

Conte–Grand, Julio

La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado : reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio

Prudentia Iuris. N° 66/67, 2009

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución. La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Conte-Grand, J. (2009). La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio [Versión electrónica], *Prudentia Iuris*, 66-67. Recuperado elde <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/mutacion-orden-publico.pdf>

(Se recomienda ingresar la fecha de consulta. Ej: Recuperado el 13 de octubre de 2009,)

**LA MUTACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO
Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA
DE DERECHO PRIVADO.
*REFLEXIONES EN LOS UMBRALES
DEL BICENTENARIO PATRIO***

Julio CONTE-GRAND¹

1. Objeto del trabajo

El pensamiento jurídico filosófico posterior a la revolución francesa acuñó, con precisión técnica antes no alcanzada, el concepto de “orden público”. La noción de orden público fue concebida por los juristas napoleónicos, encargados de restituir el plan de convivencia mediante un sensible equilibrio entre los postulados revolucionarios, los del antiguo régimen y los del formato determinado por Bonaparte, como un conjunto de principios básicos enraizados en la cultura e historia de Francia que se entendían inalterables.

De este modo, se advirtió la existencia de pautas consustanciales a la sociedad francesa en reconstrucción, ahora “principios de orden público”, que el *Code* no podía ignorar ni alterar. Se afirmaron así las bases de la concordia.

Se entendía que era imprescindible, para asegurar la continuidad histórica de la sociedad, amalgamar la tradición con el cambio,

¹ Abogado UBA. Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de la Universidad Austral. Director del diario *El Derecho*.

respetando lo que –por historia y cultura– devenía inalterable según las cualidades propias del ser francés.

Como lo expusiera Jean-Etienne Portalis al redactar el Discurso Preliminar al Código Napoleón:

Hemos realizado, si cabe decir tal cosa, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres toda vez que nos ha sido posible conciliar entre sí sus disposiciones o modificar las unas con las otras sin romper la unidad del sistema ni lesionar el espíritu general de la legislación. Es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir; las leyes deben contemplar los hábitos cuando éstos no degeneran en vicios. En el sucederse de las generaciones, éstas se mezclan, se enlazan, se confunden y, con demasiada frecuencia, se razona al margen de toda comunicación entre una generación y la subsiguiente, como si el género humano finiquitara y renaciera a cada instante. Un legislador aislaría a las instituciones de todo aquello que puede consubstanciarlas con lo humano si no observara cuidadosamente las relaciones naturales que siempre, en mayor o menor grado, unen el presente al pasado y el futuro al presente, ligamen histórico en virtud del cual un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en la degradación –siempre mas ruin que la aniquilación misma–, no cesa jamás, hasta cierto punto, de parecerse a sí mismo. En nuestros tiempos hemos amado con demasía los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia y oscurantismo fueron el teatro de reiterados abusos, también es dura verdad que los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, otra cosa que teatro de los excesos.²

En la actualidad y en nuestro sistema, aunque sin consenso absoluto, los juristas admiten que en la noción de orden público se encuentran abarcados los principios fundamentales que rigen una comunidad en un tiempo determinado. Son aquellos extremos que definen el perfil de una sociedad, los que hacen a su modo de ser, de existir; son los definidos históricamente como soportes de la convivencia.

El subsistema de derecho privado, el atinente a las relaciones entre particulares en la dimensión de los cambios de naturaleza patri-

² PORTALIS, Jean-Etienne: *Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de Pluvioso del año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular*, versión en idioma español publicada por Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, págs. 59-60.

monial, se inspira primordial aunque no exclusivamente en los principios de la justicia conmutativa, con influencia de las disposiciones propias de la justicia distributiva.

El ordenamiento positivo argentino –en la dimensión del subsistema de derecho privado– reconoce estos aspectos propios del concepto de orden público que venimos destacando en un complejo de disposiciones que se articulan en la conformación de un esquema respetuoso de la naturaleza de las cosas.

Por de pronto, en el artículo 21 del Código Civil se establece claramente que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Desde la sanción y puesta en vigencia del Código Civil argentino, como eje del subsistema de derecho privado en la dimensión del *jus positum*, estos postulados, propios del orden público, han exhibido variaciones que imponen al menos dos órdenes de consideraciones.

Por un lado, debatir si efectivamente los principios del orden públicos son mutables, o si se ajustan a postulados rígidos que no admiten modificaciones en sentido alguno.

Por otro, detectar cuáles han sido esos cambios y, por derivación de la respuesta que se dé al postulado anterior, confirmar la necesidad de operar en el sentido de la preservación de aquellos principios, actuando en contrario de las tendencias que se vislumbran en la sociedad.

Es claro que se trata de poner en la superficie, aunque con pretensión científica, el remanido discurso acerca del modelo de sistema, en este caso, de sistema jurídico.

En este trabajo se intentará dejar apuntados, aunque no exhaustivamente, algunos aspectos constitutivos del orden público propio del subsistema de derecho privado que experimentan cambios cuyo análisis es preciso atender con especial cautela, de modo de operar a tiempo en su custodia.³

Propuesta de reflexión y alerta; no visión acabada.

³ Ver REVET, Thierry (coord.): *L'ordre public a la fin du xxe siècle*, Paris, Dalloz, 1996.

2. El sistema de derecho y los subsistemas público y privado

La pregunta sobre el derecho predispone un interrogante metafísico y cognoscitivo, que se orienta a determinar qué parte de la realidad interesa –sapiencialmente hablando– al jurista y desde qué ángulo abordará ese fragmento de la *res extensae*, es decir, de todo lo que es.

Técnicamente, obliga a delimitar el objeto material y definir el objeto formal de estudio.

Así planteado, el dilema primero del saber jurídico es coincidente con el de todo otro espacio cognoscitivo, por definición.

Es ésta la preocupación liminar a la que se enfrenta el jurista, y en cuya dilucidación habrá de debatir interdisciplinariamente en procura de destacar fronteras y relaciones de diversa dimensión.⁴

En esa línea, reconocida la exigencia inicial, asumimos que el objeto material del derecho está constituido por las relaciones humanas sociales, y su objeto formal, conformado por estas relaciones humanas sociales aprehendidas en la dimensión de lo justo, es decir, en referencia a lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad.

Cada clase de igualdad se corresponde, asimismo, con diferentes clases de justicia. La igualdad proporcional es propia de la justicia distributiva y la igualdad estricta de la justicia conmutativa o correctiva.

El orden en la polis se constituye, de acuerdo con esta concepción, a partir del reparto de cargas, honores y riquezas dado con sustento en la justicia distributiva, ponderando la función de cada persona o grupo de personas en miras al bien común, de lo que resulta un *status* de equilibrio que importa concordia y paz social.

Esta situación de equilibrio debe respetarse y preservarse en el momento de los cambios; de allí que la finalidad de la justicia conmutativa, animada por el criterio de la igualdad estricta, es mantener el equilibrio dado por la distribución.

⁴ Nos hemos ocupado de intentar una aproximación a algunas de esas diversas fronteras del derecho en: CONTE-GRAND, Julio: “Justicia y Misericordia. (Reflexiones en las fronteras del Derecho)”, *Prudentia Iuris* X, págs. 94 y ss.; CONTE-GRAND, Julio: “Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo: *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2008, págs. 27-62.

Un criterio pedagógico encuentra, en esta descripción que acabamos de relatar, explicación orgánica a la distinción entre las ramas del derecho público y privado, respectivamente. Distinción propedéutica que debe entenderse, en rigor, complementada por el reconocimiento de la inexistencia de límites infranqueables o compartimentos conceptualmente estancos.⁵

Es por ello que se ha debatido arduamente acerca del criterio a utilizar para distinguir dichos ámbitos del sistema jurídico, postulándose, por ejemplo y alternativamente, pautas tales como la existencia de subordinación o coordinación en las relaciones, el carácter del reparto,⁶ el interés general o particular comprometido,⁷ el destinatario del ordenamiento,⁸ el carácter del sujeto que interviene en la relación,⁹ o el propuesto antes, referido a la clase de justicia primordialmente involucrada en cada caso.

En rigor, ambas dimensiones del sistema jurídico encuentran aspectos esenciales que las identifican, como se observara, no obstante las diferencias que se corresponden con las cualidades singulares de las relaciones que se desenvuelven en cada ámbito.

Por otro lado, es necesario entender que esas relaciones jurídicas no se desarrollan en forma aislada ni caóticamente, sino interrelacionadamente y de conformidad con un cierto orden que hace al mismo equilibrio determinado.

En definitiva, relaciones de derecho público o relaciones de derecho privado, en momentos distributivos y conmutativos, todas se entrelazan en la polis.

⁵ BARRA, Rodolfo Carlos: *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, págs. 95 y ss.

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción al Derecho", Madrid, Ed. Aguilar, 1962, págs. 261 y ss., n. 371.

⁷ Para el sistema de derecho romano, "Derecho publico es el que se refiere al estado de la cosa romana; Derecho privado es el que concierne a la utilidad de cada individuo". *Digesto*, L. I, T. I., pág. 2; *Institutas*, L. I, T. I, pág. 4.

⁸ SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho Romano actual*, Madrid, Editorial Góngora, 1878, T. I, Cap. I, párr. IX.

⁹ BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, 5ª edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1970, T. I, págs. 26 y ss.

3. Núcleo y contenido del subsistema de derecho privado. Las relaciones conmutativas. La función del orden público

Como fue anticipado, las relaciones conmutativas encuentran sustento último en la noción de justicia correctiva –según terminología aristotélica– o conmutativa –en lenguaje tomista–, que impone a esas relaciones, como dato ineludible, el apego al equilibrio preestablecido en el momento distributivo.

Las relaciones concretas de cambio entre personas y grupos de personas se inspiran en principio en esta clase de justicia y –por definición– en esta especie de igualdad (la estricta).¹⁰

Bien puede afirmarse, entonces, como aporte epistemológico germinal, que el subsistema de derecho privado está fundado axialmente en la noción de justicia conmutativa. Mas esta aserción es insuficiente si no se destaca, a la par, que existe una marcada influencia de la justicia distributiva en el subsistema de derecho privado.

Precisando, diremos que el subsistema de derecho privado se inspira primordial aunque no exclusivamente en los principios de la justicia conmutativa, con influencia de las disposiciones propias de la justicia distributiva.¹¹

Ello sin considerar la incidencia de los preceptos morales en el sistema jurídico, todo en la medida y con los límites determinados por el principio de subalternación de los saberes,¹² cuestión ajena a este trabajo.

Relaciones conmutativas son las que se encuentran contenidas, entonces, en todo nexo de cambio, en todo contrato, en todo ligamen en el que existe prestación y contraprestación, sobre materia apreciable económicamente.

El ordenamiento positivo argentino reconoce estos aspectos que venimos destacando en un complejo de disposiciones que se articulan

¹⁰ VILLEY, Michel: *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1981; SANZ, Carlos Raúl: “Reflexiones jus filosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, *La Ley* 1978-D, págs. 945 y ss.; DESPOTOPOULOS, Constantino: *La notion du synalagma chez Aristote*, A.P.D. 1968, Paris, Sirey, 1968.

¹¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Libro V.

¹² QUINTANA, Eduardo: “Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?”, *El Derecho*, tomo 150, pág. 964.

en la conformación de un esquema respetuoso de la naturaleza de las cosas, tal y como debe ser.¹³

De inicio, predeterminación de la situación de equilibrio y su custodia por imperio de la justicia distributiva.

Por de pronto, en el artículo 21 del Código Civil se establece claramente que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

La institución del orden público es, en denominación moderna, lo que en la concepción realista representa la concreción del equilibrio establecido por operación de la justicia distributiva, determinante de la concordia social a partir del respeto del bien común.

Ello, sin perjuicio de reconocer que la noción de orden público, a la que debe ajustarse toda relación particular, no ha sido resuelta pacíficamente por doctrina y jurisprudencia. Con su singular prosa, Llambías ha enseñado que “pocas nociones son tan rebeldes como la del orden público para formular de ella una definición clara y precisa”.¹⁴

Una aproximación mayoritariamente admitida advierte que “el orden público implica un conjunto de principios de orden superior; políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los que se considera estrechamente ligadas la existencia y la conservación de la sociedad”.¹⁵

“El orden público es una institución esencial a nuestra sociedad”,¹⁶ se ha dicho en relación con el sistema francés.

Específicamente en el segmento con incidencia patrimonial, “constituyen el orden público económico las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento dado históricamente, se asienta la estructura y el sistema jurídico de la sociedad”.¹⁷

¹³ SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, IIa., IIae., q. 57 y q. 58.

¹⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, 7ª edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978, tomo I, pág. 159, n° 186.

¹⁵ CNPaz, I, 10/8/65, en *La Ley* 121, pág. 42; Cámara Civil, 1ª, S 2ª, Mar del Plata; 21/03/95; JUBA B 1401121. SALVAT, Raymundo: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, tomo I, pág. 168.

¹⁶ MALAURIE, Philippe, en *L'ordre public a la fin du XXe siècle*, ob. cit., pág. 105.

¹⁷ Juzg. Civ. y Com. Rosario, n. 5, fallo del 26 de agosto de 2002, en autos “Manai, María de los Á. c. Iglesia, Trinidad”.

En este sentido es incuestionable que, como lo ha recordado la jurisprudencia a partir del citado artículo 21 del Código Civil, “una cuestión de orden público no puede sufrir modificación alguna por acuerdo de partes”.¹⁸

En paralelo, como consecuencia de su relevancia jerárquica, el orden público es irrenunciable y se aplica aun de oficio por los tribunales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que “corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales”.¹⁹

En efecto, el desenvolvimiento adecuado de las relaciones particulares entre personas y grupos de personas en la comunidad requiere de la adopción de decisiones orientadas a la determinación y tutela del equilibrio social, cuestión que exorbita el ámbito del derecho público.²⁰

Así, se ha afirmado que “el orden público no se confunde necesariamente con la materia del derecho público”.²¹

Observa Vigo que “el orden público jurídico prudencialmente determina imperativamente, supletoriamente o negativamente, según lo justo político (legal o distributivo), el modo en que los miembros de una sociedad política con sus conductas y bienes se coordinan, subordinan e integran para el bien común político”.²²

¹⁸ SCBA B 54327, 26/05/99, con voto del Juez Lazzari; ídem B. 53751, 26/10/99, con voto del Juez Laborde; JUBA B 87765; en similar sentido, B 55037, 31/08/99, con voto del Juez Ghione, JUBA B 87917.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Cacace, Josefa Ermina v. Municipalidad de Buenos Aires s/ accidente / ley 9688”, resolución del 19 de octubre de 1995, Fallos 318:1987.

²⁰ RISOLIA, Marco Aurelio: “Orden público y derecho privado positivo”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, págs. 105 y ss.

²¹ C. Nac. Com., sala D, fallo del 1 de marzo de 1996, en autos “Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.”.

²² Corte Sup. Just. Santa Fe, ampliación de fundamentos del Dr. Rodolfo Vigo en el fallo del 29 de marzo de 1990, en autos “Gaggiomo, Héctor José Pablo v. Provincia de Santa Fe”.

Bien se ha destacado que

así como la voluntad de las partes carece de virtualidad para modificar por vía convencional la naturaleza de las cosas, tampoco puede alterar las bases normativas cuando aluden a cuestiones en las que está interesado el orden público a través de disposiciones imperativas que tiendan a resguardar la buena fe, la igualdad de las partes y la tutela de una de ellas a quien la misma ley, por diversas razones, considera digna de protección jurídica.²³

La jurisprudencia ha indicado “que el ‘orden público’ de la sociedad argentina organizada como un estado de derecho asegura la existencia de vías de defensa, efectivas, de los bienes patrimoniales”, en tanto “existen supuestos en que lo patrimonial adquiere carácter de cuestión de orden público”.²⁴

Por su parte, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener en ella”.²⁵

No es menor: el concepto de orden público, entendido como concreción de la justicia distributiva, encuentra su fuente en la *ipsa natura rei* (en la misma naturaleza de las cosas).

Y esa esencia se traslada al subsistema de derecho privado estableciendo instituciones que se califican por añadidura como de orden público.

Situados en la esfera *ius privatista*, la categoría del orden público asume modalidades y alcances diversos.

Se ha señalado atinadamente²⁶ que “en el derecho privado existen normas de orden público, como son, por ejemplo, las prohibicio-

²³ C. Nac. Civ., sala K, fallo del 30 de abril de 1990, en autos “Argenfé S.A. c. Pellet Lastra, Hugo A.”, publicado en JA 1993-III, síntesis.

²⁴ C. Nac. Com., sala D, fallo del 1 de marzo de 1996, en autos “Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.”, citado.

²⁵ Autos “Martín y Cía. Ltda. c. Erazo”, en *La Ley* tomo 48, pág. 330.

²⁶ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, fallo del 10 de junio de 2003, en autos “Consolidar AFJP S.A. c. Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada”, publicado en JA 2004-III-432. Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

nes de los incs. 5 y 6 art. 1361, o el número cerrado previsto por el art. 2502 para los derechos reales”.

Históricamente, el orden público ha sido considerado desde un punto de vista “político y moral” procurando la defensa de los valores comunitarios, en particular los del Estado, la familia y el individuo, observándose en la actualidad una apertura hacia los horizontes económicos y sociales, sea con fines de “dirección” o de “protección”.²⁷

La idea de orden público económico se ha expandido de modo significativo en los últimos años. En general, hay cierto consenso en que sus características son: (i) atañe a las relaciones económicas; (ii) toma en cuenta el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos; (iii) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente y procura imponer de manera positiva cierto contenido contractual.²⁸

Considerando que el instituto puede perseguir finalidades instrumentales diversas, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido especies diferenciales, básicamente calificadas como orden público de protección y orden público de dirección. Clasificación que, como también se ha destacado, no obsta al reconocimiento de una identidad sustancial y de dificultades prácticas de encuadrar los casos específicos en cada alternativa. Se puede sí afirmar, como herramienta interpretativa, que en términos generales, en los casos en que opera el orden público de dirección, se encuentra más fuertemente presente la tutela de la justicia conmutativa, y es la justicia distributiva la de más plena vigencia en los supuestos calificados como de orden público de protección.

En procura de su distinción, Atilio Alterini ha señalado que el orden público de dirección tiene como norte “realizar ciertos objetivos económicos, a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos, entre otras medidas, a autorizaciones estatales, y es menes-

²⁷ FRESNEDA SAIEG, Mónica L.; ESBORRAZ, David Fabio y HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo: “La norma de orden público y su funcionamiento”, *El Derecho*, tomo 166, pág. 839.

²⁸ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, fallo del 10 de junio de 2003, en autos “Consolidar AFJP S.A. c. Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada”, publicado en JA 2004-III-432. Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ya citado.

ter una apreciación de la situación concreta por una autoridad competente, dándose la aprobación cuando el Estado no se opone al contrato pero quiere controlarlo”. Por su lado, se denomina orden público de protección aquel que “tiende a resguardar a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato”. Aclarando que “el orden público de protección está constituido por normas que tutelan ciertos intereses particulares cuando la sociedad les concede especial y fundamental trascendencia”, mientras que “el orden público de dirección está referido a normas que resguardan el buen funcionamiento de las instituciones económicas esenciales”.²⁹

Añade el mismo autor que

lo adecuado es un orden público económico de coordinación, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado: ha pasado de moda la función estatal de firme dirección de la economía, pero subsistiendo necesariamente su función de protección de la debilidad jurídica, la coordinación puede resultar el modo más apropiado para llevarla a cabo. [...] El rol de coordinación, por lo tanto, se apoya sobre un piso, un mínimo inderogable que condiciona a la autonomía privada y también a la dirección económica del Estado.³⁰

Por lo demás,

el orden público económico y social, sea de dirección o de protección, tiende a materializarse de manera “textual”, contribuyendo al fenómeno de la descodificación signado por la irrupción de las leyes especiales, en tanto que el orden público político y moral se expresa de modo “virtual”, adquiriendo por ello el juez un mayor protagonismo como garante último del sistema, quien cuenta para tal cometido con los principios informadores de aquél.³¹

El ordenamiento positivo recoge también, en la dimensión del subsistema de derecho privado, el ineludible respeto de los principios

²⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal: *Contratos civiles, comerciales de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 47, n. 16.

³⁰ *Ibidem*, p. 49.

³¹ FRESNEDA SAIEG, Mónica L.; ESBORRAZ, David Fabio y HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo: *ob. cit.*, pág. 840.

morales en las relaciones jurídicas, que informan a la vez el contenido del orden público.

En suma, “el orden público y la moral pública imponen limitaciones a la actividad individual y colectiva de las personas”.³²

Por el caso, la categoría de las “buenas costumbres”, a las que alude el ya recordado art. 21 del Código Civil, informa preceptos de orden moral.

Con más precisión, el art. 953 del mismo cuerpo legal, al describir lo que puede ser objeto de un acto jurídico, indica que no lo serán aquellos hechos “contrarios a las buenas costumbres”.

Y, desde otro ángulo, la denominada teoría general de los vicios del acto jurídico y de los vicios de la voluntad, normativamente regulatorias de los vicios de error,³³ dolo,³⁴ violencia,³⁵ fraude³⁶ y simulación,³⁷ e institutos como el abuso del derecho,³⁸ encuentran respaldo último en la ineludible moralidad del acto jurídico de derecho privado.

Es dable tener presente que entre derecho y ética existe una vinculación epistemológica jerárquica, técnicamente de subalternación, de la que se derivan consecuencias de máxima relevancia en el plano del abordaje sapiencial del obrar humano y del conjunto de relaciones que se materializan en su consecuencia.

El derecho “es una ciencia subalternada de la Moral, no en cuanto a los principios –como lo es con la antropología, la metafísica o la teología–, sino en cuanto a los fines: el vivir ‘bueno’ del hombre, su bien, aquello que es acorde con la naturaleza”.³⁹

Tomás Casares ha observado que moral y derecho “están especificados por dos modos distintos de bien”. Agregando: “La moral, así entendida, en cuanto disciplina de la conducta individual, está espe-

³² Juzg. 1a. Instancia Civ. y Com. 1 Mercedes, 2/10/84, en *El Derecho* del 12/11/84, pág. 5.

³³ Arts. 923 y ss. C. Civil.

³⁴ Arts. 931 y ss. C. Civil.

³⁵ Arts. 936 y ss. C. Civil.

³⁶ Arts. 961 y ss. C. Civil.

³⁷ Arts. 955 y ss. C. Civil.

³⁸ Art. 1071 C. Civil.

³⁹ GRANERO, Horacio Roberto: Ponencia al Primer Congreso Católico de Abogados, publicada en *Prudentia Iuris*, II, diciembre de 1980, pág. 102.

cificada por el bien del individuo como tal; mientras que el derecho, en cuanto disciplina de la convivencia, está especificado por el bien común o bien de la comunidad como tal”.⁴⁰

Reflexión sustentada en la línea clásica trazada por santo Tomás de Aquino, quien enseñara que “la ley humana no puede prohibir todo lo que es contrario a la virtud [...] basta con que prohíba lo que destruye la convivencia social”.⁴¹

[La] moral –y con ella la ley humana (cuando no es una ley apariencia de ley, sino una ley verdadera que realiza la esencia de la ley tan bien definida por Tomás de Aquino)– se presenta como un conocimiento intelectual donde la voluntad y las tendencias sensibles tienen por cierto algo que decir, a veces incluso algo decisivo, pero que sin embargo sigue siendo obra de la razón. Que con tal carácter ésta merezca el nombre de razón práctica en la medida en que realiza su función de conocimiento orientado a dirigir la acción humana, en nada modifica la circunstancia de que se trata de la razón y no de la voluntad o de la emoción, aunque ésta fuese el órgano de la estimación y no el sentimiento del placer.⁴²

Es por ello que Giuseppe Graneris, no sin advertir acerca del escándalo que la afirmación podría provocar, ha hablado de la “amoralidad” del derecho, distinguiéndola de la inadmisibles “inmoralidad” del derecho.⁴³

⁴⁰ CASARES, Tomás D.: *La justicia y el derecho*, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pág. 108.

⁴¹ *Suma Teológica*, II.II., q.77.

⁴² KALINOWSKI, Georges: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. 175.

⁴³ GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, Cap. IV, págs. 43-60. En pág. 45 aclara con precisión el punto, afirmando: “Vemos surgir así un momento de amoralidad en el campo del derecho. A fin de que esta doctrina llanamente tomista no genere escándalo, procuremos asignarle el sentido y los límites con exactitud. Es claro que en el derecho entendido como *res iusta* u *opus iustum* no puede nacer por endogénesis ningún elemento amoral. El interior está totalmente ocupado por la *res iusta*, *res debita*; es decir, está saturado de ética y respira ética en todas direcciones. Si la *res* fuera o resultara ella misma amoral o, peor, inmoral, cesaría *ipso facto* de ser justa y debida, no respondería más al concepto tomista del derecho. Luego, la amoralidad debe venir de fuera. Y nace del contacto de la *res iusta* con el sujeto en el momento de la ejecución. [...] De estas

La luz viene impuesta por el esquema mismo de subalternación, que ordena en cada plano a los saberes comprometidos y permite una adecuada apreciación del fenómeno. El análisis del jurista, en el momento de la factura del derecho positivo en sus límites⁴⁴ o en la concreción de la justicia en la resolución del conflicto, debe inspirarse como objetivo último en la visión de *lo justo*.

Las disposiciones jurídico-positivas reseñadas han tenido, como se sabe, aplicación práctica en múltiples supuestos. Vale mencionar, sólo como ejemplo, el reproche a la usura⁴⁵ oportunamente asumido en nuestro sistema por la jurisprudencia y la doctrina, con fundamento liminar en la norma del art. 953 del Código Civil.⁴⁶

Orden público y moralidad, en íntima vinculación, con los alcances descriptos, informan el subsistema de derecho privado y establecen lo sustancial de su contenido, como lo ha receptado el precepto cardinal contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, a *contrario sensu*.

4. Ciertos aspectos de orden público en el subsistema de derecho privado, desde el Código de Vélez Sársfield hasta hoy

Refiriéndose a su obra máxima, el Código Civil argentino, observó en su momento Dalmacio Vélez Sársfield:

consideraciones nacen dos postulados relativos a la materia del ordenamiento jurídico. El primero es que ella sea moral, o al menos que no sea inmoral. El segundo es que sea capaz de resistir la falta de moralidad subjetiva, conservando algún valor independientemente del ánimo del agente”.

⁴⁴ Nos referimos al ámbito del justo legal, aquel en el cual, al no afectarse el justo natural, algo es justo en la medida en que así lo dispone, prudencialmente, el responsable de dictar las normas, es decir, parafraseando a santo Tomás de Aquino – *S. Teol.* Ia.IIae., q.90, a.4–, aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

⁴⁵ Ver la nota de Carlos Raúl Sanz, referida al trabajo de René Taveneaux, “Jansénisme et pret a intérêt”, publicada en *El Derecho* del martes 16 de septiembre de 2003, pág. 7.

⁴⁶ BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, cit., tomo II, n° 858, pág. 107 y concs.; SPOTA, Alberto G.: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, vol. 8, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1957, n° 1832, pág. 298, n° 1862 pág. 363; LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, cit., tomo II, pág. 322, n° 1466 a, y fallos citados a los que cabe remitirse.

Las ciencias jurídicas son estacionarias, el progreso es su vida que se manifiesta por trabajos incesantes. [...] A cada época, las cuestiones científicas se transforman y cambian de aspecto. [...] Una colección de buenas leyes sólo podrá obtenerse por [...] el verdadero conocimiento del estado actual de las costumbres y creencias religiosas de la Republica.⁴⁷

En efecto, las normas de derecho positivo deben ser consecuentes con la realidad social y cultural a la que se articulan. No se trata de configurar un esquema ideal o respecto del cual haya consenso en la clase dirigente, ni algo que responda a la sensación de la mayoría de la población, sino de respetar las entretelas de la sociedad misma conformada comunitariamente, con valores e historia que la justifican y la hacen ser como es en miras a lo que debe ser.

Al tiempo de redactar el Código Civil, decía Vélez: “...nos hallamos [...] en los días de una transformación social en usos y costumbres”.⁴⁸ Lo consideró y obró en consecuencia.

En suma, un balance entre lo existente y lo buscado, con respeto a lo que resulta inmodificable.

Con abstracción de los aspectos cuestionables del sistema del Código, al fin exponente en muchos sentidos de la filosofía de la Ilustración y la Modernidad, el ordenamiento se estructuró sobre la base de extremos destacables: el reconocimiento de la dignidad de la persona desde la concepción,⁴⁹ la organización de la familia como ámbito natural de desarrollo de la persona y núcleo de la sociedad,⁵⁰ el régimen de incapacidad de hecho orientado a la tutela de quien se presente como desprotegido en el plexo de relaciones de la vida comu-

⁴⁷ Citado por MOLINA, Juan Carlos: *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, Buenos Aires, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II-Obras-Número 12, Distribuidor Abeledo-Perrot, pág. 97.

⁴⁸ Recordado por LEVENE, Ricardo: *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, Tomo X, pág. 593.

⁴⁹ Arts. 51, 63 y 70, C. Civil.

⁵⁰ La sociedad argentina se constituyó históricamente sobre la base de la familia, a partir de la institución del matrimonio único, monogámico e indisoluble. La familia ordenada sobre la base de un esquema de convivencia con respeto a sus integrantes y a la autoridad intrínseca ejercida con equilibrio y cordura, es decir, con impulso del corazón. Y un sistema legal que estaba alerta a desvíos para precipitar mecanismos de resguardo de los más desprotegidos.

nitaria,⁵¹ la incapacidad de derecho como esquema de resguardo del interés público comprometido, las relaciones contractuales como modalidad de vinculación patrimonial y mecanismo de cohesión social y la tutela de la propiedad privada.

Del Código Civil de Vélez se ha afirmado que “es la auténtica expresión de la forma de vida de una comunidad hispanoamericana”.⁵²

En realidad, estructuralmente, el Código Civil, en su origen, tuvo aspectos que resultaban un reflejo del modo de ser de la sociedad de la época y, a la vez, implementó instituciones que tenían como finalidad configurar transformaciones.

De igual modo, su fuente principal, el Código Napoleón, representó una ruptura con el pasado, marcando un progreso,⁵³ aunque con respeto a las instituciones básicas de Francia.⁵⁴

Más aún, antes del *Code*, la Revolución francesa, con todo, admitió la existencia de ciertas bases inmodificables. Se ha dicho que “el nuevo orden instaurado en 1789 no era incompatible con los enunciados jurídicos del derecho consuetudinario, en cuanto tuviesen por base la razón y la ley natural, los que encarnaban lo más genuino del espíritu francés”.⁵⁵

En la modernidad, observa Massini, “resulta indudable que los códigos fueron una pieza importante en el proyecto de transformación de las estructuras sociales, forjado y ejecutado por la Ilustración”.⁵⁶

⁵¹ Art. 58 C. Civil.

⁵² LEÓN, Pedro: *Adhesión al Acto Académico de Homenaje al Código Civil en el 90 aniversario de su sanción (18/9/59)*, Córdoba, Edición Universidad Nacional de Córdoba, 1960, pág. 16.

⁵³ ARNAUD, André-Jean: “Essai d’analyse structurale du Code Civil Français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pág. 16.

⁵⁴ BANDIERI, Luis María: “En torno al Código Napoleón: permanencia y cambio”, en *La codificación: raíces y prospectiva. I. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, págs. 209 y ss.

⁵⁵ SALERNO, Marcelo Urbano: “La influencia del ‘droit coutumiere’”, en *La codificación: raíces y prospectiva. I. El Código Napoleón*, ob. cit., pág. 152.

⁵⁶ MASSINI, Carlos Ignacio: *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pág. 55.

En prospectiva histórica, el estado actual del subsistema de derecho privado argentino muestra cambios de carácter sustancial sobre los que corresponde reflexionar a fin de meritar cuáles son asimilables por los mandatos del orden público y cuáles no admiten modificación.

De un lado, contextualmente, la irrupción de normas internacionales que ordenan con jerarquía constitucional algunos contenidos de las relaciones de derecho privado por imperio de la disposición contenida en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo que obliga a compatibilizar –más allá de la adecuación normativa– principios jurídicos de fondo y otros, de naturaleza política y cultural.

Restablecido el marco en el nivel constitucional, cabe inmediatamente poner el foco de la atención en la custodia de la vida humana desde la concepción y hasta la muerte natural. Es una exigencia propia del subsistema de derecho privado, como bien lo entendiera el Codificador.

En punto al tema de la persona, a partir de lo relacionado con el comienzo y fin de su existencia, surge como materia destacada la atinente al tema de la capacidad. El Código Civil argentino define a las personas en su artículo 30 como todos los “entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”. Con la propia definición de persona, el Codificador ha destacado, de manera categórica, cuál es, de los atributos de la persona, el que debe ponderarse como el más importante en la sistemática del Código: la capacidad. Ello es así en tanto la persona se define, precisamente, por la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; dicho de otro modo, por su capacidad. La capacidad es, así, el único atributo que emana de la definición misma de persona, a partir de la concepción subjetivista del derecho raigal a nuestro Código.

El esquema establecido en el Código Civil, basado en categorías de personas en función del dato cronológico –incapaces absolutos⁵⁷ e incapaz relativo⁵⁸ de hecho–, se encuentra cuestionado, proponiéndose, en forma creciente, un mecanismo de capacidad progresiva que ponga en manos del juez, con asistencia pericial especializada, la determinación del grado de “capacidad para discernir”.

⁵⁷ Art. 54 C. Civil.

⁵⁸ Art. 55 C. Civil.

El menor presenta ahora facetas diversas en mérito a las disposiciones de la ley 26.061, y antes de la Convención de los Derechos del Niño –de rango constitucional–, pudiendo ser niño, niña o adolescente, desarrollándose un nuevo sistema de tutela a partir del principio del interés superior del niño.

No es ésta, por cierto, la única alteración de la institución matrimonial y familiar.

En la esfera patrimonial, es pertinente recordar que el Código Civil, con la reforma operada en 1968 mediante ley 17.711, instauró el imperio del equilibrio en las relaciones contractuales, a tal punto que bien podría afirmarse que las otrora relaciones meramente contractuales, sustentadas en la manifestación de la voluntad, devinieron relaciones conmutativas, ordenadas a partir de la noción de justicia correctiva.

De esta manera, el vínculo contractual se sustentó en sus dos pilares naturales: el equilibrio conmutativo y la autonomía de la voluntad, con resguardo del derecho de propiedad comprometido.

Pero este esquema se ha ido distorsionando y desgranando en forma sensible y progresiva.

De un tiempo a esta parte, se ha institucionalizado, por vía legal de la mano de la emergencia permanente –una contradicción en sus propios términos–, la afectación de postulados liminares del sistema de vinculación patrimonial, el respeto a la palabra empeñada y, en definitiva, el equilibrio en los cambios.

Últimamente, se advierte en el nuevo orden normativo impuesto mediante la declaración de emergencia y la reforma del sistema monetario y cambiario, mediante ley 25.561, Decreto 214/02 y normas concordantes, sucesivamente prorrogadas no obstante el reconocimiento oficial –hoy añorado– del crecimiento, la estabilidad y los logros alcanzados.

Tales prácticas representan en rigor de verdad un abandono flagrante del respeto a la ley como postulado vital del orden público, la cristalización de un modelo de inestabilidad del régimen contractual conmutativo y su reemplazo por el sistema del más poderoso en el vínculo con acceso mediante mecanismos solapados y muchas veces tortuosos de gestión (*lobby*) para la sanción de normas de diversa jerarquía, envergadura e inconsistencia.

5. En los umbrales del Bicentenario Patrio

Estamos enfrentados a una realidad innegable; asistimos a la transformación de componentes culturales esenciales de la sociedad argentina, en muchos casos arrastrados por las variaciones que experimenta el mundo.

Ante esa circunstancia, que opera como un dato en el análisis, corresponde examinar, en la perspectiva del subsistema de derecho privado, qué postulados del orden público deben protegerse.

Es de toda verdad que existe una mutabilidad histórica a la que no es razonable resistirse. Del mismo lado, y con igual grado de evidencia, concurren elementos culturales inalterables que definen a una sociedad y la identifican, al punto que su modificación nos presenta un cuerpo social diferente.

A fin de entroncar estas reflexiones con los conceptos jurídicos específicos que se vienen examinando, podremos afirmar que el contenido del orden público es mutable por definición, pero con límites objetivos, ya que en ningún caso puede solapar ni dejar de lado aspectos consustanciales a la comunidad de que se trata, ni afectar principios propios del orden natural.⁵⁹

Es mediante la *sindéresis* que el ser humano puede alcanzar la esencia del orden moral y social, y descubrir los principios que se hallan en la naturaleza de las cosas,⁶⁰ le permiten el buen vivir para el buen morir y, en definitiva, el buen vivir eternamente.

No hay excusa que justifique eludir esta faena intelectual.

No está en juego aquí el tema de la “derogabilidad” del derecho natural, como califica Francisco Carpintero Benítez la *disputatio* medieval respecto de si el *ius naturale* podía ser modificado por el *ius gentium* y éste por el *ius civile*, cuestión que fue desarrollada sistemáticamente por Acursio, quien llegó incluso a hablar del *ius gentium naturale*.⁶¹

⁵⁹ De acuerdo con una noción de orden natural que se distingue de las correspondientes a las categorías de ley natural y ley eterna.

⁶⁰ PIEPER, Josef: *Justicia y Fortaleza*, Madrid, Ed. Rialp, 1968, pág. 25.

⁶¹ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: *Historia del Derecho Natural*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, págs. 19-24.

Es propender al descubrimiento en las cosas de la naturaleza de lo social y sus leyes, para operar sobre la realidad en los márgenes que determina el orden natural.

Ha escrito Bastit:

La naturaleza de la ciudad aparece entonces en movimiento según diversas perspectivas, varía en función del lugar y también del tiempo. Esta última variación de la naturaleza de la ciudad es ambigua, puede constituir un perfeccionamiento por el cual se desarrolla y alcanza mayor plenitud o, por el contrario, una regresión en el perfeccionamiento de la naturaleza. Por ello, sería conveniente que el legislador no cambie de ley sino por una mejor, a través de la cual la ciudad alcanzara un bien común más perfecto. Entonces se añade al cambio temporal un movimiento en el ser que crece hacia su perfección. Este doble movimiento es realizado perfectamente por la ley divina.⁶²

Es el triunfo de lo necesario sobre lo contingente.

Como lo enseñara S.S. Benedicto XVI, “si hubiera estructuras que establecieran de manera definitiva una determinada –buena– condición del mundo, se negaría la libertad del hombre, y por eso, a fin de cuentas, en modo alguno serían estructuras buenas”.⁶³

De allí el desafío que el Sumo Pontífice enmarca en un mensaje de esperanza salvífica, en términos que no podemos ignorar:⁶⁴

Una consecuencia de lo dicho es que la búsqueda, siempre nueva y fatigosa, de rectos ordenamientos para las realidades humanas es una tarea de cada generación; nunca es una tarea que se pueda dar simplemente por concluida. No obstante, cada generación tiene que ofrecer también su propia aportación para establecer ordenamientos convincentes de libertad y de bien, que ayuden a la generación sucesiva, como orientación al recto uso de la libertad humana, y den también, así, siempre dentro de los límites humanos, una cierta garantía también para el futuro. Con otras palabras: las buenas estructuras ayudan, pero por sí solas no bastan. El hombre nunca puede ser redimido solamente desde el exterior.

⁶² BASTIT, Michel: *El nacimiento de la ley moderna*, Buenos Aires, Educa, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II-Obras-Número 12, Distribuidor Abeledo-Perrot, pág. 97.

⁶³ S.S. Benedicto XVI, encíclica papal *Spe Salvi*, n. 24.

⁶⁴ *Ibíd.*, n. 25.

Postulo que el mayor desafío para el derecho privado argentino en los umbrales del Bicentenario de la Patria es repensar el orden público y su contenido, descubrir su esencia, lo que es susceptible de cambio y los límites objetivos de la transformación social. Tarea que no podrá concretarse adecuadamente si no se desarrolla en diálogo sapiencial –especulativo y práctico– con otras disciplinas.

Un modo de refundar la sociedad, desde lo primario.