

López de Zavalía, Fernando J. D.

*Reflexiones preliminares sobre el proceso de
reforma del código civil*

Facultad de Derecho

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 y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

López de Zavalía, F. J. D.. (2012). Reflexiones preliminares sobre el proceso de reforma del código civil [en línea]. En *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/reflexiones-proceso-reforma-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL PROCESO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

FERNANDO J. D. LÓPEZ DE ZAVALÍA¹

1. Una opinión que invita a la reflexión²

Esta contribución nace a partir de un intercambio con el distinguido profesor cordobés José Fernando Márquez, quien en un foro de discusión destinado a debatir el Proyecto “Lorenzetti, Highton, y otros” de derogación del Código de don Dalmacio Vélez Sarsfield, y sustitución por otro completamente nuevo, publicó este breve comentario:

“En el día de ayer tuve oportunidad de compartir con Jorge Mosset Iturraspe una mesa de debate sobre los derechos de incidencia colectiva, en general, y en el anteproyecto en particular, en el marco de una multitudinaria reunión de estudiantes de derecho que se está llevando a cabo en Embalse, Provincia de Córdoba. Más allá de las posiciones de cada uno, concluimos en que es imprescindible respetar la institucionalidad del sistema de dictado de normas, lo que implica que cada órgano de poder debe cumplir con la función que se le asigna. En este momento es el Poder Ejecutivo quien debe elevar la propuesta y luego serán los legisladores quienes la aceptarán o no la aceptarán. Y si así fuera, y luego una nueva legislatura entiende que lo sancionado no se adecua a los intereses generales, podrá modificarla. Y los jueces, en definitiva, y dentro de las facultades que les son propias, definirán la aplicación de las normas en el caso concreto. Estoy convencido de que el respeto a la institucionalidad, más allá de mis propias posiciones valorativas, es la única manera de pensar en un país que debe ir madurando, para no repetir experiencias totalitarias como las vividas en el pasado”

Las palabras del profesor Márquez –coincidentes con las de algunos que hablan de un rápido proceso, que habría de culminar con una sanción en un breve plazo³, no mayor de un año– sacudieron

1. Profesor Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán).

2. Como se desprende de su texto, las presentes reflexiones parten de un primer esbozo publicado en un foro generado para debatir por Internet sobre el Anteproyecto, al que luego hice agregados y correcciones. Agradezco a los Profesores Luis MOISSET DE ESPANÉS, y Gabriel ZANOTTI, que tuvieron la paciencia de leer el “penúltimo borrador”, antes de que fuera publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Este texto, con algunas modificaciones, es hijo de aquel. Aunque resulte una obviedad, no por eso quisiera dejar de manifestar que cualquier error aquí expresado –sea de naturaleza jurídica, histórica, o filosófica– me pertenece en plena y exclusiva propiedad.

3. Esa “prisa” parece inspirar al proyecto de ley elevado al Congreso, para la aprobación del texto de un nuevo Código Civil, que se acompaña como anexo. De su lectura se desprende que se persigue eludir un debate serio en la comunidad jurídica, y en la sociedad civil. Los arts. 9 y 10 deben interpretarse como un trámite de estudio previo a la aprobación; pero en ese trámite previo no está prevista la consulta al mundo académico, ni a la sociedad, sino un monólogo “solipsista” con una comisión que ya se ha expedido, y que difícilmente pueda cambiar de opinión. Lo razonable sería que en el seno de esa comisión bicameral, se formara otra comisión de asesoramiento para la revisión del texto (como se hiciera en Portugal) integrada por juristas que no hubieran tomado todavía ningún tipo de intervención, y otorgarles un plazo para dictaminar, por lo menos igual a aquel que dispusiera la primera comisión para elaborar el Anteproyecto. Recién entonces debería darse

entonces mi espíritu, hasta retumbar en lo más profundo, como una invitación a reflexionar sobre su alcance y contenido, pues despertaron la memoria de lecturas pasadas que creía ya definitivamente sepultadas en el olvido. Y amparándome en esos textos recuperados del foso de los recuerdos, y en la máxima “*Amicus Plato sed magis amica veritas*”, me sentí impulsado a disentir con el distinguido profesor cordobés, para afirmar que el verdadero consenso democrático no se satisface de la forma allí expresada, e incluso obrando de ese modo muchas veces puede llegar a frustrarse de manera irremediable.

Para no despertar sospechas, pues es por todos conocida mi profesión de fe cristiana, voy a renunciar a autores de mi mismo credo o a cualquier postura de tinte metafísico, y hablar aquí en términos habermasianos, es decir de una muy selecta crítica neomarxista frankfurtiana llevada a su más elevada expresión discursiva, sin que ello implique, obviamente, aceptar todos los puntos de vista y conclusiones del agudo autor –ni la de sus glosadores que aquí se habrán de citar– sino tan solo aquellas que hacen al objeto central de esta amigable réplica.

Dicho objeto central, se habrá de circunscribir exclusivamente al problema del consenso democrático rectamente entendido como fuente de legitimación del orden jurídico. No se ha de extender a la cuestión, más controvertida en nuestros días, de si este constituye la fuente última de legitimación, aunque si habremos de dejar sentada nuestra respuesta negativa postulando que la verdad no es algo que pueda plebiscitarse; que hay valores, principios y bienes indisponibles que se encuentran por encima de cualquier consenso humano⁴; y que, de sancionarse este proyecto, ellos se habrán de ver profundamente afectados⁵.

nueva intervención a la “Comisión creada por el Decreto N° 191/11. Pero más grave aún, es que el texto pueda ser tratado “en el plenario” aún sin despacho de comisión, lo que demuestra que no hay ninguna intención de provocar un debate serio. Por lo demás, ese artículo 11 es inconstitucional, pues el PEN no puede modificar por decreto los “reglamentos” de ambas cámaras. Cabe apuntar que el aludido proyecto de ley es desconcertante, y ya ha despertado críticas en algunos foros de debate; en ese sentido ya varios hemos observado que los primeros ocho artículos resultarían incompatibles con los arts. 9 a 11; en realidad, en la hipótesis más favorable a su posición, el PEN, debió enviar dos proyectos de ley distintos; un primero (de discutible constitucionalidad, porque se trata de competencia perteneciente a la zona de reserva exclusiva del Congreso), fijando las reglas de “procedimiento”, con las materias reguladas en los arts. 9 a 11; y otro de “aprobación” del proyecto adjunto, con lo previsto en los arts. 1 a 8.

4. Como el tema excede los límites de estas reflexiones, y la lista de autores en la que apoyamos nuestra postura sería enorme, nos limitamos a citar a OLLERO TASSARA, Andrés: (1993): “*Verdad y consenso democrático*”. En AAVV: *Ciencias humanas y Sociedad* (págs. 461-482), Madrid, Fundación Oriol-Urquijo; ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, julio de 2000.

5. A mero título de ejemplo, pues no se detienen allí las violaciones de derechos humanos fundamentales y principios bioéticos por parte del Anteproyecto –y Dios mediante, esperamos poder escribir algo sobre ello más adelante– vaya el siguiente: el Anteproyecto aborda el problema de los embriones, verdaderos individuos de la especie humana según las ciencias biológicas (ver, entre otros: PARDO, Antonio: *La determinación del comienzo de la vida humana: Cuestiones de método*, en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007/3^a, p. 335; del mismo autor: *Embrión y preembrión*, en Cuadernos de Bioética, 1997;8(4):1416-31; también: *Bioética y tecnología del fecundación humana*, en AA. VV. *Bioética en las Ciencias de la Salud*. Alcalá la Real, Asociación Alcalá, 2001: 203-220; RHONHEIMER, Martin: “*Ética de la procreación*”, RIALP, Madrid 2004, caps. III y IV, p. 175 a 222; OLLEROS, Andrés: *Dignità e statuto giuridico dell' embrione umano*, en *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convengo internazionale Palermo, ottobre 2007* (págs. 113-149); HONNEFELDER, L: *Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos*, Cuadernos de Bioética. 1997 VIII (31):1034-47; ANDORNO, Roberto: *El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?*, Cuadernos de Bioética, 15, 3° 93, pp. 39-48; BALLESTEROS, Jesús: *El estatuto del embrión* en <http://www.bioeticaweb.com>; HERRANZ, Gonzalo: *El mito del preembrión*, en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4177/40/>; NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007; del mismo autor: “De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie” en *Persona y Derecho*, n° 52. Julio-agosto, 2005; WALDSTEIN, W: *Natural law and the defence of life in Evangelium Vitae*, incluido en el volumen: “*Evangelium Vitae*”: Five Years of Confrontation with the Society, *Proceedings of the VI Assembly of the PAV (11-14 February, 2000)*, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 2001); pero las soluciones dadas al caso de tales individuos de la especie humana antes de la implantación (art. 19), son inconstitucionales, pues violan los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica –conjugado con los arts. 3 y 24 del mismo Tratado– y 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño –incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22– vulneran derechos humanos fundamentales, y afectan los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado. “La legitimidad del Estado moderno se basa ante todo en su función de protector de la vida. Esa protección

Tampoco habrá de examinarse si la corriente interpretación de Habermas según la cual nuestro autor coloca al consenso como criterio de la verdad –y por tanto, por encima de esta– es correcta, o si, como quieren otros, ello no configura la verdadera sustancia de su pensamiento, cuestión debatida entre sus intérpretes.

El tema habrá de circunscribirse al problema de lo que, con propiedad, debemos entender cuando hablamos de consenso democrático. En el camino propuesto, habré de exponer ideas, y sus respectivas glosas, que no me pertenecen; más bien una síntesis de lecturas a las que soy aficionado en mis ratos de ocio, pero que –aunque no pertenezcan al campo de mi especialidad– estimo son plenamente aplicables a la situación presente.

2. La peligrosa ilusión de un proyecto filosófico y político que no fue

Dice el Profesor Márquez que “el respeto a la institucionalidad [...] es la única manera [...] de no repetir experiencias totalitarias como las vividas en el pasado”, y a primera vista la afirmación parecería inobjetable para cualquier hombre de derecho; sin embargo, a poco que se medita sobre ella se advierte que, desafortunadamente, encierra una ilusión que puede desembocar en una trampa hartamente peligrosa, y que en ese cruel laboratorio constituido por la experiencia humana se demuestra con solo recordar que la constitución de Weimar de 1918 siguió rigiendo durante todo el período nacionalsocialista, en el cual su líder –a quien ni siquiera me atrevo a nombrar– contó con las mayorías parlamentarias necesarias para reformular todas las leyes que quiso⁶; o que la Italia fascista también

no es el resultado de una decisión mayoritaria, sino que es la condición para que se pueda exigir a las minorías que se sometan a las decisiones de la mayoría. Allí donde se priva de derechos a la minoría, ni siquiera la mayoría puede legitimar” (SPAEMANN: “Límites acerca de la dimensión ética del actuar”, EIUNSA, Madrid 2003, cap. 28). Como bien escribiera para Alemania el diputado socialdemócrata Adolf ARNDT, la interpretación constitucionalmente relevante del principio general de igualdad de la Constitución alemana, significa que al Estado le ha sido sustraída toda capacidad de determinar quien es persona, porque conforme al artículo 3, a todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad (citado por SPAEMANN, op. cit. cap. 29). Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, “significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho” (SPAEMANN, op. cit. cap. 28.). Como bien lo apuntara ya Sergio COTTA, “En el centro de la reflexión antropológica debe estar la noción de *individuo real*. Esta es preferible a la en el fondo ambigua de persona” (*Sei tesi per una riflessione politica sulla società attuale*) En el mismo sentido expresa NÚÑEZ LADEVÉZE (*Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007 p. 17 y 18): “lo que se entiende como *igualdad de la naturaleza humana* o de *todos los hombres* es distinto de lo que se entiende por *igualdad* de todos ante la ley. La palabra “*todos*” en “*igualdad de todos ante la ley*” es discriminatoria, y no puede aplicarse a *todos* los hombres; pero la palabra *todos* en “*todos los hombres*”, o “*todas las personas*”, no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos “*naturaleza humana*”, que es anterior a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El “*todos*” de “*todos los hombres*” se define con relación a “*la naturaleza humana*”. Pero si hay algo así como una “*naturaleza humana*”, ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta “*naturaleza*”. Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el *input* cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el “*todos*” de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal”.

6. Dice bien Gabriel ZANOTTI: “Como todos los alemanes de su generación, y antes también, Habermas queda horrorizado por la experiencia de la segunda guerra. Muchas cavilaciones filosóficas se hicieron entonces –y se siguen haciendo– sobre qué es lo que culturalmente condujo a dicha situación. Muchos postmodernos ven en la segunda guerra la caída total del paradigma de racionalidad que guiaría a Europa después de la Revolución Francesa. Pero no es ese el camino de Habermas, quien se considera heredero de la modernidad” (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, nº 370, p. 26).

contó con los “consensos institucionales” para hacer otro tanto, como que el Código italiano de 1942 fue obra suya⁷.

Esa “trampa totalitaria”, nace de una ilusión, que a su vez configura uno de los mayores fracasos del proyecto político y filosófico de la “ilustración”⁸, la ilusión de creer que el mero funcionamiento formal de las instituciones republicanas, sería suficiente para garantizar legitimidad en las decisiones; pero basta la lógica, y lo corroboran los ejemplos históricos dados, para concluir que ese juego institucional solamente puede otorgar validez formal, es decir “legalidad”, pero no legitimidad política a las decisiones. No es el “consenso” de los órganos investidos de poder estatal lo que otorga legitimidad, y no advertirlo es caer en una peligrosa trampa⁹.

7. Y su ideología terminó “contagiando” e impregnando ese texto, monumental en otros aspectos, como lo ha demostrado SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, incluido en ps. 70 a 113 de la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Lima, 2002, p. 81. El trabajo del autor italiano, cuya lectura íntegra recomendamos calurosamente, configura un sólido, brillante y valiente intento por desenmascarar ciertas perspectivas teóricas *non sanctas* subyacentes en la doctrina y legislación italiana de los años fascistas. Del mismo autor, en colaboración con Pier G. MONATERI, puede consultarse también *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, en Cardozo Electronic Law Bulletin. Accepted Paper – Serie 2009.

8. Ilusión y fracaso, que, a modo de síntesis, reflejan muy bien los siguientes pasajes: “Si en la época liberal la individuación de una parte de la población era necesaria para la adaptación de la sociedad en su conjunto al estadio alcanzado por la técnica, hoy el funcionamiento del aparato económico exige una dirección de las masas que no se vea ya perturbada por la individuación. La tendencia –determinada por la economía– de la sociedad compleja, que se ha impuesto siempre en la constitución espiritual y física de los individuos, atrofia los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de este [...] La irracionalidad de la adaptación dócil y solícita a la realidad llega a ser para el individuo más racional que la razón. Si en otro tiempo los burgueses habían introyectado –en sí mismos y en los trabajadores– la constricción como deber de conciencia, el hombre entero se ha convertido, entretanto, en sujeto-objeto de la represión. En el progreso de la sociedad industrial, que pretende haber exorcizado la ley –por ella misma engendrada– de la depauperación creciente, perece ahora la idea misma que justificaba todo: el hombre como persona, como sujeto de la razón. La dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura [...] Esta locura caracteriza a la actual realidad política [...] La incompatibilidad misma de las ideologías, proclamada por los políticos de los partidos adversos, no es ya más que una ideología de la ciega constelación de poder. El estilo de pensamiento según *Tickets*, producto de la industrialización y de su propaganda, se adapta a las relaciones internacionales. El que un burgués elija la lista comunista o la fascista se decide ya según que le impresione más el Ejército Rojo o los laboratorios de Occidente. La reificación –gracias a la cual la estructura de poder, hecha posible únicamente por la pasividad de las masas, se presenta ante estas como una realidad indestructible– es ya tan acabada que toda espontaneidad, e incluso la simple idea del verdadero estado de cosas, se ha convertido fatalmente en utopía excéntrica, en sectarismo marginal [...] La apariencia –la ilusión– se ha hecho tan densa que el hecho mismo de penetrar en ella y desenmascararla adquiere objetivamente el carácter de alucinación. Elegir una lista significa en cambio cumplir la adaptación a la apariencia petrificada como realidad, que a su vez se produce indefinidamente gracias a dicha adaptación. Justamente por ello, quien vacila es marcado como desertor. Desde Hamlet, la duda ha sido para los modernos, signo de pensamiento y de humanidad. El tiempo perdido representaba y mediaba a la vez la distancia entre lo individual y lo universal, lo mismo que en la economía la circulación media entre el consumo y la producción. Hoy los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas. Sentido de la realidad, adaptación al poder, no son ya resultado de un proceso dialéctico entre el sujeto y la realidad, sino producidos directamente por el mecanismo industrial [...] Si los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, no es porque lo hayan satisfecho plenamente, sino en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura” (HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248).

9. “[...] la experiencia de los regímenes del socialismo real ha mostrado que la supresión revolucionaria del régimen de producción capitalista no trae consigo de forma necesaria la emancipación de los individuos [...] A estos hechos se añadió muy pronto un tercero: la creciente colaboración y posterior integración tanto de la oligarquía capitalista como de las masas trabajadoras en el estado nacionalsocialista. La teoría crítica ve en este desarrollo, no un acontecimiento contingente sino la consecuencia del proceso de racionalización desencadenado por la Ilustración, que de forma necesaria lleva a la administración total de la sociedad en forma de un estado autoritario. De este modo la teoría crítica se convierte en una crítica total de la razón ilustrada, que de la defensa de los derechos y libertades del individuo pasa a la imposición de unas estructuras de dominación tecnológica que convierte a los hombres en meras ruedas del engranaje social” (BENGOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, Herder, Barcelona 1992, p. 127). Y a propósito de la cita, piénsese que todo el problema de la “dominación tecnológica”

Es la trampa del sueño de la razón transformado en pesadilla, por la que “la dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura”, pues conduce a atrofiar “los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de este”. En virtud de dicha racionalidad instrumental¹⁰ devenida en locura, hoy “los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas”; y los derechos y libertades del individuo ceden a la imposición de unas estructuras de dominación política, económica, y especialmente científico tecnológica, que constituyen nuevas formas de alienación pues convierten a los hombres en meras ruedas del engranaje social; todo ello determina que “los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, [...] en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura”¹¹

Y es la trampa de la “metafísica estatal” que Habermas rechaza, con solo considerar que al vivir en la época posmetafísica, ya no hay explicación que justifique seguir considerando al estado como el eje absoluto de la actividad humana, lo que no implica que deje de ser un importante elemento en las sociedades complejas¹². A ello Habermas ha de contraponer la siguiente idea:

“Sospecho, sin embargo que el malestar y la inquietud tienen una raíz más profunda, a saber: el presentimiento y sospecha de que, bajo el signo de una política completamente secularizada, el estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical. Convertir este presentimiento en una idea es la meta de la presente investigación”¹³

3. Habermas y su intento por rescatar a la razón secularizada

Frente al horror del sueño de la razón transformado en pesadilla que describen sus predecesores, Habermas va a intentar salvar a la razón, y al proyecto de la ilustración, corrigiendo aquellas fallas que objetivamente terminan desembocando en su crisis y fracaso. Para este autor dicho proyecto no ha fracasado, sino que se encuentra incompleto e inacabado, por no haber dado a la razón su cauce natural de expresión que, según se ha de ver, va a encontrar en la acción comunicativa humana.

Para Habermas, la legitimidad del ordenamiento jurídico, y por tanto la superación de la permanente tensión entre facticidad y validez, no es otra cosa que un juego del lenguaje, un resultado de la acción comunicativa humana desplegada a fin de perseguir una conciliación de variadas representa-

se introduce en el Proyecto con el problema del embrión –verdadero individuo de la especie humana, reducido a mera *res* biológica hasta la implantación en el útero– incluso para favorecer y proteger ese auténtico “negocio” del dominio tecnológico –y a costa de la dignidad humana– con normas tales como el anonimato de los donantes de gametos, que violan el derecho a la identidad de aquellas personas “producidas en masa” mediante dichas técnicas de laboratorio.

10. Desde la perspectiva de análisis de la teoría crítica, racionalidad instrumental, por oposición a racionalidad emancipadora, no es otra cosa que la razón humana misma, deliberadamente puesta al servicio del dominio, sea de la naturaleza, de la economía, o de los hombres. En ese sentido, ha dicho ZANOTTI: “Modernidad es igual, para esta escuela, a control [...] La racionalidad de la modernidad es una racionalidad instrumental: la eficiencia de los medios respecto a los fines. Esto es, dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial y la ganancia capitalista [...] En este sentido, se podría decir que para esta escuela la modernidad, al identificarse con la racionalidad instrumental, se identifica con la dominación, con la explotación y, en ese sentido, ha fracasado” (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, n° 370, p. 26). Nuevamente, adviértase que todo el problema biotecnológico es racionalidad instrumental desplegada como medio al fin del “dominio” de la vida, y que muchos de los aparentes problemas que propone son “falsos problemas” desde una perspectiva ética y jurídica, derivados de permitir que sea la técnica quien dicte la “agenda” al Derecho, y no a la inversa.

11. Ver las tres notas anteriores.

12. BOTERO BERNAL, Andrés: *Aproximación al pensamiento iusfilosófico de Habermas*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002, pp. 9-29.

13. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998. p. 61.

ciones del mundo y su significado¹⁴; ese juego exige la articulación mental (articulación espiritual), de un espacio público de múltiples voces, donde todas y cada una pueda hacerse oír¹⁵, todo ello a fin de alcanzar “una “conciliación” del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, solo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral –“conforme a una ley general de la libertad”– merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios”¹⁶.

En su célebre *Teoría de la acción comunicativa*¹⁷, Habermas ha de presentar al debate en el ámbito del espacio público como la verdadera posibilidad de superar las tensiones y conflictos sociales, mediante la búsqueda de consensos que permitan el acuerdo y la cooperación, a pesar de los naturales y comprensibles disensos¹⁸. Para el autor, la opinión pública, es un elemento central de su propuesta de política deliberativa, la verdadera alternativa para superar los déficits democráticos de los sistemas políticos contemporáneos que se denuncian desde la escuela crítica de Frankfurt. Esa opinión pública, puede ser manipulada y deformada, pero pagando altísimos costos, pues constituye el verdadero e insustituible eje de la cohesión social, de la construcción y legitimación (o deslegitimación) política¹⁹. Las libertades individuales y políticas dependen de la dinámica que se suscite en dicho espacio público, que Habermas ha caracterizado del siguiente modo, a lo largo de los años:

“Por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos. En cada conversación en la que los individuos privados se reúnen como público se constituye una porción de espacio público. [...] Los ciudadanos se comportan como público, cuando se reúnen y conciertan libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar y publicar libremente su opinión, sobre las oportunidades de actuar según intereses generales. En los casos de un público am-

14. “La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular, o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa [...] Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen, desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de los imperativos sistémicos” (HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 65- 67).

15. *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes].

16. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 91.

17. Taurus, Madrid, 1992.

18. “La racionalidad comunicativa, por lo tanto, es una acción dialógica, implica un diálogo con el otro, para lo cual existen por ende tres condiciones de diálogo: verosimilitud, rectitud, sinceridad. A lo cual habría que agregar una cuarta: que el que dialoga con nosotros acepte nuestras intenciones de diálogo mediante una consideración crítica, analizada racionalmente (‘racionalmente motivado’) y no por otros motivos, como son los premios o castigos, donde entonces se termina el diálogo y comienza nuevamente la dominación [...] Quisiera que detrás de estos tecnicismos no se olvide la intención de este autor: rescatar la racionalidad, y con ello, la modernidad. La libertad de la cual hablaba la Revolución francesa no se ha perdido del todo en la alienación de la racionalidad instrumental. Queda aún la libertad en el diálogo, la comunicación con el otro, que debe ser aquello que alimenta de fondo a una vida democrática. El diálogo es, por ello mismo, esa instancia donde se encuentran todas las personas que piensan diferente en temas religiosos y metafísicos, pero que se encuentran libres e iguales en una acción dialógica. Acción dialógica que es la norma básica, la ética del discurso fundamental en la cual todos deben coincidir precisamente por lo que difieren, una especie de imperativo categórico donde se salva la racionalidad del otro y su libertad, y debe ser base de toda vida democrática [...] La racionalidad de la modernidad, por ende, no ha fracasado, porque ella no es un proyecto con resultados palpables, sino la ética del discurso que debe imperar en una sociedad de personas libres e iguales, una vez que las diferencias religiosas y metafísicas han sido superadas por esta racionalidad poskantiana. La modernidad no ha fracasado en la medida que la modernidad sea igual a la ética del discurso. Una democracia constitucional moderna no es más que un intento de plasmar políticamente ese ideal” (ZANOTTI: *Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, n° 370, p. 26).

19. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001, P. 51-70.

plio, esta comunicación requiere medios precisos de transferencia e influencia: periódicos y revistas, radio y televisión son hoy tales medios del espacio público”.²⁰

“La esfera o espacio de la opinión pública es, ciertamente, un fenómeno social tan elemental como la acción, el acto, el grupo, o el colectivo; pero escapa a los conceptos tradicionales del orden social. La esfera o el espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”.²¹

“El *common sense* democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él”.²²

4. El uso público de la razón, como fuente de legitimidad de las decisiones colectivas

Desde estos presupuestos, Habermas ha de discurrir sobre caminos ya trazados por Kant, para quien las leyes y las decisiones políticas requieren una justificación que solo pueden encontrar en la fuerza de la razón, una razón que se hace manifiesta en el debate de la opinión pública. El uso público de la razón tiene el poder de la fuerza coactiva de la no coacción²³:

“La verdadera política no puede dar ni un paso sin rendir antes tributo a la moral, y aun cuando la política es por sí misma un arte difícil, de ningún modo es su asociación con la moral arte alguno; porque esta atajaría gordianamente el nudo que aquella fuera incapaz de desatar tan pronto como ambas comenzaran a disputar”.²⁴

Sin embargo, desde la crítica neomarxista ejercida por la escuela de Frankfurt, Habermas tiene frente a su horizonte intelectual una constatación efectuada por sus predecesores, a saber: que la discusión parlamentaria muchas veces no manifiesta la razón de todos los afectados por la legislación, de todos los ciudadanos teóricamente representados, sino la voluntad del grupo o de los grupos socialmente dominantes²⁵. Hay un dominio de determinados sectores sociales en la vida parlamentaria

20. HABERMAS, J.: *Kultur und Kritik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 6, citado por BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

21. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 440

22. HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los librerías alemanes].

23. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

24. KANT, *Werke*, vol. VI, E. CASSIRER (ed.), Berlín: Cassirer, p. 467, citado por J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G. Gili, 1981, p. 136.

25. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 42.

y en las decisiones del ejecutivo, con lo cual se pone en cuestión la legitimación política del orden burgués²⁶:

“Como es natural, el *consensus* fabricado tiene poco en común con la opinión pública, con la unanimidad final resultante de **un largo proceso de recíproca ilustración**; porque el ‘interés general’, sobre cuya base [...] podía llegar a producirse libremente una coincidencia racional entre las opiniones públicamente concurrentes, ha ido desapareciendo exactamente en la medida en que la autopresentación publicística de intereses privados privilegiados se lo iba apropiando”²⁷

5. La acción comunicativa humana, expresada en la libre formación de la opinión pública, como auténtica fuente del verdadero consenso democrático

Los ciudadanos son verdaderos “portadores del espacio público” y en él dialogan en **un largo proceso de recíproca ilustración**. Tal es la interacción comunicativa, es decir, la práctica comunicativa cotidiana que se produce a partir de la inteligibilidad general de los lenguajes, sean estos seculares o religiosos. El autor llega a reprochar a la fenomenología el no haber todavía “comprendido plenamente que el lenguaje es la telaraña de cuyos hilos cuelgan los sujetos, y en los cuales llegan a formarse como sujetos”²⁸.

Este intercambio comunicativo produce argumentos, influencias y *opiniones*. La opinión pública puede manipularse e instrumentalizarse, pero a costa de perder su fuerza de eficacia para proporcionar una legitimación racional. Cuando el espacio del juego lingüístico no permite la sinceridad en las expresiones y las críticas abiertas, se pierde la capacidad de interacción entre los agentes sociales y la articulación necesaria entre ellos (integración social); la coacción puede reprimir y enmascarar, pero no elimina las contradicciones, sino que, por el contrario, las incrementa²⁹..

De la buena salud, de la espontaneidad del espacio de opinión pública, y la verdadera autonomía de la voluntad de los ciudadanos, dependen la legitimación de las decisiones políticas y la regulación de la cohesión social. Por ello, el autor entiende necesario distinguir entre poder comunicativo y poder político³⁰; el primero pertenece a la opinión pública y consiste en la posibilidad de producir discursivamente motivaciones y convicciones compartidas, que se concretan en una voluntad común; el segundo concierne a la pretensión de dominio sobre el sistema político y el empleo del poder administrativo. De allí que Habermas proponga:

“considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código ‘poder’, al

26. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

27. HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*...., p. 222, el destacado me pertenece.

28. HABERMAS, J.: *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, p. 124, citado por BENGEOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, p. 133.

29. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 444-445.

30. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 216-217; glosando su contenido, se ha dicho: “En este capítulo cuarto son centrales la reformulación que se hace del principio de ‘división de poderes’ en términos de ‘teoría del discurso’ y el concepto que se introduce de ‘poder comunicativo’, en el que se funden, como en una única fuente, poder y derecho; es el punto en el que Habermas lleva hasta sus últimas consecuencias la idea democrática de autonomía política y, por tanto, de la posibilidad de disolver el poder de la razón, haciendo derivar del ‘poder producido por la voluntad en el que deliberativamente muchos se ponen de acuerdo’ [...] el poder político-administrativo encargado de imponer el derecho introduciendo con ello una fundamental diferenciación en el concepto de poder político, y por tanto, en el concepto de lo político” (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 11).

poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados”³¹

Para Habermas el auténtico y verdadero motor de la política democrática, no solamente en un sentido real empírico, sino incluso también en sentido normativo, es el espacio del libre juego de la opinión pública. Por ello, el modelo a seguir, a fin de superar y no agravar debilidades del sistema democrático, es el de política deliberativa. En este modelo, “la soberanía popular” equivale a la libre formación de la opinión pública, y ocupa un lugar central en los requisitos procedimentales que *deben* exigirse para la legitimación de las prácticas y las decisiones políticas:

“Los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho [...] permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos. Sin duda, [...] el presupuesto de un espacio público político no hipotecado, es un presupuesto carente de realismo; pero bien entendido, no se le puede calificar de utópico en sentido peyorativo. Pues podría cumplirse a medida que surgiesen sociedades formadoras de opinión en torno a las que pudiesen cristalizar espacios públicos autónomos, y, resultando estos perceptibles como tales, introdujesen cambios en el espectro de los valores, los temas y las razones que en los medios de comunicación de masas, en las organizaciones formales, y en los partidos solo se canalizan a través de relaciones de poder, delimitando innovadoramente ese espectro, a la vez que filtrándolo críticamente”³²

6. Significado actual de los Códigos históricos, como auténticos modos de expresión de la cultura de un pueblo

Con prescindencia de los hechos que les dieran origen, y del juicio crítico que ello merezca, al día de hoy los códigos históricos³³ –enriquecidos con sucesivas reformas, y por la paciente labor de aplicación de frondosa doctrina y jurisprudencia– forman parte del depósito cultural de los pueblos donde han regido, y a fuer de tales configuran verdaderos hitos de carácter democrático, porque allí se encuentran plasmados tácitos consensos acerca del sistema de representaciones sobre la vida en común.

Su espontáneo acatamiento por parte de la comunidad, es prueba del acuerdo social sobre los valores allí reflejados, y por lo tanto representan verdaderas “piedras vivas y angulares” en un sistema democrático, que deben ser tratadas con sumo respeto.

No es que no pueda hacerse, pero –a fin de evitar una auténtica avalancha– ha de tenerse extremo cuidado, máxima precaución a la hora de remover esas “piedras vivas”, tal como lo señala la mejor tradición filosófica y jurídica de occidente.

31. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 217-218.

32. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 614.

33. Textos legales nacidos (en especial, el *Code Napoléon*), en la generalidad de los casos, al calor de una explosión de “racionalismo jurídico” constructivista, que pretendía imponer al orden social el plan o programa transformador de la razón. Pese a que –por múltiples motivos, que sería imposible sintetizar siquiera en estas líneas– el de don Dalmacio VÉLEZ SARFIELD escapa en buena medida a dicha calificación, a todo evento, cabe destacar que los excesos de racionalismo terminan a la larga por ser corregidos por la vida misma, y eso fue lo que aportaron estos más de ciento cuarenta años de historia, con su cotidiana aplicación –plasmada en muy valiosa doctrina y jurisprudencia– y con sus sucesivas reformas. Como esperamos demostrarlo con detalle en un posterior trabajo, en nuestra modesta opinión un nuevo Código implicaría un nuevo y excesivo ejercicio de “racionalismo” jurídico, solo que –y a diferencia de los que ocurriera en el Siglo XIX– habría esta vez de nacer herido de muerte por el signo de lo anacrónico, pues –al menos en este aspecto– el programa racionalista codificador es un proyecto “fracasado”, como lo demuestra la constatación efectuada por Natalino IRTI sobre el hecho cierto e innegable de que hoy estamos viviendo inmersos en la “edad de la decodificación”.

Es que el derecho no se reduce a la ley. La voz del legislador, genera un coro de voces en la doctrina, en la jurisprudencia, y en las conductas espontáneas de los ciudadanos; todo ese entramado de múltiples voces, de distinto tono y volumen, tiene el sello de la juridicidad, y olvidarlo configura el anacrónico ejercicio de un racionalismo excesivo para nuestros tiempos³⁴. Cuando se suprime la voz del legislador, ese coro polifónico se desvanece, porque las restantes voces –las pertenecientes a la Asamblea, si se me permite la analogía litúrgica– quedan retumbando en el vacío, como un eco muerto y carente de sentido.

Pues como enseñaba el maestro Guillermo Borda:

“Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código –si se nos permite el término– ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquellos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos”³⁵

Es una respuesta que se aproxima muchísimo a la que proporcionaba Santo Tomás:

“**Objeciones** por las que parece que la ley humana debe modificarse siempre que se encuentra algo mejor [...] **En cambio** está lo que se dice en el *Decreto*, dist.12: *Es una vergüenza ridícula y abominable que toleremos la violación de las tradiciones que desde la antigüedad recibimos de nuestros mayores* **Solución.** Hay que decir: Según ya vimos (a.1), en tanto es legítimo cambiar una ley en cuanto con su cambio se contribuye al bien común. Ahora bien, por sí mismo, el cambio de las leyes comporta ciertos riesgos para el bien común. Porque la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso, cuando se cambia una ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre. De aquí que la ley humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por este. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial. Por eso dice el Jurisconsulto que *la institución de nuevas leyes debe reportar una evidente utilidad que justifique el abandono de aquellas otras que durante mucho tiempo fueron consideradas equitativas*”³⁶.

34. Bien expresa ORTEGA y GASSET (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13): “En las revoluciones intenta la abstracción sublevarse contra lo concreto; por eso es consustancial a las revoluciones el fracaso. Los problemas humanos no son, como los astronómicos, o los químicos, abstractos. Son problemas de máxima concreción, porque son históricos. Y el único método de pensamiento que proporciona alguna probabilidad de acierto en su manipulación es la ‘razón histórica’. Cuando se contempla panorámicamente la vida pública de Francia durante los últimos ciento cincuenta años, salta a la vista que sus geómetras, sus físicos y sus médicos se han equivocado casi siempre en sus juicios políticos, y que han sabido, en cambio, acertar sus historiadores. [...] Tres siglos de experiencia “racionalista” nos obligan a recapitular sobre el esplendor y los límites de aquella prodigiosa *raison* cartesiana. Esta *raison* es solo matemática, física, biológica. Sus fabulosos triunfos sobre la naturaleza, superiores a cuanto pudiera soñarse, subrayan tanto más su fracaso ante los asuntos propiamente humanos e invitan a integrarla en otra razón más radical, que es la ‘razón’ histórica. [...] Esta nos muestra la vanidad de toda revolución general, de todo lo que sea intentar la transformación súbita de una sociedad y comenzar de nuevo la historia, como pretendían los confusionarios del 89. Al método de la revolución opone el único digno de la larga experiencia que el europeo actual tiene a su espalda”.

35. BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Vol I, n° 124.

36. SUMMA: I – II, q 97, a 2.

Tales enseñanzas, mantienen toda su actualidad en la hora presente donde, con “tres palabras rectificadoras del legislador”, podríamos estar a punto de convertir “bibliotecas enteras en basura”, para emplear la conocida fórmula de Julius Von Kirchmann, y producir un hecho de características “revolucionarias”, según incluso lo ha definido un vocal de la Excma. CSJN.

Pero toda revolución implica una verdadera ruptura en la lógica de los antecedentes, y por lo tanto ha de sopesarse con extrema prudencia su conveniencia, pues, tras sus banderas, no pocas veces en la historia se han enmascarado actos de características antidemocráticas impuestos autoritariamente a la mayoría, por una minoría. Vaya, si no, la siguiente cita de Ortega y Gasset –a quien, ciertamente, no podría acusarse de tomista– coincidente con Tomás de Aquino acerca de la necesidad de una continuidad en el plano del derecho, y de lo peligroso de las revoluciones: “Las revoluciones, tan incontinentes en su prisa, hipócritamente generosa, de proclamar derechos, han violado siempre, hollado y roto el derecho fundamental del hombre, tan fundamental, que es la definición misma de su sustancia: el derecho a la continuidad. La única diferencia radical entre la historia humana y la “historia natural” es que aquella no puede nunca comenzar de nuevo [...]”³⁷.

No es ciertamente poco aquello que perdería el país desde un punto de vista cultural, reduciendo gran parte del pasado y la tradición a virtual ceniza por un mero acto legislativo impuesto desde arriba a la sociedad civil, lo que no puede discutirse que habrá de empobrecer nuestra cultura jurídica con la forzosa amputación de todo aquello que *ipso facto* habrá de pasar a ser “tejido muerto”.

Resulta, en efecto, muy difícil no pensar en todos esos años que maestros de la talla de Salvat, Lafaille, Colmo, Fornieles, Orgaz, Molinario, Llambías, Borda o Moisset de Espanés –por citar solo algunos de nuestros grandes civilistas– dedicaron a estudiar concienzudamente el Código de Vélez, años de valioso y sacrificado estudio que quedarán reducidos a polvo, y ello torna difícil encontrar una necesidad real y de peso que lo justifique³⁸; mentalmente puedo representar-me esos debates memorables, que automáticamente pasarán a integrar el archivo de curiosidades históricas más dignas del arqueólogo que del jurista, y no puedo impedir que un amargo sabor invada mi boca.

Solo eso –que no es poco, ciertamente– ya debiera ser suficiente argumento como para pensarlo dos veces, y no “lanzarse” precipitadamente al vacío. Ha de empeñarse toda prudencia a fin de

37. Y continúa nuestro autor, del siguiente modo: “Köhler y otros han mostrado cómo el chimpancé y el orangután no se diferencian del hombre por lo que, hablando rigurosamente, llamamos inteligencia, sino porque tienen mucha menos memoria que nosotros. Las pobres bestias se encuentran cada mañana con que han olvidado casi todo lo que han vivido el día anterior, y su intelecto tiene que trabajar sobre un mínimo material de experiencias. Parejamente, el tigre de hoy es idéntico al de hace seis mil años, porque cada tigre tiene que empezar de nuevo a ser tigre, como si no hubiese habido antes ninguno. El hombre, en cambio, merced a su poder de recordar, acumula su propio pasado, lo posee y lo aprovecha. El hombre no es nunca un primer hombre: comienza desde luego a existir sobre cierta altitud de pretérito amontonado. Este es el tesoro único del hombre, su privilegio y su señal. Y la riqueza menor de ese tesoro consiste en lo que de él parezca acertado y digno de conservarse: lo importante es la memoria de los errores, que nos permite no cometer los mismos siempre. El verdadero tesoro del hombre es el tesoro de sus errores, la larga experiencia vital decantada gota a gota en milenios. Por eso Nietzsche define el hombre superior como el ser ‘de la más larga memoria’. [...] Romper la continuidad con el pasado, querer comenzar de nuevo, es aspirar a descender y plagiar al orangután. Me complace que fuera un francés, Dupont-White, quien, hacia 1860, se atreviese a clamar: ‘La continuité est un droit de l’homme: elle est un hommage à tout ce qui le distingue de la bête’”[...] (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13/14).

38. Detrás de la “biblioteca” profesional de cada letrado, muchas veces existen verdaderas historias de vida; de ilusiones y esfuerzos, de sacrificios, y privaciones, empeñados en edificarla, y –por su dimensión existencial– esas historias merecen algún respeto y consideración. Obviamente, ello no es un argumento de peso para resistirse a una reforma legislativa cuando ella es generalmente sentida como necesaria, pero sí una invitación a reflexionar con honestidad intelectual cuándo ella habrá de revestir realmente el carácter de lo necesario. Y una reflexión que nos debiera llevar a plantearnos sinceramente si acaso no nos habremos acostumbrado tanto a devaluar nuestra moneda, y nuestras instituciones todas, hasta el extremo de sentirnos también habilitados a devaluar –sin necesidad real que lo justifique– los títulos universitarios de miles y miles de profesionales del Derecho –en particular en los pueblos, y pequeñas ciudades del interior de la República– de quienes no resulta descabellado pensar que sus ocupaciones laborales o profesionales les habrán de dificultar –cuando no directamente impedir– actualizar sus conocimientos.

que –entre la prisa y el entusiasmo– por inadvertencia no terminemos repitiendo el gravísimo error histórico reflejado en aquel célebre episodio del Emperador Shi Huang Ti³⁹.

Y desde luego, no es esa la única razón que invita a la prudencia, pero reflexionar sobre todas ellas excedería con creces los límites de este trabajo⁴⁰.

7. Aplicación de las anteriores premisas en la hora presente

Aplicando las anteriores premisas al problema de la derogación del Código de Vélez que nos ha regido por casi ciento cincuenta años, y su sustitución por Código completamente nuevo, cabe decir que, en los países serios y con verdadera cultura democrática, ello requiere, para emplear palabras de Habermas, **un largo proceso de recíproca ilustración**.

Es un proceso que se mide en años, y no en meses, como parecería estar en mente de ciertas autoridades en el orden nacional, y de algunos de los actores privados promotores de la reforma.

Es que no se pueden hacer “a las apuradas” cosas de esta envergadura...

Para formarse una muy pálida idea acerca del tiempo y estudio que debe llevar un proceso de reformas, me permito recordar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y de prescripción data del año 2005, y todavía no ha sido sancionado, y que el Antepro-

39. Este monarca quiso que su pueblo olvidara cuanto había sucedido antes de que él fuera Emperador, y por eso decidió llamarse Shi Huang ti, esto es: el Primer Emperador. Su propósito era que la historia empezara con él, ya que pretendía fundar una dinastía inmortal y que sus herederos se llamaran Segundo Emperador, Tercer Emperador, así sucesivamente hasta el final de los tiempos. Shi Huang Ti se percató muy pronto de que los libros eran un gran obstáculo para poner en práctica su idea, pues había libros en los que se hablaba de lo acontecido antes de él, y cualquiera que abriera un libro sabría que habían existido otros emperadores anteriores. Había además otros libros y documentos, en los que los antiguos habían dejado escritas también sus observaciones de las estrellas y de la luna, las clases de flores que alegran los campos en primavera, las cuentas aritméticas, la canciones que cantaban los campesinos cuando llegaba la cosecha del arroz, y las amargas quejas de las mujeres cuando sus hijos y esposos iban a luchar por sus emperadores contra los enemigos de China. Todas estas cosas y muchas más se contaban en miles de libros y documentos. Pero al Emperador Shi Huang Ti no le importó para nada todo ese depósito cultural, y luego de mucho cavilar llegó a la conclusión de que mientras hubiera libros, él no podría llamarse Primer Emperador de la China, y por ello dispuso que fueran quemados todos los libros escritos antes de su reinado... Desde luego, Shi Huang Ti no pudo salirse con la suya, sino que más bien produjo el efecto contrario, pues cuando murió, sus historiadores se encargaron de narrar lo acontecido; pero como el daño a la cultura ya estaba consumado, Shi Huang Ti pasó a la historia precisamente como el gobernante autoritario que, en su afán de gloria vana, había quemado todas las bibliotecas, y reducido a cenizas ese valioso legado cultural...

40. En realidad, en el actual contexto nacional y global, un nuevo Código puede representar una “jugada” peligrosa que incremente el riesgo país, incluso con independencia de su contenido.

Se trata de un problema de sentido común, pues no parece prudente introducir cambios legislativos significativos, en momentos de grave crisis económica y financiera a nivel global, en el que todo esfuerzo debiera dirigirse a superarla, cuidando de no introducir factores irritativos que agraven el riesgo país. Las reformas que pueda parecer conveniente sancionar deben ser puntuales. Pero derogar el Código Civil y el Código de Comercio que nos rigen, para reemplazarlos por un nuevo texto, es incidir en la columna vertebral del orden jurídico del país, en todos los temas del Derecho Patrimonial. No es de esperar que los actuales y los potenciales inversores extranjeros –por no hablar de los nacionales– vean sin preocupación tales cambios, porque estos afectan a las reglas de juego con las que se mueven o se moverán. La estabilidad jurídica es un factor decisivo en la estabilidad económica. O, para expresarlo en términos de sabiduría criolla: “No hay que cambiar de caballo, en medio del río”.

Se trata también de no agudizar la crisis judicial, uno de cuyos factores es el incremento de la litigiosidad, no solo en cuanto al número de procesos, sino, también en cuanto a la multiplicación de articulaciones de todo tipo, dentro de cada proceso. Si eso acontece con leyes que han tenido la decantación de más de un siglo, con abundancia de doctrina y jurisprudencia, es fácil pronosticar lo que acontecerá con un Código nuevo, para el que cada regla deberá ser sometida a análisis. Hasta que se elabore una nueva doctrina y se asiente la jurisprudencia, pasarán años, años perdidos en devaneos jurídicos que difícilmente el pueblo comprenderá. Preguntémosnos qué ocurrirá si ahora se sanciona un nuevo Código. Jura novit curia. Los jueces deberán estudiarlo y, sobrecargados como ya están de trabajo, no podría pedírseles que roben horas al sueño, a ese dulce sueño que –al decir de Shakespeare– alimenta la vida. Fatalmente se producirá una disminución del tiempo empleado para sentenciar, incrementándose la del estudio del Código por venir.

yecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de España es del año 2009, con idéntico resultado negativo.

Con mayor razón ese tiempo es mucho más extenso, cuando se trata de la derogación de códigos históricos, y su sustitución por otros completamente nuevos. Una vez más, y solo a fin de formarse una idea, la Comisión que redactara el Código italiano de 1942 entró en funciones en 1925, presidida por V. Scialoja, y trabajó por más de 10 años. Dicho sea siquiera al pasar, el italiano es uno de los contados “ejemplos” de códigos completamente nuevos, pues la mayoría de los países trata con muchísimo respeto su legado cultural, pero es un caso que tiene su explicación en la aspiración nacionalista de contar con un Código “propio”, pues el de 1865 era, con variantes, un texto tributario del Code Napoléon.

Otro ejemplo histórico que confirma la necesidad de **un largo proceso de recíproca ilustración** a fin de legitimar racionalmente la sustitución de un Código por otro, puede verse en el proceso codificador en Portugal. Allí, una Comisión integrada por los más destacados juristas portugueses, (Universidades de Coimbra, Lisboa y Oporto), trabajó empeñosamente durante 22 años en la elaboración del proyecto que recibió sanción en 1966. El trabajo fue paciente y cuidadoso; los miembros de la comisión, a medida que redactaban sus anteproyectos, publicaban en el “Boletim do Ministerio da Justiça” artículos de doctrina para explicar el alcance de las modificaciones que proponían. Los anteproyectos de los distintos libros fueron presentados a partir del año 1956, y sobre ellos trabajó una comisión revisora, que produjo una serie de opiniones y dictámenes, compilados en cinco volúmenes, con el título de “Primera Revisión Ministerial”, que fueron publicados entre 1961 y 1963, para facilitar su conocimiento y análisis por los entendidos. Después de recibir numerosas sugerencias y críticas, se efectuó una “Segunda Revisión Ministerial”, publicada entre 1964 y 1966, en siete volúmenes, que también fuera objeto de discusión, antes de arribarse al Proyecto definitivo, que se presentó en mayo de 1966, y acabó por convertirse en ley seis meses después⁴¹.

Al igual que el Código italiano de 1942, se trató de un Código nuevo que vino a reemplazar al de 1867. Pero al igual que en Italia, fue fruto de un hecho autoritario de la dictadura de Antonio Oliveira Salazar....

Y no obstante ello, en ambos casos se siguieron procedimientos formales de discusión mucho más “democráticos”, mucho más sinceramente dirigidos a una búsqueda de verdadero y auténtico consenso entre los destinatarios de esas leyes (y no meramente entre los encargados de sancionarlas), que los que parecería –y digo parecería, desnudando mis temores más profundos, pero esperando de corazón estar equivocado– que hoy pretende aplicarse en nuestro país...

8. El verdadero consenso democrático a buscarse, a la hora de la derogación del Código de Vélez, para sustituirlo por un nuevo código

En síntesis, si de verdad se quiere que la derogación del Código de Vélez, y su sustitución por otro enteramente nuevo, goce de auténtica legitimidad democrática, es necesario articular un espacio público de múltiples voces en el que todas tengan el tiempo y la oportunidad de expresarse, a fin de generar **un largo proceso de recíproca ilustración** entre todas ellas.

Es imprescindible ese proceso –extendido en un tiempo que se mide en años, y no en meses– de recíproca interacción comunicativa, no solamente entre los miembros de la comunidad jurídica, sino también y muy especialmente entre todos los integrantes del espacio público, pues en definitiva serán los destinatarios últimos de la reforma.

Y, en atención a la naturaleza misma de algunas de las reformas propuestas, entre esas voces que deben ser escuchadas muchas veces, con sumo respeto y atención, reviste capital importancia la

41. MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El nuevo Código civil de Portugal – 1967*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXX, 1966, N° 4-5, pp. 243-245.

de las distintas confesiones religiosas⁴², en especial la de aquella que nuestra Constitución Nacional dice “sostener”, en su artículo 2.

Pues, retomando el pensamiento del conocido filósofo alemán enrolado en la escuela de Frankfurt, el diálogo y el consenso en que se fundamenta la legitimidad de la toma de decisiones en un estado pluralista y democrático moderno, no es una cuestión de meras mayorías circunstanciales, sino que supone **la articulación mental de un espacio público de múltiples voces**. Entre esas múltiples voces se encuentra **“una tradición religiosa de cuyos contenidos normativos nos seguimos, sin embargo, nutriendo”**, y por ello **“debe tomarse su objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él”**⁴³

Es imprescindible que todas las voces posibles tengan múltiples oportunidades de hacerse oír eficazmente; que quienes tuvieron ya ocasión de hacer oír su voz, por haber contado con el privilegio de participar en la elaboración del proyecto, guarden hoy un respetuoso silencio, y se dispongan

42. Bien ha dicho Habermas, sobre el punto: “Tan pronto como una cuestión existencialmente relevante –piensen ustedes en la de la tecnología genética – llega a la agenda pública, los ciudadanos, creyentes y no creyentes, chocan entre sí con sus convicciones impregnadas de cosmovisión, haciendo una vez más experiencia del escandalizador hecho del pluralismo confesional y cosmovisional. Y cuando aprenden a arreglárselas sin violencia con este hecho, cobrando conciencia de la propia falibilidad, se dan cuenta de qué es lo que significan en una sociedad postsecular los principios seculares de decisión establecidos en la constitución política. Pues en la disputa entre las pretensiones del saber y las pretensiones de la fe, el Estado, que permanece neutral en lo que se refiere a cosmovisión, no prejuzga en modo alguno las decisiones políticas en favor de una de las partes. La razón pluralizada del público de ciudadanos solo se atiene a una dinámica de secularización en la medida en que obliga a que el resultado se mantenga a una igual distancia de las distintas tradiciones y contenidos cosmovisionales. Pero dispuesta a aprender, y sin abandonar su propia autonomía, esa razón permanece, por así decir, osmóticamente abierta hacia ambos lados, hacia la ciencia y hacia la religión [...] Cuando se describe lo que una persona ha hecho, lo que ha querido hacer y lo que no hubiera debido hacer, estamos describiendo a esa persona, pero, ciertamente, no como un objeto de la ciencia natural. Pues en ese tipo de descripción de las personas penetran tácitamente momentos de una autocomprensión precientífica de los sujetos capaces de lenguaje y de acción, que somos nosotros. Cuando describimos un determinado proceso como acción de una persona, sabemos, por ejemplo, que estamos describiendo algo que no se explica como un proceso natural, sino que, si es menester, precisa incluso de justificación o de que la persona se explique. Y lo que está en el trasfondo de ello es la imagen de las personas como seres que pueden pedir cuentas los unos a los otros, que se ven desde el principio inmersos en interacciones reguladas por normas y que se topan unos con otros en un universo de razones y argumentos que han de poder defenderse públicamente [...] Y esta perspectiva que es la que siempre estamos suponiendo en nuestra existencia cotidiana, explica la diferencia entre el juego de lenguaje de la justificación y el juego de lenguaje que representa la pura descripción científica [...] El common sense está, pues, entrelazado con la conciencia de personas que pueden tomar iniciativas, cometer errores, corregir errores, etc. Y ese common sense afirma frente a las ciencias una estructura de perspectivas que tiene una lógica propia y que tiene un sentido propio [...] de hecho, el reverso de la libertad religiosa fue una pacificación del pluralismo cosmovisional que supuso una diferencia en las cargas de la prueba. Pues la verdad es que hasta ahora el Estado liberal solo a los creyentes entre sus ciudadanos les exige que, por así decir, escindan su identidad en una parte privada y en una parte pública. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular antes de que sus argumentos tengan la perspectiva de encontrar el asentimiento de mayorías. Y así hoy, católicos y protestantes, cuando reclaman para el óvulo fecundado fuera del seno materno el estatus de un portador de derechos fundamentales, hacen la tentativa (quizá algo apresurada) de traducir el carácter de imagen de Dios que tiene la creatura humana al lenguaje secular de la constitución política. La búsqueda de razones que tienen por meta conseguir la aceptabilidad general, solo dejaría de implicar que la religión queda excluida inequitativamente de la esfera pública, y la sociedad secular solo dejaría de cortar su contacto con importantes recursos en lo tocante a creación y obtención de sentido de la existencia, si también la parte secular conservase y mantuviese vivo un sentimiento para la fuerza de articulación que tienen los lenguajes religiosos. Los límites entre los argumentos seculares y los argumentos religiosos son límites difusos. Por eso la fijación de esos controvertidos límites debe entenderse como una tarea cooperativa que exige de cada una de las partes ponerse también cada una en la perspectiva de la otra [...] El common sense democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él” (HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la Pauskirche de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes]).

43. HABERMAS, Jürgen: *Fe y Saber*, antes citado.

a escuchar a quienes todavía no tuvieron oportunidad de expresarse. Después habrá de venir el turno de defender lo hecho y contestar, para luego aguardar pacientemente una nueva réplica en un largo proceso dialéctico y hermenéutico hacia la búsqueda de verdaderos consensos⁴⁴, que en definitiva persigan capturar ese aspecto dialógico que existe en la estructura misma del aprendizaje de la verdad.

Pues la verdad no puede imponerse por la fuerza física, pero tampoco por la fuerza lingüística, esto es, por recursos lingüísticos emocionales, o persuasivos; de allí “cada vez que tratamos de explicar y enseñar la verdad, por más certeza que tengamos sobre ella, el otro tiene derecho a interpelarnos [...] Por ende, toda verdad propuesta es un camino hacia un diálogo implícito. Y ese diálogo es, a su vez, el camino humano hacia la verdad [...] Por supuesto, todo esto es así en caso de que el ser humano esté cumpliendo con el deber de buscar la verdad, concomitante al deber de proponer, no imponer y dejarse interpelar [...] De lo anterior se desprende que estar abierto a la crítica del otro no es fruto de dudar de lo que uno dice, sino de reconocer en el otro su condición de persona, que solo puede ver la verdad mediante argumentos y evidencias que dejan de lado toda coacción [...] Se debe desconfiar moralmente, por ende, de cualquiera que esté en condición de hablar sin tener la posibilidad de ser interpelado de algún modo”⁴⁵

Todo ello requiere un largo proceso, un extenso tiempo que no pueden proporcionarlo los procedimientos de debate parlamentario, a fin de que decanten los argumentos, y maduren las ideas.

Y sobre todo, un tiempo necesario a fin de que se apacigüen las ambiciones, se aquieten las pasiones, y puedan brillar las ideas. Las pasiones de quienes pusieron su fuerza espiritual en la elaboración del proyecto, y es humanamente comprensible que quieran ver materializada en la realidad esa obra de su espíritu. E igualmente, las pasiones de quienes no hubieran sido llamados a participar en dicha labor, y puedan –con razón, o sin ella– sentirse preteridos, desplazados, u olvidados, pues ello también es humanamente atendible.

Pues únicamente el tiempo posee esa virtualidad de generar los necesarios espacios vitales que conduzcan a purificar las intenciones, diluir las pasiones, y clarificar las ideas...

9. Conclusiones finales

Solamente después de años de debate, de muchas Jornadas y Congresos convocados para discutir su contenido, únicamente luego de haberse cumplido ese **largo proceso de recíproca ilustración y quietamiento de las pasiones**, el anteproyecto debería tomar estado parlamentario, para recoger un consenso previo⁴⁶ obtenido informalmente en el espacio público –tanto en la comunidad jurídica, como en la opinión pública– y fuera del juego formal de las instituciones.

44. “Y de ahí que con toda razón se haya visto lo específico de la democracia en el procedimiento dialéctico, en ese procedimiento que se desarrolla a través de manifestaciones, réplicas y contrarréplicas, mediante el que se prepara la producción de normas en las asambleas populares y parlamentarias” (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Aclaraciones a la ética del discurso* de Jürgen HABERMAS).

45. ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, julio de 2000.

46. En realidad fue esa prisa la que, en buena medida, terminó por frustrar los intentos anteriores de reforma integral. De no haberse ella interpuesto en este proceso, probablemente hoy nos encontraríamos en condiciones de convertir en ley, alguno de esos proyectos. En ese sentido el ex diputado nacional y profesor salteño Osvaldo CAMISAR, en el matutino La Nación del Martes 13 de marzo de 2012 ha invitado a no desestimar el valioso aporte representado por el proyecto Sancionado como ley 24.037, luego vetado por el PEN. A dicho texto me permito agregar, por haber recibido sanción legislativa, el elaborado sobre la base del anterior por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación que redactó otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor ALEGRÍA, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel Carlos ARAYA, María ARTIEDA de DURÉ, Alberto Mario AZPEITÍA, Enrique C. BANCHIO, Alberto J. BUERES, Osvaldo CAMISAR, Marcos M. CÓRDOBA, Rafael MANÓVIL, Luis MOISSET DE ESPANÉS, Jorge MOSSET ITURRASPE, Juan Carlos PALMERO, Ana Isabel PIAGGI, Efraín Hugo RICHARD, Néstor E. SOLARI, Félix Alberto TRIGO REPRESAS y Ernesto C. WAYAR.

Pretender que pueda prescindirse de ese **largo y necesario proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones**, a fin de que un parlamento dado –es decir una mayoría meramente circunstancial⁴⁷– derogue un Código que nos ha regido por más de cien años para reemplazarlo por otro llamado a regular nuestras conductas por otro tiempo igual, pretextando para justificar la prisa que luego otro parlamento –o sea, una nueva mayoría circunstancial– si “entiende que lo sancionado no se adecua a los intereses generales” puede dar marcha atrás, no solamente es no haber entendido como funcionan los mecanismos de diálogo y consenso democrático propios de la dinámica postsecular, sino que incluso suena como una tácita burla a sus principios rectores.

47. Y, por lo tanto, que –desde una perspectiva de análisis frankfurtiana– no manifieste la razón de todos los afectados por la legislación, de todos los ciudadanos teóricamente representados, sino la voluntad del grupo o de los grupos – académicos, científicos, tecnológicos, o productivos– socialmente dominantes