la relación entre personas y cuyo sentido es inseparable de las ideas normativas que les subyacen (por encontradas que éstas sean).

Atendida esta naturaleza del Derecho Privado, coincido con F. Busnelli en la extrema conveniencia de cuidar la generalidad de los códigos civiles¹⁷. La doctrina civil muestra la infinidad de cuestiones que pueden surgir de un puñado de normas que establecen el régimen general de las obligaciones y de la responsabilidad civil. Puede ocurrir que haya reglas de un código que constituyen una limitación extemporánea para el desarrollo de una institución (como ocurre con la reparación del daño moral por expresiones, excluida por el artículo 2.331); o que la jurisprudencia y la doctrina hayan desarrollado un instituto *contra legem* y que se entienda llegado el momento de que el código exprese la realidad normativa vigente; o que parezca conveniente cambiar algún aspecto técnico de importancia general (como ocurre a menudo con las reglas sobre prescripción). Pero no se puede aspirar a que un código se haga cargo de las mil preguntas que plantea la aplicación práctica de cada instituto; ni regule los estatutos jurídicos especiales, que en gran parte se soportan en las reglas y principios generales de la disciplina.

Por lo mismo, resulta discutible, por ejemplo, la reforma reciente del BGB en materia de derecho de obligaciones. No hay duda que se han introducido importantes modificaciones a las reglas generales, que en parte expresan desarrollos jurisprudenciales previos, y en parte rompen verdaderos 'zapatos chinos' del Código de 1900. Es el caso, por ejemplo, de las

¹⁶ H. KÖTZ, "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en K. SCHMIDT, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 75 y ss.

¹⁷ BUSNELLI (n. 7), p. 271.

nuevas reglas sobre reparación del daño moral¹⁸, sobre grosera onerosidad sobreviviente¹⁹, sobre las diversas hipótesis de incumplimiento contractual²⁰ y muy especialmente sobre prescripción²¹. Pero la reforma también contiene reglas muy específicas, que difícilmente responden a la generalidad que debe recorrer un código civil²². Algunas reformas recientes al *Código* francés son susceptibles de la misma crítica. Es el caso de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos de los artículos 1.386-1 y siguientes: ¿por qué no incorporar también al *Código* reglas especiales sobre responsabilidad ambiental o profesional?

En otras palabras, los códigos civiles se han mostrado suficientemente flexibles para la creación de un cuerpo de doctrina que no se sigue de sus palabras, sino de la *ratio* que la doctrina y la jurisprudencia han ido construyendo con sorprendentes analogías en el todo el Derecho Comparado. El Derecho chileno tiene en este sentido la ventaja de carecer de una cultura jurídica excesivamente nacionalista y de estar esponjadamente abierto al Derecho Comparado, "con la ventaja de podemos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia"²³. En verdad, una de las experiencias más notables del Derecho Civil Contemporáneo es su tendencia a reconstruir, sobre nuevas bases, la tradición romano-canónica del Derecho Común, que el nacionalismo codificador tendió a ahogar en el siglo XIX²⁴. A ello se agrega que nuestro *Código* es abierto por su lenguaje, cercano al común, y por la técnica ejemplar de muchos preceptos importantes. Por eso, todo lleva a pensar que cualquiera reforma del *Código Civil* en materia de Derecho de Obligaciones debe atender a cuestiones precisas, más que a una reformulación global, para la cual no hay necesidad urgente ni un trabajo doctrinario previo de suficiente densidad.

¹⁸ BGB, § 253.

¹⁹ BGB, § 275.

²⁰ BGB, § 280 ss.

²¹ BGB, § 195 ss.

²² Como ocurre, por ejemplo, con buena parte de las modificaciones en materia de compraventa y, en general, con la incorporación inorgánica de directivas europeas, duramente criticada por parte importante de la doctrina, E. PICKER, *Schuldrechtsreform und Privatautonomie*, *Juristenzeitung*, 2003, p. 1.035 y ss.

²³ Andrés BELLO, *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, 1855.


²⁴ R. ZIMMERMANN, "Das römisch-Kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", en *Juristenzeitung*, 1992, p. 5 y ss.

V

La codificación de Derecho Constante en el Derecho francés nos muestra una forma de trabajo que se adecua correctamente a la naturaleza reguladora del Derecho Administrativo moderno. El riesgo radica en la generalización de ese modo de pensar puramente instrumental. Del mismo modo, como hay alguna teoría jurídica que mira unilateralmente al Derecho a la luz del Derecho Administrativo, y que necesariamente ignora la estructura y formas argumentativas del Derecho Civil, Penal o Constitucional; así también, cuando se hace referencia a la codificación, conviene tener presente las diferencias entre el Derecho Civil y el Derecho de las Regulaciones, tanto en su técnica como en su horizonte normativo.

Por eso, la "administrativización" del Derecho Civil mediante intervenciones legislativas oportunistas amenaza su generalidad, como ordenamiento de las relaciones privadas, y su alma, como Derecho Privado que rige relaciones entre personas. Al revés, me parece que la tarea de codificación en sentido puramente formal resulta ser un importante instrumento, en manos cuidadosas, para crear un orden, al menos textual, en el caos normativo del Estado regulador.

Por lo mismo, no puede haber una receta de codificación: lo que en el terreno de las regulaciones es un progreso, que permite acercar el Derecho al público y favorece la claridad acerca del Derecho vigente, en el Derecho Privado puede transformarse en una progresiva y torpe demolición de un sistema articulado en torno a principios e institutos, materiales y formales, que se han ido adaptando progresivamente a lo largo de muchas generaciones. El Derecho Civil, especialmente el Derecho de Obligaciones, tiene sus ancestros en el Derecho Romano, pero su historia es un proceso inagotado de adaptación a los cambios discretos ocurridos en la economía y en la sociedad, gracias a su naturaleza de sistema abierto dotado de una lógica interna. Así se explica, por ejemplo, que las nociones básicas del Derecho de los Contratos y de la responsabilidad permanezcan vigentes por más de dos mil años y, sin embargo, sean mucho más complejas y valóricamente más diferenciadas de lo que aparecen en las *Instituciones* de Gayo, el primer esfuerzo de sistemático que se acerca a un concepto material de codificación.

 UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**SESQUICENTENARIO
DEL CÓDIGO CIVIL DE
ANDRÉS BELLO**

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO II

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
MARÍA DORA MARTÍNIC G.
Y MAURICIO TAPIA R.

CON LA COLABORACIÓN DE:
SEBASTIÁN RÍOS L.

 LexisNexis®

143

MÉTODOS DE CODIFICACIÓN:
CÓDIGO CIVIL Y LEYES SECTORIALES*

Francesco Donato Busnelli
*Profesor de la Scuola Superiore di Studi Universitari
e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa
y de la Universidad de Pisa*

Traducción del francés de
Mauricio Tapia R.**

1. La idea tradicional de Código Civil de nuestros sistemas jurídicos nunca había sido sometida a ataques tan vehementes y generalizados como en el presente: un verdadero "asedio a la ciudadela" (según la expresión utilizada por W. Prosser a propósito de la *Privity of contracts*), anticipándose en el corto plazo una capitulación.

Los ataques están dirigidos, al menos en Italia, desde diferentes perspectivas, de naturaleza económica, política, ideológica y sistemática. Pero el objetivo es siempre el mismo: señalar la crisis del código civil, subrayar su pérdida de "centralidad" en el derecho privado de nuestro tiempo.

a) Observando las relaciones entre el derecho privado y el desarrollo de la economía, Stefano Rodotà señala que "el Código Civil aparece cada vez más alejado del corazón del proceso económico": las reglas (aparentemente) generales formuladas en el código —y esta es su conclusión— estarían relegadas "al nivel de la microeconomía, de los pequeños intercambios, de la actividad doméstica".

b) Por otra parte, si tenemos en cuenta los principios fundamentales consagrados por el nuevo derecho constitucional (es suficiente pensar, en Europa, en las Constituciones italiana y española), se percibe inmediatamente que las decisiones políticas de los legisladores del siglo XIX fueron radicalmente transformadas. Esta crítica se extrema sosteniendo que el verdadero derecho civil estaría formado, en la actualidad, por la "legalidad

* Publicado originalmente con el título "Comment codifier? La méthode", en LARROUMET, Christian (dir.) y TAPIA, Mauricio (coord.), *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, París, Les colloques du Sénat, 2004, pp. 265 y ss. Los editores agradecen al profesor FRANCESCO DONATO BUSNELLI y a la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos, quienes gentilmente autorizaron la publicación de esta traducción.

** Profesor de derecho civil de la Universidad de Chile, codirector de esta obra.

constitucional, que es antitética en relación al sistema del código"; Piero Perlingieri pensaba, en verdad, en el Código Civil *fascista* de 1942.

c) Desde un punto de vista *ideológico*, la decadencia del Código Civil fue identificada con la decadencia de sus categorías jurídicas, que se caracterizaban—según la opinión de Francesco Galgano—por el objetivo de "realizar un derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase". Un ejemplo que lo probaría sería el contrato: una categoría general que habría perdido "su tradicional aptitud para conciliar intereses contrapuestos".

d) Pero el ataque más radical se funda en argumentos de naturaleza *sistemática*. "La unidad del sistema, que estaba asegurada por el código civil, aparece comprometida como consecuencia de la irrupción frenética de leyes especiales que invaden el territorio del código civil"; a esta patología Natalino Irti propone, como remedio, un "particularismo legislativo, compuesto por la consolidación de microsistemas de reglas, dotados de lógicas autónomas". Se trata entonces del fin—y esta es su conclusión—del *monosistema*, fundado en el código civil.

2. Sin ninguna duda, la ciudad es víctima de una durísima prueba por todos estos *asedios* concéntricos, que denuncian en su conjunto la profunda *crisis de identidad* de los modelos tradicionales de código civil.

En primer lugar, la dimensión—por llamarla de alguna forma—de *omnipotencia* del Código Civil se perdió. La identidad entre el derecho civil y el código civil, proclamada por los primeros comentaristas del *Código Napoleón*, se convirtió en una generosa utopía de la *Escuela de la Exégesis*. Pero también la idea "del sistema conceptual cerrado" (el *geschlossenes System* imaginado por G.F. Puchta), que inspiró la creación de un código (el BGB alemán), que C. Crome había definido como *die reine Frucht der Wissenschaft*, no se encuentra en condiciones de resistir a la revolución metodológica introducida por la *Interessenjurisprudenz*. El sistema de derecho privado contemporáneo debe abrirse a la evolución de la realidad social, y las leyes, cada vez más numerosas e importantes, referidas a los aspectos más relevantes de esta evolución, no pueden seguir siendo interpretadas como un simple anexo del sistema.

Un segundo carácter de las codificaciones *pioneras* prácticamente desapareció. Se trata de su valor constitucional, cuyo rastro subsiste en el Código Civil español y en los códigos latinoamericanos que comienzan con la mención de *principios generales del derecho*. En la actualidad, estos principios no pueden ser extraídos del código y, por esto, no podemos seguir hablando de una *prioridad* del Código Civil en la jerarquía de fuentes del derecho civil. Con el advenimiento de las cartas constituciona-

les, esta *prioridad* corresponde únicamente a los principios dictados por la Constitución: principios a los que todas las disposiciones del código deben subordinarse.

Finalmente, los modelos de código que acabamos de mencionar no están en condiciones de hacer frente a los grandes problemas de la *sociedad industrial*. Algunos ejemplos pueden ser suficientes.

La concepción tradicional de actos ilícitos, inspirada en la antigua regla "no hay responsabilidad sin culpa", no permite responder plenamente a las exigencias de una sociedad donde las actividades peligrosas se multiplican y los daños que exigen indemnización, con independencia de cualquier culpa, se vuelven cada vez más numerosos.

La antigua fórmula *quien dice contractual dice justo*, que expresaba una ideología liberal e igualitaria, no es consistente con la práctica moderna de los contratos estándar, en que el contratante *fuerte* (generalmente el empresario) redacta un reglamento contractual y lo impone, íntegramente, al contratante *débil* (generalmente, el consumidor), cuya libertad se reduce a la insatisfactoria alternativa de *tomar o dejar*.

La propiedad no es más "el derecho fundamental sobre el que todas las instituciones sociales reposan", del que hablaba Portalis en su famoso *Discurso preliminar*. Pasamos de un modelo único de propiedad a una pluralidad de propiedades, y cada una de ellas tiene su estatuto y sus límites.

3. Cabe la pregunta entonces de ¿si nos encontramos en presencia de una simple *crisis de identidad* de los modelos tradicionales de Código Civil? o si vamos hacia una decadencia inexorable de la idea misma de código? Para intentar responder a esta pregunta es necesario tomar en consideración nuevamente los diferentes argumentos esgrimidos para apoyar la tesis de la pérdida de *centralismo* del Código Civil en los sistemas actuales de derecho privado.

a) El argumento de *política económica* es evidente cuando se denuncia la insuficiencia de las normas de los códigos tradicionales para regular las relaciones económicas de la sociedad globalizada. Pero no puede sostenerse que las normas generales sobre obligaciones y contratos estén limitadas a los intercambios de *microeconomía* y, en todo caso, siempre existirá la posibilidad de modernizar estas normas sin salir del código.

La gran reforma que acaba de modificar radicalmente el Libro II del BGB zur *Modernisierung des Schuldgesetz* constituye un ejemplo elocuente: se "utilizó la fuerza de unificación del BGB—se puede leer en el informe presentado al Gobierno Federal—para garantizar y reforzar la unidad del derecho de las obligaciones".

En cuanto a los sistemas que han unificado el Código Civil y el código de comercio se puede citar la reciente reforma italiana del derecho de las sociedades, que modificó el Libro V del *Codice civile*, reemplazando la vieja noción de sociedad—que era una *hija de la Autoridad*—por una nueva noción (*hija de la Libertad*), que “pone acento—se puede leer en la ley que introduce la reforma— en la autonomía contractual”, aproximando así el derecho societario a los principios del derecho de las obligaciones y del contrato.

b) Sostener que el derecho civil actual se identifica con la legalidad constitucional es una afirmación exacta desde el punto de vista de los principios. Pero los principios reconocidos por la Constitución están llamados a iluminar y a orientar el sistema, pero no a fundar ellos mismos un sistema, ni menos un *contrasistema*. En pocas palabras, estos principios impusieron, y continúan imponiendo, una revisión, una integración y una reinterpretación del Código Civil y no un abandono.

Por otra parte, en los sistemas dotados de una Corte Constitucional (que son actualmente la mayoría), corresponde a ésta la función de control de legitimidad y la tarea de contribuir así a la renovación de la imagen del código civil; una tarea que la Corte Constitucional puede ejercer no solamente en sus decisiones de inconstitucionalidad de una norma del Código, sino también en los fallos de carácter interpretativo.

c) La crítica *ideológica* a las grandes categorías unitarias del Código Civil debe utilizarse con prudencia, para evitar que se transforme en un *boomerang*.

Desde luego, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la tendencia creciente a temperar la ideología intransigente de la libertad contractual y de la igualdad (formal) de los contratantes, por la introducción de medios de protección reforzados en favor de categorías de contratantes *débiles* (trabajadores, consumidores, personas discapacitadas). Pero el advenimiento de nuevas formas de protección no debe conducir a desconocer el valor general de la regla de la libertad contractual que los códigos *pioneros* consagraron y que permanece como una conquista de la democracia.

Otro ejemplo concierne a la culpa. Si bien es cierto que “la decadencia de la responsabilidad individual”—denunciada en Francia por Geneviève Viney (e incluso antes por su maestro, André Tunc)—trajo como consecuencia “el abandono de la culpa como referencia exclusiva” de “la responsabilidad civil al alba del siglo XXI” (tal es el *bilan prospectif* contenido en el *rapport introductif* de Philippe Brun, en el Coloquio *savoyard* de 2002), no se puede sostener, sin embargo, que la culpa sea una “piedra a lanzar en el mar”, según la polémica expresión de William

Prosser. Existe todavía la posibilidad de redescubrir un “verdor de la culpa” (tal es la seductora imagen propuesta por Philippe Le Tourneau): no más como referencia exclusiva, sino como una regla general destinada a aplicarse cada vez que un perjuicio proviene de un hecho o de una actividad, que no tiene previsión específica en una norma particular ligada a un criterio diferente de imputación de responsabilidad. Se trata de una regla “a la medida del hombre”, que sigue siendo necesaria para salvaguardar, en el ámbito siempre más “inhumano” de los *torts*, la “humanización de la responsabilidad” sobre la que insistía René Savatier.

4. La aptitud que acabamos de constatar de las categorías y reglas generales que integran un Código Civil—esto es, hacer frente a la evolución de las ideas y de los acontecimientos económicos, políticos e ideológicos, conservando al mismo tiempo un carácter de generalidad—debería estimular al jurista contemporáneo a buscar en el terreno sistemático un método de codificación que defienda la centralidad del Código Civil al interior de un sistema que ya no es *monolítico*, pero que se conserva unitario, a pesar de la heterogeneidad temática de las leyes especiales en vigor (cada vez más dispersas, pero susceptibles de racionalización con las nuevas técnicas de consolidación). La señal de alarma lanzada en Italia por Natalino Irti desde el año 1979, con ocasión del Congreso de Roma sobre “la decadencia del código civil” (“el Código Civil y las leyes especiales se parecen a cuerpos errantes, disueltos sin ninguna relación entre ellos”) no es totalmente justificada. Afortunadamente, los códigos civiles todavía se hacen: basta pensar, en Europa, en el *Nuevo Código Civil holandés* (respecto del cual, Kotz y Zweigert, en su *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, señalan su “estilo propio que reposa en el *ius commune* del continente europeo”) y, en América Latina, en el *Nuevo Código Civil brasileño*, respecto del que Miguel Reale (que fue *Supervisor de la Comisión redactora y revisora del Anteproyecto*) destaca el aumento de las *clausulas gerais*—entre otras, *proibidade*, *boa-fé* ou *correção*—, que confían a los jueces una mayor *participação decisória*.

Por supuesto, entre el Código Civil y las leyes especiales no puede seguir existiendo una relación institucional de especificidad. La especialidad de estas leyes no consiste necesariamente en su carácter *especificador*; se vincula más bien a su dimensión ligada a un sector particular. La mayoría de las leyes de sector no se traducen, sin embargo, en una pluralidad de microsistemas. Si partiendo de éstas nos remitimos a las reglas generales del código civil, se descubre más bien una complejidad al interior del sistema: un sistema articulado que da lugar a una continua relación de interacción recíproca.

146

La credibilidad de esta hipótesis metodológica debe ser verificada según un doble itinerario de comparación.

5. El camino de comparación *diacrónico* (o, más exactamente, de comparación entre los diferentes sistemas en el tiempo y en el espacio) nos muestra ejemplos trascendentales de sistemas complejos, en que el carácter unitario descansa sobre su capacidad de enunciar, a pesar de la pluralidad de fuentes, categorías y principios de *derecho común*.

Los historiadores del derecho romano nos hablan de un sistema complejo caracterizado por "una pluralidad y una yuxtaposición de reglas y de conjuntos de experiencias" pero al mismo tiempo, por "una tensión hacia la unificación", que se expresa magistralmente en las *Instituciones* de Gayo y de Justiniano. Un romanista bien conocido por los juristas latinoamericanos, Sandro Schipani, nos muestra la síntesis eficaz de un sistema capaz de ofrecer categorías y reglas "propuestas como claves de lectura general".

Los historiadores del *common law* nos hablan de un sistema complejo, en que junto a la tradición de un *Judge Made Law*, se encuentra una red de leyes de sector, que dieron lugar, en los más recientes *ages of American Law*, a un fenómeno que Grant Gilmore ha denominado *the orgy of statute making*. Guido Calabresi nos muestra la síntesis de un *Common Law for the Age of Statutes*, capaz de leer los diferentes *statutes* en un espíritu unitario *restoring to Courts their common law function*.

En cada sistema complejo, entonces, la fuerza centrífuga de las fuentes destinadas a absorber los diferentes aspectos de una realidad siempre en renovación, se equilibra con la capacidad de unificación de las mismas fuentes, que ofrecen al intérprete categorías y reglas de *derecho común*.

En cuanto al sistema de derecho romano, una capacidad de unificación es reconocible en las *Instituciones*, en razón de su aptitud a *conglutinare* en *genera* una realidad *dissoluta et divulsa*.

En cuanto al sistema del *common law*, la capacidad de unificación reside en el derecho construido por los jueces: "*the statutes*—este es el comentario de W. Geldart en sus *Elements of English Law*—*are the 'addenda' and the 'errata' of the book of common law*".

En nuestros sistemas, una capacidad de unificación puede ser atribuida al código civil. Sus categorías y sus reglas ofrecen al intérprete una estructura de *derecho común* que se extiende a todos los sectores del derecho privado e incluso más allá del terreno tradicional de éste, donde las fronteras con el derecho público se vuelven más inestables. Al respecto, se ha hablado incluso de una vuelta al Código Civil para graficar la tendencia

a redescubrir las grandes categorías de este Código, con el objeto de calificar algunas relaciones económicas complejas, donde el derecho privado y el derecho público se mezclan indisolublemente.

Así, se descubre para el Código Civil una nueva manera de ser central. No se trata más del "alma universal de la legislación", que Portalis fundaba sobre la propiedad. No se trata tampoco de la expresión de una *Begriffsjurisprudenz* producto de una *Allgemeiner Teil* fundada en conceptos abstractos (*Rechtsgeschäft, Tatbestand, Fähigkeit*), que son difíciles de traducir.

Es una forma de ser central que permite al Código Civil compensar aquello que pierde en *universalidad* y en *autosuficiencia* por una nueva fuerza de influencia y una nueva flexibilidad de sus normas, entre las que juegan un rol cada vez más relevante las *cláusulas generales*, entregadas al poder discrecional de un juez que dejó de ser la "boca de la ley".

Mientras que los códigos tradicionales aspiraban a regular todo el derecho privado, excluyendo de su estructura *individualista* todo el derecho público e incluso todo el derecho de las colectividades, el Código Civil de hoy debe renunciar a estas antiguas ambiciones, aunque en compensación puede fijar, mediante sus normas más significativas, categorías y reglas que permiten superar la oposición tradicional—pero desde ahora innatural—de las *duae positiones*.

Mientras que los códigos tradicionales se vanagloriaban de desafiar a la eternidad con la racionalidad de su arquitectura modelada sobre la imagen abstracta del individuo, el Código Civil de nuestros días se esfuerza por recuperar una dimensión compatible con el dinamismo del proceso histórico. La confrontación con los principios dictados por las *Constituciones*, la influencia de las leyes de sector y su consolidación, la fuerza de penetración del *derecho viviente* que proviene de la interpretación de los jueces, son factores que provocan un proceso de *autotransformación* del código, que permite a sus categorías y a sus reglas adaptarse a una sociedad que no cesa de evolucionar.

La experiencia de nuestros días nos muestra, de una manera sorprendente, que los sistemas del *civil law* y del *common law* tienden a aproximarse. Código Civil y *Judge made law*, aunque se diferencian en cuanto a su origen histórico y a su estructura, pueden ser aproximados desde el punto de vista funcional. Los dos expresan categorías y reglas generales respecto de sistemas que, con el proceso creciente de *estatificación* (la expresión es de Guido Calabresi) arriesgan transformarse en cada vez más caóticos. En este sentido, de la misma forma que en derecho inglés se dice que "*the statutes assume the existence of the common law*", podemos decir que en los sistemas de *civil law* las leyes de sector—incluso aquellas que están

dotadas de un carácter orgánico—subentienden necesariamente las categorías y los principios del código civil.

6. El camino de comparación *sincrónico* (o, más exactamente, de comparación al interior de un mismo sistema) permite aclarar otro aspecto de la persistente centralidad del código civil: esto es, la diferencia de estructura que puede remarcarse entre las normas del Código y las normas que provienen de las leyes de sector.

Las normas del Código tienden a realizar fórmulas caracterizadas por un máximo de generalidad y de abstracción: “toda persona” puede contratar; “cualquier hecho del hombre” que causa a otro un daño (artículos 1123 y 1382 del *Código Napoleón*). Las leyes de sector, por el contrario, señalan con frecuencia los destinatarios de las normas por su pertenencia a ciertas categorías o estatutos específicos (los enfermos: *Ley N° 2.002-303*, de Francia; los consumidores: *Ley N° 1.989-421*, de Francia, etc.), mientras que los hechos, situaciones o actividades reguladas tienen normalmente una fisonomía concreta y dimensiones circunscritas (la copropiedad de inmuebles construidos: *Ley N° 1.985-1470*, de Francia; la asistencia médica a la procreación: *Ley N° 1.994-654*, de Francia, etc.).

Las normas del Código están destinadas a permanecer en vigor sin límite de tiempo y son aplicables en todo el territorio nacional. Por el contrario, las leyes de sector están a veces limitadas en el tiempo (*Ley N° 1.986-12* de Francia, relativa a la evolución de algunas rentas de arrendamiento); y, en cuanto al territorio, basta pensar en las leyes regionales. Y podríamos agregar las leyes experimentales, como la primera ley francesa (*N° 1.975-17*) en materia de aborto.

Las normas del código son, tanto como es posible, sintéticas y flexibles (*flexible droit*, decía el recordado maestro Jean Carbonnier) y pueden incluso tomar la fisonomía de *cláusulas generales* (la buena fe es una fórmula ejemplar): se trata entonces de verdaderos *pulmones* que permiten al código —y al sistema entero— *respirar*, esto es, adaptarse a la realidad concreta que es necesario regular. Las leyes de sector introducen, generalmente, normas rígidas y analíticas, y por ello están fatalmente destinadas a ser integradas, en virtud de un reenvío formal o implícito, por las normas del Código.

Finalmente, por estas razones, las normas del Código —como normas generales, abstractas, adoptadas sin límite de duración y flexibles— dan lugar a la única *lex generalis* de los sistemas de *civil law*.

Lex generalis significa, en primer lugar, un conjunto orgánico y autosuficiente de reglas que permiten regular todos los hechos, las situaciones o las actividades previstas por el Código en razón de su importancia y que no se encuentran, específicamente, reguladas por una ley de sector.

Lex generalis significa, asimismo, la posibilidad de aplicar directamente las categorías y principios generales del código para deducir reglas no escritas aplicables a los hechos, situaciones y actividades que no se encuentran —o no lo son todavía— regulados ni por el Código ni por una ley de sector.

Lex generalis significa, finalmente, la posibilidad de regular los aspectos no específicos concernientes a los hechos, las situaciones o las actividades, respecto de los que una ley de sector regula los aspectos concretos.

7. El Código Civil se encuentra, entonces, en condición de disfrutar de una persistente centralidad en los sistemas de *civil law*: ofrece un conjunto orgánico y coherente de categorías y reglas de *derecho común*, y se presenta como la única y verdadera *lex generalis*.

En relación con estos dos aspectos, el Código Civil aparece como una síntesis al día de una cultura jurídica, de nuestra cultura jurídica, que, no lo olvidemos, tiene por base fundamental el derecho romano. En este sentido, podemos repetir, con Portalis, que “los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo; pero, para ser más exactos, en realidad no se hacen”.

Pero de la misma forma que las leyes de sector no pueden funcionar de una manera satisfactoria sin la presencia central del código civil, así el código, en el derecho privado actual, no se encuentra en condición de sobrevivir sin el impulso vital que proviene de las leyes de sector. Estas, al introducir en el sistema reglas que ofrecen protección a nuevos intereses o al consagrar nuevas formas de protección de intereses no suficientemente protegidos, necesitan ser reconducidas a la racionalidad del sistema, mediante una coordinación con las categorías y las reglas del código civil. Y el código, a su vez, comparado con las innovaciones legislativas de estas leyes de sector, puede renovarse en el nivel de la interpretación sin perder su fisonomía y estructura esencial.

El sistema no es más *monolítico*; sino que se convirtió en complejo. Ya no es estático; se convirtió en dinámico, gracias a los influjos que parten de zonas centrales y tradicionales del derecho privado y se dirigen hacia las nuevas fronteras ganadas por las leyes de sector, y estas tienden irresistiblemente a volver sobre aquellas.

La fisiología del sistema se basa, finalmente, sobre un movimiento circular de fuentes del derecho que dan lugar a una relación de interacción entre el Código Civil y las leyes de sector.

8. El cuadro metodológico que acabamos de describir propone respuestas, pero también hace surgir problemas en la discusión acerca de los *métodos de codificación*.

140

Una respuesta clara se impone en relación con las *leyes anexas*: un método de codificación que pretenda conjugar la salvaguardia de la tradición cultural y la aptitud para hacer frente a las mutaciones de la sociedad contemporánea no puede admitir que ellas "vacíen progresivamente de contenido, o incluso de sentido, a los códigos".

Por supuesto, es necesario pasar de la *proliferación* pasiva a la racionalización activa. Las *leyes anexas* deben transformarse en leyes de sector, y la legislación de cada sector debe ser reunida y clasificada, instando a la interacción con el código civil. En este sentido la técnica de los *codes thématiques* o *codification à droit constant*, prevista en Francia en la ley N°2.000-321, o aquella de los *Testi Unici* en Italia (el más reciente corresponde al de tratamiento de datos personales) es altamente conveniente. Pero éstos no son *stricto sensu* códigos y, sobre todo, no pueden tomar el lugar del código civil, que no puede ser al mismo tiempo único y plural.

El gran problema se encuentra en el envejecimiento de los códigos *pioneros* y, en particular, del *Código Napoleón* bicentenario, que ha sido el modelo de código por excelencia. Aparentemente, es un problema insoluble: es necesario codificar, porque no podemos hacer abstracción de un código, pero no sabemos bien cómo codificar.

Las tentativas más recientes no son apasionantes. El nuevo *Código Civil de Québec* es muy largo (3.168 artículos para ser un código moderno): es minuciosamente analítico, pero —como dice Rodolfo Sacco— "no parte a la búsqueda de principios dotados de una extensión ilimitada". El *Nuevo Código Civil brasileño* es demasiado "sabio": no se desprende suficientemente de los conceptos del *Allgemeiner Teil* del BGB, y es demasiado "tímido" (así afirma João Baptista Villela) en relación con los derechos fundamentales de la persona. El nuevo *Código Civil holandés* es demasiado "eclectico": "ya no pertenece por completo a la familia civilista francesa", "la aproximación sistemática lo aproxima más bien al grupo germánico", pero "la influencia del *common law* es manifiesta": esta es la conclusión de Arthur S. Hartkamp.

¿Pero quién se atreve a pensar en hacer algo mejor? ¿Christian von Bar con su proyecto de Código Civil europeo? Podemos adelantar algunas dudas.

Sería necesario contar con nuevos Domat y Pothier. Pero esto no es más que un sueño y el jurista no puede permitirse soñar. Se debería más bien seguir la lección de Portalis, que todavía es actual: "lo esencial es de imprimir a las nuevas instituciones ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho a transformarse en antiguas".

misma idea fundamental: la uniformidad es la constancia del significado «propio» de cada norma en todos los casos en los cuales ella es aplicada, mientras la unidad es la consecuencia que la Casación realiza actuando su función institucional³².

3. INTERPRETACIÓN Y FORMALISMO

Si se tienen en cuenta las observaciones que preceden, resulta evidente que el rol de la Corte de Casación está definido por un nudo coherente de ideas-guía que se implican y connotan los acontecimientos. Exactitud, uniformidad, unidad, objetividad del derecho y de la interpretación son conceptos no equivalentes, porque cada uno de ellos tiene específicas implicancias, pero estrictamente ligadas entre sí: ellos pertenecen a la misma «familia» y encuentran una base común en la idea de que cada norma tiene un significado objetivo. Este significado hipotizado es, al mismo tiempo, el criterio y el propósito de la interpretación, se convierte en el necesario punto de referencia de la aplicación de la ley y constituye el alfa y omega de la función de la Casación.

³². Para una amplia discusión sobre el concepto de «unidad del derecho objetivo», visto en estricta conexión con la unificación de la jurisprudencia, cfr. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, pp. 57 ss. El mismo concepto se vuelve menos autónomo en una formulación sucesiva (*Ibidem*, p. 12), en la cual, sin embargo, aparece el adjetivo – de sabor autárquico, pero estamos en 1937 – «nacional»: con toda probabilidad es precisamente esta enunciación la que sirve de modelo a la *Relazione GRANDI* sobre el tema.

Este conjunto de conceptos expresa una idea de justicia que se funda en una teoría de la interpretación y del rol del juez en la aplicación de la ley. La idea de justicia que viene puesta en juego es formal y privilegia el valor de la certeza uniforme de la interpretación de la ley, de la cual la Casación constituye el estandarte y la garantía final. Necesariamente aquella idea nos remite, y de ésta depende su suerte, a una teoría de interpretación, en cuanto presupone que interpretar la ley significa identificar el significado «objetivo» de las normas y que la tarea del juez es, precisamente, enunciar y «declarar» este significado.

Parece evidente que nos encontramos en el ámbito de la posición formalista típica de la versión clásica y rigurosa del positivismo jurídico, y más precisamente en aquél que ha sido definido como «formalismo interpretativo»³³. De ello el art. 65 otorga una versión al mismo tiempo rigurosa y específica, en cuanto una teoría formalista de la decisión viene usada como base para definir la función de un juez, por muchos aspectos peculiar, como la Corte de Casación.

Entonces el problema que se presenta pasa por apreciar si esta teoría de la decisión está o no fundada, en general y con específica referencia al uso que se le da para este fin.

³³. Cfr. principalmente TARELLO, *Formalismo*, cit., p. 577. Para análogas definiciones cfr. BOBBIO, *Formalismo giuridico*, en *Idem*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, III, Milano, 1977, pp. 93 ss.; JORI, *op. cit.*, p. 48 y, ahora último, SCHAUER, *op. cit.*, pp. 509 ss.

(a) Las tesis fundamentales del formalismo interpretativo son bien conocidas, y en lo que aquí interesa se pueden resumir fácilmente: 1) Toda norma tiene un significativo intrínseco, implícito pero objetivamente dado; 2) Por tanto, la actividad del intérprete consiste en individualizar y hacer explícito ese significado; 3) Si hay un problema interpretativo, es decir, si existen varias interpretaciones respecto del mismo enunciado normativo, esto se resuelve individualizando este significado y descartando los otros, que por consecuencia resultan erróneos; 4) El método interpretativo es lógico-deductivo y excluye elecciones discrecionales por parte del intérprete; 5) El juez interpreta la norma según los mismos criterios y por tanto: explicita significados implícitos objetivamente existentes; «declara» el derecho y no lo crea; procede lógicamente sin realizar elecciones valorativas aplicando deductivamente la norma al hecho³⁴.

Como se ha intentado demostrar, esta teoría está en la base del art. 65, que en ciertos aspectos se limita a producir coherentes consecuencias a propósito de las funciones de institucionales de la Casación.

Sin embargo, el problema nace del hecho de que esta teoría está desde hace algún tiempo en crisis, y más bien resulta lícito dudar que aún exista alguien que conscientemente la comparta, pese a que no se pueda excluir que aún subsista algo de tal género en el inconsciente colectivo de los juristas.

En lo que se refiere a los clásicos, sin necesidad a referirnos a corrientes del pensamiento como el realismo

³⁴ V. las referencias en la nota precedente.

jurídico o la *Interessenjurisprudenz*, dos referencias pueden bastar: KELSEN, como es sabido, entiende la interpretación como creación y elección de significados dentro del esquema representado por la norma, y subraya en modo evidente el aspecto creativo de la decisión judicial³⁵; BOBBIO, por su lado, ya desde hace algún tiempo consideraba que nadie cree más que la interpretación constituye una actividad meramente lógica³⁶.

Por otro lado, si se mira las teorías de la interpretación, hoy largamente dominantes también en Italia, es fácil observar cómo ninguna de ellas acoge los postulados del formalismo interpretativo y cómo, en cambio, éstas tienden a formularse (inclusivamente sobre bases filosóficas y metodológicas diversas) en sentido contrario.

Por un lado, la teoría analítica de la interpretación parte de la premisa fundamental, según la cual, interpretar un enunciado normativo no significa describir lo que ello significa, sino adscribir a aquél un significado. Por tanto, éste ya no está más «dado» ni siquiera implícitamente por la norma, sino es creado por el intérprete, que lo elige entre distintos significados posibles, partiendo del mismo enunciado, en base a decisiones y a directivas de interpretación. Si esto vale en general, vale también para el juez, quien interpretando la norma para aplicarla al caso concreto no «encuentra» un significado preexistente, sino que lo determina en función de la deci-

³⁵ Cfr. en particular *Sulla teoria dell'interpretazioni*, trad. it. En *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., pp. 111 ss.

³⁶ Cfr. *Aspetti del positivismo giuridico*, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 120, 123.

sión. La actividad decisoria no es, por tanto, declarativa, sino creadora de derecho, en cuanto «crea» y «escoge» el significado que será atribuido a la norma. Obviamente existen límites, criterios y directivas que guían o (deberían guiar) esta actividad: su determinación y las modalidades de su aplicación se vuelven, más bien, el verdadero núcleo de la teoría de la interpretación, en cuanto teoría de las modalidades con la cual la interpretación establece el significado de los enunciados normativos. Lo que sí se excluye, de cualquier modo, es que existan significados objetivamente dados, que solamente pueden ser «descubiertos» y «declarados»³⁷.

A consecuencias análogas, al menos en los términos generalísimos que son suficientes en esta sede, llega también la teoría hermenéutica de la interpretación. Conceptos como la «precomprensión» o la «espiral» o «círculo hermenéutico» llevan a configurar la determinación del significado de la norma en modos que no tienen verdaderamente nada en común con el «descubrimiento del verdadero significado» querido por el positivismo formalista³⁸. En cuanto a la decisión judicial, resulta evidente que la solución del caso no se encuentra en la norma (que

³⁷ Sobre los distintos aspectos aquí referidos, con extrema síntesis, cfr. principalmente TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 61 ss.; Idem, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 347 ss., 389 ss.; GUASTINI, en CASTIGNONE-GUASTINI-TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1984, pp. 34 ss., 234 ss.

³⁸ Cfr. por todos ZACCARIA, *L'ermeneutica*, en *Interpretazione e decisione. Diritto ed economia*, al cuidado de F. GENTILE, Milano, 1989, pp. 62 ss.

no tiene ya ningún caso preconstituido), ella deriva, en cambio, de un complejo procedimiento dialéctico en el cual norma, supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto, supuesto de hecho (*fattispecie*) concreto y hecho interactúan en diversas fases y niveles. El modo en el cual la norma es interpretada para ser aplicada al caso concreto implica siempre precisiones y transformaciones de su significado (que, de cualquier modo, no existe *a priori*), en el cual se combinan razonamiento y opciones valorativas. La aplicación de la norma, por tanto, siempre es innovadora y no puede ser vista como mera declaración del derecho en el caso concreto³⁹.

Muchos aspectos de estas dos teorías, y de sus respectivas diferencias y convergencias, pueden ser discutidos y en realidad lo son. Sin embargo, parece fuera de duda que ellas, por vías diversas, han conseguido un resultado irreversible: la negación radical de las tesis del formalismo interpretativo tradicional, y en particular la idea por la cual, dado un enunciado normativo, existiría un significado «verdadero», «objetivo» y dado *a priori*, que espera sólo ser «encontrado» y «declarado», por el intérprete.

En realidad, parece que quien aún cultiva ideas de este género se encuentra en la situación de aquél que busca medir la velocidad con la cual el sol gira alrededor de la tierra.

³⁹ También sobre estos puntos cfr. la clara exposición de ZACCARIA, *op. cit.*, especialmente pp. 70 s.

Entonces, nos preguntamos qué sentido tiene definir las funciones de la Corte de Casación bajo la premisa de que existe un significado «exacto» de la ley y que describirlo, de modo definitivo, sea el objeto fundamental al cual tales funciones apuntan.

b) En modo conexo pero no coincidente con las tesis generales sobre la naturaleza de la interpretación, surge un problema particularmente importante en esta sede. El problema es si, dado un supuesto de hecho (*fattispecie*) que debe ser decisivo, existe o no una solución jurídica correcta de la controversia. Tiene sentido afrontar este problema, tanto porque concierne directamente a la posibilidad de individualizar una aplicación «exacta» de la ley en el caso concreto como porque éste ha recibido respuestas diversas, inclusive de autores que no comparten a nivel general la doctrina formalista de la interpretación.

Dichas respuestas son de tres tipos:

ba) Según una primera tesis, que aplica de modo radical las teorías antiformalistas de la interpretación, nunca existe una sola respuesta correcta a un problema de interpretación/aplicación de la ley. Dado que la interpretación, y especialmente la aplicación de la ley en la decisión de casos concretos, es siempre el resultado de opciones mediante las cuales el intérprete (el juez) atribuye un significado al enunciado normativo, es claro que tal significado no existe a priori. En consecuencia, no existe la solución correcta: existen las soluciones que los intérpretes (los jueces) elaboran, pero ellas son variables y relativas a las opciones y directivas de interpretación empleadas. Por tanto, existen soluciones más o menos «justas» o «justificables», que sin embargo derivan siempre de la

interpretación, por tanto, nunca son necesarias o «buenas» en sí mismas⁴⁰.

bb) Según una versión moderada de la teoría antiformalista de la interpretación, a veces existe la solución correcta y otras veces no, inclusive cuando nos encontramos en el ámbito de la misma norma. La base de esta orientación está en la distinción trazada por HART entre *easy cases* y *hard cases*⁴¹: se tiene un caso fácil cuando el supuesto de hecho (*fattispecie*) concreto ingresa en el «núcleo de significados» de la norma y es, por tanto, evidente que ella se aplica en aquel caso: en cambio, se tiene un caso difícil cuando el supuesto de hecho (*fattispecie*) se coloca en el «área de penumbra» de la norma y, por tanto, no es evidente si ella deba o no aplicarse al caso. En la primera hipótesis, que es en la práctica la más frecuente, la solución correcta existe, mientras que en el segundo no existe y el caso puede ser decidido sólo en base a las opciones del intérprete⁴².

⁴⁰ Cfr. en particular TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 61 ss., y v. además las referencias indicadas en la nota 37. Especialmente a propósito de las directivas de interpretación y de las opciones que su uso supone cfr. últimamente WROBLEWSKI, «Sentido» y «hecho» en el derecho, San Sebastián, 1989, pp. 51 ss., 65 ss., 97 ss., 105 ss., 120 ss., 134 ss.

⁴¹ Cfr. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965, pp. 148 ss. Análogamente cfr. RIALS, *Ouverture: L'office du juge*, en «Droits», 9, 1989, pp. 132 ss.

⁴² Cfr. Ampliamente WROBLEWSKI, *op. ult. cit.*, p. 86 y especialmente pp. 102 ss., para el análisis de las situaciones positivas y negativas de claridad (es decir, aquellas en las cuales es claro que una norma se aplica/no se aplica en un caso

bc) Finalmente, hay quién sostiene que siempre existe una «buena solución» objetivamente determinada por el ordenamiento. Es la tesis sostenida especialmente por DWORKIN, según el cual también en los *hard cases* existe en abstracto la «respuesta justa» entre las alternativas interpretativas posibles: si ella no es directamente derivable de las normas, es de cualquier modo derivable del conjunto global del ordenamiento. Al hacer esto, el intérprete no realiza (o no debe realizar) elecciones discrecionales, dado que el descubrimiento de la «respuesta justa» es siempre posible según las normas y los principios del ordenamiento jurídico, si son adecuadamente analizados sobre la base «objetiva» de la doctrina ético-política que está como fundamento del sistema⁴³.

La contraposición entre estas orientaciones ha dado lugar, en los últimos años, a una amplia e interesante

determinado), así como para el análisis de los distintos tipos de «vaguedad» (es decir, de situaciones de incerteza en cuanto a la solución). Sobre el concepto de vaguedad cfr. Últimamente LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, especialmente pp. 13 ss., 70 ss., 283 ss., 299 ss., 353 ss.

⁴³ Las tesis sintéticamente aquí referidas han sido expuestas por DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1978, pp. 14 ss., 81 ss., 279 ss., 331 ss. (trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982). Cfr. además Idem, *Non c'è soluzione corretta?*, trad. it. en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1983, pp. 469 ss., y *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, en Idem, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.-London, 1985, pp. 119 ss.

discusión que, ciertamente, no puede considerarse concluida⁴⁴.

A tal discusión conviene remitirnos para un más adecuado análisis del problema en sus términos generales. Sin embargo, vale la pena señalar aquí algunas observaciones concernientes a sus aspectos prácticos, es decir, al modo cómo se presenta la cuestión de la «solución correcta» en la concreta situación del juez que decide y — más específicamente — el significado que tal cuestión asume si está referida al rol y a la función de la Corte de Casación.

Al respecto se puede destacar que la tesis intermedia referida en *sub bb)* se muestra razonable, pero, cualquiera que sea el fundamento teórico, no resulta concretamente utilizable. En efecto, no es suficiente delinear en términos generales la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, dado que frente a un caso concreto queda

⁴⁴ Esto vale especialmente para la tesis de la «solución correcta» de DWORKIN, que ha supuesto una serie de notables reacciones críticas. Cfr. en particular AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 159 ss.; GUASTINI, *Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin*, en «Droit et société», 2, 1986, pp. 15 ss.; Idem, *Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1983, pp. 449 ss.; RIALS, *op. cit.*, 14 s.; MICHAUT, *La «bonne réponse» n'est-elle qu'une illusion?*, en «Droits», 9, 1989, pp. 69 ss.; LEADER, *Le juge, la politique et la neutralité. A propos des travaux de Ronald Dworkin*, en «Droit et société», 2, 1986, pp. 23 ss.

por establecer si éste es fácil o difícil, es decir, si aquel ingresa en el «núcleo» o en la «penumbra» de la norma, y para resolver la duda es necesaria una operación interpretativa que provea una respuesta al problema jurídico colocado en aquel caso⁴⁵. En este punto, el problema de las opciones interpretativas se repropone integralmente, y no está ni resuelto ni aclarado por la distinción en examen. En realidad, ésta parece funcionar como un instrumento de análisis *ex post* de las decisiones que se refieren a una norma determinada, más que como un instrumento a emplearse *ex ante* para conseguir decisiones⁴⁶. Ella

⁴⁵. En efecto, parece que el juez tiene siempre dos posibilidades: declarar que la norma es «clara» y aplicarla en su significado intuitivo, o declarar que ella es «dudosa» y, por tanto, interpretarla. Pero ésta es ya una opción valorativa en torno al significado de la norma (cfr. WROBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 275 ss., 284). De otro lado, la misma noción de «núcleo» del significado es en realidad problemática (cfr. por ejemplo, TWINING-MIERS, *op. cit.*, p. 206) y la *open texture* de la norma precluye cualquier distinción fija y rigurosa de las diversas áreas del significado (v. en particular, TWINING-MIERS, *op. cit.*, pp. 213 ss). Sobre el problema de la incerteza de la distinción entre casos dudosos y casos ciertos, es decir, de la «vaguedad de segundo grado», v. las interesantes observaciones de LUZZATI, *op. cit.*, pp. 167 ss.

⁴⁶. En efecto, si se mira decisiones ya tomadas, a menudo se constata que ellas se fundan sobre un significado de una norma asumido por el juez como «claro». Sin embargo, esto en absoluto excluye la opción interpretativa (implícita) en función de la cual el juez ha decidido considerar «claro» aquel significado y considerar, además, que es aplicable al caso concreto (cfr. nota precedente y WROBLEWSKI, «Sentido», cit.,

no explica, en otros términos, según qué criterio no circular se puede establecer en el caso concreto si éste es «fácil» o «difícil», es decir, si existe o no la solución correcta del caso⁴⁷.

En cuanto a la tesis *sub bc*), según la cual la solución correcta existiría siempre en alguna parte del ordenamiento, se puede observar que ella se funda en una serie de hipótesis (a veces, decididamente discutibles)⁴⁸, antes que en una demostración⁴⁹. Sin embargo, no sirve para nada

p. 87). De otro lado, también la «letra» de la norma es «oscura, vaga, ambigua, variable en el tiempo» (LUZZATI, *op. cit.*, pp. 201 ss.), y ello vale en particular si se la considera desde el punto de vista del juez que debe decidir un caso.

⁴⁷. También la constatación de que, a menudo, los jueces se limitan a decidir empleando la interpretación «más inmediata» de la norma (cfr. WROBLEWSKI, *op. ult. cit.*, pp. 86 ss., 89) es cierta, pero no elude el problema: ella, en efecto, muestra solamente que, a menudo, las opciones interpretativas permanecen implícitas, pero no demuestra que la distinción en examen sirva en realidad como criterio para decidir. Además, esta constatación no vale para las Cortes Supremas, ante las cuales únicamente llegan casos donde la solución no es ni clara ni inmediata (cfr. WROBLEWSKI, *ivi*, p. 86).

⁴⁸. Para el análisis crítico de los presupuestos teóricos e ideológicos de la tesis de DWORKIN cfr. en particular GUASTINI, *Théorie et Ontologie*, cit., pp. 19 s.; TROPER, *Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin*, en «Droits et société», 2, 1982, pp. 41 ss.; LEADER, *op. cit.*, pp. 28 ss.

⁴⁹. La argumentación de DWORKIN es circular, da por descontado aquello que debería demostrar, precisamente donde él afirma que el juez no efectúa elecciones discrecionales pudiendo (y debiendo) limitarse a «descubrir» la solución

decir que un juez perfecto y omnisciente podría siempre encontrar tal solución en el ordenamiento⁵⁰: tanto valdría hipotizar un ordenamiento perfecto (de manera tal que no suscite problemas interpretativos) o un mundo perfecto (de modo que se adapte sin problemas a un ordenamiento), para haber eliminado de raíz todo proble-

correcta del caso (cfr. *Is There Really*, cit., y *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 81. ss., 279 ss.). En efecto, tal argumento consiste en que, dado que una de las partes tiene un derecho, siendo conocido *a priori* que, por ejemplo, un contrato es o no es válido, el juez no debe hacer otra cosa que decidir consecuentemente, sin que exista al respecto ninguna forma de incerteza. A parte de la complicación y de la apodicticidad de la exposición, la argumentación de DWORKIN es de un simplismo desolador (y sorprende que haya sido tomada tan «en serio»), especialmente intenta explicar cómo se produce la elección entre diversas interpretaciones posibles de un norma (v. por ejemplo *Is There Really*, cit., pp. 128 s.), y en realidad no dice cómo se debe hacer para establecer cuál es la solución correcta: por tanto, ésta permanece en calidad de hipótesis, nunca demostrada (cfr. MICHAUT, *op. cit.*, pp. 73, 76 s.; RIALS, *op. cit.*, p. 15). Además, tal argumentación prescinde completamente del análisis de cómo el problema de las opciones interpretativas se presenta en el juez que debe decidir un caso, por lo que aparece privada de cualquier eficacia explicativa bajo este perfil. Verdad es que DWORKIN no se cuida de distinguir entre descripción del fenómeno decisorio y prescripción de cómo él quisiera que se formule la decisión interpretativa (v. en este sentido, MICHAUT, *op. cit.*, pp. 70 ss.; TROPER, *op. cit.*, pp. 47 ss.), pero es difícil pensar que esta confusión haga a su tesis menos apodíctica y más convincente.

⁵⁰ Sobre la imagen del juez omnisciente cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 105 ss.

ma de decisión interpretativa. El inconveniente es que los casos por decidir surgen en ordenamientos reales (no perfectos, es decir, no completos, tampoco coherentes y ni siquiera inmutables) ante jueces reales, que no son ni perfectos ni omniscientes: los problemas de interpretación y aplicación de la ley en sede de decisión nacen, más bien, precisamente de las «imperfecciones» del ordenamiento jurídico y de los jueces que operan en aquél. Entonces, la hipótesis del juez perfecto que como tal encuentra siempre la solución objetivamente justa suena como un *escamotage* que no resuelve ningún problema⁵¹.

Por otra parte, más allá de la posibilidad de hipotizar en vía teórica de que siempre o a veces existe *a priori* un sólo significado correcto de la norma a aplicarse al caso, o bien la solución correcta de la controversia, se observa que en la realidad de la decisión el problema se coloca en términos muy diversos. Si, en efecto, un caso llega ante un juez para ser decidido, ello implica que de hecho un problema interpretativo ha surgido, al menos entre las partes⁵². Esto vale en modo particular si se está frente a la Corte de Casación (o en general, ante una Corte Suprema) dado que, en tal circunstancia, el problema interpretativo no sólo ha surgido, sino que también ha pasado dos grados de juicio y dos decisiones judiciales, además de importantes gastos y pérdida de tiempo. En este punto, la simple formulación de la hipótesis abstracta acerca de la existencia eventual (según HART) o segura

⁵¹ Análogamente cfr. GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 16; MICHAUT, *op. cit.*, pp. 73 s.; RIALS, *op. cit.*, p. 14.

⁵² Cfr. SCHAUER, *op. cit.*, p. 531.

(según DWORKIN) de una solución justa *a priori*, no sirve para nada. El verdadero problema, en efecto, no es pensar que en algún lugar «perfecto», accesible sólo a justas y jueces omniscientes, existe la solución «perfecta». El problema relevante es otro y se refiere: a cuáles son los modos para encontrar una decisión justa de la controversia, sobre qué bases es posible establecer que ella es realmente «justa», y cuáles son los riesgos de una decisión injusta o incorrecta. Lamentablemente, quien sostiene que la decisión justa existe (a veces o siempre) no se preocupa en establecer cuáles son los modos practicables en el mundo real para encontrarla con certeza y para evitar errores.

Entonces se debe concluir que al menos bajo el perfil práctico el juez, especialmente la Corte de Casación, siempre se encuentra en una situación en la cual vale la orientación teórica descrita *sub b*). Inclusive, si el juez tuviera un marcado conocimiento teórico y siguiera la tesis de Hart o de DWORKIN, se encontraría siempre en posición de no saber cuál es la solución correcta del caso que debe decidir. Para descubrirla debería poner en práctica estrategias interpretativas más o menos complejas, empleando criterios y directivas, asumiendo opciones e intentando atribuir a la norma un significado «justo» y adecuado al caso. Pero todo ello implica precisamente: 1) la ausencia de la solución correcta conocida *ex ante*; 2) la interpretación/aplicación de la norma según cánones hermeneúticos y opciones interpretativas; 3) el hecho de que la solución conseguida sea siempre aquella formula-da por el juez en base a su procedimiento interpretativo; 4) si tal solución es justa, lo es en cuanto se funda sobre una interpretación correcta y aceptable y sólo por esta

razón, no siendo verificable ninguna coincidencia/divergencia con una hipotética solución abstractamente perfecta.

Si luego este juez real considerase que la solución del caso es «clara» y que, por tanto, no son necesarias particularidades hermeneúticas, sería riesgoso considerar sólo por esto que nos encontramos en el «núcleo» de Hart, o que hemos encontrado al juez «perfecto» de DWORKIN. En cambio, nos encontramos con toda probabilidad sólo frente a un juez que no percibe el problema interpretativo o que, muy banalmente, se limita a emplear la solución más obvia y que considerase en cuenta consolidada por la jurisprudencia (presuponiendo, por tanto, una cierta interpretación de la norma)⁵³.

Por tanto, ni siquiera en este caso, ni mucho menos si el juez en cuestión fuera el de la Corte de Casación, se podría pensar en una epifanía de la *right answer* que elimine el problema de la interpretación.

La idea, expresada en el art. 65, de la «exacta observancia de la ley» quizás podría ser asimilada con la *right answer* de DWORKIN, o al menos con la idea «núcleo» de Hart, pero si así fuera, aquella encontraría las mismas objeciones que valen para estas, respecto de posibles versiones teóricamente más sofisticadas.

c) La versión rigurosa del formalismo interpretativo centrada en la hipótesis de que existe un significado exacto de la ley, que el art. 65 presupone para definir las funciones de la Casación, se muestra muy discutible en el plano

⁵³ V. *supra* nota 47.

teórico, sobre todo si se piensa en una teoría que tenga al menos alguna razonable conexión con la realidad de las decisiones interpretativas.

Por otra parte el conjunto de definiciones que la norma contiene no es coherente, como se ha visto anteriormente, ni siquiera alcanza a ser una descripción atendida de aquello que la Corte de Casación hace en concreto. Este aspecto es demasiado conocido para requerir de un examen profundo. La hipótesis de que la Casación establece el significado exacto de las normas, que manifiesta una versión unitaria y objetiva de ellas y que asegura la uniformidad es clamorosamente desmentida por una serie de fenómenos verificables con sólo examinar la jurisprudencia de la Corte en los diversos sectores. Basta subrayar que esta hipótesis mal se corresponde con los frecuentes *revirements* interpretativos, en los cuales permanece siempre la duda sobre si la exacta aplicación de la ley es la anterior (con lo que sería errónea la sucesiva) o si es la sucesiva (con lo que quedaría por ser explicado el error precedente, que quizás tiene décadas). La misma hipótesis contrasta también con las frecuentes oscilaciones interpretativas, inclusive dentro de tiempos limitados, sobre el mismo problema, y con mayor razón con los no raros conflictos «sincrónicos» dentro de la jurisprudencia de la Corte⁵⁴; respuestas diversas al mismo problema de la Corte, sobre el mismo problema, y con mayor razón con los

Para una tipología articulada de los conflictos en la jurisprudencia de la Corte de Casación cfr. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, en «Foro it.», V, 1988, cc. 27 ss.; CHIARLONI, *Efficacia del precedente*

54. La prima è la seconda (Kunz)
 La prima è la seconda (Kunz)
 La prima è la seconda (Kunz)

blema interpretativo podrían ser vistas —con una buena dosis de optimismo— como intentos de individualizar la respuesta «exacta», pero de cualquier modo continuaría siendo arduo conducir las tentativas fallidas (además del problema de establecer cuáles son) dentro de la categoría de la «exacta aplicación», más que en la de «uniforme interpretación» de la ley.

Puesto que el conjunto de ideas expresadas en el artículo 65 es insostenible sobre el plano teórico y ni siquiera su minúscula descripción aceptable de la realidad queda la posibilidad de considerarlo como una ideología de la Corte de Casación. Tal posibilidad está más bien reforzada por la inconsistencia teórica y por la falsedad descriptiva, dado que estos elementos permiten emplear el término «ideología» en un significado algo cercano al marxiano⁵⁵.

Entendido como una enunciación ideológica, el artículo 65 es muy claro en proponer un modelo de Casación que, individualizado el (o un) significado de una norma, lo enuncie como exacto y lo use como premisa para hacer que se convierta en un canon fijo, uniforme, unitario y «objetivo» para la interpretación de la norma. Entonces, sin embargo, el problema es ver si esta ideología sobre el rol de la Casación es aceptable.

giurisprudenzia per massime, cit., pp. 75 ss.
 giurisprudenzia per massime, cit., pp. 75 ss.
 giurisprudenzia per massime, cit., pp. 75 ss.

formalismo son negativos y, a su vez, como Bobbio ha observado, el hecho de que las reglas en cuanto tales sean observadas asegure al menos el valor fundamental de la igualdad frente a la ley⁵⁵. Así también tiene sentido, como muestran los orígenes históricos del instituto, configurar a la Corte de Casación como órgano supremo específico-mente destinado al control de legalidad y de la uniformidad de la jurisprudencia: al respecto, las argumentaciones de CALAMANDREI conservan un valor relevante.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta el hecho de que estas valoraciones no pueden ser aceptadas en modo absoluto y que, con mayor razón, aquellas no justifican la ideología contenida en el art. 65.

El formalismo no es un fenómeno homogéneo y esto, a través de diversas posiciones, aparece francamente inaceptable: en particular, el formalismo interpretativo, o «de la decisión» es criticable en cuanto tiende a acreditar la idea de que el derecho es una entidad autónoma separada de los valores sociales, históricos y teológicos, donde las decisiones deban ser tomadas teniendo como base los aspectos formalistas del ordenamiento y que, por tanto, los jueces no deben realizar selecciones de valor en sede de interpretación ni de aplicación de la ley⁵⁶. Que se trate de una ideología fuertemente conservadora es claro también en sus versiones más actualizadas, aunque se

⁵⁵ Cfr. Bobbio, *Formalismo giuridico*, cit., p. 84. Sobre la correlación entre uniformidad de la jurisprudencia y principio de igualdad v. referencias *supra* nota 28.

⁵⁶ Cfr. en particular TAKEUCHI, *Formalismo*, cit., pp. 575, 577.

le presente como *liberal*, como la que está en el fondo del pensamiento de DWORCKIN⁵⁷. Por otra parte, el formalismo jurídico no es la única ideología de la justicia y está pendiente de demostrarse que sea la mejor.

En lo que respecta específicamente a la función de la Casación, es criticable la tendencia a acreditar la idea mediante la cual la Corte tendría una suerte de monopolio de la verdad en la interpretación de la ley, y que tal verdad es conseguida de modo «objetivo», neutral y fundado sólo sobre razones lógicas. Si y en cuanto no se trate de una mera legitimación de la autoridad al estado puro (en cuyo caso no merecería ni siquiera ser discutida) esta imagen de la Casación es rechazada precisamente por lo que propone. La idea de que la nomofiliquia incardina exclusivamente sobre una interpretación formalista de la ley, que las interpretaciones suministradas por la Corte son, por definición, «exactas» y que, por lo demás, aquella no cumple con elegir valores en la interpretación de la ley, no está sólo privada de fundamento. Ella delinea una Corte que juega un rol estático y homogeneizante en el vértice del sistema: más que la nomofiliquia, una Corte de este género aseguraría un control burocrático y autoritario sobre la jurisprudencia, más que el custodio de la legalidad: ella sería el garante de la conservación y el obstáculo principal a la evolución del derecho y a su adaptación a las necesidades reales de justicia. De este modo, valores que pueden tener contenidos posi-

⁵⁷ Sobre el carácter conservador de la ideología que subyace a la teoría de DWORCKIN cfr. RIALS, *op. cit.*, p. 19; LEADER, *op. cit.*, p. 39; TROPER, *op. cit.*, p. 51.

tivos, como la defensa de la legalidad y la uniformidad en la interpretación de la ley, serían convertidos en su equivalente negativo, es decir, en la sacralización del formalismo y en la homogeneización autoritaria de la jurisprudencia.

Una operación ideológica de este género no viene sola, aunque puede ser presentada como una teoría de la función de la Casación: en efecto, ella presupone una visión formalista del ordenamiento, una concepción burocrática del Estado y una idea estática y reducida de la función del juez. También estas implicancias definen su sentido y, por tanto, deben ser tomadas en cuenta para una valoración global del problema.

4. NOMOFILAQVIA Y UNIFORMIDAD

Las consideraciones desarrolladas en las páginas que preceden apuntan a demostrar que la concepción de la Corte de Casación contenida en el art. 65 y difundida en los lugares comunes sobre el tema es, por varias razones, inaceptable. Sin embargo, debería estar claro que ellas se dirigen contra un específico grupo de ideas relativas a la Casación, pero no contra todas las ideas posibles al respecto ni, en consecuencia, contra el instituto en sí considerado. El objeto de la crítica es más bien aquello que puede considerarse una degeneración (también difundida) o, al menos, una perspectiva histórica y teóricamente superada en el modo de definir las funciones y el rol de la Corte.

Por otra parte y a menos que se piense en transformaciones radicales del sistema, nuestro ordenamiento está desde hace algún tiempo —y parece destinado a permanecer así— incardinado sobre el modelo de la Casación.

El problema entonces no está en la drástica, y falsa, alternativa que pasa por aceptar una Corte de Casación que responda a las connotaciones negativas discutidas atrás o proponer su pura y simple abolición. En realidad, *tertium datur*: se trata de ver si existe una redefinición de las funciones de la Casación que mantenga las características esenciales del instituto (y los valores positivos que se vinculan a éste), pero que sea también teóricamente correcta e ideológicamente aceptable. Esta perspectiva puede conducir a resultados que no reflejen la realidad actual de la Casación, ni siquiera las imágenes más difundidas de ella, y puede también contrastar con la dimensión literal e ideológica del art. 65. No parece, por otra parte, que se trate de inconvenientes muy graves frente a la eventualidad de dar forma correcta a una «parte» importantísima del sistema de administración de justicia.

a) En esta dirección, un primer orden de observación se refiere a la función que, por comodidad, se puede continuar llamando nomofilaxia, con cargo a redefinir su significado.

Ante todo, es preciso considerar que la relación entre la Casación y la ley presenta todas las características de la *interpretación judicial* en sentido propio: frente a un enunciado normativo, la Corte no se coloca en la situación meramente cognoscitiva de identificar los significados posibles, sino en la situación operativa de coherer uno para adoptarlo como válido. Al nivel de la elección entre los significados de una norma se coloca también la eventual ulterior selección entre varias nor-

mas potencialmente aplicables al supuesto de hecho (*factus speciei*) concreto.⁵⁸

Sin embargo, interpretar no significa «descubrir» un significado «exacto» objetivamente preexistente a la actividad interpretativa, sino adscribir un significado al enunciado normativo. En línea de principio esta «adscripción de significado» implica una selección por parte del intérprete: entre varios significados posibles se trata de establecer cual es el significado «propio», es decir, «el más correcto» o «el más adecuado».⁵⁹

Por tanto, la interpretación no es reconocimiento, sino decisión interpretativa: sin embargo, aquella nunca es automática o forzada, ni fundada en un cálculo formal. El fundamento de la decisión interpretativa no se encuentra en el hecho de que constituya la conclusión segura de una deducción de premisas ciertas: está, por el contrario, en el empleo de criterios y directivas que, mientras hacen posible la interpretación, la justifican y hacen posibles elecciones racionales en sentido lato. Obviamente tales criterios no pueden ser analizados aquí⁶⁰, sin embargo, vale la pena subrayar que al lado de criterios lógicos-formales y sistemáticos, existen criterios valorativos, en cuanto presuponen juicios de valor de la naturaleza

Para un análisis sistemático de las directivas de interpretación cfr. en particular WROBLEWSKI, «Sentido», cit., pp. 90 ss., 105 ss., 134 ss.

58. Para las implicancias teóricas de este concepto v. referencias *supra* nota 20.
59. V. referencias *supra* nota 37.
60. Para un análisis sistemático de las directivas de interpretación cfr. en particular WROBLEWSKI, «Sentido», cit., pp. 90 ss., 105 ss., 134 ss.

más diversa (ética, económica, política y social). De allí la obvia consecuencia de que las elecciones interpretativas están, sólo en parte (y en medida muy variable, según el tipo de norma, de materia regulada y también del momento histórico en el cual la interpretación se coloca), determinadas por criterios «neutrales» bajo el perfil axiológico y, en cambio, están ampliamente condicionadas por diversas valoraciones de contenido, nivel, grado de racionalización y de referencia subjetiva.⁶¹

Entonces, decir que la interpretación determina el significado «exacto» de una norma es una afirmación pri-

61. Para el análisis de la dimensión valorativa o ideológica de la interpretación cfr. en particular WROBLEWSKI, *op. cit.*, pp. 121 ss., 135 ss.; TARUFFO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 26 ss., 32, 62 ss.; Idem, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 411 ss., 475 ss. Si se tiene en cuenta la generalidad de las opciones interpretativas, no parece destructiva, pero tampoco particularmente perspicua, la idea de que la Corte de Casación tenga en cuenta las interpretaciones elaboradas por los jueces de mérito (así FRANKESCHELLI, *op. cit.*, p. 41). Esto no significa que la interpretación puede ir «desde abajo hacia arriba» o que pueda desarrollarse como un «diálogo» (ivi), cualquiera que sea el sentido de estas, poco claras, metáforas. En efecto, puesto que la Corte de Casación realiza elecciones de valor en la interpretación, parece obvio que ella asuma, en vía exclusiva y en primera persona, la carga y la responsabilidad; y por lo mismo, es obvio que la actividad interpretativa de la Corte no puede estar, en ningún modo, vinculada con la de los otros jueces. Probablemente hay exigencias de democratización del sistema y, en particular, del rol de la Corte de Casación; sin embargo, ellas requieren de instrumentos más sofisticados para ser satisfechas.

vada de sentido, si es que el término «exacto» se emplea en su significado corriente (en correspondencia con cánones objetivos y rigurosos, sobre la base de un cálculo). En realidad, lo que la interpretación puede determinar es el significado «justo», es decir, aquel fundado en el empleo correcto de criterios de elección no vinculantes, pero aceptables. Por otro lado, no existe un significado absoluto de lo «justo», pues no existen criterios absolutos para la determinación de los significados; se puede hablar más bien de un significado relativamente «más justo» para referirnos a lo que, entre los significados posibles, se muestra fundado en base a las «mejores» razones. Se puede considerar «posible» todo significado justificable sobre la base de criterios de interpretación aceptados; en cambio, será «justo» lo que se aprecie sustentado por una justificación más fuerte. Luego, es claro que, en lo que aquí interesa, todo esto se traduce fácilmente —y de ello derivan significativas confirmaciones— en el contexto de la decisión interpretativa desarrollada por los órganos jurisdiccionales⁶³.

⁶² Cfr. por todos TARULLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 63 ss.

⁶³ Sobre la idea de que la interpretación judicial es «justa» en cuanto está «justificada», es decir, en cuanto la decisión está fundamentada por «buenas razones», existe una amplia convergencia de opiniones en la teoría general (analítica) del derecho. Cfr. en particular WROBLEWSKI, «Sentido», cit., pp. 35 ss.; Idem, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, en *Etica e diritto*, al cuidado de L. GIANROMACCIO y E. LECARVANO, Bari, 1986, pp. 204 ss.; Idem, *Paradigms of Justifying Legal Decisions*, en *Theory of Legal Science*, al cuida-

Puestas estas premisas más que obvias, se deriva al menos una consecuencia relevante respecto de la función nomofiláctica de la Casación. Esta no es la de asegurar la exactitud formal de la interpretación, lo que equivale a hacer prevalecer la interpretación formalista, en cuanto fundada sólo sobre criterios formales, sino la de establecer cuál es la interpretación justa, o más justa, de la norma, sobre la base de directivas y de elecciones interpretativas más correctas (es decir, aceptables sobre la base de las mejores razones).

Una nomofilaxia formalista no tiene sentido, pues no significaría «defensa de la ley», sino defensa de una interpretación formal de la ley. Por otra parte, la nomofilaxia como elección y defensa de la interpretación justa no significa que, por esto, esté sometida a criterios específicos y predeterminados de justicia material, ni mucho menos a criterios equitativos o con contenidos particulares. Significa, en cambio, la elección de la interpretación fundada en las mejores razones, sean lógicas, sistemáticas o valorativas: bajo este perfil la nomofilaxia es la corrección del procedimiento de elección y la aceptabilidad de los criterios sobre los cuales aquella se funda para constituir el elemento esencial, más que la naturaleza del resultado particular que de ella deriva. Por así decir, la nomofilaxia se atiene a la «exactitud del método» de interpretación de la ley que, por tanto —desde un punto

do de A. PECZENIK, L. LINDH y B. VAN ROERMUND, *Dordrecht-Boston-Lancaster*, 1984, pp. 253 ss.; Idem, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, en «Reason in Law», 1, Milano, 1987, pp. 129 s.; AARMO, op. cit., p. 6.

de vista general— es la única condición para la justicia del resultado. Debería ser evidente que, de esta manera, no se vuelve a recuperar una concepción formalista de la interpretación, a pesar de que se evita toda definición «sustancialista» de la interpretación justa. Se tiene «mé-todo justo» y, por tanto, «exactitud metódica» de la decisión cuando ésta se encuentra razonablemente justificada tanto bajo el perfil interno (de la coherencia entre premisas y conclusiones), como bajo el perfil externo (de la fundabilidad y aceptabilidad de las premisas)⁶⁴. Es, sobre todo, bajo este segundo perfil que, atendiendo al fundamento de las opciones que determinan la decisión interpretativa, se conecta la «exactitud» del método con la «justicia» de la decisión.

(d) La interpretación de la ley, cuando está dirigida a la aplicación de la norma a un caso particular, puede ser orientada en dos direcciones diversas: una tendiente a individualizar la solución más justa en relación a la peculiaridad del caso concreto; la otra tendiente a establecer a nivel general cuál es el significado más justo atribuir a la norma. Se trata de interpretaciones que pueden converger entre sí, dado que puede ocurrir que la justa solución del caso concreto coincida con la justa in-

⁶⁴ Sobre estos aspectos del razonamiento justificativo cfr. WRÓBLEWSKI, «Sentido», cit., pp. 40 ss.; Idem, *Justification through Principles*, cit., pp. 131 ss.; Idem, *Libelli di giustificazione*, cit., pp. 214 s.; AARNIO, op. cit., pp. 120 ss.; JÄÄSKINEN, *External Modern Forms of Life*, al cuidado de E. Bullygin, J. L. Gardies y I. Niiniluoto, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1985, pp. 221 ss.

interpretación de la norma en sí considerada; pueden también divergir cuando, por ejemplo, los caracteres del caso concreto obligan a adoptar una solución interpretativa que no sería justificable ni explicable en términos generales.

Esta situación es típica de la Corte de Casación, cuya posición interpretativa pueda oscilar según se coloque en primer plano la tutela del *ius litigatoris*, es decir, la opción por la solución interpretativa que mejor se adapte a las peculiaridades del caso concreto, o bien, la salvaguardia del *ius constitutionis*, es decir, la opción por la solución más justa sobre la base de criterios generales de interpretación⁶⁵.

Bajo este perfil la noción misma de normofilaxia se muestra ambigua pues, dado que se trata de establecer la interpretación justa de la norma, en el sentido que se ha tratado de precisar más arriba, emerge la posibilidad de interpretaciones diferentes según que la Casación privilegie una u otra orientación; sin embargo, y pese a ello, estas interpretaciones diversas serían de cualquier modo

⁶⁵ Cfr. MORTARA, *Istituzioni*, cit., p. 120 y, ahora último, MARTSE, *Problemi attuali*, cit., p. 7; DENTI, *Le riforme*, cit., p. 20. La distinción es trazada por CALAMANDREI solamente bajo el perfil histórico: en sede de análisis funcional de la Corte de Casación, en efecto, la hipótesis constante es la de la coincidencia de las dos interpretaciones, aunque privilegiándose aquella que busca fijar una solución destinada a valer como criterio general y unificador (cfr. *Cassazione civile*, cit., pp. 10 ss., 17; *La Cassazione civile*, I, cit., pp. 51 ss.; II, pp. 91 ss.).

«justas», puesto que derivan de un «correcto uso de los criterios interpretativos».

Se trata, por otra parte, de una ambigüedad que se resuelve fácilmente en el contexto de los principios que definen las funciones de la Casación, a condición de que se realice en modo claro y racional una elección «del sistema» en torno al modelo de Corte de Casación que se considere preferible, en general y en base a las normas positivas.

Si en efecto se entiende a la Casación como órgano supremo para la tutela de los derechos individuales y para la justa aplicación de la ley en los casos concretos, la ambigüedad se resuelve en el primer sentido: la *nomofilagua* es la tutela del *ius litigatoris*. Sin embargo, esta opción implica un riesgo y un costo: el riesgo es que, debiéndose interpretar la ley desde el punto de vista del caso concreto, consideraciones *lato sensu* equitativas disminuirían por influir (o inclusive determinar) la interpretación; el costo es que, maximizando la interpretación al caso concreto, disminuye la posibilidad de emplear la misma interpretación para otros casos: es decir, se redu-

Obviamente, se excluye la hipótesis en que la Casación decide sobre el caso particular yendo más allá de sus propios límites institucionales, es decir, adoptando criterios de oportunidad o de equidad del caso concreto. Es notorio que este fenómeno se verifica, pero ello no puede ser tomado como base para la definición de las funciones institucionales de la Corte.

66.

ce la posibilidad de asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley⁶⁷.

En cambio, si se entiende a la Casación como órgano de garantía para la justa interpretación de las normas y para la tutela de la legalidad como valor general, la ambigüedad se resuelve en el segundo sentido: la *nomofilagua* es la tutela del *ius constitutionis*. También esta elección implica un riesgo y un costo: el riesgo es que prevalezcan el formalismo y la abstracción en la interpretación⁶⁸, el costo es la imposibilidad de tener en cuenta todas las peculiaridades del caso concreto. Sin embargo, hay una ventaja que deriva de maximizar el alcance general de la interpretación: aumenta la posibilidad de emplear la misma solución interpretativa para otros casos similares y, por tanto, se verifica la posibilidad de asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley.

Puestas así las alternativas, no queda duda de que en nuestro sistema esta vigente la segunda solución. En efec-

67.

Al respecto, cfr. más ampliamente TARUFFO, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, *infra*, pp. 104 ss.

68.

interpretativo parece ligado, más que al hecho de interpretar la ley yendo más allá de las peculiaridades del caso concreto, a la cultura de un tradicional y malentendido positivismo (sobre el cual v. por todos TARUFFO, *Formalismo*, cit., p. 577), que se manifiesta también cuando la decisión tenga como objetivo solamente el caso concreto. En efecto, como la experiencia muestra ampliamente, se pueden tener decisiones interpretativas fuertemente abstractas y formalistas también cuando la Corte entiende actuar exclusivamente en tutela del *ius litigatoris*.

to, no sólo el art. 65, sino también otras normas, hacen expresa referencia a la uniformidad, y esto debe tenerse en cuenta cuando se analice el cuadro del derecho positivo: la evolución histórica de Casación en Italia ha venido excluyendo los modelos de revisión o tercera instancia (correspondientes a la primera solución), y —como se ha recordado— la elaboración teórica de CALAMANDREI ha sido determinante para imponer un modelo de Casación en el cual la nomofilaguita y la uniformidad de la jurisprudencia constituyen los dos componentes de una enditadit inseparable⁶⁹.

De ello se deriva que, con el objeto de hacer posible la uniformidad de la interpretación, la nomofilaguita se refiera a la individualización de la interpretación justa sobre la base de criterios generales, destinada además a valer más allá del caso concreto que dio lugar a la interpretación de una determinada norma. Se actúa la tutela de la legalidad en el caso concreto, pero como *side-effect* de la nomofilaguita; la interpretación de la ley realizada en este caso representa un ejemplo de la interpretación considerada válida en general y, por tanto, esta destinada a operar también en otros casos. Sobre esta interpretación puede fundarse la uniformidad, sea en el sentido de que la decisión de la Corte puede operar como precedente para otros jueces, sea en el sentido

⁶⁹ Bajo este perfil resulta insostenible la propuesta de la comisión Mirabelli (v. *supra* nota 3) que busca consagrar la primera de las tesis en examen. El hecho de que, coherentemente, se renuncie a configurar la uniformidad de la jurisprudencia como un valor a perseguirse no mejora la situación.

de que, probablemente, la misma Corte seguirá la misma orientación interpretativa juzgando otros casos idénticos o análogos⁷⁰.

(c) Puesto el acento sobre el valor representado por la uniformidad en la interpretación de la ley, es necesario, sin embargo, considerar que también ella es ambigua, pese a que se le considere sólo desde el punto de vista de las funciones atribuidas a la Corte de Casación.

En efecto, se puede distinguir una uniformidad sincronica y una uniformidad diacronica⁷¹.

Por uniformidad sincronica se puede entender la aplicación de la misma interpretación a todos los casos que, en el mismo momento, son juzgados según una misma norma. Esta definición no es entendida de modo muy riguroso: el «mismo momento» se refiere, en efecto, a un razonable período de tiempo, mientras que resulta obvio tratándose de una función de la Casación—que la uni-

⁷⁰ Una versión «de refuerzo» de la situación en la cual se encuentra tanto la Corte de Casación como los jueces de mérito es propuesta por CORLA, quien llega a configurar un nivel funcional (aunque no sancionado) de colaborar hacia la uniforme interpretación de la ley, es decir, de seguir el precedente (tanto más si se trata de jurisprudencia consolidada), al menos, hasta que no subsistan graves motivos—que deberían ser enunciados en la motivación—para alejarse de él (cfr. *Les sections réunies*, cit., p. 118 y *Postilla*, cit., pp. 134 ss., 137).

⁷¹ Para la simétrica distinción entre contrastes sincrónicos y diacrónicos de jurisprudencia cfr. CHIAKRONI, *Efficacia del precedente*, cit., pp. 75 ss.

formidad valga para las interpretaciones que la Corte adopta al decidir los casos que le llegan (y para los cuales considera que aquella norma es la aplicable). La uniformidad entendida como empleo de la misma interpretación por parte de los jueces inferiores (e independiente-mente de la intervención directa de la Corte) es un problema diverso referido a la intensidad con la cual las decisiones de la Corte son usadas como precedentes⁷². Al respecto, se puede observar que esta uniformidad «externa» es probablemente mayor en cuanto mayor sea la uniformidad «interna», es decir, la correspondiente a los pronunciamientos en la misma Casación: una jurisprudencia proveniente del vértice que sea coherente crea, ciertamente, precedentes más eficaces que una jurisprudencia incoherente o contradictoria⁷³.

Por uniformidad diacrónica se puede entender el mantenimiento de la misma interpretación en el tiempo, o al menos por periodos de tiempo bastantes largos. Ella puede constituir un valor positivo, en cuanto asegure estabilidad en la aplicación de las normas: es decir, se refuerza algún símil con la certeza del derecho, sin que se pueda excluir que, frente a una orientación consolidada de la Casación, exista mayor homogeneidad en la jurisprudencia de los jueces de mérito y hasta algún efecto de menor litigiosidad sobre la norma en cuestión.

⁷² Sobre los problemas en función de la existencia o inexistencia de una jurisprudencia coherente de la Corte de Casación, cfr. CHIARONI, *op. loc. cit.* Para la tesis de GORLA v. *supra* nota 70.
⁷³ Sobre el fenómeno contrario que se produce en la realidad cfr. TARUFFO, *op. cit.*, pp. 110, 114 ss.

Dado que ambos conceptos de uniformidad poseen alguna connotación positiva, el problema es el de establecer si y en qué medida ellos pueden definir una función de la Corte de Casación. En efecto, es claro que si ellos fueran empleados juntos y de manera absoluta, de esto resultaría un sistema imposible e inoportuno: imposible porque ninguna Corte podría garantizar una uniformidad absoluta, sincrónica y diacrónica en la interpretación de una norma ni mucho menos de todas las normas; inoportuno porque ello significaría cristalizar una interpretación, bloqueando la evolución del derecho y haciendo de la nomofilaxia una operación formalista, antes que una actividad de creación de interpretaciones «justas».

Entonces, el problema está en encontrar el punto de equilibrio ideal, siempre partiendo desde el punto de vista referido al rol que la Casación debería desarrollar, entre la útil uniformidad en la interpretación de la ley y las variaciones necesarias que ésta debe conocer para continuar siendo «justa».

Se intuye fácilmente que el problema es de extrema complejidad y que no puede agotarse en pocas líneas. Sin embargo, es posible una sumaria consideración, limitada al propósito de indicar algún criterio de máxima sobre el cual la actividad de la Corte podría razonablemente inspirarse.

Ante todo, parece evidente que, al menos, debe ser perseguida la uniformidad sincrónica de la interpretación⁷⁴. En efecto, una Corte que no asegurase al menos

⁷⁴ Para la posición de CALAMANDREI al respecto v. *supra* nota 30. En el mismo sentido cfr. CHIARONI, *op. cit.*, pp. 78 s.; GORLA,

esto, sería inútil, puesto que para producir interpretaciónes diversas de la misma norma, en el mismo momento, los jueces de mérito serían más que suficientes; luego, en caso se considerase oportuno un control sobre la legalidad de la decisión del caso concreto, en el ámbito de un sistema inspirado en la no uniformidad serían suficientes las cortes de apelación. Por otra parte, una Corte que produjera una jurisprudencia sincrónicamente incoherente no crearía precedentes e incrementaría, antes que reducir, la confusión de la jurisprudencia. Finalmente, si bien es cierto que ideas como la certeza del derecho o la igualdad de trato ante la ley deberían tener algún significado efectivo, éste podría ser identificado en la uniformidad sincrónica de la interpretación.

Quizás estas consideraciones podrían valer también respecto de la uniformidad diacrónica, sin embargo, aquí se coloca, con particular evidencia, el problema de la necesaria variación. En efecto, mientras tendencialmente se excluye la variación sincrónica (que es sólo deformidad e incoherencia), la variación en el tiempo debe ser admitida⁷⁵. Si la Casación debe ser un órgano de justicia, formalistas de una ley puesta más allá del tiempo y de la historia, es necesario que la uniformidad diacrónica sea fuertemente relativizada y que pueda extinguirse cuan-

⁷⁵ V. nota precedente.
bre la cual v. *supra* nota 3).

op. loc. cit. Por tanto, debería ser claro que la uniformidad de la interpretación de la ley, si es correctamente entendida, es un valor antes que una «herencia utópica de ordenamientos ya superados» (como ha referido la comisión MIRABELL, sobre la cual v. *supra* nota 3).

do sean necesarias variaciones, también relevantes, en la

interpretación de una norma.

Entonces, el problema no es el de optar por una uniformidad impuesta *a priori* frente a una variabilidad casual e incontrolada: el punto de equilibrio entre uniformidad diacrónica y variación necesaria puede identificarse en la idea de variación justificada. Esto equivale a decir que la uniformidad de la interpretación de una norma debería ser mantenida por la Casación, en tanto no surjan razones que justifiquen la adopción de una interpretación diversa⁷⁶.

Esta formulación tiene un significado menos banal de cuanto parece a primera vista. Por un lado, es necesario considerar que, en tanto permanezca firme la regla de la uniformidad sincrónica, se excluyen las variaciones que se refieren a casos particulares. Por tanto, lo que se admite no son las derogaciones o las excepciones a una interpretación que permanece firme, sino únicamente las variaciones a esta interpretación: es el significado de la norma en términos generales, en relación a todos los casos que tengan que ver con aquella norma, el que puede

⁷⁶ Análogamente cfr. FANELLI, *op. cit.*, p. 44. En esta formulación de principio pueden encontrar un punto de equilibrio tanto las exigencias de certeza y uniformidad conaturales al instituto de la Casación en sí considerado (sobre el cual v. ahora último, DENTI, *A proposito di Corti di cassazione*, cit., pp. 418 s.), como las razones de quien sostiene que la jurisprudencia de la Corte debe ser abierta a los valores y a los cambios de la sociedad (cfr. por ejemplo, FRANCESCHIELLO, *op. cit.*; SENESE, *op. cit.*).

cambiar, mas no en función de su aplicación a algún caso en particular. El caso concreto puede tener relevancia, pero sólo cuando haga emerger la necesidad (y cuando sea la ocasión) de un cambio global de la interpretación de la norma.

Por otro lado, la variación debe ser justificada⁷. Es

decir, es necesario demostrar que la nueva interpretación es más justa, en base a criterios interpretativos generales que aquella que se abandona. Lo que se debe justificar no

es una «excepción a la regla»: es el cambio de la regla, y este sólo puede estar fundado en razones que van más allá del caso concreto. Por otra parte, si se acoge la concepción abierta y dinámica, y «creativa», de la interpretación referida líneas atrás, se ve fácilmente cómo los cambios globales de la interpretación de una norma pueden producirse sobre la base de una justificación racional, como sucede, sobre todo, cuando cambian los juicios de valor que inciden sobre la interpretación de la ley.

Finalmente, es necesario considerar que una variación justificada, precisamente porque concierne al significado global de la norma y porque se funda en razones de alcance general, debería tener una consecuencia pre-

Al respecto es muy interesante el análisis de Gorla (cfr. *Les sections réunies*, cit., pp. 119 ss. y *Posilla*, cit., pp. 136 ss.), dirigida, de un lado, a reforzar el valor de la uniformidad y, del otro, a racionalizar las exigencias reales de cambio de la jurisprudencia. Esto significa que las variaciones debe estar justificadas por motivos graves, como el descubrimiento de un error en la orientación anterior o el cambio de las condiciones económicas o sociales que justifican la interpretación precedente.

5. CONCLUSIONES

cisa. No la confusión que deriva de la mera eliminación de un criterio de referencia, sino la creación de una nueva uniformidad sincrónica. En otros términos, una vez sustituida la vieja interpretación que se considera superada, con una nueva interpretación que se considera más justa, esta interpretación debería ser aplicada de manera uniforme a todos los casos que ingresan en el campo de aplicación de aquella norma. Esto debería ocurrir sincrónicamente y por un tiempo razonable, es decir, hasta que no se verifiquen condiciones que justifiquen una nueva variación global del significado de la norma.

Las consideraciones que preceden muestran cómo las definiciones de las funciones de la Casación a luz del formalismo interpretativo no son sostenibles, aunque respecto de ella, indudablemente, haya influido la formulación del art. 65 de la ley del ordenamiento judicial. Sin embargo, ellas muestran que tal definición no es, en absoluto, necesaria: al contrario, el modelo clásico de la Casación se presta a una relectura que, siendo de un lado coherente con los postulados de una teoría aceptable de la interpretación, de otro lado, es coherente con las funciones que una Corte Suprema está llamada a desarrollar en un Estado moderno. Obviamente, el paso de una a otra concepción implica una serie de cambios relevantes en la definición de los propósitos que vienen asignados a la Casación: así, se pasa del «descubrimiento de la solución exacta» del problema interpretativo, a la formulación de la «solución justa»; el fundamento de las decisiones interpretativas no se identifica más con un cálculo conceptual, sino con una justificación fundada en «buenas razones»; la uniformidad de la interpretación continúa siendo un valor tendien-

cial, que, sin embargo, tiene significados diversos y es perseguida a fin de que asegure la coherencia interpretativa, pero debe ser racionalmente abandonada cuando se genere el riesgo de convertirse en una jaula formal que bloquee la evolución de la jurisprudencia. Además, el fundamento del rol de la Corte de Casación en el sistema no se identifica más con su colocación en el vértice de la pirámide de judicial, sino en la función de asegurar la justicia en términos generales a través la interpretación y de la aplicación de la ley: por tanto, no en razones de autoridad, sino en la autoridad de las buenas razones puestas como base de las decisiones. Es en esta dirección, y no en la del control de los errores y de la represión del disenso, que la Casación podría adecuadamente desarrollar el rol de guía unificadora de la jurisprudencia.

A las dos concepciones de la relación entre Casación/ley que se han delineado, se les podría objetar que ninguna de ellas se corresponde con la realidad respecto de lo que la Corte hace como actividad concreta. Que esta correspondencia no exista es indudable: la Corte no produce resultados «exactos» sobre la base de rigurosos cálculos conceptuales e inclusive se puede dudar que produzca interpretaciones «justas» sobre la base de cánones interpretativos racionales. Ella está dirigida más a resolver casos particulares que a elaborar interpretaciones idóneas para orientar la jurisprudencia. Ella no asegura ningún tipo de uniformidad, porque en sentido diacrónico los cambios son a menudo demasiado rápidos y casuales, mientras que en sentido sincrónico los conflictos y las incoherencias existentes en la misma jurisprudencia de la Corte precluyen, a menudo, la posibilidad de identificar criterios unitarios de interpretación.

Si ésta es la realidad, no se contradice con la concepción formalista del rol de la Corte de Casación. Además, ello induce a constatar que dicha concepción no se ha realizado del todo, pese a encontrarse en las bases de las opciones normativas de 1941. Sin embargo, esta concepción ha desarrollado, y en buena cuenta continúa desarrollando, una función peculiar, marcadamente ideológica: ella se presenta al mismo tiempo como modelo ideal de lo que la Casación debería ser, y como modelo para el análisis de lo que la Casación es en realidad. En otros términos, muchos aman pensar en la Casación como si ella correspondiera a la concepción formalista: de este modo, no sólo la diferencia entre teoría y realidad pierde significado, sino que una teoría sirve para legitimar la conservación de una realidad, aunque (o quizás precisamente porque) ésta sea diversa.

De otro lado, la realidad concreta del modo en el cual la Casación opera no contradice la concepción de su relación con la ley que se ha propuesto como la más óptima, bajo el perfil teórico y funcional, por la buena razón de que aquello que es no contradice a aquello que debería hacer. En efecto, la constatación de la diferencia relevante entre el modo en el cual *de facto* la Casación desarrolla sus funciones y el modo en el cual éstas van controlando el cuadro racional de un «sistema de Casación», trae a colación otros problemas. Por una parte, emerge una cuestión de «elección de modelos»: una cosa es considerar que resulta oportuno mantener el «sistema puro» de Casación, con la consecuente necesidad de hacer que éste funcione adecuadamente, y otra hipotizar, por ejemplo, la sustancial transición hacia un sistema de «tercera instancia» que privilegie el control de la decisión del caso concreto, respecto de la función general de *nomofilaxia*.

En el fondo, modelos alternativos al de la Casación no faltan, desde la *Revision* alemana hasta las cortes superiores angloamericanas⁷⁶; el problema está en establecer cuáles deben ser los lineamientos generales del sistema. Lo único que es oportuno evitar es vivir en un sistema creyendo estar en otro, o considerar que la mera racionalización de lo existente no implica elecciones complejas.

Puesto que la elección de fondo está en favor del «modelo de Casación», el problema está en hacer que éste opere de manera racional y funcional. Al respecto, una definición apropiada de los conceptos de nomofilia y de uniformidad de la jurisprudencia resulta necesaria, pero la constatación de la diferencia entre realidad y teoría hace evidente un problema que requiere de reformas radicales. Que una Corte cargada por decenas de millares de recursos, inducida a decidir las mismas cuestiones y a pronunciar miles de sentencias al año, está muy lejos del ideal de la Casación que elabora la justa interpretación de las normas y asegura una razonable uniformidad de la jurisprudencia es, por lo demás, evidente⁷⁷. Entonces, muchas cosas deben cambiar, no sólo en la praxis sino también en el cuadro normativo, para que la relación entre Casación y ley pueda ser reconducida al modelo de un sistema racional. Al respecto, bien se puede decir que la teoría sin contacto con la realidad está vacía, pero también es necesario reconocer que una reforma sin propósitos bien definidos sería ciega.

⁷⁶ Para indicaciones cfr. SILVESTRI, *L'accesso alle corti di ultima istanza: ritieni comparatistici*, en «Foto it.», V, 1987, cc. 284 ss.

⁷⁷ Para recientes críticas al respecto, bajo diversos puntos de vista, v. referencias *supra* nota 1.

§4 La Corte de Casación entre legitimidad y mérito

1. EL VALOR DEL PRECEDENTE EN LA CASACIÓN

Este ensayo busca afrontar algunas cuestiones preeliminares respecto a la temática general del precedente que, en distintos modos, condicionan la eficacia persuasiva de las sentencias de la Corte de Casación, y la manera en la cual esta desarrolla la función de asegurar «la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley» (art. 65 de la ley del ordenamiento judicial).

Un primer orden de consideraciones se refiere al hecho de que, en un sistema de precedente con eficacia meramente persuasiva como el nuestro, el valor concreto del precedente como capacidad de condicionar las decisiones de los jueces inferiores depende de varios factores.