

1.4. La interpretación y aplicación del Derecho como manifestación de la función notarial creadora de Derecho (*) ()**

por el Esc. Roque Molla

SUMARIO

Introducción. 1. El Derecho como ciencia. 2. El concepto de Derecho. 3. El concepto de sistema y la aplicación de la ley como función creadora de Derecho. 4. Método a aplicar en el ejercicio de la función notarial creadora de Derecho. 5. El contrato como norma. 6. Conclusiones.

INTRODUCCION

El tema hace necesario resolver qué se entiende por función creadora de derecho, lo que plantea no pocas dificultades.

En el umbral del análisis, se aprecia que los problemas no sólo provienen de la expresión "función creadora", que en los países de Derecho Civil parece reservada al Poder Legislativo, sino también de la referencia al Derecho acerca de cuya conceptualización los estudiosos no logran ponerse de acuerdo.

Es así, que respecto a la noción de Derecho, la tradición judeo cristiana, las ideas filosóficas dominantes, los preconceptos y la propia ambigüedad del término han contribuido a confundir a muchos juristas.

Sin duda, que el concepto de derecho que se tome en cuenta determinará qué se entiende por función creadora.

En el estudio de la función notarial, puede anotarse un cierto paralelismo con lo referido precedentemente.

La concepción clásica de la función notarial señala que ésta consiste en prestar asistencia jurídica a los particulares en el plano

negocial fundamentalmente, dotando de certeza a las relaciones jurídicas por medio de la fe pública. El notario es en ese sentido un operador jurídico, tomando esta expresión en un sentido literal.

Pero la función notarial no se circunscribe a la aplicación del derecho, o por lo menos a la aplicación en un sentido positivista, como pretendió e impuso la escuela de la exégesis con respecto al C. de Napoleón, más allá de las razones políticas que presidieron dicha postura.

La función notarial es creadora de derecho tanto en la aplicación del Derecho Positivo como en lo concerniente a su contribución a la modificación del Derecho.

Por ello, el Notario es un jurista, en el verdadero sentido del término, debe interpretar la ley no como mera actividad intelectual cognoscitiva sino en función de su actuación en la vida de relación.

La interpretación de la ley es creación. Al decir de CARNELUTTI: ¿cuánto pone el creador y cuánto el re-creador? El Notario debe reelaborar el precepto legal adaptándolo a la situación concreta, al caso, que como veremos no es solamente una operación lógica de subsunción.

(*) Los conceptos del contrato como norma, así como los de autonomía privada y contrato de adhesión, se establecen con carácter general, ya que es discutible que puedan ser trasladables a las situaciones reguladas por la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

(**) Trabajo presentado al XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas (Grecia), 2001, como aporte al Tema II. "La Función Notarial creadora de Derecho".

Pero, con ser importante, el objeto de su actividad no se agota en la operación técnica de aplicación de la ley, sino que comprende también la de contribuir a la modificación del Derecho en la etapa que como enseña el Maestro Esc. EUGENIO CAFARO, se conoce con el nombre de política jurídica.

La función creadora de derecho del Notario preside todas las manifestaciones de su tarea. En su calidad de magistrado de la jurisdicción preventiva, destaca particularmente este aspecto para que la voluntad o voluntades de los sujetos se tornen jurídicamente relevantes. Su actividad culmina con un momento de decisión entre diferentes opciones para solucionar el conflicto de intereses que requirió su intervención.

El éxito de la construcción jurídica depende en gran medida de la ubicación adecuada de los principios en juego.

El camino elegido para ello, el método seguido es determinante. Será necesario resolver si se debe optar por un método o por la conjunción de varios.

En el desarrollo que sigue se analizarán distintas manifestaciones del fenómeno Derecho, con la pretensión de enfatizar la relevancia de la función notarial como creadora de Derecho. Por fenómeno Derecho entendemos no sólo la Ley, sino también el conjunto de situaciones que involucran al hombre como ser social que es, bajo determinadas pautas y valores, justamente jurídicos.

1. EL DERECHO COMO CIENCIA

Método —del griego *methodos* que significa "camino, hacia algo"—, es un procedimiento ordenado dirigido a la obtención de un resultado.

La aplicación de un método científico en Derecho supone reconocer la existencia de la Ciencia del Derecho, esto es, como señala LARENZ: "una actividad espiritual plenamente

planeada y dirigida a la obtención de conocimientos" (1).

La conocida frase de KIRCHMANN: "*Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura*", se ha transformado en el símbolo de las posturas negativistas del carácter científico del Derecho. El carácter esencialmente variable del objeto de la ciencia del derecho, el Derecho parece condenar toda pretensión.

Sin embargo, el error consiste en confundir ciencia con exactitud.

Se trata de una Ciencia "comprensiva" que procura interpretar de un modo determinado el "material" que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho "positivo" (2).

Esto no significa tomar partido por el positivismo, ya que como se dirá pueden obtenerse utilizando el método adecuado enunciados de lo que es debido.

Por ello es correcto emplear la expresión fenómeno jurídico como dato a partir de cuyo análisis es posible elaborar la ciencia del Derecho descubriendo los principios que permitirán conformar un sistema normativo, entendiéndolo por tal siguiendo a ALCHOURRÓN y BULGIN, aquél sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisividad, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción) (3).

La cuestión del método es relevante para la Ciencia del Derecho, tanto para su conocimiento con vistas a la creación de la Ley como en la etapa de su aplicación.

Para resolver si deben emplearse uno o varios métodos o si todos constituyen elementos de un único método, es menester tomar posición acerca de la materia objeto de estudio.

(1) LARENZ: *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, 1980, p. 25.

(2) Op. cit., p. 26.

(3) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, 3ª reimpresión, p. 92 y ss.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO

2.1. Derecho y Sistema

El problema de la sistematización en Derecho deriva en gran medida de la falta de dedicación de los juristas en el estudio de la metodología jurídica, esto es en la fundamentación de la ciencia.

Señala acertadamente CARLOS SANTIAGO VINO que “los autores de teoría general del Derecho no se han ocupado en forma sistemática de elaborar una caracterización minuciosa de los presupuestos y las funciones de la actividad que los juristas desarrollan efectivamente alrededor de los distintos sistemas jurídicos” (4).

Los juristas se han preocupado más por hacer prevalecer sus opiniones que por elaborar la ciencia del derecho. Distintos factores han contribuido para ello. Nos referiremos en especial a la influencia del Derecho Romano, de la Codificación y de la dogmática jurídica.

2.1.1. El Derecho Romano como sistema

En los países llamados de “Derecho Civil” es preponderante la influencia del Derecho Romano. Particularmente, cabe referir en primer lugar la época del llamado Derecho Clásico romano —siglos I a III D.C.—, donde la figura del jurisconsulto es de enorme relevancia, ya que su opinión pasó a tener el valor de fuente supletoria de derecho y en segundo lugar la obra del Emperador JUSTINIANO: *El Corpus Iuris Civilis*, que se ubica en el Siglo VI de nuestra era.

El jurisconsulto romano fue el antepasado lustre del jurista actual. Dice al respecto JOHN HENRY MERRYMAN: “Sus opiniones tenían gran peso, y durante el segundo siglo de la era cristiana eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos jurisconsultos. Sus opinio-

nes se anotaban por escrito, se recopilaban y se trataban como autoridades. Gran parte de la porción más importante del *Corpus Iuris Civilis* —algunas partes del Digesto y todas las Institutas— está integrada por la obra de los Jurisconsultos” (5).

En la época de AUGUSTUS se comenzó con la práctica de la concesión de *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, que vino a servir para reconocer respecto de ciertos juristas la facultad oficial de evacuar consultas judiciales; estos juristas no obligaban directamente al *iudex*, pero de hecho parece ser que fue muy difícil separarse de las opiniones, de aquellos que merecieron el calor oficial. Las respuestas debían estar selladas, no como medio de impedir la apertura de las mismas sino para asegurar la procedencia auténtica (6). Recién luego con HADRIANUS aparece una facultad distinta, la *permissio iura condere* (la permisión de crear derecho) (7).

Por su parte el Emperador Justiniano se propuso devolver al decadente derecho romano la idea de sistema y a la vez consolidar la autoridad de los más grandes jurisconsultos del período clásico como PAPIANUS, GAYO, y ULPIANUS. En aras de esta finalidad, prohibió la referencia a las obras de los jurisconsultos así como los comentarios críticos de la Compilación. De esta manera, el emperador pretendió comenzar de cero, llegando hasta a la destrucción material de obras de los jurisconsultos.

A la caída del Imperio Romano de Occidente sucedió la época del derecho barbarizado, producto de la influencia de las costumbres bárbaras de los pueblos germánicos.

Con el resurgimiento del derecho romano, que se ubica en Bolonia y las otras Universidades del Norte de Italia a fines del Siglo XI el estudio se centra en el *Corpus Iuris Civile* y no en el derecho romano barbarizado. Estas Universidades constituyeron un centro de es-

4) *Introducción al Análisis del Derecho*, ed. Astrea, p. 315.

5) *La tradición jurídica Romano Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 113.

6) Címe. D.I.2,2,47; GIRARD, 5e. ed. p. 69, n° 2.

7) Extraído de GAUS: *Institutas*, ed. Librería Jurídica, Buenos Aires, 1967, p.10.

tudio del derecho al que acudieron personas de toda Europa. Los juristas reconocieron la enjundia de la compilación justiniana, a la que llamaron la "razón escrita".

El Derecho romano pasó a ser el derecho común de gran parte de Europa y constituyó la base en buena medida de los códigos civiles, entre los que destaca el C. de Napoleón de 1804, por la influencia que ejerció en todo el Derecho Continental.

La traza del Derecho romano se mantiene prácticamente indeleble en diversos aspectos.

En particular cabe hacer mención de la idea de sistema en el sentido de conjunto de elementos relacionados y ligados entre sí, que forman determinada totalidad, unidad.

No obstante, puede ser discutible la caracterización del Derecho romano como científico, en el sentido actual de ciencia.

Refiere BODENHEIMER que: "Así como los griegos fueron los iniciadores de la filosofía jurídica, los primeros en construir un sistema ingenioso y práctico de Derecho fueron los romanos. Las contribuciones de los jurisconsultos romanos a la teoría jurídica general y a la filosofía del Derecho fueron sorprendentemente escasas. Aquellos jurisconsultos fueron grandes practicones del Derecho, poco interesados en el pensamiento especulativo. Muchas de sus afirmaciones jurídicas fueron tomadas de los griegos o debidas a su influencia, algunos de los pasajes del *Corpus Iuris* justiniano que tratan de la naturaleza del Derecho son citas de los filósofos griegos y están escritos en esta lengua. Fue sobre todo la filosofía estoica la que ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos romanos. Muchos de los más celebrados maestros y practicones del Derecho romano fueron discípulos de la Stoa. Esto es cierto, casi sin excepción, de los jurisconsultos más antiguos. Pertenecían al círculo de Escipión el joven, que vivió a mediados del siglo II antes de Jesucristo. El centro espiritual de ese círculo era el filósofo griego Panaecio. Algunos de los iniciadores y construc-

tores del Derecho romano clásico pertenecieron a este grupo. Según afirma POMPONIO PUBLIO MUCIO, BRUTO y MANILIO pusieron los cimientos del Derecho Civil" (8).

Lo dicho, más allá de la definición de Jurisprudencia formulada en las Institutas de Justiniano: el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

Pero lo que es innegable es la vocación sistémica del Derecho romano como surge de las obras jurídicas conocidas como *Institutas*, que eran manuales elementales usados en las grandes escuelas romanas.

Tan ello es así, que los Códigos modernos siguieron y siguen en grandes líneas el ordenamiento del *Corpus Iuris Civile*. Así el C. Civil francés reproduce prácticamente el contenido de los tres primeros libros de las Institutas de Justiniano. El C. Civil uruguayo también se organiza, siguiendo en gran medida al francés sobre dichas bases: el Libro primero habla de las personas, el segundo de los bienes, el tercero de la relación de las personas con los bienes o sea los modos de adquirir el dominio y el libro cuarto —Derechos de las Obligaciones— trata de las relaciones entre las personas.

No menos importante, fue el aporte de las construcciones conceptuales romanas y el empleo de dicotomías: derecho objetivo y subjetivo, derecho público y derecho privado, derecho común y singular.

Finalmente, es de destacar la enunciación de reglas. Como señala el Maestro CAFARO: "La enunciación de reglas de derecho tiene un tremendo valor práctico, ya que, por un lado, son reglas que están fijando comportamientos, o sea tienen valor pedagógico desde el punto de vista de la actuación individual de cada sujeto dentro de la sociedad. Es un deber ser al cual tiene que adecuarse el comportamiento de cada sujeto. Por otro lado constituyen un recurso técnico para la aplicación del derecho, tanto en la etapa de interpretación como de integración del derecho" (9).

(8) *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 134 y sgte.

(9) Curso "Elementos para una metodología jurídica", inédito. Versión taquigráfica, Biblioteca AEU, 1984, 4ª clase, p. 34.

Esta reglas de comportamiento se condensan en uno de los famosos trípticos romanos, y toman Las Institutas de ULPIANO: *honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*. El primero vivir honestamente se vincula principalmente a la moral, el segundo el deber de no dañar injustamente ni a la persona ni a los bienes de otro. De más está destacar la importancia de este principio cuya transgresión es fuente de la obligación de reparar el daño aquiliano. El tercero, dar a cada uno lo suyo, refiere al cumplimiento de las obligaciones.

La teoría general del Derecho actual arraiga fuertemente en el Derecho romano. Para la posición tradicional se construye por un procedimiento de inducción, esto es de la observación de normas de igual contenido, por vía de la simplificación, se llega a un principio general. Como veremos, esto puede ser invertido, entendiéndose que en realidad se trata de un procedimiento de deducción. A modo de ejemplo, en otro famoso tríptico romano se descansa gran parte del edificio del Derecho hereditario patrimonial: nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, resuelto el derecho del constituyente se resuelven los derechos por él constituidos y no se da lo que no posee. Lo importante es que de las reglas puede extraerse, deducirse la norma para el caso concreto.

Esta forma de determinación del Derecho descendiendo del principio jurídico al caso particular, sigue siendo el rasgo que distingue a los países de Derecho Civil de los de Common Law.

2.1.2. La Codificación. La Dogmática Jurídica. Jusnaturalismo. Positivismo

Los dos Códigos que iluminaron el mundo jurídico del Siglo XIX el francés de 1804 y el alemán que comenzó a regir el 1° de enero de 1900, tienen marcadas diferencias pero también semejanzas.

El C. Civil de Napoleón es la expresión jurídica del espíritu revolucionario, basado principalmente en el jusnaturalismo racional y tuvo una finalidad política manifiesta: la ruptura para siempre con el Antiguo régimen, realzando al hombre como entidad individual, esto es el derecho del hombre a ocuparse de sus asuntos (contra la tendencia feudal a dirigir la vida humana) y al contrato como instrumento para el cambio (contra el sistema estatutario anterior). Inspirado en las ideas de MONTESQUIEU y ROUSSEAU, expuestas en sus obras *El Espíritu de las Leyes* y el *Contrato Social*, distinguió claramente entre elaboración de la ley y aplicación de la misma, restringiendo la labor del juez a esta última.

La separación de poderes preconizada por MONTESQUIEU constituía la garantía de la igualdad consagrada en el Contrato social de ROUSSEAU: "Una experiencia eterna ha demostrado que todo hombre investido de autoridad puede abusar de ella, irá cada vez más allá hasta que encuentra una barrera" (10).

La dogmática jurídica identifica *ab origine* a los investigadores jurídicos que sostuvieron la posibilidad de construir un sistema jurídico basado en principios que no necesitaban comprobación para la razón humana, de los cuales se deducirían normas para solucionar todas las situaciones jurídicas. De esta manera el ordenamiento lograría coherencia y plenitud. Por ello, no lucía contradictorio la exigencia impuesta al juez de fallar en todos los casos (imposibilidad de "*non liquet*" que recoge el art.15 del C. Civil uruguayo).

El C. Civil francés es de corte netamente político: consagró la ideología liberal burguesa, a la que por otra parte respondían los juristas jusnaturalistas: "... El Derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o no deben ser sino el Derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares..." (11). Distinguió dos clases de leyes: las políticas o

) *Esprit des Lois*, lib XI, cap. 4.

) PORTALIS: Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil francés, EDEVAL, p. 46

constitucionales y la ley civil, ésta última subordinada a la ley política (12).

En cambio, el C. Civil alemán es ajeno a toda connotación política. Por lo menos, no pretendió abolir el régimen anterior. Es la culminación de una obra científica iniciada por la "escuela histórica" fundada por SAVIGNY que patrocinaba un estudio exhaustivo del derecho alemán vigente y de su desenvolvimiento histórico, para poder colegir los principios jurídicos así históricamente verificables. A diferencia del Código francés no marcó una ruptura ni trató de edificar los principios a partir del derecho natural racional sino del propio derecho alemán existente.

Pero, cabe señalar que en situación final existen semejanzas.

Ello se debe a la obra de los pandectistas, académicos alemanes de mediados y fines del Siglo XIX que concentraron su estudio en el Digesto (en alemán *Pandekten*, del latín *Pandectae*) de JUSTINIANO. A ellos corresponde la creación de la ciencia Jurídica y su influencia sigue siendo muy importante por el alto nivel sistemático de sus obras reflejadas en tratados. En particular cabe mencionar a Windscheid, quien como señala Karl LARENZ manejó por lo demás con soberana maestría el método de análisis conceptual, de la abstracción, de la sistematización lógica y de la construcción jurídica" (13). Así como el Código francés, el Código alemán establece que el Juez es solamente aplicador de la ley.

La dogmática jurídica de inspiración jusnaturalista luchó por la consagración legal de lo que consideró el derecho ideal: el derecho natural, cuyas normas fundamentales constituían axiomas comparables con los de las ciencias exactas como la matemática y de los cuales por deducción se obtenían las normas del ordenamiento jurídico. Luego del triunfo de

la Revolución lo ideal pasa a ser real: existe un momento en el cual derecho natural y derecho positivo son sinónimos.

La doctrina posterior a la Codificación no abandonó las líneas directrices del Derecho Natural sustituyéndolas por las normas de Derecho Positivo como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN (14), sino que consideró que se había producido la incorporación de los postulados del derecho natural al derecho positivo. Esta es la explicación de la utilización del método exegético que considera a la ley como la única fuente de derecho. Por otra parte esa fue la pretensión de Napoleón como antes fue la de Justiniano: cristalizar el Derecho en su Código.

La escuela de la exégesis prescindió de toda evaluación entre la regulación contenida en el C. Civil y la determinación concreta de si ese contenido se acompañaba o no a las exigencias prácticas vinculadas al campo de los valores, aséptica en ese sentido (15). Por ello, esta escuela de inspiración *ius naturalista* constituye el antecedente de la escuela positivista para la cual no existe derecho fuera del Estado.

Esta concepción de que el ideal se transformó en real es referida por ALCHOURRÓN y BULYGIN: "A pesar de su declarado positivismo, muchos juristas dogmáticos siguen atribuyendo a las normas del derecho positivo ciertas características propias del derecho natural. Así, por ejemplo es bien conocida la actitud reverencial de algunos autores de la escuela exegética frente al C. Napoleón, y aun hoy mismo no es poco frecuente entre los juristas la creencia de que en el derecho positivo se hallan incorporados ciertos principios absolutos e inmutables (16).

Por ello, la línea divisoria entre jusnaturalismo y positivismo no es tan clara como se

(12) Op. cit., p. 47.

(13) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. Ariel, 2ª edición, p. 49.

(14) Op. cit., p. 90.

(15) Cf. CAFARO: op. cit., 7ª clase, p. 1.

(16) Op. cit., p. 90, n° 13.

entiende generalmente. La adhesión de la escuela de la exégesis a la ley, se fundamenta en el derecho natural, la del positivismo, de que provienen del Poder estatal competente.

Pero, esto no significa que el positivismo, salvo el caso del escepticismo ético y del positivismo ideológico, no entienda que exista concordancia entre lo establecido por la ley y los principios morales. Sucede que la diferencia es de método, por cuanto el positivismo así llamado metodológico entiende que el concepto de derecho no debe obtenerse en función de sus propiedades valorativas sino tomando en cuenta sus propiedades descriptivas.

Alf Ross entiende que la expresión "positivismo jurídico" prácticamente no ha sido jamás definida con precisión: "Intenté especialmente mostrar que el aspecto más agudo de la controversia —a saber la crítica de la actitud que se revela en el *slogan* "Gesetz ist Gesetz (la ley es la ley), como una actitud sin sentido moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler— nada tiene que ver con el positivismo jurídico entendido correctamente, sino que es en realidad una controversia entre dos escuelas jusnaturalistas divergentes ...". "El problema interesante es saber si hay o no conflicto entre las doctrinas del derecho natural y la segunda tesis positivista que afirma que el orden jurídico es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos (17). Para Ross las divergencias no son más que una cuestión de clasificación y de terminología: "La única cuestión que puede separar a los jusnaturalistas de los positivistas es de clasificación y terminología; un orden fáctico en total desacuerdo con los principios de justicia —por ejemplo, el régimen nazi bajo Hitler— debe ser clasificado como un orden *jurídico*, o este rótulo debe reservarse para aquellos órdenes que en alguna medida se basan en los principios del derecho natural? ... Resumiendo, sostengo que un filósofo jusnaturalista, en cuanto tal, no tiene razón para negar que el derecho es un hecho

social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Como filósofo jusnaturalista se ocupa de una rama de la filosofía moral. Cuando habla de la *validez* de un cierto orden fáctico se ocupa especialmente de la cuestión de si es o no un deber *moral* cumplir con las reglas de este orden. Antes de poder responder a ella es necesario saber cuáles son las reglas de este orden, es decir, debemos tener una descripción del mismo en tanto hecho observable. El filósofo jusnaturalista no tiene razones para negar que los hechos sociales, al igual que otros hechos, son objeto del conocimiento empírico que se obtiene por métodos empíricos. No tiene mayor importancia que la expresión 'orden jurídico' se use o no para designar un orden fáctico cuyas normas han sido concebidas con un espíritu repugnante a las ideas de justicia y humanidad, si su estructura es similar a la de los sistemas jurídicos bien establecidos" (18).

La postura positivista no consiste en negar las propiedades valorativas al Derecho, sino considera que los valores absolutos no son aprehensibles racionalmente. Para decirlo con las palabras de Kelsen: "Si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estériles que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta. Si hay algo que puede aprenderse de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana puede concebir sólo valores relativos; en otras palabras, que el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional" (19).

En esta misma línea de pensamiento se ubica el conceptualismo alemán.

La concepción del Derecho como un sistema puede entenderse que abrevó en las fuentes del Derecho romano, es actualizado histó-

7) *El Concepto de Validez y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara S.A., p. 10.

8) *Op. cit.*, p. 20 y 21.

9) Kelsen, Hans: *¿Qué es la justicia?*, ed. Leviatan, Buenos Aires, p.109.

ricamente por la doctrina del Derecho natural y sin duda es la civilística alemana del Siglo XIX la que lo dota de cientificidad.

No significa esto, que la construcción de la ciencia del Derecho es consumada por la doctrina alemana, sino más bien que a partir de ella comienza el tratamiento científico del Derecho. Prueba de ello, es el C. civil alemán de 1900. Más allá de que se compartan o no sus contenidos, no puede negarse su carácter eminentemente científico y técnico.

La tarea de sistematización en Alemania y en buena medida en el mundo occidental, comienza con SAVIGNY: "La opinión corriente sobre el estudio del derecho natural es que éste debería preceder, como conocimiento previo, al estudio de la jurisprudencia positiva. Pero es degradar una ciencia filosófica el considerarla sólo como conocimiento previo de una ciencia histórica. Mas ni siquiera como conocimiento previo es la filosofía absolutamente necesaria para el jurista. La jurisprudencia puede estudiarse perfectamente tanto con el derecho natural como sin él. Ello fluye del hecho de que la jurisprudencia pudo florecer perfectamente en épocas en que no se estudió filosofía alguna, y si se la estudió fue de modo tal que no se la podría tomar como filosofía" (20).

Tanto en su escrito juvenil como luego en el Sistema de Derecho Actual, SAVIGNY considera que la interpretación legal consiste en la reconstrucción de la idea inherente a la ley, para lo cual debía tenerse en cuenta el elemento gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Esto es, en orden secuencial, debía en primer lugar acertarse acerca del significado de la norma, luego determinar su estructura lógica, para en tercer lugar ubicarla en su contexto histórico y cuales fueron sus antecedentes, para finalmente referir el resultado de la interpretación con todo el ordenamiento jurídico donde se encuentra inserta, para compulsa si es coherente con los principios y valores que informan a éste.

No obstante, en el Sistema el autor alemán destacó la importancia de los institutos jurídicos y de esta manera como señala LARENZ, "preparó el camino a la Jurisprudencia conceptual formal de PUCHTA precisamente porque al acentuar acertadamente el carácter primario del instituto jurídico frente a las reglas jurídicas particulares, sólo consideró posible en la contemplación la adecuada comprensión de un instituto como un todo con sentido pero limitó el pensamiento conceptual, al modo de la Lógica formal, a la comprensión de las reglas jurídicas necesariamente abstractas" (21).

Refiere LARENZ: "Fue PUCHTA quien con clara firmeza encaminó la ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una 'pirámide de conceptos' y de este modo decidió su evolución hacia la Jurisprudencia formal de conceptos" (22).

De acuerdo a esta posición la tarea del intérprete se reduce a una operación de subsumción lógica de la situación de hecho a los conceptos jurídicos contenidos en el ordenamiento jurídico que constituye un sistema cerrado.

Desde ya corresponde señalar que, esta forma de ver el Derecho, en particular la aplicación de la Lógica formal, sigue gozando de gran predicamento en la ciencia del derecho actual.

Debe resaltarse asimismo, la obra de Ihering en el plano metodológico introduciendo el factor sociológico dentro del elemento histórico. El gran autor alemán fue encendido partidario del método inductivo, sosteniendo que el trabajo del jurista debía comenzar por la interpretación de las normas, etapa a la que denominó Jurisprudencia inferior, para luego agrupar los conceptos para llegar por la vía de la generalización a la construcción del sistema, etapa a la que llamó Jurisprudencia superior.

La civilística alemana desnudó las carencias del método exegético. Más bien significó

(20) *Metodología Jurídica*, ed. Depalma, p. 55.

(21) *Op. cit.*, p. 35.

(22) *Op. cit.*, p. 40.

el cambio de jurista político al estilo francés a jurista científico.

Pero el conceptualismo se mostró insuficiente para resolver las nuevas realidades. La función creadora del Derecho había quedado aherrojada por la lógica formal.

El mismo IHERING procura transitar nuevos caminos y para ello agrega un elemento nuevo: el interés. La consideración del elemento finalístico es el punto de partida del método teleológico.

El advenimiento de nuevas situaciones sociales, políticas y económicas, en particular la Revolución Industrial, las Guerras, los cambios de sistemas de producción desnudan la insuficiencia de los métodos en boga y en particular el exegético para resolver los nuevos problemas que plantea el Derecho Vivo.

Surgen los métodos teleológico e histórico evolutivo.

Se produce una reformulación del derecho por obra de la dogmática, una recreación del Derecho como refería CARNELUTTI, pero con el ropaje de la interpretación de la ley.

El viraje es de la jurisprudencia de conceptos pasando por la de intereses como pretendía IHERING, a una jurisprudencia orientada a valores.

De otra parte, la escuela del Derecho libre hizo también notar las lagunas del derecho escrito. Todas estas concepciones denostaron el mecanicismo positivista. En particular, el movimiento del Derecho libre reivindica la función creadora de derecho de toda sentencia judicial. Esto hoy luce indiscutible, lo cual no significa entender que el juez tiene amplia libertad para valorar la situación, sino que debe hacerlo de acuerdo con los principios que inspiran al sistema.

Justamente, la utilización de nuevos métodos determina que el mismo texto legal sea interpretado de forma diferente provocando

un cambio a veces tan sustancial, que equivale a una verdadera reforma legislativa.

Por ejemplo, en Uruguay, en materia de responsabilidad civil extracontractual por hecho del dependiente la posición dominante promediando el Siglo XX tanto en doctrina como en jurisprudencia, consideraba que se trataba de un régimen basado en la culpa in vigilando o in eligendo de la persona de la cual dependía el causante del hecho ilícito. Esta situación hoy es radicalmente diferente, a pesar de no haberse modificado la norma en cuestión, es ampliamente mayoritaria la posición que entiende que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva indirecta basada en la función de garantía que cumple la persona llamada a responder por el dependiente. Esto se debe a la tarea de la doctrina que utilizando otros métodos de interpretación produjo el cambio de criterio.

Como destaca NINO: "la característica distinta de la dogmática es que, al igual que en el caso de los jueces, esa función de reconstrucción del derecho se realiza, no en forma abierta, sino en forma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo a veces misterioso del derecho positivo" (23).

Es que al decir de JOHN HENRY MERRYMAN: "en los sistemas de Derecho continental el protagonista formal del derecho positivo es el legislador. Es muy fuerte todavía, el peso del dogma de la infalibilidad legislativa" (24).

3. EL CONCEPTO DE SISTEMA Y LA APLICACION DE LA LEY COMO FUNCION CREADORA DE DERECHO

3.1. El sistema abstracto conceptual

Por sistema jurídico se sigue entendiendo en mayor grado: relación ordenada abstracto conceptual. En particular, el sistema conceptual predomina en el Derecho de las Obliga-

(23) Op. cit., p. 326 y sgte.

(24) *La tradición jurídica Romano Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 111.

ciones y en el Derecho de cosas. Es una vez más la influencia de la Codificación en su afán de esclerosar el Derecho por ella establecido y reducir la tarea del jurista a la interpretación literal.

Se utiliza la expresión sistema en el sentido de ordenamiento. Lumia señala: "El conjunto de las normas que integran el ordenamiento no constituye un simple agregado sino un SISTEMA. Efectivamente, el ordenamiento está gobernado por algunas reglas de formación por las que los elementos particulares del conjunto (es decir las normas particulares) se hallan entre sí y con la totalidad que de ahí resulta, en determinadas relaciones. Tales relaciones son de dos clases, de coordinación y de subordinación. Todo ordenamiento jurídico, por fin, se presenta como un sistema cerrado, esto es, como un ordenamiento normativo autosuficiente que no deriva su validez de otros sistemas normativos ajenos a él" (25).

Parece indiscutible la utilidad de la formación de conceptos. En el Derecho de las Obligaciones, la existencia de una Parte General cuyo contenido son disposiciones que regulan todas las manifestaciones de la relación obligatoria, y en particular las de fuente contractual, permite una comprensión mayor.

3.2. El concepto de sistema abierto orientado a valores

La pretensión de aprehender todos los casos por los conceptos no es posible.

La vida de relación es mucho más rica que los supuestos de hecho referidos en la ley. La ciencia jurídica no es puramente formal ni puramente empírica. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN, la clasificación misma es obsoleta: si bien hay ciencias puramente formales, no hay ciencias puramente empíricas (26).

De ahí que estos autores, caracterizan los sistemas normativos a partir de las definicio-

nes de TARSKI de sistema deductivo en general y de sistema axiomático en particular: el primero, un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias, el segundo como la totalidad de las consecuencias de un conjunto finito de enunciados. Teniendo en cuenta, que la función del sistema normativo consiste en establecer correlaciones entre casos y soluciones, concluyen que los sistemas normativos son aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, esto es un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (ib.).

La posición referida permite visualizar que un sistema normativo está constituido por normas imperativas, ordenativas o permisivas, pero también por otro tipo de disposiciones que no son normas en el sentido indicado sino a vía de ejemplo definiciones.

La idea de sistema no es refractaria de la existencia de lagunas. La idea de sistema debe ser complementada con la de concreción, esto es la aplicación del enunciado jurídico al caso concreto, conforme al sentido de la ley.

En Uruguay el art. 14 del C. Civil consagra el reconocimiento del legislador de situaciones no contempladas por la ley: "La Alta Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan surgido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vicios que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes existentes, sea la sanción de nuevas leyes".

Por lo tanto, la aplicación de la ley no es un simple procedimiento de subsunción lógica, no es una actitud pasiva solamente sino también activa, creativa, para encontrar la solución al caso concreto. No se trata de lógica formal en la que la subsunción es de conceptos bajo conceptos, sino como dice LARENZ, de integración del hecho en el supuesto de hecho de la norma jurídica (27).

(25) LUMIA, Giuseppe: *Principios de teoría e ideología del derecho*, ed. Debate, Madrid, 1985, 8ª reimpresión, Capítulo III, p. 55 y 56.

(26) Op. cit., p. 92.

(27) Op. cit., p. 269.

De ahí la relevancia de las pautas de valoración.

Lo dicho sin perjuicio de la aplicación del raciocinio de subsunción cuando los términos en que se ha sido enunciado el precepto se correspondan en un todo con el objeto por él designado. Pero esta no es la situación normal.

El aporte de la semiótica jurídica es relevante para demostrar que el lenguaje de las normas tiene carácter elíptico, que supone desentrañar el significado, el sentido oculto de la norma.

No se trata de optar por el caso frente al concepto, sino de aplicar los procedimientos de la dogmática de acuerdo a la valoración contenida en la norma para resolver el caso.

El sistema orientado a valores, significa entender que el ordenamiento ha optado por una escala de valores de cuya aplicación dependen las soluciones verdaderas.

Los principios jurídicos son justamente pautas de valoración, que de acuerdo a lo que se dirá infra son elegidos por cada ordenamiento jurídico por decisión de política jurídica. Asimismo, en algunos casos, son consagrados directamente en la Constitución.

3.3. La importancia del método

La realidad demuestra que los juristas en general no se han preocupado por la cuestión del método. Esto lo destacan ALCHOURRÓN y BULYGIN: "Los juristas rara vez se detienen a analizar las reglas de inferencia que usan de derecho, y muchas veces ni siquiera son conscientes de su existencia. Es que la filosofía del derecho tradicional no se ha ocupado de esta cuestión, sólo recientemente los filósofos del derecho han empezado a interesarse por este problema, que encaran generalmente bajo el título de "Lógica jurídica" (28).

En buena medida, esta actitud se debe a la influencia del conceptualismo alemán que pretendió haber llegado a la culminación de

la construcción jurídica considerando al orden jurídico como un sistema cerrado de conceptos.

El concepto de sistema abierto orientado a valores ha oxigenado a la Dogmática jurídica, que ya no es pensada como atrapada en el propio sistema abstracto conceptual. Asimismo, los aportes de otras ciencias, en particular la semiótica jurídica, lógica jurídica y la sociología jurídica, han permitido comprender de distinta manera el fenómeno jurídico.

La lógica jurídica demuestra, como veremos, que si bien las reglas lógicas son importantes para la interpretación del derecho, no son las únicas a tener en cuenta como pretendió la Escuela de Interpretación Lógica del Derecho, que contó entre sus adherentes a muchos pandectistas alemanes y gran influencia que ejerció y sigue ejerciendo en la dogmática jurídica.

3.3.1. Reglas lógicas y extralógicas

La función notarial también ha sufrido la referida influencia de la lógica formal. Esta es por otra parte, la actitud diríamos natural de todo jurista, lo cual constituye un doble error, porque la tarea a realizar no es una operación mecánica y porque no se está aplicando lógica formal sino lógica jurídica.

El razonamiento jurídico que preside cualquiera de las manifestaciones del Derecho, y no solamente la relativa a la elaboración de las normas jurídicas, es la sumatoria de distintos raciocinios que obedecen a diferentes reglas. Por supuesto, que entre esos raciocinios se encuentran los de coacción intelectual, donde el procedimiento de subsunción encuentra su habitat natural. Pero existen otros.

Según KALINOWSKI los raciocinios jurídicos se pueden clasificar en tres grupos. Lo pertenecientes a la lógica de la coacción intelectual (medios lógicos), los tomados de la lógica de la persuasión (medios retóricos o paralógicos) y medios puramente jurídicos (medios extralógicos) (29).

28) Op. cit., p.116.

29) KALINOWSKI, Georges: *Introducción a la Lógica Jurídica*, EUDEBA, 1973, p. 166.

Los medios lógicos son tomados de la lógica formal y dan origen dentro de la lógica jurídica a la lógica de coacción intelectual. Los medios para lógicos, responden a lo que se conoce como lógica de la persuasión. Se encuentran allí los elementos retóricos. El tercer grupo está constituido por los elementos extralógicos, son de origen exclusivamente jurídicos.

Los argumentos de interpretación jurídica más utilizados de acuerdo a la famosa lista formulada por FABREGUETTES en su libro *La logique judiciaire et l'art de juger*, se pueden agrupar de acuerdo a la clasificación referida, lo que demuestra su importancia. Ellos son: – *a pari* (a simili) *ratione* – *a contrario sensu*, – *a fortiori ratione* (más correctamente expresado *a minori ad maius*), – *a maiori ad minus*, – *a generali sensu*, – *ratione legis stricta*, – *pro subjecta materia*, *los trabajos preparatorios*, – *ab auctoritate*, – *a rubrica*.

KALINOWSKI alude a la calificación de argumentos lógicos ensayada por FABREGUETTES, puntualizando que no todos tiene el mismo carácter lógico, ubicando los argumentos *a rubrica*, de los trabajos preparatorios y *pro subjecta materia* como extra lógicos (puramente jurídicos); los argumentos *ab auctoritate*, *a generali sensu* y *ratione legis stricta* como para lógicos, y los argumentos *a fortiori*, *a maiori*, *a pari* y *a contrario* como pertenecientes a la lógica formal (medios lógicos) (30).

Estos argumentos, ingeniosidades como dice MESSINEO, constituyen una demostración más de la sabiduría práctica de los juriscultos romanos.

El aporte de la lógica jurídica en materia de interpretación y aplicación de la ley es de enorme significación en lo que refiere a la función notarial creadora de derecho.

El notario deberá operar teniendo en cuenta prima facie los medios extra lógicos a los que estarán subordinados los medios lógicos.

Sin duda, que los así denominados medios extra lógicos, son de distinta relevancia.

El argumento “a rubrica”, que considera el *nomen iuris* de determinado texto no luce importante.

Sin embargo, puede coadyuvar a la ubicación de la solución correcta. A vía de ejemplo, el C. Civil uruguayo disciplina la paga por entrega de bienes dentro de la paga y por otra parte consagra a la novación como modo de extinguir las obligaciones. Por otra parte, la compraventa entre cónyuges está prohibida. Tradicionalmente, la doctrina uruguaya, siguiendo la posición de AUBRY y RAU para el C. Civil francés, sostuvo que la paga por entrega de bienes cuando se establecía un precio de la cosa debía ubicarse como un caso de novación porque la ley en ese caso, ordena disciplinar la situación por las reglas de la compraventa. De esta manera, se concluía que la paga por entrega de bienes entre cónyuges era nula o inexistente para la posición más moderna, por tratarse de una compraventa. Nosotros participamos de la opinión contraria y entre otros argumentos sostenemos: “A rigor legal, si hay un modo de extinguir las obligaciones, que es la novación y otro, que es la paga por entrega de bienes, evidentemente, o son diferentes o uno está demás. A mi juicio, no está demás porque en la paga por entrega de bienes lo que se está cambiando es el objeto del cumplimiento, pero se mantiene la obligación; sin embargo en la novación —la novación objetiva por supuesto— lo que se está cambiando es la relación obligatoria, que se extingue de una forma muy particular ya que, justamente se constituye o nace una nueva obligación” (31).

Lo propio con respecto a la relatividad de su importancia cabe decir de los trabajos preparatorios. No obstante, sirven para ubicar la situación en su contexto histórico, sin perjuicio de que entre lo establecido por la ley y lo pretendido en los trabajos preparatorios debe prevalecer la norma. Pero, cuando existe co-

(30) Op. cit., p. 168.

(31) MOLLA, Roque y AREZO, Enrique: “Régimen matrimonial boliviano”, en *Rev. AEU*, t. 74 (Nº extraordinario), 1988, p. 626.

incidencia sin duda que el argumento puede considerarse de peso, en particular para quienes participen de la tesis de la interpretación subjetiva de la ley.

Los argumentos para lógicos en cambio no tienen un valor científico. Producen más bien un efecto psicológico, fundamentalmente en sede de jurisdicción contenciosa. En particular, cabe referir que el argumento a generalis sensu responde al aforismo latino: "*Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*". Ahora bien, la validez de esta afirmación es lo que hay que demostrar. Ello está vinculado a la propia interpretación que corresponde realizar de la norma.

De los argumentos lógicos, el denominado "*a fortiori*" en sus dos especies: *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*, responden a las consecuencias lógicas de si se puede lo más se puede lo menos para la primera de las especies y para la segunda la inferencia de una prohibición más importante a partir de una menos importante expresamente establecida.

El argumento *a pari (simili) ratione* refiere a la analogía, esto es a la integración del derecho, lo que supone reconocer la existencia de lagunas. La analogía enseña MESSINEO, es el recurso a una norma o a un grupo de normas particulares relativas a casos similares, o a materias análogas al caso a regular que presenta, respecto de aquellos casos, elementos de diversidad pero también y sobre todo elementos de identidad, o sea puntos de contacto para sacar de ellas, con un procedimiento de imitación (que será obra del intérprete) la norma específica necesaria. Tal procedimiento (que va de lo particular a lo particular) está legitimado por la presunción de que, si el legislador hubiese previsto el caso, lo habría resuelto con la mayor probabilidad, a semejanza de cómo ha resuelto los casos previstos y expresamente regulados (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Por consiguiente el intérprete en tal caso, se mueve sobre la huella señalada por el propio legislador... La analogía se denomina de ley (*legis*) cuando deduce la norma buscada de otra norma singu-

lar o de un grupo determinado de normas; se denomina, en cambio, de derecho (*iuris*), cuando deduce la norma del contenido (determinado) del entero sistema legislativo (32).

El argumento a contrario es un raciocinio que puede entenderse de signo contrario a la analogía. En ésta, se pretende resolver un caso semejante a uno legislado, en el argumento a contrario se pretende a partir de una norma relativa a un caso, concluir lo contrario para un caso también contrario. Su utilización no puede pretender derogar un principio general, sino que su función es ubicar normas de carácter general, a contrario, a partir de una norma excepcional. Este argumento explicita las expresiones "solamente ..." o "únicamente ..." contenidas en determinadas normas.

La tarea interpretativa culmina colocando al jurista en situación de resolver, de tomar una decisión, de crearla en cierto sentido, por supuesto de acuerdo a las reglas objetivas de interpretación y no a su propio arbitrio.

3.3.2. Interpretaciones declarativa, extensiva y restrictiva. Analogía

La interpretación podrá ser declarativa, extensiva o restrictiva.

La interpretación declarativa corresponde a la situación en que hay coincidencia entre el resultado obtenido y el tenor literal de la norma.

No cede la calificación de declarativa de la interpretación, a pesar de que ante un término de la ley se opte por un sentido lato o estricto, porque en ambos casos existe coincidencia con el tenor literal. Es aquí que se aprecia la importancia de la semiótica jurídica para dirimir la cuestión.

El derecho es un conjunto de enunciados y en este sentido tiene un lenguaje: el lenguaje del derecho. Como dice KALINOWSKI: "En efecto, este lenguaje existe, tiene un vocabulario y su gramática, sus reglas sintácticas propias e incluso su estilística" (33). Por ello, por

32) *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE A, t. I, p. 110.

33) *Op. cit.* Introducción, p. XIV.

tratarse de un lenguaje artificial es objeto de estudio por la semiótica que es la ciencia de los lenguajes artificiales y semi artificiales.

El lenguaje del derecho presenta las propiedades que permiten un análisis semiótico: pragmático, semántico y sintáctico: "Ante todo, se trata de determinar las propiedades del derecho que se manifiestan a través de las relaciones que existen entre las expresiones del derecho y quienes las enuncian (propiedades pragmáticas); luego, se trata de captar las que se establecen entre las expresiones del derecho y los pensamientos significados, o cosas o estados de cosas designadas (propiedades semánticas) y, por fin, de precisar las que unen las expresiones del derecho entre sí (propiedades sintácticas) (34).

La relevancia del análisis semiótico radica en que la interpretación puede derivar en cualquiera de sus instancias en creación del derecho.

Así, el notario podrá entender la relación que existe entre la expresión del derecho y quienes la enuncian desde otro ángulo (plano de las propiedades pragmáticas), estará de acuerdo o no con la expresión del derecho y el pensamiento significado de acuerdo a la Semántica Jurídica (propiedades semánticas del derecho). No hay duda alguna que la semántica del derecho implica la ciencia del derecho encargada de definir el sentido de las normas jurídicas, pero también en este campo no existen verdades absolutas. Finalmente, es menester tener en cuenta las relaciones de los enunciados entre sí, para lo cual deberá verificarse la corrección sintáctica y el significado del enunciado, esto es si constituye o no una norma, esto es un enunciado que establezca una obligación, una prohibición o una permisión (propiedades sintácticas del derecho).

La interpretación extensiva puede darse en situación de surgir del texto de la ley un solo significado, y sin embargo corresponde aplicar la ley no solamente al supuesto de hecho explícito sino a otras situaciones que encartan o no en el propio significado de la norma, sino en la finalidad perseguida por la misma.

La interpretación extensiva es de gran utilidad en el ámbito de las normas excepcionales. Sabido es, para este tipo de normas rige el principio de interpretación estricta, el legislador marcó el radio de aplicación que no puede ser ampliado por analogía. Pero, la interpretación extensiva no colide con la calificación de estricta sino que la complementa, en el sentido de explicitar y no de ampliar la finalidad perseguida, procedimiento que corresponde en los casos de una avara expresión legal.

El caso de la nulidad de la compraventa entre cónyuges establecida a texto expreso en el C. Civil uruguayo, es un buen ejemplo de posibilidad de interpretación extensiva. Va de suyo que se trata de una norma de interpretación estricta por tratarse de una norma prohibitiva o sea de carácter excepcional. Como señalamos, está excluida la analogía, pero por la vía de la interpretación extensiva se pueden considerar incluidas en la prohibición no solamente la compraventa, sino también aquellos contratos que cumplan una función similar, esto es que revistan la calidad de títulos hábiles para transferir el dominio, o sea aquellos que seguidos del modo tradición produzcan el fenómeno enajenación (en Uruguay el contrato no tiene eficacia real). Con este criterio se podrán ubicar contratos que a pesar de no estar expresamente prohibidos son alcanzados por la norma: la renta vitalicia es uno de ellos.

Se diferencia la interpretación extensiva de la analogía, en que aquella se ocupa de establecer el contenido de una norma, mientras que en la analogía, el jurista se encuentra ante un caso concreto carente de regulación.

En sentido contrario a la interpretación extensiva se ubica la interpretación restrictiva, donde también teniendo en cuenta la finalidad de la ley, es posible a pesar del significado del término limitar la aplicación de la norma a determinados supuestos de hecho.

3.3.3. Los principios generales. Inducción o Inferencia deductiva

La función notarial creadora de derecho encuentra en los principios generales del de-

(34) KALINOWSKI, Georges: op. cit., p. 51.

echo una ayuda invaluable, máximo teniendo en cuenta la legisferancia actual.

Los principios generales no son máximas de vigencia universal, como se suele pretender, sino que dependen de cada derecho positivo. Claro está que con respecto a los ordenamientos jurídicos de raíz romana se puede establecer una gran similitud en cuanto a los eferidos principios.

La existencia de los principios generales es improbable a través del análisis de las disposiciones legales que integran un ordenamiento determinado.

Constituyen ejemplos de principios generales: la capacidad de obrar es la regla, la incapacidad la excepción, el principio del consensualismo en materia negocial, nadie puede transmitir más derechos que los tiene, reuelto el derecho del constituyente se resuelven los derechos por él constituidos, la buena fe se presume, la dilucidación de conflictos de derechos por el principio *prior tempore prior iure*, etc.

Para la posición tradicional, ampliamente mayoritaria, los principios generales se obtienen mediante un procedimiento inductivo que ubica en las distintas normas elementos comunes y por un proceso de simplificación llega a la concepción más general que abarca todas las situaciones.

Se señala que analizando las distintas normas, clasificándolas y agrupándolas en función de encontrar una identidad común, se puede llegar a obtener un principio general. La importancia práctica de esta operación de generalización es justamente en función de aplicación de la ley, porque si no se trata de una norma excepcional debo aplicar el principio general. De manera, que al primer momento de proceso inductivo, sigue una instancia de proceso deductivo por la aplicación del principio general a la situación en examen.

La ubicación de principios generales responde al principio de economía como señala-

ba Ihering, de acuerdo con el cual la línea directriz debe ser la obtención de conceptos lo más generales posibles para abarcar la mayor cantidad de categorías conceptuales de rango inferior.

Se opone este procedimiento de formulación de un sistema al casuismo. Al respecto ALCHOURRÓN y BULYGIN opinan que: "El casuismo tiene indudables ventajas, entre las cuales la más importante es la de facilitar la creación de sistemas completos, coherentes e independientes, pero adolece también de muy grandes inconvenientes. Su defecto principal consiste en la gran proliferación de normas, si para cada caso hace falta una norma, es evidente que el número de las normas de la base tendrá que ser extraordinariamente grande si el sistema pretende ser completo con relación a una materia compleja" (35). Por otra parte refieren las ventajas y desventajas de un sistema con base reducida y general: el relativamente pequeño número de enunciados permite tener una mejor visión del conjunto y un manejo práctico más fácil. Pero también tiene sus peligros: es más difícil prever todas las consecuencias de las normas muy generales, lo cual lleva implícito el peligro de que el sistema resulte incompleto, incoherente o redundante. Como técnica legislativa, la legislación por medio de normas generales (complejas) parece gozar de más favor entre los juristas con la posible excepción del mundo anglosajón, donde la tendencia hacia el casuismo ha sido tradicionalmente muy fuerte" (36).

Es particularmente interesante la posición de estos autores con respecto a la operación mediante la cual el jurista transforma una pluralidad de normas por otra de mayor generalidad que las abarca a todas.

Al respecto, refieren la posición tradicional a la que aludíamos supra aportando la opinión de Sebastián SOLER, para quien la generalización consistente en la extracción de la "reglas y principios generales de los preceptos concretos y aislados del derecho positivo", es una operación inductiva. Pero SOLER opone esta "inducción jurídica", en la que la con-

5) Op. cit., p. 125.

5) Op. cit., p. 125 y 126.

clusión está plenamente garantizada por las premisas, a la "inducción por enumeración" que se practica en las ciencias fácticas y cuyo resultado es meramente "probable" (37).

El jurista toma el dato de la realidad y por un proceso inductivo, al decir de Max WEBER de "expansión lógica", razona para llegar a los grados más altos de generalización.

Para ALCHOURRÓN y BULYGIN una generalización a partir de todos los casos del género es inferencia deductiva y no inducción: "... en la lógica moderna se adopta otro criterio de diferenciación: deductivo es todo razonamiento lógicamente válido, es decir, un razonamiento en el cual la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, esto es, no puede darse el caso de que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa. Otra manera de expresar la misma idea es decir que las premisas implican lógicamente la conclusión. En un razonamiento inductivo en cambio, no se da tal relación de implicación lógica; las premisas no garantizan la verdad de la conclusión, sino que se limitan a indicar tan sólo su grado de probabilidad o confirmación" (38).

En la misma línea de pensamiento corresponde ubicar a Emilio BETTI: "... los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado a *posteriori*, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las soluciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices e instrumentos de la

interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el progreso de la legislación" (39).

Pero, en todos los casos, la tarea no se reduce a un pretendido mecanicismo, sino que es elemento fundamental la actividad creadora del jurista que requiere de un considerable grado de intuición, de sentido jurídico. La carga axiológica de los principios generales por ser superior a la contenida norma, requiere de una tarea de ajuste.

Prueba de ello, es la influencia que ejerce en la aplicación del derecho, la ciencia jurídica en virtud de adoptar otros criterios de interpretación. Ya vimos, la situación de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con respecto al llamado a responder por el dependiente, que en Uruguay pasó de subjetiva a ser considerada objetiva indirecta.

Lo propio acontece en materia contractual con la situación que plantea el llamado contrato consigo mismo, esto es la situación en que el apoderado actúa en interés del poderdante y en el suyo propio, dirimiendo por sí y ante sí el conflicto de intereses.

Esta situación también es un claro ejemplo de cambio de interpretación, no por haberse modificado la norma sino por haber cambiado la interpretación de ella.

El caso es el siguiente. En el C. Civil uruguayo, el art. 2070 dispone: "No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa". Esta norma, fue interpretada por un lado como norma excepcional, de interpretación estricta. En consecuencia, un apoderado sin la aprobación expresa de su poderdante podía otorgar otros contratos aún existiendo conflicto de intereses entre ambos. Por otro lado, en posición contraria se argumentó que el deno-

(37) Op. cit., p. 130.

(38) Op. cit., p. 131.

(39) Op. cit., p. 288.

minado contrato consigo mismo planteaba un problema de imposibilidad de formación del contrato con carácter general y que la disposición transcrita era una aplicación de un principio general: el principio de autonomía privada. Al respecto señalan CAFARO y CARNELLI: "El medio normal de reglar el conflicto de intereses lo constituye el acuerdo de voluntades correspondientes a sujetos diversos, cada uno de los cuales admite efectuar una determinada prestación necesaria para el otro y viceversa... Admitir lo contrario, esto es, que un solo sujeto regule no sólo su propio interés, sino también y simultáneamente el ajeno, implicaría una invasión en la esfera jurídica ajena, desvirtuándose de este modo la función socio-económica del contrato, en cuanto éste es un instituto estructural del sistema social, en el cual es principio el reconocimiento de esferas autónomas de actuación y disposición lo que excluye la admisibilidad de que un sujeto tome lo de otro por decisión unilateral" (40).

La sistematización del orden jurídico por la vía de su reducción a principios generales no significa modificar el orden jurídico vigente. "Los principios son reglas derogables dispuestas a ceder frente a precisas disposiciones contrarias" (41).

No obstante, como observa NINO: "... no es infrecuente que los juristas dogmáticos traspongan ese límite, proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencias mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquellos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo de este modo, posibles lagunas de dicho sistema" (42).

La aplicación de los principios generales en la medida que supone una tarea de concretización es función creadora de derecho. Por ello, más que optar entre inducción o inferencia deductiva, parecería acertado sostener que existe una retroalimentación entre los

casos y el principio, en el sentido de que éste se explica por sus concreciones y a la vez éstas pueden explicarlo porque responden al mismo principio.

3.3.4. Derecho Público y Derecho Privado. Constitucionalización del Derecho Civil. Descodificación. La función notarial creadora de derecho en la tarea de dar certeza a las relaciones jurídicas

La división entre Derecho Público y Derecho Privado se ubica ya en el Derecho Romano clásico. Se debe a ULPIANO, jurista del Siglo III de nuestra era la definición: "Derecho público es el que se refiere al Estado romano y Derecho Privado el que mira a la utilidad de los ciudadanos".

La dicotomía señalada parecía responder a un orden natural. Esta es la impronta que impuso la Revolución Francesa. El C. Civil pasó a ser la verdadera Constitución privada, en virtud de la consagración de la autonomía de la voluntad como motor del derecho privado y la potencia asignada a los derechos individuales, en especial el de propiedad.

Pero actualmente no se puede decir que exista una neta separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Las Constituciones del Siglo XX en general, priorizaron el interés público modificando sustancialmente la concepción individualista decimonónica. Se establecen en las Cartas Fundamentales normas de contenido civilista y no meras enunciaciones programáticas privando a los C. Civiles de su rol protagónico. Los derechos privados son limitados, en el caso del derecho de propiedad para permitir el desarrollo de la función social de la propiedad.

Surge el Derecho Civil Constitucional, definido por JOAQUÍN ARCE y FLORES VALDEZ "como sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la Constitución, relativos a la protección de la perso-

(40) *Eficacia contractual*, ed. Abeledo-Perrot, p. 145 y 146.

(41) БЕРН, Emilio: op. cit., p. 75.

(42) Op. cit., p. 333.

na en sí misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo" (43).

Así definido, el Derecho Civil Constitucional pasa a ser la infraestructura del Derecho Civil, supera las divisiones del Derecho, en particular la clásica de Derecho Público y Derecho Privado rescatando la noción de unidad del ordenamiento jurídico.

En Latinoamérica, las nuevas Constituciones se han afiliado a esta tendencia incorporando normas de derecho privado (Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, del Paraguay de 1992, del Perú de 1993).

Pero, es menester tener presente que esta llamada constitucionalización del derecho civil no significa que los principios generales tengan la calidad de normas jurídicas. Para que esto sea posible es necesario que la ley así lo determine y en tal caso el principio adquiere la forma de norma jurídica, o la aplicación directa del principio sea posible porque la ley regula excepciones al mismo. Sin duda, en Derecho Privado el principio de aplicación directa es el de libertad contractual.

La pérdida de la supremacía del C. Civil proviene asimismo del propio Derecho Privado con el surgimiento de los microsistemas: arrendamientos urbanos, arrendamientos rurales, la propiedad intelectual, el derecho de la empresa y en especial el Derecho del consumo, que estatuye un régimen en las antípodas de aquél, de tipo imperativo, sobre bases totalmente diferentes como la distinción entre personas (proveedores y consumidores),

la referencia al orden público de protección, y con una teoría general del contrato apoyada en principios también diferentes, apartándose del principio de asimilación del contrato a la ley y del de la relatividad de los contratos, consagrando la posibilidad de responsabilizar contractualmente por daños a cualquier integrante de la cadena de producción y distribución. El tránsito es del contrato como ley de las partes a la ley como contrato.

Se asiste a la descodificación del Derecho Privado, un cúmulo de leyes especiales desplazan al sistema del C. Civil. El individuo no es tratado como persona sino como proveedor, consumidor, trabajador o empresario.

Lo propio cabe decir en materia de responsabilidad civil, la óptica se centra en la víctima y no en el causante del daño, de la noción de daño injustamente inferido, se pasa a la del daño injustamente sufrido, y quizás más que de régimen de responsabilidad, se debería estar hablando de régimen de distribución del daño. La dirección es a la seguridad social, como en el caso de los sistemas que establecen el seguro obligatorio en materia de accidentes de tránsito, siguiendo el ejemplo del Derecho laboral en lo que refiere a accidentes de trabajo.

La nómina de daños resarcibles se acrecienta, al daño moral se agregan los provenientes de la violación de la intimidad, los relativos al Derecho de Familia, aparecen los llamados daños punitivos que exorbitan la propia noción de daño, la responsabilidad contractual acapara la escena siendo aplicable a situaciones antes reservada a la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad objetiva comparte el escenario con la responsabilidad subjetiva, tirando abajo el principio no hay responsabilidad sin culpa, base filosófica del C. Napoleónico. La consideración de hecho ilícito a toda invasión de la esfera jurídica ajena, la posibilidad de reparación por actos lícitos y

(43) *El Derecho Civil Constitucional*, Cuadernos Civitas, 1986, p.178 y 179.

la indemnización por equidad, son manifestaciones claras de la dirección apuntada.

En situaciones de responsabilidad subjetiva, la tendencia es presumir la culpa para favorecer la posición de la víctima.

Asimismo, la proliferación de regímenes especiales fuera del C. Civil, como el caso citado de las leyes de relaciones de consumo, han desdibujado la teoría general.

El C. Civil de principal pasa a ser subsidiario. Su función de barrera de contención del intervencionismo estatal ha quedado circunscripta a una parte menor de las relaciones jurídicas. El mercado ha impuesto otro mecanismo de protección: el Derecho del consumo.

El propio concepto de orden público se ha fracturado. Para los contratos paritarios, los del C. Civil, rige el concepto de orden público tradicional: el Estado no interviene sino que establece un marco negativo a la autonomía privada, coordinando los intereses de los particulares con los colectivos, vela por el respeto a la organización del Estado y las buenas costumbres, su finalidad es política y moral.

A esta noción de orden público negativo se opone el orden público de protección que impone ciertos contenidos contractuales para proteger a la parte considerada débil. Los contratos de consumo son un claro ejemplo de actuación del orden público de protección estableciendo a vía de ejemplo la obligación de informar, la incorporación de la publicidad al contenido contractual, las condiciones de la oferta, la posibilidad de desistimiento por el consumidor luego de perfeccionado el contrato, la nulidad de las llamadas cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La función notarial cobra particular relevancia a la hora de dirimir las contradicciones entre principios y normas que integran microsistemas diferentes, para encontrar la certeza que antes venía dada por el C. Civil.

El conflicto entre principios, deberá resolverse en función del interés protegido en el caso particular.

La contrariedad de las normas en cambio, deberá resolverse optando por la validez de

una con respecto a la otra de acuerdo a la materia regulada.

4. METODO A APLICAR EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION NOTARIAL CREADORA DE DERECHO

El epígrafe define nuestra posición, más que de diversos métodos de interpretación lo correcto es entenderlos a todos como elementos metódicos integrantes de un solo método que permita la obtención de la solución jurídica verdadera.

La disputa no es entre dogmatismo y realismo. Se trata de sacar lo mejor de ambas posturas.

Asimismo, no es posible ignorar los aportes del análisis económico del derecho, que marca las falencias de la formación del jurista en materia económica.

Resaltamos la importancia de la lógica jurídica y lo propio corresponde señalar con respecto a la sociología jurídica, para comprender mejor el fenómeno jurídico, para ubicar el fin social de la ley.

En este orden de ideas, tiene particular importancia la consideración de los valores imperantes, que permitirán sin desconocer la ley adaptarla a las nuevas exigencias sociales. Los conceptos elásticos de orden público y buenas costumbres permiten esta tarea. Es conocida la situación del concubinato *more uxorio* que de ser considerado hecho ilícito en épocas pretéritas por contrariar las buenas costumbres, es hoy uno de los supuestos de hecho que activan en mayor número el funcionamiento del instituto del enriquecimiento sin causa.

El esquema clásico de aplicación del método de subsunción cede ante el método orientado a valores, lo cual no significa descartar las construcciones dogmáticas, sino todo lo contrario, utilizarlas conjuntamente con otros métodos.

La función notarial al aplicar la ley es creadora porque la actitud del jurista no es meramente pasiva, de recepción, sino también activa, de participación en el resultado de la interpretación.

Una idea debe presidir la tarea a cumplir: la interpretación de la ley no es la misma en todos los tiempos. Es variable de acuerdo a la época en que se aplica. Pero tampoco puede ser arbitraria sino es verificable de acuerdo a las coordenadas que brinda el sistema.

En situación dinámica, el notario debe tener en cuenta la voluntad del legislador, sus ideas, el momento histórico de sanción de la ley, pero también el sentido normativo de la ley (la mal denominada voluntad de la ley) para dar respuesta a situaciones nuevas.

BETTI subraya: "Siendo los varios aspectos del sentido de la ley inescindibles el uno del otro, como es inescindible la palabra del pensamiento que ella expresa y a su vez el pensamiento del propio objeto, bien se comprende que también las diferentes fases del proceso interpretativo no son consideradas como 'medios' independientes el uno del otro y que se adoptan indiferentemente o según accidentales criterios de preferencia, pero que deben, en cambio considerarse ligados entre sí por un orden de secuencia como sucesivos momentos de un proceso inescindible, que no consigue su resultado si no se actúa en integridad" (44).

Ya SAVIGNY al distinguir los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático había manifestado que no deberían ser tomados aislados sino que todos ellos debían cooperar siempre.

Es necesario insistir en esta idea, porque sigue prevaleciendo el aforismo latino "*in claris non fit interpretatio*", fabulación grotesca al decir de BETTI sin base científica ni legal.

El sentido literal de la norma no es la consideración del término utilizado en sí mismo, aisladamente, sino que debe comprobarse si el resultado de la aplicación de este elemento metódico establece el significado que corresponde teniendo en cuenta el contexto donde luce inserto. Por ello, entre varias interpretaciones del sentido literal debe tenerse en cuenta la que se compadece con el resto de la normativa. El C. Civil uruguayo establece esta combinación: así el art. 17 inciso 1° dispone:

"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Por su parte, el art. 20 establece: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". El texto uruguayo refiere al sentido de la ley y no al sentido de las palabras. El significado de la ley es lo que el intérprete debe desentrañar.

La determinación de cual es el significado que corresponde tener en cuenta, debe ser confirmada por la concordancia con el resto del sistema, y sólo es comprensible si se tiene presente la finalidad perseguida por la ley, que acciona los elementos teleológicos.

La finalidad del legislador refiere al llamado método o elemento histórico-teleológico o teleológico subjetivo y a él responden los sostenedores de la teoría subjetiva de la interpretación. Se habla de la voluntad del legislador, esto es se tiene en cuenta la intención de quien o quienes dictaron la ley. El inciso 2° del art. 17 del C. Civil uruguayo recepciona este elemento: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su sanción". Sin duda, que se trata de un elemento que coadyuva a la correcta interpretación de la ley.

Pero, el legislador vive en su tiempo, no puede tener en cuenta las situaciones nuevas surgidas luego de la creación de la ley. El intérprete por su parte intenta encontrar una respuesta para esas situaciones.

La teoría objetiva de la interpretación ubicó la solución a través de la interpretación de la voluntad de la ley (*mens legis*) por oposición a la voluntad del legislador (*mens legislatoris*).

En la línea de pensamiento que estamos siguiendo, esto es de concurrencia de elementos metódicos en el hacer de la interpretación, son de recibo los aportes de las teorías subjetiva y objetiva. La voluntad del legislador por lo dicho: la ley es hecha por los hombres en un momento histórico determinado, es importante

tener en cuenta el ambiente social en el que se gestó la ley. La teoría objetiva acierta en lo que refiere a que la ley cuando entra en vigencia se instala en la vida de relación que por definición es cambiante. La ley vive su vida propia.

El punto de equilibrio para no incurrir en arbitrariedad, es la ponderación de los criterios teleológicos subjetivo y objetivo teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador con lo que constituye una regulación de acuerdo a los principios inmanentes del Derecho, evitando incurrir en contradicciones de valoración.

La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso, en esto consiste gran parte de su función creadora.

La interpretación orientada a valores no significa creación libre ni emocional. Lo dicho, porque es común la tendencia a un valor irracional.

El jurista debe tener en cuenta los valores en juego, los cuales son brindados por el ordenamiento. En particular, debe estar atento a los cambios de valoración, como el que manifestábamos supra con respecto al concepto de buenas costumbres.

Solamente partiendo de la mutua dependencia de todos los llamados métodos de interpretación se llegará a la solución correcta.

Justamente, por ello, la actividad del notario es creadora de derecho, como dice LAURENZ: "La interpretación no es, como hemos subrayado siempre, un ejemplo de cálculo, sino una actividad creadora del espíritu" (45).

5. EL CONTRATO COMO NORMA

5.1. Autonomía de la voluntad y Autonomía Privada

La dogmática jurídica ha utilizado las expresiones libertad contractual, autonomía de

la voluntad y autonomía privada en forma imprecisa, sin mayor rigor técnico.

El concepto de autonomía de la voluntad elaborado por la civilística francesa anterior al C. Civil de 1804, arraiga en el principio de libertad: el hombre es libre por naturaleza y no puede ser obligado contra su voluntad.

El contrato es el elemento autocomponente del conflicto de intereses de las partes, realizado de común acuerdo y en consecuencia siempre justo. La conocida frase de FOUILLE: "Quien dice contractual dice justo", responde a esa línea de pensamiento.

De ello se desprende que como señala JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO: "... el principio *pacta sunt servanda* se convierte en el centro del Derecho Contractual, en cuanto que es manifestación del respeto estatal a la autodeterminación de los individuos y, sobre todo, de la fuerza vinculante de la palabra dada, de la obligación contraída libremente, que confiere fuerza de ley al contenido del pacto" (46).

Pero, lo que sigue en discusión con respecto al resultado del ejercicio de la autonomía privada o sea el negocio jurídico, es si constituye o no fuente de derecho objetivo.

La civilística niega tal carácter al negocio jurídico en general y al contrato en particular.

BETTI se ubica entre los más acérrimos detractores de la posibilidad de asignar al negocio función normativa: "El precepto de autonomía privada que los negocios actúan no es propiamente un precepto jurídico, sino un precepto que tiene relevancia jurídica. Según la neta distinción ya delineada y que ha sido mantenida, el negocio no es fuente de normas ni siguiera subordinadas o complementarias, ni consiste en actuaciones legales, como la resolución, sino autorregulación de intereses que se opera en la vida social por espontánea iniciativa de los mismos sujetos que son sus gestores, actividad preceptiva que el orden jurídico estatal toma bajo su protección, acogiendo sus preceptos en su propia órbita me-

(45) Op. cit., p. 344.

(46) *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de la Autonomía de la Voluntad*, ed. J. M. Bosch, p. 21 y 22.

dianter recepción y traduciéndoles en relaciones jurídicas disciplinadas y reguladas por sus normas" (47). El negocio jurídico en consecuencia, tiene por única función brindar el supuesto de hecho; es el ordenamiento jurídico quien establece los efectos.

LUIGI FERRI por su parte se ubica en la corriente opuesta: "Mientras que el mero hecho e incluso el acto jurídico en sentido estricto, no tienen otra importancia que la que se expresa y agota en su acaecer, precisamente porque no contienen ninguna realidad normativa que sobreviva a su acaecimiento y sólo determinan la entrada en función de imperativos o de normas que están por definición fuera de ellos (y han de buscarse en la ley que los disciplina y regula sus efectos), en cambio el negocio jurídico tiene un contenido normativo propio, es decir contiene normas que entran en vigor y en vigor permanecen durante un período más menos largo de tiempo. El negocio es hecho y supuesto de hecho, pero es hecho que contiene en sí derecho" (48).

La autonomía privada no es simplemente la manifestación del principio de libertad, la llamada autonomía de la voluntad, sino que es el poder conferido por la ley a los particulares de crear normas jurídicas. Surge así el concepto de poder normativo negocial: "El negocio jurídico no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir de un obrar lícito según el derecho o mejor no es solamente el resultado de éste sino que es, ante todo el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad" (49).

La posición de FERRI es la que consideramos acertada. A sus efectos, nos permitimos reproducir parte de la ponencia presentada con el Prof. CARLOS GROISMAN en oportunidad de las III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro" (50):

"1. La autonomía privada. Concepto y naturaleza jurídica.

El concepto de autonomía privada fluye natural e indisolublemente del de persona. Este carecería de contenido sin la noción de poder, que tan agudamente desarrolló LUIGI FERRI, y que permite virtualizar mediante su ejercicio la existencia de un ámbito personal e intransferible que funciona como frontera de libertad del hombre, en cuanto lo autoriza a su autodeterminación para constituirse en titular de relaciones jurídicas por su propia voluntad.

La utilización de la expresión autonomía privada en lugar de autonomía de la voluntad, supone adherir a la concepción normativa del negocio jurídico. Como señala LUIGI FERRI: "Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas" (51).

El apartamiento de la doctrina clásica no es simplemente de grado, en cuanto a la importancia que otorga el ordenamiento a la voluntad para sentar la diferencia entre los actos jurídicos en sentido estricto y el negocio jurídico, sino de esencia, por cuanto la referencia no es a la voluntad subjetiva de las partes sino a la voluntad objetivada en la norma contractual.

En el caso concreto, las partes emiten sus voluntades para crear una norma jurídica. El art. 1291 inciso 1° del C. Civil uruguayo que dice: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma" debe leerse en este sentido, o sea que el contrato es realmente una ley particular. "La voluntad en sentido

(47) Op. cit., p. 344 y 345.

(48) Op. cit., p. 25.

(49) Op. cit., p. 43.

(50) III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro", ed. AEU, Montevideo, 1998, p. 101 a 103.

(51) "La Autonomía Privada", en *Rev. Der. Priv.*, Madrid, 1969, p. 42.

subjetivo se agota en el momento en que el negocio se realiza, mientras que la fuerza vinculante, se manifiesta precisamente cuando se agota el proceso volitivo y acompaña al negocio en su existencia objetiva, cuando es absolutamente indiferente para el derecho la persistencia de una voluntad real o actual" (52).

2. El negocio jurídico como expresión de autonomía privada.

La distinción conceptual entre autonomía de la voluntad y autonomía privada, permite visualizar la existencia de una voluntad distinta a la suma de voluntades de las partes que se objetiva en la norma creada y obliga a sus creadores. El negocio jurídico como norma es tan derecho objetivo como la ley general, por supuesto que con un alcance menor, aunque cabe referir que no exclusivamente relativo a los sujetos participantes, ya que una vez inserta en el ordenamiento puede ser violada por un tercero en calidad de actor o cómplice.

3. La situación de los contratos por adhesión.

No cede la noción referida supra, para este tipo de contratos. Por el contrario, su mantenimiento permitirá conducir el discurso en la forma pretendida, o sea dentro de la teoría del negocio jurídico, salvaguardando la categoría, pilar del Derecho privado. La parte que adhiere a lo que la otra ha preordenado permite obtener el resultado: una norma jurídica. No obstante, como se dirá infra, las consecuencias serán diferentes a las que origina el llamado contrato discutido o negociado.

4. Objeto ilícito. Concepto y consecuencias de esta formulación. Validez y cumplimiento del negocio al arbitrio de uno de los contratantes y sus repercusiones en los contratos por adhesión. Nueva lectura del art. 1253 del C. Civil.

El negocio jurídico supone necesariamente forma, que es el continente delimitante del

contenido, el cual interpretado y calificado ubica la finalidad (causa). Asimismo, situado el negocio en el espacio y tiempo, permitirá determinar la legislación aplicable, como también los usos y costumbres y cláusulas de estilo que se incluirán en la norma de autonomía privada.

CAFARO-CARNELLI sostienen que: "... el objeto o materia del contrato es regular una relación entre sujetos simultáneamente creada por ellos mismos, pero distinguible tal relación, intelectual y funcionalmente, de la propia regulación.

A su vez, la regulación no es otra cosa que un precepto, es decir, norma que prescribe un determinado comportamiento para una o ambas partes, la que tampoco puede ser confundida con la relación, pues la norma conduce a determinar como debe ser esa relación ... El contrato implica en sí, relación entre sujetos, involucra un acuerdo mediante el cual una parte o ambas, resultan obligadas a realizar cierto comportamiento, lo que configura otra relación, la relación obligatoria, que simultáneamente que es creada es normada, haciendo por esto necesaria una determinada conducta (53). El objeto del contrato es por lo tanto la norma de autonomía privada creada por el contrato.

Establecido así el objeto del contrato, el análisis se centra en la nota de licitud a la que debe acceder. Lo dicho, porque de regla el objeto será siempre determinado y posible, estadios anteriores, de acuerdo a la metodología seguida para la comprobación de la eficacia negocial" (54).

En torno a la licitud del objeto, la cual se ubica en la contrariedad de la norma negocial a las leyes, las buenas costumbres o al orden público, es donde aparecen las fisuras de estas figuras predeterminadas por una de las partes, respecto de las cuales el usuario carece de poder para modificar o atemperar sus disposiciones.

52) FERRI: op. cit., p. 75.

53) *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XX, p. 289.

54) CARNELLI, Santiago y CAFARO, Eugenio B.: *Eficacia Contractual*, ed. Abeledo-Perrot, p. 39.

Al respecto, consideramos que este precepto predispuesto por una de las partes significa sin lugar a dudas, una transgresión a uno de los límites negativos impuestos por la ley en el art. 1253 del C. Civil, puesto que no solo deja el cumplimiento de la norma al arbitrio de su creador, y en ese sentido se llegaría a la falta de norma o sea a su inexistencia, sino que la validez del negocio podría ser cuestionada por tratarse de una estructura aparente cuyo contenido denuncia que el contrato queda al arbitrio de una de las partes.

Esta visualización del art. 1253, vinculado no sólo al cumplimiento sino al propio nacimiento del negocio, implica que el objeto contractual sería ilícito por contrario a cualquiera de los fundamentos de ilicitud, vale decir ley, orden público y buenas costumbres.

Como señala FERRI: "las normas creadas por la autonomía privada tienen un contenido propio, que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas 'materias', ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación. El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es, límites negativos" (55).

Especial atención merece la referencia a los conceptos elásticos de orden público y buenas costumbres. Con palabras de CARIOTA FERRARA ("El Negocio Jurídico"), el primero constituido por el complejo de los principios generales, fundamentales e inderogables del ordenamiento jurídico o de las varias ramas de éste (derecho de las personas, de familia, etc.) y el segundo omnicompreensivo de los principios que constituyen la denominada moral social o si se quiere el conjunto de las exigencias éticas de la conciencia social colectiva, al momento del negocio. Esta hiperactividad del creador de la norma, no sólo permitiría arribar a una calificación de inexistencia o en su caso de objeto ilícito, con las distintas consecuencias para cada situación, sino que utilizando las mismas fuentes de ilicitud podría aparejar la determinación de la ilici-

tud de la causa, la que ubicada en el propio negocio, sería inexistente o en su caso nulo por sustentarse únicamente en la voluntad objetivada de su creador, de quien dependerá su cumplimiento.

5. Consecuencias de la aplicación del concepto ilícito referido.

En situación de ilicitud del objeto el negocio es absolutamente nulo y de acuerdo al art. 1565 del C. Civil, el conocimiento de la ilicitud, cuestión indiscutible en lo que respecta al elaborador de la norma, determina una situación de mantenimiento de las atribuciones patrimoniales, sin perjuicio de la calificación efectuada, lo que llevaría a impedir las nefastas consecuencias de las restituciones en los que se afectaría asimismo a la parte más débil en la contratación.

Lo expuesto se inscribe en el régimen sancionatorio previsto por el C. Civil para este tipo de nulidad."

5.2. Relevancia de la función notarial en la creación de la norma contractual

La concepción normativa del negocio jurídico en la esfera contractual ubica a la voluntad negocial, que llama objetiva, como algo distinto a la sumatoria de las voluntades de los otorgantes. "... El problema del negocio jurídico se nos presenta ahora como búsqueda de una voluntad objetiva, es decir de un contenido normativo del que el negocio es la forma o la fuente" (56).

No escapa al análisis, que esta no es la doctrina tradicional dividida entre quienes sostienen la primacía de la voluntad real y aquellos que privilegian la declaración, ambas posturas morigeradas por las teorías de la confianza y la autorresponsabilidad.

LARENZ refiere que: "... El orden jurídico protege la confianza del receptor de la declaración, a fin de que ésta valga con el significado en que, según las circunstancias, podía y debía ser entendida. Este significado, pues-

(55) Op. cit., p. 11.

(56) Ferri: op. cit., p. 164.

o que no precisa estar de acuerdo ni con lo efectivamente pensado ni con lo efectivamente entendido, es **un significado normativo de la declaración** (destacado nuestro). Para este significado normativo de la declaración es decisivo el horizonte de comprensión del intérprete ... De la interpretación de las declaraciones particulares de voluntad, incluso de las declaraciones de ambas partes conducentes a la conclusión del contrato, se distingue a interpretación contractual complementaria como interpretación de la regulación, válida entre las partes, creada por el contrato" (57).

La concepción del negocio jurídico como acto de actuación de autonomía privada, en la especie contrato lleva a concluir que existe un significado del negocio que puede o no coincidir con los significados sumados de ambas partes. Se reproduce la dicotomía expresada supra entre la llamada voluntad del legislador y la voluntad de la ley (en realidad significado de la ley).

Por todo ello, la actuación del notario es decisiva, en particular en la situación de la contratación atípica, porque si el contrato se aparta de los tipos legales, el control de licitud, en principio tasado por la ley en los contratos típicos, no existe y la responsabilidad del notario en haber encauzado la situación dentro del marco legal es mayor.

6. CONCLUSIONES

1. La función creadora de derecho del Notario es de lo más trascendente en su calidad de magistrado de la jurisdicción preventiva.

2. Se trata de función creadora en el sentido de construir la solución adecuada, encontrando los principios en juego.

3. La aplicación de derecho no es una mera operación mecánica. Debe resaltarse la importancia de la correcta utilización de los métodos de interpretación o "puntos de vista metodológicos". En ese orden de ideas, todos los métodos de interpretación deben ser tenidos en cuenta para encontrar la solución acertada en un todo de acuerdo con los valores tomados en consideración por el ordenamiento jurídico.

4. El contrato tiene por objeto la creación de una norma jurídica. Trasunta el ejercicio del poder normativo reconocido a cada individuo por su calidad de tal. Es el instrumento práctico de la existencia de la autonomía privada. El contrato como norma es tan derecho objetivo como la ley general, por supuesto que con un alcance menor. La intervención del Notario en la elaboración de la norma contractual es de enorme relevancia para asegurar su validez.

7) Op. cit., p. 295 y 296.