

Título: El artículo 8º del Código Civil y Comercial: derecho "en ablande"

Autor: Guibourg, Ricardo A.

Publicado en: RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 117

Cita Online: AR/DOC/2309/2016

Sumario: I. Ojos que no ven. — II. Corazón que no siente. — III. Hecha la ley, hecha la trampa. — IV. Aunque nada cambie, si yo cambio, todo cambia (H. de Balzac). — V. Hacete amigo del juez.

#### I. Ojos que no ven

En la medida en que el derecho pueda concebirse como un orden coactivo de la conducta humana, su funcionamiento eficaz consta de tres momentos. El primero, una acción que va desde el centro (el Estado) hacia la periferia (los ciudadanos) promulga y difunde las reglas que el legislador desea hacer cumplir. En el segundo, un flujo procedente de la periferia y dirigido al centro (pero a menudo motorizado por el mismo centro) transmite la información sobre el cumplimiento en general, y muy especialmente sobre los incumplimientos en particular, de las pautas exigidas por aquellas normas. En el tercero, otra vez desde el centro hacia la periferia, la acción del Estado da un tratamiento (paradigmáticamente punitivo, aunque puede haber otras modalidades) a los casos advertidos de incumplimiento de la ley [\(1\)](#).

La primera de dichas acciones es la más fácil, porque puede cumplirse mediante medios de comunicación social; pero no es posible esperar que sea completamente eficaz.

La segunda es siempre notablemente parcial. Esta parcialidad es aceptada en las ramas civiles del derecho, donde, haciendo de necesidad virtud, se delega en cada interesado la facultad de invocar los incumplimientos mediante un procedimiento predominantemente disponible; pero en otros ámbitos de directo interés estatal, entre los que el derecho penal constituye el ejemplo más común, la insuficiencia del flujo de información se aprecia como una inevitable —pero eventualmente reducible— falencia de la policía, del sistema judicial o, en general, de la Administración.

La tercera acción es proverbialmente lenta, insuficiente y no siempre acertada; pero es la que cierra el ciclo del funcionamiento del derecho, la que distingue el derecho de la moral y, en suma, la que opera —en la medida de sus posibilidades— como garantía de la convivencia. Sin ella, la ley perdería (aún más) su eficacia, el sistema se disolvería en hábitos y costumbres divergentes y sería difícil sostener que la sociedad siguiese teniendo un ordenamiento jurídico.

Con todas sus dificultades, las dos últimas acciones dependen de la primera. Si las normas no se difunden ni se conocen, es fácil que el canal informativo de la segunda acción se vea sobrecargado hasta tornarse inmanejable, a la vez que la tercera acción se vuelve inútil al ser percibida como una arbitrariedad impredecible.

Pero he aquí una tradicional aporía del derecho: por más que el Estado se empeñe en difundir sus normas, muchos ciudadanos no reciben esa información, o no le prestan atención, o la olvidan, o no están en condiciones de comprenderla, interpretarla o asumirla como relevante.

La pura lógica indica que no es razonable exigir a un sujeto que cumpla una norma que no le ha sido (eficientemente) comunicada, ya que ese sujeto no ha tenido oportunidad de decidir entre cumplirla o no cumplirla [\(2\)](#). Pero, si el efectivo conocimiento fuera condición necesaria de la exigibilidad, en términos prácticos el sistema jurídico abarcaría a pocas personas; y seguramente a ninguna de ellas en su versión íntegra, ya que es literalmente imposible que un sujeto, aun cuando sea experto en derecho, conozca todas y cada una de las normas que componen el ordenamiento.

Frente a ese dilema, quienes hacen el derecho optaron por la condición práctica. Ignorantia iuris non excusat, dice el aforismo tradicional; nemini licet ignorare ius, disponía el Digesto. Esta opción se describe a veces diciendo que la ley se finge conocida por todos. Pero tal vez sería más apropiado decir que, aunque se sabe de sobra que la ley es ampliamente desconocida, se ha resuelto poner ese riesgo en cabeza del súbdito y no en la del Estado. Así, si un sujeto no sabe que debe pagar un tributo, igual debe pagarlo o ser sancionado más tarde.

Hay que reconocer que tal decisión, individualmente controvertible y ciertamente poco humanitaria, tiene su justificación: si el Estado, para castigar un incumplimiento, debiera probar que el sujeto conocía suficientemente su deber, la ignorancia se convertiría en una excepción invocada por cualquiera para sentirse retroactivamente libre de ataduras jurídicas.

#### II. Corazón que no siente

Esa justificación, sin embargo, ha sido relativizada en nuestros tiempos. Se dice —con razón— que tolera o aun aprueba la opacidad del derecho [\(3\)](#), y aun puede agregarse que esa opacidad, que al menos parcialmente

afecta a todos, no sólo aumenta el poder relativo de los concedores sobre los ignorantes y, por inferencia sociológica, de los ricos sobre los pobres, sino que incrementa la vulnerabilidad de quienes por otras razones ya son vulnerables y, de paso, explica —y acaso justifica— la aparición de sistemas regulatorios alternativos, establecidos consuetudinariamente por y para los grupos culturalmente excluidos.

Sin perjuicio de la plausibilidad de tal argumento, conviene tomar en cuenta que no es lo mismo señalar un problema que resolverlo. El sistema jurídico, tal como lo conocemos, contiene numerosos defectos, entre los cuales es probable que el de su opacidad no sea el mayor. Las tres acciones mencionadas al principio pueden traducirse en dos fuerzas: una centrípeta y otra centrífuga, como en la trayectoria de los planetas. La primera, generada por el Estado, procura mantener la unidad del sistema jurídico tanto como incrementar su influencia, revelada por la eficacia del derecho y la concertación de los criterios con los que los órganos administrativos y judiciales aplican las leyes. Pero lo hace pagando dos antipáticos precios: uno es el rechazo de la excusa de ignorancia, con los inconvenientes ya relatados, y otro es la tendencia al fortalecimiento de las reglas generales, con cierto perjuicio de la equidad subjetiva en los casos concretos. La segunda, nacida de la periferia, contiene cierta tendencia al incumplimiento de las obligaciones y, en caso de conflicto inevitable, a la búsqueda de soluciones estrechamente moldeadas sobre las circunstancias particulares y —preciso es decirlo— sobre la relación efectiva de poder relativo entre las partes. Y también ha de pagar dos precios: uno, cierto desflechado de las normas efectivas, que convierte los vínculos jurídicos en expectativas dotadas de suspenso; otro, que el debilitamiento de la ley central a favor de derivaciones casuistas tiende a sustituir los criterios del poder estatal (justos o injustos que los consideremos, pero al menos potencialmente públicos) por los resultantes de balances de poder más inmediatos, pero no menos fácticos e igualmente sujetos a aprobación o desaprobación moral (4).

Este desgarrador dilema, sin embargo, no es advertido por el pensamiento jurídico predominante. Tal miopía proviene de ciertos presupuestos filosóficos controvertibles, a saber, que el conocimiento estricto de los textos legales no es tan importante frente a la conciencia genérica del bien y del mal; que la función principal del derecho es reproducir y reglamentar esa distinción, por lo que, si sus textos se alejan de ella, pueden ser no sólo criticados sino tenerse por inválidos; y, finalmente, que el conocimiento del bien y del mal, aun con independencia de dogmas religiosos, está al alcance de cualquier persona razonable mediante el ejercicio de una facultad del espíritu que todos, en mayor o menor medida, poseemos (5). De este modo, el ignorante del derecho queda en situación parecida a la del turista en un país extranjero: mientras "se porte bien" en general, poco tendrá que temer del sistema jurídico que desconoce. Ese "portarse bien", concepto un tanto riesgoso, remite a enseñanzas morales que cada sujeto que las recibe tiende a proyectar como universales, es parcialmente justificado por coincidencias que, a grandes rasgos, tienen distintas legislaciones y aparece bendecido por la ilusión intuicionista ya mencionada (6).

### III. Hecha la ley, hecha la trampa

El Código Civil anterior, en su art. 20, decía: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley". Bajo esta norma, claramente enrolada en la tesis tradicional y aplicable al Derecho en general, no sólo al Civil, el principio en el que ella se fundaba empezó, por así decirlo, a desflecharse mediante excepciones no autorizadas por la ley, pero creadas por la jurisprudencia para adaptarse a casos concretos. Así, en materia penal, que es donde la literalidad de la ley ha sido siempre objeto del mayor respeto, apareció la figura del error de derecho, llamado error de prohibición. Se argumenta que el error, ya sea de hecho o de derecho, determina la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto y, por lo tanto, excluye la culpabilidad.

Dicha excepción ha sido definida, entre otros autores, por Donna: "El autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada" (7).

Nada hay que objetar, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, a la inclusión del error de derecho entre las condiciones que impiden comprender la criminalidad del acto; y, sin ser penalista, no me atrevo tampoco a discutir la teoría del delito. Pero, desde una concepción generalista del Derecho, el punto no deja de generar algún ruido. A modo de muestra, cabe observar que la doctrina del error se ha aplicado a casos relacionados con la prostitución. Por ejemplo, se habló de la prostitución "dinástica", entendida como aquella que se transmite de madres a hijas durante tres generaciones, de tal suerte que es naturalizada en la familia (8). Otro caso, que recuerdo de memoria, se refería a un prostíbulo del interior, al que asistían asiduamente funcionarios y policías: se dijo allí que la regente se hallaba justificada al creer erróneamente que su actividad era lícita. ¿Cabría aplicar en estos casos la apreciación fácticamente sensata de Soler sobre la más elemental inteligencia del sujeto más rústico?

Al mirar el fenómeno desde fuera del ámbito penal, habitualmente ensimismado en sus propias dudas y controversias, es posible preguntarse si se trata de casos de verdadera justificación del error o de supuestos en

los que los jueces, avergonzados por la complicidad oficial con el delito, consideraron injusto hacer pagar el ilícito a la parte más débil. Por cierto, no conozco registro de las medidas tomadas contra las autoridades que no evitaron la tradición prostibularia familiar o hasta utilizaron los servicios del burdel [\(9\)](#).

#### IV. Aunque nada cambie, si yo cambio, todo cambia (H. de Balzac)

Si las excepciones introducidas a la severa norma del antiguo Código podían ser objeto de controversia, la situación ha variado con la reforma.

En efecto, el art. 8° del Código Civil y Comercial —de aplicabilidad tan amplia como la del antiguo 20— dice: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico". Parece la misma norma, pero sus dos modificaciones de detalle, la supresión de la palabra "expresamente" y la sustitución de la expresión "la ley" por "el ordenamiento jurídico" encierran un tratamiento completamente diferente acerca del tema.

En efecto, las cosas han cambiado, en el pensamiento jurídico, luego del siglo XIX y sobre todo desde la segunda mitad del XX. Hace ciento cincuenta o doscientos años, como consecuencia del movimiento codificador, se entendía que el derecho se encontraba en la ley escrita y que otras fuentes habían de considerarse, en el mejor de los casos, subordinadas y complementarias de ella. Hoy en día predomina la idea de que la ley es apenas un elemento importante en un juego de fuentes presidido, ante todo, por los principios y los derechos humanos. El texto del actual art. 8° recoge puntualmente esa concepción: el "ordenamiento jurídico" no está compuesto sólo por la ley, sino también por otros elementos jerárquicamente más elevados que ella (art. 75, inc. 22, CN); y esos elementos no siempre son expresos: pueden ser tácitos, implícitos o simplemente el resultado de alguna interpretación de otros principios o derechos, genéricamente enunciados.

El texto legal comentado concuerda, de este modo, con los dos primeros artículos del mismo Código. Vale la pena repasar con cuidado sus textos:

Art. 1° — Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...

Art. 2° — La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

No es posible, pues, examinar aisladamente la modificación de la norma sobre ignorancia de la ley: ella se inscribe no sólo en el sistema de pensamiento que preside todo el texto del nuevo Código, sino también en la concepción del derecho que domina hoy el razonamiento jurídico y que, en el campo positivo, se encuentra consagrada por la Constitución de 1994, que coloca los tratados de derechos humanos —a menudo citados para su interpretación por medio de principios— por encima de las leyes ordinarias, entre las que se encuentra el propio Código Civil y Comercial.

Si algo cabe observar, es que esta situación es asumida por el nuevo Código con notable alegría. La Comisión Redactora dice en su dictamen:

...Es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores...

...También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Si, como muchos piensan, los valores, principios y otros conceptos jurídicos indeterminados estuvieran disponibles para cualquiera (entiéndase: cualquier persona razonable [\(10\)](#) ) que emplease para aprehenderlos la introspección o la intuición, la interpretación de las normas sería certera, la función de los jueces sería unívoca y el diálogo de fuentes llegaría siempre a una solución justa para todos. El derecho se desenvolvería en el mejor de los mundos posibles, ya que sólo tendría que lidiar con los malvados que lo vulneran, con tanta perversidad que, a veces, incluso lo hacen amparándose en la letra de la ley. Pero, si las cosas no funcionan de ese modo, será preciso reconsiderar las bases del razonamiento que ha conducido a su estado actual.

#### V. Hacete amigo del juez

Como consecuencia de lo expuesto, es posible augurar una mayor intensidad en el desflechado del célebre ignorancia iuris non excusat; y, con ella, una extensión de la opacidad del derecho incluso para los expertos en leyes. Las excepciones al criterio establecido en el art. 8° quedan, como el resto del ordenamiento jurídico, fundadas en principios en las manos de los jueces. Se supone que harán uso de esa facultad con adecuada discreción. Pero, lamentablemente, la palabra "discreción" es la que aplicamos al uso de criterios subjetivos cuando coincidimos con ellos, mientras reservamos "arbitrariedad" para los mismos casos cuando rechazamos el criterio utilizado. Y el adjetivo "adecuado" carece de aplicación si no hay un modelo al cual haya que adecuarse. En la expresión, tal como la he empleado, ese modelo es el de cada observador, que en parte es y en parte se finge resultado de criterios presentes en el ámbito cultural en el que el observador se mueve. La parte ficticia de esta suposición es, como antes se señaló, disimulada por una concepción filosófica que imagina realidades ideales al alcance de la razón, aunque desprovistas de un método confiable que permita aprehenderlas con suficiente uniformidad intersubjetiva.

Más allá de disquisiciones filosóficas —a las que tantos letrados asignan erróneamente una función meramente erudita—, una consecuencia previsible de la reforma, no sólo en el art. 8° sino también en todo el sistema jurídico que lo contiene, consiste en que los jueces dejarán de aplicar la ley allí donde, de buena fe, entiendan que el obligado tuvo buenas razones para ignorar su texto (situación en la que se encuentra casi toda la población) o, incluso conociendo a grandes rasgos el contenido de la norma aplicable, tuvo alguna justificación moral, social, cultural, económica o política para hacer caso omiso de él. El tiempo y los jueces dirán en qué medida este fenómeno vaya a incidir en las decisiones, pero, en prospectiva, el hecho es que la seguridad jurídica general se ve menoscabada a favor de la justicia o la equidad atribuidas a cada caso particular; y, con ello, la ley se transforma, en alguna proporción, de regla general de conducta en pauta discutible, negociable y eventualmente prescindible.

Como consecuencia de un potente cambio en la estructura del pensamiento jurídico, generado por la mejor intención política pero apoyado en supuestos filosóficos tan dudosos como tradicionales, la ley se desflecha a sí misma, debilita la primera de las acciones descriptas al principio y, sin embargo, conserva la esperanza de mejorar la tercera, que de ella depende. El desengaño puede ser doloroso.

(1) GUIBOURG, Ricardo A., "Los tres pasos del derecho", LA LEY del 1/12/2015, p. 1.

(2) En esta expresión se atiende a la manera más habitual de razonar, que presupone el indeterminismo causal de la voluntad humana. Desde la tesis opuesta, que es la que comparto, la misma situación se describiría de otro modo: llamamos libertad a nuestra ignorancia de muchos motivos inconscientes que operan sobre la voluntad; pero, como esa ignorancia no puede eliminarse por completo, ya que hacerlo requeriría sacar a la luz absolutamente todos los vericuetos de nuestra mente, nuestra capacidad de decidir, aunque la juzguemos mítica, puede usarse para fines descriptivos.

(3) Cfr. CÁRCOVA, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Buenos Aires, 2006.

(4) Estos poderes inmediatos se manifiestan en cualquier negociación o transacción extrajudicial, donde las necesidades de cada parte son explotadas por la otra; pero se aprecian más palmariamente en la vida de los asentamientos o villas de emergencia. Allí donde la policía (representante del poder estatal) no entra, la sociedad tiende espontáneamente a organizarse según un esquema feudal (o mafioso, o clientelista, que son sus sucedáneos modernos): personas fáctica y económicamente poderosas protegen y a la vez oprimen a los más débiles, y estos últimos aceptan la situación con tal de mantener la paz y conservar algunas ventajas circunstanciales, que de otro modo temerían perder.

(5) Cfr. GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2004, cap. 8.

(6) "La más elemental inteligencia bastará para informar al sujeto más rústico de la ilicitud de sus acciones: nadie que sea hombre normal podrá decir que no sabe que está prohibido matar al padre o robar" (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1983, p. 69).

(7) DONNA, Edgardo A., *Teoría de delito y de la pena*, t. II, "Imputación delictiva", Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 266.

(8) CApel. Rosario, sala II, "A., S. s/promoción y facilitamiento de la prostitución (eIDial.com — AA47DA).

(9) Pido disculpas al lector por emplear —al pasar— ejemplos del Derecho Penal, en el que no soy experto. Pero, dado que ésa es la rama del Derecho con mayor rigidez interpretativa, es fácil extrapolar el problema hacia las ramas Civil, Comercial o Laboral, donde se admite una discrecionalidad judicial más amplia.

(10) La expresión se usa aquí con ironía: conviene recordar que la razonabilidad es una virtud que atribuimos con facilidad a las personas con cuyas opiniones concordamos, de modo que en su uso justificativo

es fácil incurrir en petición de principio (cfr. GUIBOURG, Ricardo A., "Alexy y su fórmula del peso", en BEADE, Gustavo A. — CLÉRICO, Laura [eds.], *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, ps. 157/187).