

Limodio, Gabriel

*El título preliminar del Código Civil y Comercial
como núcleo de significaciones*

*The preliminary title on the Civil and Commer-
cial Code as core meanings*

Prudentia Iuris N° 81, 2016

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:

Limodio, G. (2016). El título preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones [en línea], *Prudentia Iuris*, 81. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/titulo-preliminar-codigo-civil-comercial.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
COMO NÚCLEO DE SIGNIFICACIONES**
*The Preliminary Title on the Civil and Commercial Code
as Core Meanings*

Gabriel Limodio*

Recibido: 8 de abril de 2016.
Aprobado: 15 de abril de 2016.

Resumen: El autor analiza en el Título Preliminar del reciente Código Civil y Comercial argentino el capítulo denominado “del ejercicio de los derechos” donde se dan las mayores novedades comparándolo con el Código Civil de Vélez Sarsfield, tales como la pluralidad de fuentes y la aparición de dos principios, el abuso del derecho y el de buena fe. También entiende que si consideramos que tal Título Preliminar comporta un verdadero núcleo de significaciones, nos encontramos con el problema de su interpretación, que –conforme a la tendencia del neoconstitucionalismo adoptada– no admite univocidad.

Palabras clave: Código Civil – Título preliminar – Principios jurídicos– Valores – Abuso del derecho – Buena fe – Neoconstitucionalismo.

Abstract: The author analyzes in the Preliminary Title of the recent Argentine Civil and Commercial Code chapter called “exercise of Rights” where there are the biggest news in comparison with the Civil Code of Velez Sarsfield, such as the plurality of sources and the appearance of two principles,

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho (UCA). *Lectio Brevis* dictada el 6 de abril de 2016 en el auditorio Mons. Derisi (Buenos Aires, Argentina), con motivo de la reunión de claustro docente de la Facultad de Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: gabriel_limodio@uca.edu.ar.

abuse of law and good faith. Also it believes that if we consider that such Preliminary Title implies a real core of meaning, we find the problem of interpretation, which –according to the tendency of adopted-neoconstitutionalism not support a unique interpretation.

Key words: Civil Code – Preliminary Title – Legal Principles- Values – Abuse of Rights – Good Faith – Neoconstitutionalism.

La frase que nos sirve de título la encontramos en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cuando se explica: “Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de una líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y valores”¹.

En verdad, también encontramos en dos libros del Dr. Lorenzetti apreciaciones similares donde pueden leerse, entre otros razonamientos, las consecuencias del fenómeno de la descodificación y el surgimiento de los microsistemas, como así también la desaparición de parte general del Derecho Civil como un sistema hermético².

Dicho así queda planteado cuál es el razonamiento de esta particular manera de entender un título preliminar, y cuáles fueron las razones que condujeron a formalizarlo.

1. Existencia y significado

No es nuevo en el derecho codificado argentino la existencia del título preliminar; Vélez Sarsfield había dispuesto dos de distinto calibre, aquel que se denomina de las leyes y el de modo de contar los intervalos en derecho.

De acuerdo a lo que refiere Llambías, la fuente para incorporarlo se toma de Freitas.

1 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. III. 3

2 Lorenzetti, R. L. (1995). *Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni y Lorenzetti, R. L. (2006). *Razonamiento Judicial – Fundamentos de Derecho Privado*. Lima. Grijley.

En verdad el Código Civil Francés ya contenía un título preliminar y se encuentra citado en las notas de los artículos 6º, 7º, 8º, 15 y 21 del texto original de nuestro Código, sin perjuicio de encontrar rastros del mismo en el articulado.

A partir de allí, todos los anteproyectos lo contemplaron; Bibiloni, en el año 1926, los dispone de manera similar, modificando los artículos 2º y 12³.

En el Anteproyecto de 1936, se opta por el lineamiento general, si bien existió un debate en el seno de la comisión preparatoria, en la cual Rébora plantea si la cuestión del Derecho Internacional Privado no permitía pensar en todo un primer libro dedicado a estos asuntos. Finalmente en los debates posteriores se optó por continuar con un articulado muy similar al Código de Vélez y a lo propuesto por Bibiloni, pero en un solo título preliminar, incluso en la nota de elevación al Poder Ejecutivo no se hace alusión a que se haya dispuesto modificación sustancial alguna, es más, ni se lo menciona⁴.

El Anteproyecto de 1954 dispone de un título preliminar que se compone de tres capítulos. Tal como explica Llambías, “El primero, de Disposiciones Generales, que importan por su trascendencia la portada de un Código. El segundo centraliza en esta situación a través de 15 artículos todas las normas de Derecho Internacional Privado que están (estaban) en el Código vigente y los dos proyectos anteriores. El tercero, reducido a un solo artículo, se refiere a la computación de los plazos”⁵.

En el año 1968, como es sabido, se modifican los artículos 3º y 17 y se derogan el 4º y 5º. No hay mayores modificaciones en cuanto a la estructura y el sentido de dichos títulos.

Hay un matiz importante en el Anteproyecto de 1998, que consiste en separar el concepto de ley del concepto de Derecho que finalmente servirá de fuente al Título Preliminar que hoy nos rige. Es del caso destacar que en el año 1998 se nomina como Libro Primero, cuyo Título General es “Del derecho” y se explica en los fundamentos que “contiene las disposiciones que en el Código Civil vigente aparecen en los títulos preliminares [...] con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado que constituyen materia de una ley especial”⁶.

3 Bibiloni, J. A. (1929). *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*. Buenos Aires. Valerio Abeledo, 5-10.

4 *Reforma del Código Civil* (1936). Buenos Aires. Kraft.

5 Llambías, J. J. (2007). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Lexis Nexis (21ª ed.). T. I, 210. Es del caso anotar aquí que la doctrina ha considerado el Anteproyecto de 1954 como uno de los más destacados desde el punto de vista metodológico. Cf. Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis - Abeledo Perrot (3ª ed.), 259.

6 *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio* (1999). Buenos Aires. Centro Norte, en especial *Fundamento del Proyecto*, 35.

Cabe entonces ponderar que si bien puede decirse que en cuanto a la presencia se ha mantenido de manera inalterable la existencia de uno o dos títulos, a partir del año 1998, y, sobre todo, ahora, adquiere una significación digna de resaltar.

La doctrina no encuentra crítica, sino que por el contrario entiende que hay una necesaria continuidad, así por ejemplo el comentario de Alterini: “[...] nada cabe observar (por el contrario) a la existencia de un título preliminar, lo contemplan numerosos códigos y sus disposiciones alcanzan más allá de la materia civil, proyectándose a otras ramas del Derecho, incluyendo al Derecho Público”⁷.

Se ha hecho esta referencia porque en los Fundamentos del Anteproyecto se ha insistido mucho en que el Código es un proyecto académico que ha tenido en cuenta todo el proceso de reformas propuesto por más de un siglo y puntualmente se dice que es “un producto académico basado en nuestra doctrina y jurisprudencia”⁸.

2. El contenido en el Código

Quizá esté de más recordar cómo está compuesto el actual Título Preliminar: consta de 18 artículos, divididos en cuatro capítulos, que son 1) El derecho. 2) Las Leyes. 3) Ejercicio de los derechos. 4) Derechos y bienes.

Cabe apuntar sobre todo al capítulo del derecho como al denominado “del ejercicio de los mismos” donde se dan las mayores novedades, sobre todo queda demostrada la cuestión de pluralidad de fuentes, y lo que resulta importante es la aparición de dos principios, que son: el abuso del derecho y el principio de buena fe.

La importancia del encuadre como principio general supone que su influencia se proyecta a todas las relaciones jurídicas del Derecho Privado: no resulta necesaria la existencia de una norma particular, entonces, que encuadre un supuesto de hecho en la buena fe, o el abuso del derecho, lo cual no impide que se replique en otros artículos del Código⁹.

En lo que hace a la buena fe, la jurisprudencia de la Corte Suprema la había acogido al interpretar que tal principio cardinal informa y es fundante de todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, enraizado en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura¹⁰.

7 Alterini, J. (Director General) (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. Reuters - La Ley. T. I, 1-2.

8 Lorenzetti, R. (2015, 10 de agosto). El Código, producto académico. *La Nación*.

9 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*. Buenos Aires. Santa Fe- Rubinzal, 55-57 y 61-62.

10 CSJN *Fallos*: 330:1649.

Lo mismo puede opinarse respecto del orden público y el fraude a la ley, ya que como sostiene Lorenzetti: “[...] Tienen una extensa tradición en la doctrina argentina, que se ha receptado. La novedad de este Código consiste, al igual que en los otros supuestos mencionados, en su ubicación metodológica. Al incluirlos en el título introductorio tienen un rango general que influye en todo el ordenamiento”¹¹.

No es ocioso recordar que sigue teniendo el orden público un lugar en el Título Preliminar, ya que el actual artículo 12 se inspira en el artículo 21 del anterior, pero sorprende más una de las tareas que tiene el mismo; al decir del propio Lorenzetti, el orden público de coordinación “es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico”¹².

3. Posibles interpretaciones

Sin duda se impone aquí el tema de las posibles interpretaciones, que por una parte son las que se buscan en el texto del Código y en la opinión de aquellos que prepararon el Anteproyecto, con todo lo subjetivo que esto tiene. Quizá el único elemento fehaciente sea precisamente el texto de los Fundamentos, ya que no existen notas en el Código siguiendo el criterio que se había impuesto en los anteriores Anteproyectos.

Si se parte de aquello que se explica en los Fundamentos, no cabe duda de que el Título Preliminar es un salto cualitativo respecto a las formulaciones anteriores, ya que se presume que es aquí donde se consignan las reglas de todo el sistema de Derecho Privado. Así, se dice: “[...] es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”¹³.

La duda que inmediatamente se presenta es acerca del contenido que ha querido darse a este núcleo de significaciones.

Si se lee en el contexto surgen luces y sombras o, por lo menos, cuestiones que aparecen a primera vista como contradictorias.

Es importante acotar que, en verdad, las dudas o contradicciones surgen de la lectura o de los Fundamentos, pero no del texto puntual del Título Preliminar.

11 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*. Ob. cit. T. I, 71.

12 *Ibidem*, T. I, 62 y sigs.

13 *Fundamentos...* citado, III) Título Preliminar 1. Razones de la existencia de un Título Preliminar.

Así, en los Fundamentos se pueden enumerar doce puntos principales que se destacan: a) propuesta de paradigmas y principios jurídicos; b) diálogo de fuentes; c) constitucionalización del Derecho Privado; d) regulación de los derechos individuales y de incidencia colectiva; e) tutela de la persona humana; f) regulación de la familia en una sociedad multicultural; g) sociabilidad en el ejercicio de los derechos; h) paradigma protectorio; i) paradigma no discriminatorio; j) nuevo paradigma en materia de bienes; k) seguridad jurídica en la actividad económica; l) aparición de sistemas de protecciones al derecho de consumidor y contrato de consumo¹⁴.

En consonancia se ha dicho que se trata de un Código diseñado para asegurar derechos, y la mirada está puesta en el ciudadano.

Cabe detenerse en un párrafo completo que hace el presidente de la Comisión, Lorenzetti, en la Introducción al Código Civil y Comercial; así, en el capítulo Paradigmas y principios se dice: “[...] un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este proyecto [...] sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se mantuvieron una serie de reglas de extensa tradición en el Derecho Privado porque constituyen una plataforma conocida, a partir de la cual se producen las mudanzas hacia los nuevos tiempos. Se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible”¹⁵.

Por lo menos de esta cita, si bien no es posible determinar definitivamente la filiación ideológica, la misma se presume. Un camino posible es ahondar un poco más en aquello que se refiere a la frase “constitucionalización del Derecho Privado”, una vez más si se leen los Fundamentos la explicación es que ha buscado separarse de la división tajante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y “El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. En este aspecto

14 *Fundamentos...* citado, Acápito I) Aspectos valorativos.

15 Lorenzetti, R. (2015). Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley 26.994. *El Derecho*, II.

innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”¹⁶.

Pero quizá haya una suerte de licencia terminológica, no es que no exista una internacionalización, o una constitucionalización del Derecho Privado, lo que existe es una suerte de extrapolación de la noción de Estado de Derecho Constitucional.

Es decir, se ha abandonado la figura del Estado de Derecho Legal claramente decimonónico, basado en las declaraciones de derecho posteriores a la Revolución Francesa, que en materia de Derecho Privado dio sustento al proceso de codificación. Se ha pasado al Estado de Derecho Constitucional, que implica sin duda una mirada social, pero quizá el riesgo esté en confundir sin más el constitucionalismo social con el neoconstitucionalismo; cabe acotar que este término también resulta equívoco.

La paradoja radica en la modalidad de la construcción de derechos a partir de una determinada visión de la dignidad de la persona humana, podría decirse que se trata de un resguardo de conductas autorreferentes o una particular tensión entre autonomía de la voluntad y orden público.

4. Conclusiones

Es probable que mucho de lo que se ha dicho en el punto anterior quede superado por una misma interpretación que hace la Comisión Reformadora cuando, al comentar el tema del abuso del derecho, se aparta del texto del artículo 1071 del antiguo Código y dice: “[...] se evita la referencia a fines pretéritos con la expresión ‘que se tuvo en mira’, pues el texto de la norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido histórico. En su reemplazo, se emplea la noción de fines del ordenamiento que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo”¹⁷.

Lo dicho permite, en la interpretación, apartarse de aquello que tuvo en mira el propio legislador, por lo menos el párrafo que acabamos de citar autoriza a ello.

A pesar de lo dicho, no es ocioso recordar la explicación de Lorenzetti en su Código Comentado: “El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema, y por ello contiene una se-

¹⁶ *Fundamentos...* citado, Aspectos valorativos.

¹⁷ *Fundamentos...*, 6.3.c.

rie de artículos de gran valor significativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia en otros ámbitos normativos”. Más adelante dice: “[...] éste es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no solamente se trata de la ley, sino de todas las demás fuentes [...] ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios generales [...] El Código está diseñado para resolver conflictos y en este artículo (el 1º) se establecen las fuentes donde se encuentran los criterios de autoridad para esa tarea”¹⁸.

Es del caso resaltar, aquí, que muchas de las consideraciones que se pueden hacer sobre la cuestión que estamos analizando surgen porque se conoce la opinión de la Comisión Reformadora, por lo menos en los tres integrantes responsables, que permiten hacer interpretaciones¹⁹. Sin embargo, el texto como tal puede conducir a soluciones jurídicas muy distintas a la que se entiende proponen los constructores²⁰.

Un ejemplo de lo dicho es que el texto del Título Preliminar habilita a autores que siguen una línea “iusnaturalista”, como el caso de Rabbi Baldi, a decir que “el Título Preliminar se ubica bajo un paradigma teórico-metodológico alejado del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como principalista o de la razón práctica prudencial”²¹.

Como puede advertirse, el autor citado escribe desde una perspectiva realista, y lo que propone es una lectura de este núcleo de significaciones,

18 Lorenzetti, R. *Código...* Ob. cit., 25.

Asimismo, es interesante destacar que el Título Preliminar se corresponde con los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 del Código derogado. Los artículos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 derogados se refieren al Derecho Internacional Privado y se correlacionan con los artículos 2594 y concordantes del Código actual. No resulta ocioso recordar que a pesar de ciertos adelantos aparecen algunas cuestiones entre el término Derecho y el de ley que quedan confundidas, tal como lo señala Budano Roig, A. (2016). *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi –José Luis de Palma Editor, 156.

19 Como ejemplo puede citarse el reportaje a la Dra. Alicia Kemelmajer en *La Nación*, diario del 12 de octubre de 2014, 1-3, Sección Enfoques.

20 Se utiliza la palabra “constructor”, ya que una de las hipótesis a analizar es el constructivismo social.

21 Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2014). “Título Preliminar”. En Rivera, J. y Medina, G. (dir). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 51.

a partir de una noción de principios que no son de aplicación supletoria, sino que se presentan en el nuevo Código con una función de integración y control axiológico²².

Por otra parte, no puede dejarse de lado la influencia de la jurisprudencia, sin olvidar que el Anteproyecto la había ubicado como una fuente formal, lo cual fue modificado en la redacción final del Código.

Cabe resaltar también el aporte que se hace desde la jurisprudencia; en este sentido, puntualmente en lo que hace al Título Preliminar, ya comienzan a reiterarse algunos fallos, sobre todo que interpretan el artículo 7º, que casi sin modificaciones repite el artículo 3º del Código, a su vez reformado en el año 1968. Allí se advierte cómo los magistrados apelan a la doctrina del antiguo Código, incluso citando las opiniones de la doctrina que condujo a la reforma del artículo 3º originario. Sólo para poner un ejemplo vuelven a aparecer reflexiones sobre la relación jurídica, la diferencia con la situación, y aquello que nutrió los momentos posteriores a aquella reforma²³.

Es del caso pensar que, respecto de figuras como el abuso del derecho, la buena fe, el orden público, el fraude a la ley, aparecerán también en este recorrido fallos que continúen esa doctrina.

Quizá uno de los mayores aciertos sea no considerar el Título Preliminar y la Parte General como algo dogmático, tal como queda dicho en la frase que se ha transcripto en la primera parte de este trabajo, es decir, como un sistema cerrado; cabe apresurarse a decir que tampoco como una mera herramienta técnica, sino que se trata de un verdadero núcleo de significaciones, según es importante distinguir²⁴.

22 Lorenzetti, R. *Código...* Ob. cit., 37. Cabe destacar que en la nota a este comentario se citan autores de distintas concepciones de Filosofía del Derecho, como Norberto Bobbio y Rodolfo Vigo.

23 Sólo por hacer referencia a alguna de las cuestiones tratadas se recuerda que se deberá considerar que la situación jurídica es la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada. Este concepto es claramente superior al de derecho adquirido, por cuanto está desprovisto de todo subjetivismo y carácter patrimonial. La situación jurídica se puede encontrar: 1) constituida; 2) extinguida; 3) en curso, o sea, en el momento de producir sus efectos que reconocen como causa una situación o relación jurídica existente.

24 Es interesante recordar aquí un trabajo de Genaro Carrió originalmente publicado en 1957, donde alertaba sobre esta cuestión, sin alcanzar una respuesta definitiva. Así dice: “[...] esa ciencia dogmática edifica su rigor, es decir, lo que la presenta con ropaje científico, sobre la base de un conjunto de creencias acerca de la naturaleza de lo jurídico y del papel del jurista, en las que el Derecho es visto como una idealidad abstracta, y los juristas como cultivadores de una disciplina de tipo formal. La ciencia dogmática del Derecho no es una ciencia de experiencia, porque el objeto que estudia –el derecho de los juristas dogmáticos– no es un objeto de experiencia [...] pero ¿estamos sugiriendo aquí que el Derecho debe enseñarse como una mera técnica? Dicha pregunta es legítima frente a alguna de nuestras conclusiones.

Aquello que queda por dilucidar es si efectivamente este núcleo de significaciones tiene una lectura unívoca. Pareciera que no, o mejor dicho, es mejor que no, si se lo ve desde una perspectiva realista, porque necesariamente la lectura debiera hacerse desde los Fundamentos del Proyecto y es muy difícil que un código llamado a regir la vida de los ciudadanos en sus relaciones civiles y comerciales no influya tarde o temprano en la manera de pensar y actuar de la sociedad, y allí el denominado pluralismo neutral suele convertirse en una inevitable toma de posición.

Más allá de que los autores del Proyecto manifiesten que una regulación no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas²⁵, se proponen modelos que terminan influyendo traspasando el parecer de la comunidad. Esto es precisamente a aquello que corresponde llamar orden público, identificándolo con un verdadero *ethos* que trasciende el pensar corriente de un momento determinado.

En tal sentido, se llama *ethos* a un núcleo de valores compartidos que configuran un estilo común de vida y se expresan en instituciones y estructuras de vida y convivencia.

Quizá un tema que deba resaltarse es cierta confusión en llamar constitucionalización del Derecho Privado a lo que verdaderamente es ingresar en una versión de neoconstitucionalismo, la cual propone una filosofía jurídica que utiliza en buena medida como banco de prueba o respaldo de sus tesis la misma realidad del Estado de Derecho Constitucional, de modo que termina explicando, avalando y auspiciándolo.

Puede pensarse en un neoconstitucionalismo descriptivo y uno normativo entre el cual está el positivista y el no positivista y dentro de éste, el

Hemos dicho que la dogmática está basada en una radical actitud formalizante que transforma el Derecho –fenómeno social– en una entidad ideal. Hemos dicho, también, que en órbitas como la del Common Law, donde el Derecho no es visto como una entidad de tipo ideal sino como un agregado de elementos reales heterogéneos, y básicamente como un medio para la consecución de fines sociales, no se cree que pueda hacerse ciencia acerca de él, y se cree, en cambio, que sólo cabe enseñarlo como una técnica. ¿Debemos concluir de aquí que sólo cabe una ciencia del Derecho de tipo dogmática? La respuesta a esta pregunta tendría que hablarnos de una disciplina científica que se ocupara del Derecho como fenómeno social, en toda su riqueza, y que no fuera un simple capítulo de la sociología. Tal disciplina no está constituida, no podemos señalarla como un hecho en nuestro entorno cultural. Indagar sobre su posibilidad es tarea mayúscula, en cuya dirección se han hecho, entre nosotros, muy valiosos esfuerzos”. Co. Carrió, G. (2004). *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho*. Originalmente publicado en la revista *Lecciones y Ensayos*, año 1957, vol. VI, 27-37, reeditado en Academia –Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires–, Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho –UBA.

25 Lorenzetti, R. (2012). “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, IV. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>.

constructivista y el cognitivista ético²⁶. Este último es el que se acerca a una visión que podríamos considerar iusnaturalista.

Hay autores que sin más consideran el neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional²⁷.

Desde esta perspectiva puede pensarse que en los Fundamentos del Anteproyecto están previstas esas teorías o, por lo menos, sin una explicación puntual esto ha estado presente en la formulación del Código.

Sin embargo, el hecho de que en el tránsito del Anteproyecto al texto final de Código se haya modificado la inclusión de la jurisprudencia como fuente formal, y todos los tratados internacionales, para que solamente se mencionen los tratados sobre Derechos Humanos, más allá de un aparente retroceso, puede significar un límite al llamado “activismo judicial”.

Es por lo dicho que solamente puede hablarse de una conclusión provisoria, quizá la labor de los jueces sea la que finalmente fije la dimensión de este título preliminar, más allá de las interpretaciones que pueden hacerse desde una moda intelectual o cultural, que no deja de ser una dictadura de lo efímero que se ejerce sobre aquellos que desertan del desafío de conocer el verdadero sentido de las cosas.

26 Vigo, R. (2015). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y Diferencias*. Buenos Aires. Educa, 449 y sigs.

27 Para acceder a un panorama amplio de estas cuestiones, cf. Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Con Prólogo de Rodolfo Vigo. Buenos Aires-Madrid-Barcelona. Marcial Pons; Ranieri de Cechini, D. (2013). “El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación” [en línea], Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> [Fecha de consulta: 4-4-2016].