

¿UNA CODIFICACIÓN ASEGURA UN ORDEN SOCIAL JUSTO O CONSOLIDA DERECHOS INDIVIDUALES?¹

GABRIEL LIMODIO

Ante todo agradezco al Decano y al Consejo Académico por la invitación. El tema elegido busca ser simplemente introductorio, a los estudios que ustedes alumno inician en esta Facultad de Derecho Canónico.

Para comprender la distinción que haremos más adelante es razonable empezar, como marco introductorio con una frase de Juan Pablo II cuando presenta el Código de Derecho Canónico, en la Constitución Apostólica *Sacrae disciplinae leges* y dice “*El Código , en cuanto que, al ser el principal documento legislativo de la Iglesia está fundamentado en la herencia jurídica y legislativa de la Revelación y de la Tradición, debe ser considerado instrumento muy necesario para mantener el debido orden tanto en la vida individual y social como en la actividad misma de la Iglesia*”.

Esta misma frase, ya marcará una de las diferencias que parece razonable establecer para entender el título de esta exposición. ¿Una codificación asegura un orden o consolida derechos individuales?

Cabe aquí mencionar que la palabra codificación tal como se la concibe con la aparición de los códigos posteriores a la Ilustración difiere de la que ocupa el amplio arco del derecho medieval y moderno.

Tal como ha enseñado Guzman Brito se trata de un neologismo ya que no se compadece con la idea de Codex, desde la perspectiva clásica².

1. *Lectio brevis* del Secretario Académico de la Universidad Católica Argentina, en la apertura del ciclo lectivo 2018 de la Facultad. 13/03/2018.

2. A. GUZMAN BRITO, *Codex*, en Revista de Estudios Históricos Jurídicos 10 Valparaíso Chile 1985.

De alguna manera la alianza de la Escuela Moderna del Derecho Natural con la planificación política de la Ilustración produjo, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los estados del centro de Europa siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria³.

Se debe consignar que la noción de codificación en estos términos se entiende como un movimiento que no pretende reunir el derecho existente, ni recopilarlo, o mejorarlo, ni continuarlo.

La idea es planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, ya que la actividad libre, conforme a la razón y ética del gobernante (estados del centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia)⁴ podían construir una sociedad mejor.

La generalidad derivada de la racionalidad formal de la ley convierte al derecho codificado en algo necesario y universal, frente al caos presumible de lo particular y concreto que no garantiza la ausencia de contradicción y de azar. Además el formalismo racionalista vincula a la característica de generalidad la de abstracción, que hace posible la regulación de situaciones típicas, y que da al derecho una apariencia de regulación técnica, ausente de valores e igualdad.

PRIMERA DIFERENCIA

De la simple comparación de la definición que se da al presentar el código, se advierte que no hay lugar para la tradición ni ninguna herencia jurídica. Aquí vuelve a aparecer la noción de codificación como neologismo ideológico en cuanto que no importa referirse a la misma desde la perspectiva de la recopilación ordenada de normas sino que la mirada debe posarse sobre el “espíritu innovador”.

Tal como dice Guzman Brito” la palabra empieza a adquirir el sentido de un cuerpo sistemático, no recopilador de leyes preexistentes, sino de materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva, sobre todo bajo la inspiración del iusnaturalismo racionalista. Iniciado el nuevo uso en la doctrina, en el siglo XVIII es adoptado por los legisladores para intitular sus obras legislativas más o menos obedientes a este ideal⁵.

3. F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernandez Jardón), Granada 2003, pág. 303.

4. *Ibid* anterior.

5. Cf. A. GUZMAN BRITO, *Codex.*, pág. 144.

SEGUNDA DIFERENCIA: UN MODELO DE ENSEÑANZA

De la primera diferencia surge una segunda, que es la imposición de un modelo de enseñanza a partir del código, que se llama exegética e virtud de la escuela surgida en la Facultad de Derecho de París inmediatamente después de la aparición del Code.

Esto refuerza otra dimensión de lo que significa la palabra codificación, que se condice con lo que ya se mencionó. No se trata de compilar el derecho, ni de respetar una tradición sino de enseñar un nuevo derecho.

De allí la célebre frase del jurista Bugnet, “yo no enseñé derecho Civil, enseñé Código Napoleón”. Además durante gran parte de la vigencia de la Escuela de la Exégesis, se tuvo un gran celo por custodiar que los docentes no explicaran otro texto que no fuese el Code. Uno de los autores más ponderados de la época, el decano Aubry, decía en 1857 algo similar al abrir el curso lectivo en la Universidad de Estrasburgo “ toda la ley , en su espíritu, así también como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias que de allí resultan, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón”⁶.

De lo que se ha dicho hasta aquí comprenderán que la noción de codificación tal como ha quedado concebida en el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, no se compadecen con lo que se espera del código de derecho canónico.

Esto nos permite encontrar las diferencias con aquello que se tiene en mente al legislar un código de derecho canónico. Sólo basta con dos citas de trabajos que se han presentado en esta facultad, en un caso se trata de la opinión del Obispo Azpiroz Costa cuando dice “ El Derecho Canónico , que es ciencia sagrada, no se justifica a sí mismo, sino que se basa o se fundamenta en elementos pre- jurídicos y también hunda su razón de ser en elementos meta-jurídicos, que le ofrecen digamos, una finalidad”⁷.

La otra pertenece al Decano Landra, quien ha escrito “Su utilidad [Derecho Canónico] va más allá de lo que uno cree, su servicio es respuesta desde la fe que supone la naturaleza y la eleva. Recordemos que se llama derecho porque es lo justo. *Ius*, cuya raíz es ligar, vincular con una dimensión sagrada. Este sentido religioso también lo conserva la otra palabra latina de la misma familia: *iurare*,

6. Estos textos pueden consultarse en L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de L' Exegese.* en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, París, Dalloz 1974 págs. 184-196 y también en *Archives de Philosophie du Droit.* T. XVII (1972) 115-133.

7. Cf. C. AZPIROZ COSTA, *Derecho Canónico y Misericordia*, en AADC 22 (2016) 385 – 406.

iuramentum. Expresión bien elocuente del sentido religioso que tuvo en su origen el derecho, como algo sagrado, dado por la divinidad, como un don del cielo”.

Esto significa que el Derecho Canónico está vinculado con el fundamento más profundamente antropológico del derecho, de cualquier tipo de derecho. Todos los ordenamientos jurídicos, incluso los seculares, antaño de manera más abierta y general, hoy en día de forma secularizada y escondida, a veces solamente en huellas, hunden sus raíces en algo sagrado, o divino, y se refieren, por lo menos, a la naturaleza, a la moral, a la justicia, al desarrollo y a otros valores superiores con relación al mundo del derecho positivo: si se quiere, a “valores sagrados”. Pero debemos completar esta etimología con la que va ligada al concepto geométrico de la línea recta, considerada como símbolo del bien y significando algo rígido e inflexible, la rectitud independientemente de nuestra voluntad. Así derecho es lo recto. El orden recto de la convivencia humana, así como la existencia de un poder de regir, que consiste en imponer el orden recto. Por eso veremos que el Derecho Canónico le debe interesar al hombre de bien, al hombre de fe y al hombre de leyes”⁸.

EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO UNIFICADO

Luego de haber hecho esta salvedad, corresponde distinguir la visión de la codificación con dos modelos que se nos prestan en nuestra realidad jurídica nacional. Que son el código de Vélez Sarsfield y el actual Código Unificado. Todo ello para fijar una visión de la codificación que podríamos denominar laica y luego hacer una comparación final y tratar de dar una respuesta provisoria a la pregunta inicial.

Si bien el proceso que conduce a nuestra codificación coincide secularmente con la aparición de los códigos de la Ilustración, la formación jurídica de Vélez Sarsfield permite pensar en una amplitud de criterio y un respeto por las tradiciones jurídicas, por lo menos en lo que hace a la noción de persona y al derecho de familia.

Todos los trabajos que indagan en las fuentes del Código de 1869 refieren al derecho romano, a la legislación española y el derecho patrio, el Código Napoleón y sus comentaristas, la obra de Teixeira de Freitas y de Derecho Canónico.

El orden de prelación que se utilizaba incluso durante el derecho patrio, que puede enumerarse de la siguiente manera: Nueva Recopilación, Fuero Real, Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, La Partidas, demuestra una cierta continuidad con un modelo clásico de entender el fenómeno jurídico.

8. Cf. M. LANDRA, *Lo interesante del Derecho Canónico*, Conferencia en Instituto de Derecho Canónico. Colegio de Abogados de Quilmes, 5 /11/2014.

Además no debe olvidarse que el autor que mencionamos fue uno de los abogados más destacados y consultados de su época, con lo cual muchas de las cuestiones que se plasman en el código refieren a su conocimiento de la práctica profesional.

Sin perjuicio de ello no es menos cierto que el autor del código es hijo de su época y profesa cierto liberalismo. Esto se advierte con claridad en el tratamiento de los temas vinculados a la autonomía de la voluntad en los contratos, su definición del derecho de propiedad, no contemplar el tema del abuso del derecho, y la célebre nota al artículo 944 de su código “Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”

Desde esta perspectiva, es muy elocuente el comentario de Guillermo Borda, que al explicar la reforma de 1968 habla de una ideología vinculada al “liberalismo manchesteriano”. Una frase de este autor resulta ejemplificativa “De cualquier modo no cabe duda de que era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX: liberal, positivista, individualista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana propia de nuestra época, de la *Populorum Progressio*. El positivismo confundió ley con el derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto por la libre voluntad un dogma”⁹.

Sin embargo cuando Vélez codifica el derecho de familia o el tema de la persona, se aleja del individualismo y se acerca a una visión que podemos definir como respetuosa de las tradiciones.

No quiere decir esto que necesariamente el pensamiento de Vélez siguiera ese derrotero, pero lo cierto es que prefirió no innovar en esas cuestiones respetando lo que fue el derecho castellano y toda la legislación y jurisprudencia vigentes al momento de escribir el código, lo cual se manifiesta con contundencia en el estado de familia y el lugar que ocupa la persona dentro de la sociedad.

LAS IDEAS DETRÁS DEL CÓDIGO CIVIL DE DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD

Por lo general coinciden los autores en que ha sido el Código de Vélez un exponente de su época.

Asimismo, implicó un avance notable respecto del régimen vigente a ese momento, por cuanto una vez iniciados los gobiernos patrios el mismo era dis-

9. Cf. G. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires 1971.

perso y de difícil conocimiento y aplicación; también era arcaico e inadecuado a la organización del Estado Nacional con la forma republicana y democrática, que garantizaba a todos la igualdad civil.

Sostiene Rivera: “[...] supo amalgamar los avances de la doctrina científica y del Derecho Comparado con las costumbres locales y el Derecho Vigente, logrando así un Código que se acomodó sin esfuerzos a la sociedad a la cual iba a regular. También tuvo la virtud de que sus principios, aparentemente absolutos, tenían su contrapartida en otros principios generales. Verbigracia, la inclusión de la denominada por Spota “cláusula moral” en el artículo 953 fue la llave para morigerar tanto el carácter aparentemente absoluto de la propiedad cuanto la rigidez del principio *pacta sunt servada* del artículo 1197”¹⁰.

Estas características del Código hacen que queden en alguna medida obviados su excesivo casuismo y su, a veces, descuidada redacción.

Hay una característica saliente en la personalidad de Vélez Sarsfield que era su fina intuición jurídica, que le permitió discernir lo que convenía, de acuerdo a las circunstancias, a la mejor organización de la sociedad argentina. En ese aspecto, Vélez no tenía el perfil de un ideólogo, y no obstante la frecuente consulta de las autoridades extranjeras, nunca dejó de tomar en cuenta en su obra de codificación los usos y costumbres nacionales¹¹.

10. Cf. J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General. T I*, Buenos Aires 1997.

11. Cabe reproducir una parte de la conferencia pronunciada por el destacado civilista, Jorge Joaquín Llambías, en la Universidad Católica Argentina, el 25 de octubre de 1959, titulada: “A los noventa años del Código de Vélez”: “El ideólogo, llevado muchas veces de buena fe por una cierta concepción “a priori” del orden social, pretende acomodar la realidad a su particular idea, sin atender a las exigencias propias de la materia social en trance de ordenarse. Por ello el diálogo, al forzar las posibilidades sociales, suele preparar, por el desajuste entre la materia y la forma, los grandes desastres históricos o las penosas frustraciones de los pueblos: es, entre nosotros, el caso típico de Rivadavia. El jurista, en cambio, sin dejar de orientarse por el ideal que lo anima y especialmente estimulado por la virtud de la justicia, está atento en el despliegue de su actividad a las condiciones concretas de la realidad ambiental que lo circunda, pues sabe que la perdurabilidad de su obra depende de su sagacidad para interpretar las más íntimas aspiraciones del sentir popular.

En ese sentido, Vélez Sarsfield era un jurista acabado e intuía plenamente lo que convenía a la salud de su pueblo, tal como lo mostró en la organización del régimen matrimonial.

Sabido es que en este tópico el codificador se limitó a dar efectos civiles al matrimonio canónico, que siguió sujeto en cuanto a su validez a la jurisdicción eclesiástica. No creo que lo hiciera por docilidad a las enseñanzas de la Iglesia, pues reacio a ellas se había mostrado, poseído de un cerrado regalismo, en los asuntos del patronato que trató en su dictamen de 1834, emitido con motivo de la provisión del Obispado de Buenos Aires y en la memoria acerca del gobierno de la Iglesia del Estado Oriental que prepara por encargo de Rosas en 1850. Lo congruente con esos antecedentes había sido organizar la institución patrimonial bajo una forma exclusivamente civil y con entera independencia de la unión sacramental. Incluso se esperaba en el ambiente liberal que frecuentaba Vélez que así lo hiciera: Sarmiento se sintió defraudado, como lo expresa en el tomo 51, pág. 177,

Estos usos y costumbres del país fueron atentamente sopesados y contemplados por el codificador en todo lo referente la organización de la familia, que es la materia jurídica en más directa conexión con tales directivas y criterios sociales.

EL CÓDIGO QUE TENEMOS

Por fin cabe referirse a otro modelo de codificación, más complejo, propio de una época multicultural, podríamos decir posmoderna, donde nos encontramos con un código de textura abierta.

de sus Obras; incluso los ministros de la Suprema Corte, De las Carreras y Del Carril, hicieron llegar a Vélez la insinuación de que el Código debía adoptar el matrimonio civil, respondiendo aquél al intermediario, con ironía, que pondría en las notas del Código el nombre de los informantes y agregaría junto al de ellos la opinión de Troplong, pero que se decidiría según su criterio.

¿Y cuál era éste? Se lo puede conocer leyendo las notas que preceden al título relativo al matrimonio, luego derogado por la Ley 2.393, llamada de matrimonio civil, y al de la sociedad conyugal –arts. 1217 y sucesivos –; donde da las razones por las cuales se apartó de sus modelos habituales al encarar esas instituciones. En la primera de esas notas observa que a consecuencia de la Revolución Francesa “el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos [...] La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error del que partí, las formas que debían acompañarlo para su validez, el divorcio perpetuo y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer –dice Vélez– ni la conciencia de los pueblos ni las relaciones indispensables de la familia, ni menos las necesidades sociales” Obsérvese esa referencia a la conciencia cristiana del pueblo, ese reconocimiento de la entidad familiar, esa alusión a las exigencias propias de la sociedad, que me place poner de relieve, porque esos conceptos encierran una lección del talentoso cordobés que no debe ser olvidada.

Tales conceptos constituyen una verdadera motivación del auténtico pensamiento de Vélez Sarsfield. En la nota de presentación del Código de Comercio que dirigiera varios años atrás al Gobierno de Buenos Aires, conjuntamente con el doctor Acevedo, dice: “Hemos tenido el cuidado especial de no crear un derecho puramente ideal, sino el que fue conforme al estado actual de la sociedad”. Como se ve es siempre la idea dominante en él de adaptación a las aspiraciones y circunstancias sociales.

Aun antes de la sanción del Código, en el año 1867, con motivo de los episodios suscitados por la ley de matrimonio civil de la Provincia de Santa Fe, tuvo la oportunidad Vélez Sarsfield de sentar opiniones coincidentes con las expresadas. En septiembre de ese año la legislatura de la Provincia de Santa Fe sancionó sin debate, no obstante la trascendencia del asunto, una ley que implantaba el matrimonio civil en el territorio provincial. La reacción fue inmediata: una revolución depuso al Gobernador, disolvió la Legislatura y convocó la elección de una nueva que, como primera medida, derogó la ley que había desatado ese desbarajuste. Entre tanto, el gobernador repuesto había acudido en amparo de su investidura ante el Gobierno Nacional, el que requirió dictamen al Asesor, que lo era el Doctor Dalmasio Vélez Sarsfield. ¿Cómo se expide este? Leamos: “Si se hubiera consultado la voluntad del pueblo, si sólo fuera ley lo que le pueblo quisiera, no se habría dado un golpe tal a las costumbres, a la moral, a la religión de los habitantes de la Provincia. [...]”, cf. J. J. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil*, ver nota 16. T.I, págs. 181-182

Esta frase es importante, porque es prácticamente una autodefinición del código. La vamos a encontrar en Los Fundamentos y también en todos los textos que se publican del Código, en su explicación introductoria.

Se hace esta consideración porque como es sabido los códigos actuales no tienen notas, por lo tanto para conocer el origen doctrinario de la norma, debe recurrirse a los fundamentos escritos por la comisión redactora del código. También puede resultar de utilidad la nota introductoria a todas las ediciones del Código preparada por el presidente de la Comisión Dr. Lorenzetti.

Es allí donde encontramos esta postulación de un código de textura abierta merced a una pluralidad de fuentes, y una mirada distinta a lo que fue el código del siglo XIX.

Así dice Lorenzetti “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”.¹².

Por otra parte una cuestión que cabe tener en cuenta es la incorporación de un título preliminar, al cual se le ha dado la función de un “núcleo de significaciones”, con lo cual se abre una instancia muy distinta a la que se desarrollaba en códigos anteriores.

1. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones

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 apartar algunas reglas que confieren una significación genera 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 pandentística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de Derecho basado en principios y valores”¹³.

12. Cf. R. LORENZETTI, *Introducción al Código Civil y Comercial*, Ed. de El Derecho año 2018, pág. 8

13. Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación III, pág. 3

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 hermético¹⁴.

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.

1.1 Existencia y significado del Título Preliminar

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 del modo de contar los intervalos en Derecho.

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

En verdad el Código Civil Francés ya contenía un título preliminar y se encuentra citado en las notas de los artículos 6°, 7°, 8°, 15° y 21° del texto original del Código de Vélez, 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 2° y 12¹⁵.

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 mención a que se haya dispuesto modificación sustancial alguna, es más, ni se la menciona¹⁶.

El Anteproyecto de 1954 dispone de un título preliminar que se compone de tres capítulos. Tal como explica Llambías, “El primero, de Disposiciones Ge-

14. Cf. R. LORENZETTI, *Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1995; *Ibid.*, *Razonamiento Judicial – Fundamentos de Derecho Privado*, Lima, Grijley, 2006.

15. Cf. J. A. BIBILONI, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, Buenos Aires 1929, págs. 5-10.

16. *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Kraft, 1936.

nerales, 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 plazos¹⁷.

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 finamente servirá de fuente al título preliminar que hoy nos rige. Es del caso destacar que en el año 1998 se nombra 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 constituye materia de una ley especial¹⁸”.

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 alcanzar más allá de la materia civil, proyectándose a otras ramas del Derecho, incluyendo al Derecho Público¹⁹”.

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 tendido 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 jurisprudencia²⁰”.

17. Cf. J. J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, T. I, Buenos Aires 2007²¹, pág. 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. J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*. Parte General, Buenos Aires 2014³, pág. 259.

18. Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Centro Norte, en especial Fundamento del Proyecto, 1999, pág. 35.

19. Cf. J. ALTERINI, (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado*, T.I, Buenos Aires, Reuters – La Ley, 2015, págs. 1-2.

20. Cf. R. LORENZETTI *El Código, producto académico*, en La Nación, 10/08/2015.

1.2. El contenido

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 se 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 Código²¹.

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 cultura²².

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”²³.

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 la 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”²⁴.

21. Cf. R. LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal, 2014, págs. 55-57 y 61-61.

22. CSJN Fallos: 330:1649

23. Cf. R. LORENZETTI, *Código Civil y Comercial...T. I.*, pág. 71

24. *Ibíd.*, T.I., pág. 62 y sigs.

3. Posibles interpretaciones

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, 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”²⁵.

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.

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 al derecho de consumidor y contrato de consumo²⁶.

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,

25. *Fundamentos...* citado, III) Título preliminar I. Razones de la existencia de un título preliminar.

26. *Fundamentos...* citado, Acápite I) Aspectos valorativos.

jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los micro sistemas 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 la practicas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible”²⁷.

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 innova profundamente al receptor 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”²⁸.

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.

27. Cf. R. LORENZETTI, *Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley 26.994*, El Derecho, II, 2015

28. *Fundamentos...* citado, Aspectos valorativos

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 sobre el Título Preliminar.

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 de 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”²⁹.

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 mencionado, 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 serie de artículos de gran valor significativo para todos los casos que se regirán. 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”³⁰.

29. *Fundamentos* ..., citado, 6.3 .c

30. Cf. R. LORENZETTI *Código Civil y Comercial* ... pág. 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, 13y 14 derogados se refieren al

Es del caso resaltar aquí, que muchas de las consideraciones que se pueden hacer sobre la cuestión que estamos analizando es que se pueden hacer sobre la cuestión que estamos analizando es porque se conoce la opinión de la Comisión Reformadora, por lo menos en los tres integrantes responsables, que permiten hacer interpretaciones³¹. Sin embargo, el texto como tal puede conducir a soluciones jurídicas muy distintas a la que se entiende proponen los constructores³².

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”³³

Como puede advertirse, el autor citado escribe desde una perspectiva realista, y lo que propone es una lectura de este núcleo de significaciones, 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 axiológico³⁴.

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, y 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 re-

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 A. BUDANO ROIG, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi – José Luis de Palma Editor, 2016, pág. 156

31. Como ejemplo puede citarse el reportaje a la Dra. Alicia Kemelmajer en *La Nación*, 12/10/2014, págs. 1-3, Sección Enfoques.

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

33. Cf. R. RABBI BALDI, en Rivera, Julio – Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2014.

34. Cf. R. LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación...* pág. 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.

lación jurídica, la diferencia con la situación, y aquello que nutrió los momentos posteriores a aquella reforma³⁵.

Es del caso pensar que, respecto de figuras como el abuso del derecho, la buena fe, el orden público, el farde 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 distinguir³⁶.

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 llama-

35. 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.

36. 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 realidad 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. Hemos dicho que la dogmática está basada en una radical actitud formalizante que transforma el Derecho – fenómeno no 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". Cf. G. CARRIÓ, *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho*, originalmente publicado en la Revista Lecciones y Ensayos VI (1957) 27-37, reeditado en Academia – Redacciones – Facultad de Derecho, UBA, 2004.

do 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, ya 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 ellas³⁷, se proponen modelos que terminan influyendo traspassando 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 debe 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 constructivista y el cognitivista ético³⁸. Este último es el que se acerca 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 de los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional³⁹.

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

37. Cf. R. LORENZETTI, *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. IV.

38. R. VIGO, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y Diferencias*, Buenos Aires, Educa, 2015, pág. 449 y sigs.

39. Para acceder a un panorama amplio de estas cuestiones, cf. A. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, prólogo de R. Vigo, Buenos Aires – Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2010.

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 finamente fije la dimensión de este título preliminar, más allá de las interpretaciones que puedan 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.

LOS MODELOS COMPARADOS

Lo dicho hasta aquí no pretende ser definitorio ni mucho menos, simplemente a partir de lo que puede ser un código de derecho privado laico y otro de derecho canónico. Asimismo, el primero de los mencionados, si bien tiene como molde la codificación decimonónica, ha quedado dicho que puede presentarse de manera multifacética, ya que puede inscribirse en el positivismo decimonónico como, ensayar alguna diferencia y avanzar hacia un código abierto en el cual caben los principios jurídicos

Puede decirse que el derecho canónico presenta caracteres propios los cuales es necesario tener en cuenta para comprenderlo bien, derecho escrito pero no solamente escrito, muy diversificado al mismo tiempo que centralizado contenido dentro de un sistema complejo de regulaciones de naturaleza espiritual que adquiere vigor en gran dependencia de las circunstancias. Su renovación actual tanto en los textos como en la doctrina aparece bien fundada⁴⁰.

Por otra parte los códigos civiles y comerciales también escritos, superado el período de la descodificación bien podrían propender a un orden lógico y justo, fundado en principios jurídicos, haciendo prevalecer criterios objetivos, que lo acercaría al modelo canónico, el gran obstáculo es como se decía más arriba la dictadura de la subjetividad en el cual nuestro mundo de la posverdad parece estar inmerso.

40. Cf. J. PASSICOS, *Approches pour une épistémologie et pour une herméneutique du droit canonique* en *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey Paris 1993, págs. 65 - 72.