

REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(Desde lo iusfilosófico y dogmático)

Jorge Ricardo Almeida¹

Un necesario introito

Por imposición de orden personal, aún a fuerza de ser redundante sobre lo que ya se dijo y se ha escrito con elevada erudición sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación promulgado y puesto en vigencia el 1 de agosto del 2015; permítanos expresar también algunas mínimas consideraciones sobre el mismo.

1) Primeramente, que en este trabajo nuestra pretensión es expresar la visión que tenemos sobre el nuevo código en sí, de modo primario desde luego, enfocándolo con una visión iusfilosófica y dogmática. Pues creemos que con la sanción del mismo se ha logrado el objetivo fundamental pretendido mayoritariamente por la comunidad argentina jurídica para el derecho privado argentino. Se ha recepcionado la nueva cultura jurídica del derecho del siglo XXI y de nuestros emergentes de las realidades fácticas cotidianas y propias, más las del derecho comparado, con el aditamento de que se han preservado aquellas que han demostrado ser óptimas y por ende continuarán vigentes. Por eso, siguiendo a Gonzalo Sozzo se puede decir que una de las características de este código es el de ser *global-local*.

Recordamos que modificar los Código Civil y Código Comercial decimonónicos y tratar de unificarlos ha merecido en nuestro país varios intentos, y todos habían terminados en fructíferos esfuerzos nada más. Pero ahora mediante una concreta decisión política positiva, que llamativamente se pasa por alto, se ha logrado su sanción y promulgación, y sin duda alguna —al menos para nosotros— representa un gran avance configurándose un hecho sumamente auspicioso para nuestra sociedad, sin desconocer, claro está, contingencias políticas propias de todo sistema democrático.

2) Así, de esas varias iniciativas en tal sentido, podemos deducir que para la mayoría con ámbito de actuación en el derecho privado nacional no se discutía

¹ Profesor Titular de Derecho Comercial, Segundo Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

sobre la necesidad de la sanción de dicho Código; lo que no implica desconocer la existencia de opiniones disconformes respecto “a la unificación”; también del reconocimiento o no del proceso de “la descodificación”, lo cual es lógico dado que el derecho es propio del ámbito de las ciencias sociales.

No tenemos dudas de que dicha ley ostenta no sólo legitimidad política suficiente, sino también —y sobre todo— legalidad y constitucionalidad, y por ende desde lo político los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia puestos en juegos son totalmente válidos.

Esto no empece, reiteramos una vez más, que hayan —y así lo deben expresar— quienes disientan sobre determinadas cuestiones de su contenido regulatorio; de que algunos sean acaso opinables, producto de las diferentes concepciones que cada uno entiende debe ser el derecho en general y del privado en particular (instituciones concretas), sumado al derecho judicial que necesariamente se formará, basado en el accionar de los jueces; y a propósito, precisamente uno de los límites que éstos tienen —que no es intrascendente, sino al contrario— son aquellos que se conocen como de un sentido *fáctico-psicológico* conformado por su propio sistema de creencias, por sus opiniones políticas y sus definiciones ideológicas, por la pertenencia a un determinado núcleo social (familia, grupo, clase), por sus intereses corporativos, por el momento histórico que les ha tocado vivir o por su historia personal, como con gran acierto lo señala Ricardo A. Guibourg.

A esto se le debe adicionar una corriente o ideas absolutamente novedosa: actualmente el derecho ha dejado de ser considerado como “algo estático”, sino al contrario, hoy es sumamente dinámico caracterizado por *sus funciones*, en el marco de indudablemente una nueva teoría del derecho siguiendo la tesis de Enrique Zuleta Puceiro y que para nosotros concuerda con nuestra perspectiva o ideas de un derecho multidimensional. En otras palabras, la figura geométrica que nos representaba la Constitución Nacional ubicada en el vértice de un triángulo y su base por normas de rango jerárquicamente menores (las llamadas “pirámides de Kelsen y Merkl”) ya no es tal, y éste era “el derecho” que como sistema el juez debía aplicarlo en su procedimiento de subsunción (el hecho a la norma) al resolver cada caso sometido a su consideración; ahora —en una nueva visión— se debe ponderar las consecuencias del fallo a dictarse. El derecho según esta nueva concepción que compartimos, está constituido por normas jurídicas, pero también por normas metas-jurídicas, y esto implica muchas, variadas e interesantes cuestiones que no es en este trabajo la oportunidad de tratarlo.

3) Entendemos, por ello, como una lata e intencional opinión, que partiendo de que el derecho está hoy en día signado por aquello del jurista y la realidad social, surgiendo lo que ya en el siglo pasado Gustav Radbruch —filósofo alemán— denominó derecho *supralegal* (idea primigenia que está integrada por normas jurídicas y metas-jurídicas). Esta concepción explica porqué se “han mutados” varios preceptos del anteproyecto confeccionado por la comisión de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, quienes contaron con la asistencia de un equipo de renombrados juristas, ignotos la mayoría para el gran público.

Acaso la legitimidad (ya que de su legalidad constitucional no hay dudas) de las reformas introducidas por el P.E.N. lo podremos discernir más claramente si recurrimos a las circunstancias históricas vigentes en Francia, en la Europa de la época de Napoleón Bonaparte, que determinaron decisiones de éste hacia “sus juristas” respecto a la redacción de lo que luego sería el Código Civil de 1808 conocido luego como *Código de Napoleón*; y en Italia, en el año 1942, al sancionarse el Código Unificado Civil y Comercial —redactado también por renombrados juristas— se lo conoce como *Código Civil y Comercial Único Italiano de 1942*, no como “Código de Mussolini” quien estaba en el gobierno al momento de sancionarse; estos ejemplos nos demuestran que nadie puede ignorar la trascendencia de la realidad social, más precisamente política, en la sanción de toda ley.

Esta realidad se plasmó en el proyecto que el Poder Ejecutivo elevó al Congreso de la Nación, que fue objeto de reformulación en algunos de sus preceptos por parte del Senado y que Diputados después los compartió sancionándolo en ley.

Agregamos también que el nuevo código fue analizado, discutido en numerosos foros —de distintas naturaleza, no sólo desde lo jurídico-académico— en todo el país por casi dos años, y en algunos temas se acogieron opiniones como por ejemplo en cuestiones sensibles para ciertos sectores de nuestra sociedad respecto determinados temas del derecho de familia, por citar un ejemplo.

En algunas cuestiones, exponemos nuestra atrevida opinión personal, todo desde “un primer abordaje”.

La realidad, el derecho y el código promulgado

Nadie puede dudar que “la Argentina de hoy” no es la misma que imperaba en la época del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield en que se sancionaron los Códigos Civil y Comercial, razón por lo cual están insertos en lo que se dio en llamar derecho (códigos) decimonónicos, con las particularidades de su marco sociopolítico como en lo económico, cultural, religioso, institucional y jurídico de esa época.

De la misma manera, en la actualidad, al influjo de la producción científica, técnica, de la globalización, de las comunicaciones, del uso a diario de la computación; en otras palabras, de la técnica, de la informática y de la electrónica, podemos advertir que el mundo de nuestros días presenta notables cambios —y continúan— impactando principalmente en el marco arriba mencionado, sumado a una notable expansión del conocimiento, todo lo cual —y es natural que sea así— es acogido sin dudas algunas en nuestro país y que ha llevado a revisar y revalorizar el contexto y conceptos de determinadas cuestiones que hacen a la sociedad argentina contemporánea; y en nuestro ámbito con el aporte de nuevas concepciones de la teoría del derecho, mereciendo considerarse necesario una nueva regulación en las ramas de derecho privado y público de las mismas y, en este proceso, el derecho privado está inserto, y particularmente en Argentina con los numerosos proyectos de reformas de los códigos civil y comercial, que no tuvieron vigencia, pero sí “vivencia” en la doctrina seguro y en algunos primeros y pocos fallos —“atrevidos” dirían algunos— de nuestra jurisprudencia, profundizados posteriormente con las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como, por citar algunos, el derecho de daños y los llamados derechos colectivos, entre otros.

Y así apreciamos que el surgimiento de nuevas realidades, principalmente sociales y económicas, hacen que respuestas que antes resultaban eficientes en una etapa histórica pretérita ahora ya no lo son porque existen otro contexto y otros valores.

Es por ello que ante esta situación emergente, en la cual han surgido nuevos modos de convivencia social y negocial, que no eran contemplados por los ordenamientos jurídicos de los siglos XVIII, XIX y antes del fin del XX, han impuesto la necesidad de adaptarse a los mismos actualizándose el marco legal aplicable, mediante leyes particulares la mayor de las veces, lo que implicaba un ordenamiento disperso, asistemático.²

² Cfr. Vázquez Acuña Martín G., *La intermediación financiera no autorizada frente a la evolución de los mercados financieros, Derecho Comercial y de las Obligaciones* –2009-B– Año 42, Director: Raúl A. Etcheverry, Abeledo-Perrot, pp. 401-402, 2009, Buenos Aires

Para más, tiempo atrás se comenzó a hablar de la *civilización* del derecho comercial como de la *comercialización* del derecho civil y el denominado proceso de *descodificación*.³

El panorama resultante es la alteración de la naturaleza jurídica de aquel modelo de sociedad del siglo XIX y hasta cerca de la mitad del siglo XX que con nuevos actores políticos, sociales y económicos-financieros y nuevas formas de convivencia social entró en crisis.

Por ello, al menos en lo que respecta al derecho privado se imponían nuevas herramientas regulatorias sistemáticas, sin desconocer aquellas que aún brindan soluciones útiles y beneficiosas a nuestra comunidad organizada, según la concepción del derecho del que nosotros participamos.

Todo esto se originó, siguiendo a Luis Villar Borda, luego de la posguerra de los años 1939-1945, ya que el basamento de todo el proceso de transformación que venimos hablando se inicia desde fines de los años cuarenta y principios de los cincuenta del siglo pasado. Incluso la propia concepción de la *ciencia tradicional* fue puesta en dudas, siendo cuestionados sus leyes y principios considerados hasta ese entonces como inalterables; como por ejemplo a la propia ley de causalidad que era el sustrato de toda la ciencia de la naturaleza ahora se la discute, y en ésta la clasificación del neokantismo de ciencia del ser y del deber ser (*Sein y Sollen*) de la que se valió precisamente el derecho.⁴ Todo esto lleva a Valentín Petev a sostener que “en la epistemología moderna el propio postulado de verdad, que toda ciencia propaga, se ha vuelto dudoso”. Como no podía ser de otra manera, este proceso descrito impacta claramente no sólo en la ciencia en general, sino también, en la jurídica con más intensidad, en la dogmática y la teoría del derecho.⁵

³ Para una mayor ilustración sobre estos temas, ofrecemos al lector el trabajo de Cristián Giménez Corte, *Derecho Transnacional, entre el ius civile y el ius mercatorum*. Derecho Comercial de las Obligaciones, 2011-B. Año 44, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Director: Raúl A. Etcheverry, Abeledo-Perrot, pp. 1-24, 2011, Buenos Aires; y el de Aida Kemelmajer de Carlucci, Prólogo en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Título Preliminar y Libro Primero – Artículos 1 a 400*, Marisa Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Directores, 1ra ed. Infojus, 2015, C.A.B.A. Fuente: Internet: [<http://www.infojus.gob.ar>].

⁴ Ob. cit. en Introducción a *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*, de Valentín Petev, Traducción e Introducción de Luis Villar Borda, Universidad de Externado de Colombia, N° 2 Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, p. 11, 1996, Bogotá-Colombia.

⁵ Cfr. Petev Valentín, en ob. cit. en el punto anterior, pp. 23-27.

Consecuentemente, en la ciencia jurídica se advierten investigaciones más profundas sobre la aplicación como la producción de las normas, influyendo en la elaboración técnica y la justificación de las mismas; por lo que en lo sucesivo la teoría general del derecho no puede prescindir de un análisis más apropiado de datos sociales relacionado con las fuentes del derecho.

Y así, sigue expresando Petev:

Se considera aquí, de manera nueva, la problemática que plantea cada vez más la sociedad pluralista contemporánea, desde que se cuestiona la competencia exclusiva del legislador para crear normas y desde que se es consciente del papel creativo del juez; (de este modo) éste —el juez— tiene una nueva tarea por adelante, ciertamente difícil, de organizar y guiar un discurso jurídico en el cual los resultados sólo están ligados a la coherencia de los argumentos.

Es verdad por lo tanto, al menos para nosotros, lo que señaló el ya nombrado Villar Borda de que la preocupación mayor de Petev, coincidiendo con Robert Alexy y Jurguen Habermas, es salvar la racionalidad de una teoría democrática del derecho.⁶

Podemos apreciar claramente cuál es la realidad social, cultural, económica y política de la comunidad actual —que es multicultural—, y cómo se relaciona con el derecho. Entendemos, que en esta contextualización, se impone la sanción de un nuevo código que supere aquel impregnado de derecho decimonónico ya superado en su historia evolutiva de la humanidad.

Este panorama lo deben aceptar, considerar “y actuar”. Se debe hablar de un derecho multidimensional: todos los operadores jurídicos, jueces, abogados y doctrinarios, y asimismo, funcionarios políticos del ejecutivo y legislativo, más empresarios, economistas dedicados a la finanzas, científicos de las distantes áreas, comerciantes, trabajadores y la ciudadanía en general.

Es por estas razones, que consideramos relevante que se haya sancionado el nuevo código o código promulgado, expresiones éstas que la usaremos indistintamente y como sinónimos.

Al respecto, creemos sinceramente que este Código es progresista, novedoso y de entidad jurídica de significación, producto sin ninguna dudas de los saberes de la comisión creada por decreto N° 191/11.

⁶ Ídem anterior.

Antes de su sanción, insistimos, fue objeto de discusiones y debates por cerca de dos años en casi todos los ámbitos académicos y de otros estamentos sociales e incluso religiosos de todo el país, de manera que esta particularidad lo muestra como una de las leyes que más exposición pública tuvo en años en nuestra República; que por otra parte no lo tuvo el “Código Civil de Vélez Sarsfield” que fuera aprobado a libro cerrado.

Renombrada doctrina entiende que del derecho comercial algunos de sus institutos “han desaparecido”.

Comunidad actual, como se relaciona con el derecho y, entendemos, que en esta contextualización consciente del papel. Pero ello es opinable, ya que hemos accedido a trabajos y ponencias sobre institutos del derecho comercial ahora normados en el código promulgado de gran aplicación en la vida negocial diaria, demostrando que la reforma sobre el derecho comercial también es muy significativa y tendrá gran incidencia en el tráfico comercial y financiero del país pudiendo citar sólo a título de unos meros ejemplos demostrativos lo referido al capítulo de los contratos bancarios (art. 1378 y ss.); los contratos bancarios entre consumidores y usuarios (art. 1384 y ss.); contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio (art. 1429); contratos asociativos (arts. 1442 y ss.); certificados de participación y títulos de deuda (art. 1693 y ss.); en la teoría de los títulos valores la libertad de creación de los mismos (art. 1820).

Se ha impuesto, entonces, la opinión de aquellos que sostenían la necesidad de la unificación de las reglas referidas a las *obligaciones y contratos civiles y comerciales*, porque entre ambos en esencia no existen diferencias, y de otras instituciones sistematizándolas en un único código. Pero ello no implica, insistimos, que lo comercial “haya desaparecido”; en efecto, existen instituciones que por su naturaleza son lo que conocemos de derecho comercial, como lo demuestran los ejemplos del párrafos “in fine” precedente, las sociedades comerciales, los títulos valores, contratos de consumo, contratos bancarios, etc.

Ciertas ideas rectoras extraídas de sus fundamentos

Gonzalo Sozzo es quien nos dice que la arquitectura de un Código Civil está dada por sus principios y funciones; y por eso mismo es siempre una obra incompleta que deberá ser terminada por los operadores del campo legal una vez que se encuentre vigente.⁸

⁸ *Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (pos-Derecho de Daños)*, en Revista de Derecho de Daños, 2013-3, p. 563, Rubinzal-Culzoni, 2013, Santa Fe.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional en el proyecto, como ya dijimos más arriba, por Mensaje N° 884 de fecha 07-06-12, consignó en una muy apretada síntesis que todo código, como cuerpo de leyes, debe estar de acuerdo con la tendencias y modos de ser de la sociedad a la que está destinada a regir; que aquel concepto predominante de un Estado de derecho debe ser reemplazado (“priorizando” expresaba el Mensaje) por el *Estado constitucional, social, democrático y de derecho*, explicando que sin sociedad y sin democracia nunca puede haber derecho —al menos en su concepción moderna— y éste, debe reflejar los problemas cotidianos que tiene la comunidad.

Continuaba diciéndose que el Código Civil sancionado en el siglo XIX por Ley N° 340 promulgada el 29 de septiembre de 1869 continúa aplicándose aún hoy en el siglo XXI, a más de 200 años de su entrada en vigencia. También el Código de Comercio, sancionado por Ley N° 2637 de 1889 resulta igualmente antiguo para las modernas y tecnificadas relaciones comerciales de nuestros días. Por otra parte, se manifestó que el derecho privado en su conjunto fue afectado por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas, a lo que se suma que la estructura originaria de dichos códigos han ido modificándose a los largo del tiempo por numerosas leyes especiales que actualizaron distintos aspectos y dejaron intactos otros, en los cuales permanecen soluciones no acordes a la realidad actual, alterándose así el ordenamiento lógico y la estructura de principios y reglas existentes en los referidos cuerpos normativos.

Se seguía consignando:

Surge entonces, con claridad, la necesidad de adecuar ambos instrumentos, que constituyen los actos de codificación más importantes del siglo XIX, a los tiempos que corren en las relaciones humanas y en las comerciales, propiciando asimismo su unificación, en tanto ambos regulan la misma sustancia jurídica: las relaciones de los particulares entre sí, regidas por el principio conmutativo de dar cada uno lo suyo.

Entre nosotros, siempre resultó “inspirador” (si se nos permite el término) y a la vez opinable tratar de seguir el modelo del Código Único Civil y Comercial italiano de 1942, advirtiéndose acalorados debates académicos y de opiniones reflejadas en numerosas publicaciones de ese propio país desde esa época en adelante, de muchos de nuestros prestigiosos juristas y del derecho comparado europeo, principalmente españoles y en América, de la doctrina mexicana, chi-

lena, brasileña, peruana, uruguaya entre otros y que como tal sirvieron como antecedentes en los proyectos de reforma de 1987, 1993, 1998 y al actual.⁹

Por ello es bueno recordar que la mejor síntesis de la necesidad de un código civil y comercial unificado, lo dio Horacio Roitman respecto al entonces proyecto de 1987: “la vetustez del código de Comercio y la reforma integral del código Civil”.¹⁰

Obviamente que más cerca en el tiempo está el Proyecto de Unificación de 1998 y así llegamos al actual, del que ya transcribimos algo y podemos finalizar con lo que sostuvo el Poder Ejecutivo en su ya mencionado Mensaje N° 884 de que:

los dos pilares fundamentales que sustentan el proyecto son, por un lado, la recepción en la normativa civil y comercial de las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho y, por otro lado, la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes.

En la época actual, se dan argumentos fundantes de significación cultural, social, económica y jurídica para toda la comunidad organizada argentina; y es por ello que Lorenzetti había expresado en una página web o portal que habilitó en 2012 con la identificación de: “El sitio del Nuevo Código Civil”:

Más allá de la interpretación que realizan los magistrados de las leyes, el proyecto pretende dotar a los jueces de la mayor cantidad de herramientas para que las situaciones de hecho que se viven a diario en la sociedad tengan su debido encuadre jurídico.

Es claro que se recepta una nueva visión junto a las transformaciones del derecho privado en este siglo XXI; y por ello nosotros, como se podrá apreciar, hemos considerado necesario transcribir algunos de los fundamentos, por

⁹ Tomamos como punto de referencias solamente los proyectos referidos en los Fundamentos del anteproyecto, recordando dos proyectos del año 1993, uno dispuesto por decreto 468/92 y el restante conocido como “Comisión Federal”, siendo una de los integrantes de esta última, entre otros, María Artieda de Duré, anterior titular hasta su fallecimiento de la cátedra “B” de la materia Derecho Comercial.

Segundo Curso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E., que a la fecha está a cargo del distinguido profesor Dr. Augusto H. Arduino.

¹⁰ En *Consideraciones Previas al proyecto de Código Civil del año 1987*, Astrea, p. 13, 1987, Buenos Aires.

entenderlo suficientemente demostrativos de las ideas rectoras que animan al nuevo código.

Algunos de sus caracteres más relevantes

La ya citada Comisión creada por decreto N° 191/2.011, que elevara a consideración del Poder Ejecutivo su Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 formuló en sus Fundamentos ciertos parámetros, que nosotros los ponemos en consideración, junto a los que sustentan la redacción definitiva del código promulgado. Es que creemos que todo aquél que se propone realizar el esfuerzo de tratar las claves que determinan las pautas de orientación del código promulgado, tiene que partir como una consecuencia necesaria y suficiente de los Fundamentos del anteproyecto; no sólo porque nos demuestran la significación y sentido de “primera mano” de sus normas, reglas, principios y valores, sino porque por otra parte los mismos no fueron modificados en lo esencial por los del proyecto y tampoco por el texto definitivo del C.C. y C. en vigencia.¹¹ Algunos de ellos son:

1) Las etapas que atravesó el Código hasta su aprobación y vigencia

Es fácilmente advertible que el actual C.C. y C., hasta su promulgación pasó por diversas etapas.

Una primera, se puede decir, es la que se inicia con el decreto del P.E.N. N° 191/11 por el cual se nombra la comisión, integrada por Lorenzetti, Highton y Kemelmajer para que dentro de un determinado período confeccione un anteproyecto; siendo nominado por dicha comisión como secretario Miguel Federico De Lorenzo.

Comenzada la labor propiamente dicha, se requirió la colaboración de muchos especialistas en temas específicos, sin que ello implique que sus aportes hayan sido recepcionados o que los mismos aprueben el resultado final. La comisión analizó las numerosas proposiciones, pero luego redactó cada uno de

¹¹ Siguiendo la metodología evaluativa del Curso de Posgrado *Código Civil y Comercial Unificado*, Director Ricardo Luis Lorenzetti, Coordinadora Rosa Rinessi de Rey, organizado por la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E., entre abril a octubre de 2015, realizado en el “Campus Universitario” de la ciudad de Corrientes.

los textos y la integralidad de los mismos, tal como ya lo dijimos en la nota N° 7 y lo explicitaremos más adelante.

Lo particular es que en “todo el iter constitutivo”, como señala Kemelmajer de Carlucci, la comunidad jurídica argentina tuvo conocimiento de lo que se estaba proyectando.

Ésta termina con la elevación del Anteproyecto, con sus Fundamentos y un Anexo, en el que consta los nombres de todos los que han colaborado, y se eleva al P.E.N. en el plazo fijado.

La Segunda etapa es, según entendemos, la que abarca desde la recepción del Anteproyecto por parte del P.E.N. hasta la redacción de las modificaciones de lo que luego resulta ser el texto definitivo que el P.E.N. eleva al H° Congreso de la Nación, introduciendo ciertas consideraciones que sumados a los del Anteproyecto resultan ser en definitiva los Fundamentos del código que ingresó al Congreso. (Cámara de Senadores).

Se destaca que la Comisión de la primera etapa continuó trabajando, incorporando observaciones y perfeccionado los textos hasta el 11 de mayo de 2012.

Una tercera etapa es aquella en la el Congreso de la Nación conformó una Comisión Bicameral integrada por parlamentarios de los partidos políticos de la oposición y del oficialismo, y por su accionar se abrió un período, en todo el país y no solamente en el ámbito jurídico (congresos de magistrados judiciales, colegios de abogados, ámbito universitario), sino también de otros actores sociales relevantes como el clero, cámaras de comercio, bancarias, etc. Se lo discutió intensamente en audiencias públicas.

Luego la Cámara de Senadores, el 28 de noviembre de 2014, lo aprueba introduciendo modificaciones al proyecto presentado por el P.E.N., y en la Cámara de Diputados se aprueba tal como vino del Senado con fecha 01 de octubre de 2014; se sanciona la ley, el P.E. lo promulga el 07 de octubre de 2014 y es el que en definitiva entró en vigencia el 1° de agosto de este año.

2) Incidencia en el nuevo código de la constitucionalización del derecho privado

En los últimos años pudimos advertir en nuestro país el desarrollo de una orientación doctrinaria que se denominó la “constitucionalización del derecho privado”, que desde una visión elemental implica dejar de lado la tajante división entre normas de derecho privado y de derecho público; y por ello en el

nuevo código apreciamos una relación o comunicación de principios propios del derecho público con los del derecho privado en varios casos.

Vale decir que una de las características del C.C. y C. es la noción de que el derecho privado se constitucionaliza. ¿Qué quiere decir esto? Significa que se deja de lado la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo, fijando estándares de justicia distributiva.

Tradicionalmente se sostenía que el derecho privado poseía su propia dinámica y principios (eficacia vertical, opuesta a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). En otras palabras según esta postura, los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado pero no a los particulares en sus relaciones entre sí.

Vale un ejemplo de esta constitucionalización respecto al abandono de la idea de “familia” como institución propiamente privada, y por lo tanto, al margen de la acción del Estado y de los principios de justicia.

Ahora, el nuevo código lo regula según principios y valores de nuestro texto constitucional. En efecto, adecuándose a dicha constitucionalización, las normas que rigen la vida interna de las familias son un producto del Estado; se acepta la igualdad de género y la protección de la mujer (frente a la desigualdad material, a la explotación, a la violencia, etc.). Otro ejemplo, lo advertimos en las normas sobre los contratos y los derechos reales, y en particular, el derecho de propiedad. También, se reconoce la desigualdad económica en la práctica de estas instituciones.

Observamos que la propiedad es considerada como una función social, en oposición a considerarlo como un derecho absoluto, sin relación e independiente de otras consideraciones políticas y valorativas.

En conclusión, el C.C. y C. permite aplicar al derecho privado valores fundamentales expresado en la Constitución Nacional.

Así, entre los logros, encontramos un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes, que en realidad comienzan desde el artículo 1 del código. Muestras de ellos son, entre otros, el principio de igualdad (incorporado en la reforma de la Constitución Nacional de 1994), que parte del sujeto considerado vulnerable, lo que determina el reconocimiento de compensaciones económicas por divorcio, por nulidad del matrimonio, por disolución de la unión convivencial (artículos 428, 429, 441, 524 y 545); el derecho de acceso a la justicia de personas con vulnerabilidad (art. 706); protección constitucional de

la vivienda —art. 14 C.N.— reconocidos en los artículos 244 a 256 del nuevo código.

A su vez, respecto de las tareas futuras para profundizar este proceso, sería conveniente regular en un breve período el derecho al agua potable, sanciones pecuniarias disuasivas a quienes causaren daños al medio ambiente, etc.

Se concluye que en el proceso de constitucionalización del derecho privado, es claramente apreciable, entonces, la enorme y trascendente incidencia del nuevo código, advirtiéndose la existencia de un importante contenido de normas de orden público en ámbitos significativos del quehacer diario en el marco de nuestra realidad factual.

3) Inserción de la internacionalización del derecho privado en el C.C. y C.

Dado el estado de la ciencia del derecho, no se puede desconocer que en la actualidad existen áreas en las que la legislación y la doctrina avanzaron en intensidad y extensión, como ocurre por ejemplo, con el derecho internacional privado. Sin embargo, en un código sólo pueden consignarse reglas generales y no es posible trasladar por completo todo ese causal normativo, propio de una legislación especial.

En este orden de ideas, el C.C. y C. presenta un cuadro de disposiciones aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos.

Con un criterio moderno y amplio, se exponen reglas relativas a las situaciones que puedan presentarse en materia de personas humanas (artículos 2613 y ss.), matrimonio, uniones convivenciales, alimentos, filiación, adopción, restitución internacional de niños, contratos (incluidos los de consumo: artículo 2654), responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales, etc.

Por ello, los impactos más significativos de este proceso se pueden caracterizar del siguiente modo: cómo las normas de derecho internacional privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados, con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas, en una realidad intensamente comunicada e interconectada.

Frente a diversas opciones legislativas, se proponen soluciones que resulten familiares a la República Argentina, receptando acuerdos alcanzados por una fluida red de convenciones internacionales aquí vigentes.

De esta manera, el efecto más significativo es que en materia de bienes,

personas, títulos valores, vinculados a más de un derecho, se han preferido soluciones sencillas y flexibles para favorecer el equilibrio de certeza y adaptación particular, lo que no se puede lograr con normativas rígidas.

Es indudable por lo tanto, que todas las soluciones, además, están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de derechos humanos.

4) Vinculación de las instituciones de derecho privado en la consideración del medio ambiente

Ricardo Luis Lorenzetti¹² expresó que “la proposición metodológica central es que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento”; a lo que se debe agregar que el nuevo código no sólo unifica la materia civil y comercial, sino también construye una comunidad de principios con la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado.

Precisamente, uno de los paradigmas del C.C. y C. se refiere a la materia de los bienes. Y respecto a éstos, la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados en esta materia. En efecto, ahora aparecieron bienes que, siendo de las personas, no tienen valor económico, aunque sí una utilidad, por ejemplo, sus órganos, sus genes, etc.

También la relación exclusiva entre bienes y las personas ha cambiado y aparecen las comunidades (de los pueblos originarios) y el medio ambiente (espacio geográfico donde habita la persona).

Desde este punto de vista, una análisis del código promulgado nos permite apreciar esta vinculación; y al respecto, se puede sostener que el derecho ambiental está compuesto por intereses o derechos de incidencia colectiva difusos, en cuanto a los titulares activos, compartidos de manera impersonal, indiferenciados por grupos sociales, sectores, clases, categorías, la sociedad, referidos a bienes colectivos (el ambiente y cada uno de los elementos que forman parte del mismo).

Va de suyo que el derecho ambiental expresa como ningún otro, la necesidad imperiosa de conjugar la defensa de lo social, el ideal de comunidad o colectividad con el entorno —medio ambiente o espacio vital— con la idea de

¹² Ob. cit., *Presentación del Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, p. 12, 2012, Santa Fe.

la persona, el ser humano y los bienes con el objetivo de lograr un desarrollo sustentable.

Las herramientas que el nuevo código propone desarrollar en esta tarea son: 1) el valor a dar a los principios generales derivados de la Constitución Nacional (artículo 41). Por su parte, el C.C. y C. (artículo 14 “in fine” y conc.) establece que las leyes no amparan el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente; 2) del Título Preliminar extraemos el principio de los fines del ordenamiento, que evita considerarlo históricamente y sí para el futuro, pues comprenden no sólo los fines sociales, sino también los ambientales y, consecuentemente, no limitar su aplicación, que debe relacionarse obviamente con el medio ambiente; 3) por medio de los llamados derechos de incidencia colectiva o intereses difusos.

Otras herramientas son las normas del C.C. y C. de las que derivan la protección del medio ambiente: Capítulo 3 “Ejercicio de los derechos”; artículo 9 la “buena fe”; artículo 10 “abuso del derecho”; artículo 18 “derechos de las comunidades indígenas”, artículo 51 la “persona humana”; artículo 240 “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, etc.

En definitiva, un caso que en su inicio puede ser de derecho individual (derecho privado) que vinculan a dos o más personas en lo pecuniario, pero que resultan transformadas por la modalidad de los derechos de incidencia colectiva, requiriéndose la aplicación de principios, reglas, técnicas y objetivos propios “iguales pero diferentes”.

5) Aspectos valorativos que aportan peculiaridades propias al nuevo código

a) Es un código con identidad cultural latinoamericana: lo más relevante es que hay una concepción tendiente a integrar el bloque cultural latinoamericano, impregnada toda ella por la influencia de la tradición romana e hispánica y luego la francesa a partir de la codificación.

No se puede discutir la influencia del código civil francés de 1804, que impactó en los códigos de Europa: Italia en 1865, Portugal en 1867, España en 1889; en América: Quebec en 1866, Luisiana en 1870, Perú en 1852, Chile en 1857, Argentina en 1871 y Brasil en 1917.

Estas ideas jurídicas han sido muy importantes durante toda la historia del derecho argentino y se las respeta en sus aspectos esenciales; sin embargo,

también se incorporaron nociones propias de la cultura latinoamericana y una serie de criterios considerados comunes a la región.

b) La constitucionalización del derecho privado: ya hablamos con más extensión más arriba, agregando que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho privado y el derecho público.

El C.C. y C. se aparta de este criterio, y toma muy en cuenta los tratados en general, y en particular los derechos humanos más los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

Es por ello que al hablar del nuevo código se dice “constitucionalización del derecho privado” y se establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. Esto era ampliamente reclamado por la doctrina.

Otros ejemplos de este proceso son la protección de la persona humana por medio de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros.

c) Código de igualdad: los códigos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de la igualdad abstracta, con una neutralidad en relación de las asignaciones previas del mercado.

En un criterio valorativo muy diferente e innovativo, el nuevo C.C. y C. busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas cuya finalidad es plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

d) Código basado en un paradigma no discriminatorio: en el desarrollo histórico vemos que el sujeto de derecho privado era “el hombre”, sin identificarlo con la mujer y otros aspectos de la sociedad relacionados a aquél.

Esto ahora se modificó en el nuevo código; al entenderlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen de la riqueza, entre otros criterios.

El C.C. y C. regula a la mujer, el niño, personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, por citar algunos de un modo sistemático que no habían tenido hasta ahora.

e) Código de los derechos individuales y colectivos: la mayoría de los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales.

El nuevo C.C. y C., innova también en este punto, y le da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en concordancia con la Consti-

tución Nacional. Esto tiene un impacto muy significativo en la forma de relacionarlos con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.

f) El código y los bienes: casi todos los códigos decimonónicos han quedado desactualizados en materia de “bienes”.

Ahora, por el contrario, se tiene bienes que, siendo de la persona, no tienen valor económico, pero sí utilidad como el cuerpo, los órganos, los genes, etc.

La relación bienes-personas ha cambiado, y en este contexto aparecen las comunidades (de los pueblos originarios) por ejemplo.

También los conflictos ambientales se refieren a bienes, que son mencionados en el nuevo código como de dominio público, pero la Constitución Nacional y la Ley Ambiental los consideran colectivos y no solamente de propiedad del Estado.

Hay, entonces, en materia de bienes, una concepción distinta.

g) Código para una sociedad multicultural: nadie puede desconocer que en toda sociedad, se advierte un fenómeno que está conformada por hombres y mujeres de distintas culturas; de ahí el nombre de “sociedad multicultural”.

El nuevo código recepta esta realidad, y un ejemplo lo tenemos respecto a la institución familia, sobre la cual se han adoptado normas importantes buscando un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar.

Por ello, se legisló sobre filiación que tiene en cuenta la “fecundación in vitro”. Concretamente, en el régimen legal de las personas menores de edad se adoptan novedades emergentes de tratados internacionales sobre matrimonio. Se regula también los efectos del sistema igualitario, la posibilidad de optar por un régimen patrimonial, las uniones convivenciales como fenómeno social frecuente en el país.

No se pretende promover ciertas conductas o realizar su valoración, sino lo que se trata es de conceder una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven ideas diferentes que el legislador no puede dejar de lado.

h) Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales: se han previsto decisiones para promover la seguridad jurídica en el tráfico comercial, no obstante tratarse de un código unificado en lo civil y comercial.

Lo tenemos al regularse los contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes, títulos valores, etc.

Por ello se tuvieron en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

En la mayoría de los códigos de otros países este criterio está ausente, por lo que el nuevo C.C. y C. adquiere una singularidad significativa.

6) *El Título Preliminar y su función de núcleo de significación*

En los Fundamentos del Anteproyecto, reiterados en el Proyecto, se dice que una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieran significación general a todo el código.

Tradicionalmente se ha considerado que el mismo sirve para la definición de fuentes y reglas de interpretación.

Por su parte en el código civil español vigente se advierte que el mismo contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, a la aplicación de las normas jurídicas, a su eficacia general y normas de derecho internacional privado.

Pero nuestro C.C. y C. le da (al título preliminar) una amplitud mayor al del código español, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos; incluyendo además nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al código promulgado su sentido general en materia valorativa.

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, se sostiene, de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectista alemana, sino del diseño de unas líneas básicas enfocadas en la argumentación jurídica razonable, dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar del C.C. y C. amplía su contenido a otras cuestiones, como se menciona a continuación:

a) El derecho: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, a las fuentes y a reglas de interpretación.

b) Las leyes: se regula la ley como fuente formal principal; es decir, se hace hincapié en la obligatoriedad de la ley, se habla de leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho.

c) El ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: la buena fe, el abuso del derecho, fraude a la ley, renuncia a la ley, ignorancia o error de la ley.

d) Los derechos y los bienes: se especifica el campo regulatorio del código en la materia, en numerosos artículos. En las conclusiones de este trabajo diremos algo más.

e) En cuanto a textos: se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial. Es decir, que se reconoce indirectamente (en los Fundamentos no en su articulado) a la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho.

7) *¿Cómo se regula la ley y el derecho?*

En el código de Vélez, su Título I se denominaba “De las leyes”. Mientras que en el nuevo código dicho Título I se identifica el capítulo 1 como “Derecho” y el capítulo 2 como “Ley”. Con este camino regulatorio queda claro que se distingue el derecho de la ley. Es que se sostiene que en la evolución actual de la ciencia jurídica no se puede identificar el derecho con la ley.

Es así, que queda claro que la ley es una de las fuentes del derecho. En efecto, el método del nuevo código sigue los antecedentes de otros códigos, como por ejemplo, el italiano de 1942.

Se puede advertir que en el capítulo 1 del Título Preliminar se regula el derecho (artículo 1), su interpretación (artículo 2) y sobre el deber de resolver (artículo 3); y en el capítulo 2 del mismo título se legisla sobre la ley, considerando a ésta como fuente principal.

De esta importante distinción, entonces, el C.C. y C., se basa en la existencia de un “derecho” que da sentido, entre fuentes, a la ley. En efecto, respecto al código de Vélez, en éste, el Título I se denominaba “De las leyes”; en el nuevo código, el capítulo 1 se titula “Derecho”.

En los Fundamentos se precisa que “el propósito de este título no es dar una definición del Derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropia de un código, sino fijar reglas claras para la decisión”; por lo que resulta imposible que se esté en condiciones de proponer una definición del “Derecho”.

Se podría decir, que al no identificarse el derecho con la ley, en cierto modo se pone en dudas el positivismo jurídico que se conjuga con las expresiones:

“el derecho es la ley”; porque como vimos para el código promulgado la ley es su fuente principal pero no la única.

8) *El “diálogo de fuentes”*

En los Fundamentos se habla del “diálogo de fuentes”. ¿Qué se quiere significar con ello? Desde ya que esto incide en las fuentes de la materia civil y la comercial.

Su respuesta está recurriendo a los artículos 1: “Fuentes y aplicación”, artículo 2 “Interpretación” y artículo 3 “Deber de resolver” y, ese “diálogo” de las fuentes debe establecerse para interpretar y aplicar las normas del nuevo código.

En efecto, para un mejor entendimiento debemos recurrir a la aclaración previa, consistente en recurrir a las fuentes principales del código promulgado. En primer lugar la ley, porque de lo contrario surgirían sentencias que no la aplican o se apartan de ella, sin declararse su inconstitucionalidad. De todo modo queda claro que la interpretación debe estarse a todo el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico vigente; vale decir, interpretar conforme la Constitución Nacional los tratados internacionales en que nuestro país sea parte; también la costumbre, usos y prácticas.

En palabras más claras, en todo sistema complejo como el derecho, existe una relación que no se puede eludir, sino tenerse en cuenta, de las normas codificadas con la carta magna, los tratados internacionales, las leyes, la jurisprudencia, los usos, de manera que quien interpreta y aplica la ley establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (conjunción de los arts. 1, 2 y 3).

Respecto a la jurisprudencia, no está incluida como fuente directamente, pero sí indirectamente; ello surge cuando en los Fundamentos se señala que los textos tienen una regulación austera, a fin de permitir el desarrollo jurisprudencial.

De ese “diálogo” se puede decir que son directivas para la decisión judicial; siendo la primera el método deductivo, luego someter al control de lo precedente, posteriormente verificar la coherencia con el resto del ordenamiento y finalmente dar explicaciones suficientemente razonables.

Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho que se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior (interpretación dialógica). Desde ya que el diálogo no siempre es fácil, porque existe un verdadero “desbordamiento” de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación sobre todo en este nuevo C.C. y C., en el que se regulan materias tales como

la bioética y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso este código promulgado proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los artículos 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas), 963 (prelación normativa en materia contractual) y 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil).

9) Reglas mínimas de interpretación

De sus Fundamentos también surge con evidencia que la finalidad que se haya establecido en el C.C. y C., reglas mínimas de interpretación, es la de tender a brindar coherencia al sistema de fuentes (artículo 2).

Estas reglas mínimas las analizamos concisamente:

a) En un todo de acuerdo con la posición asumida por la mayoría de la doctrina, toda decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se comprenden sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De este modo, la tarea del juzgador no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto del nuevo código en el momento de su aplicación.

b) Se mencionan además las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios jurisprudenciales, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancia entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

c) Se hace referencia al ordenamiento jurídico; lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha afirmado en numerosos fallos que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

d) También debe tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados, que son los que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con también la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el

ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. Se sostiene, en los Fundamentos, “no se ha considerado conveniente hacer una enumeración de principios ni valores por su carácter dinámico”.

e) Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo 1 del C.C. y C. Pero, asimismo cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera de significación para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2.

De este modo, queda claro y explícito en la norma que para la interpretación de la misma debe recurrirse a todo el sistema de fuentes (éste es el “diálogo” del que hablamos precedentemente, el N° 6 del presente).

Palabras finales: un intento de justificación iusfilosófica y dogmática sobre el nuevo código

Se puede advertir que en este trabajo sobre el código promulgado no fue nuestro propósito realizar un análisis exegético, ni muchos menos crítico sobre cualquiera de sus normas, sino que tratamos de realizar unos comentarios en una primera apreciación desde lo dogmático y desde lo iusfilosófico —que ahora en este punto, y sobre lo último, procuraremos insistir aún más— para lo cual necesariamente recurrimos a sus Fundamentos, sean del anteproyecto, proyecto o texto definitivo, como a sus normas, principios y valores.

Desde ya que ante nuestra particular intención (irreverente e irrespetuoso podrán aseverar algunos y acaso con razón), es necesario en forma previa aclarar que no desconocemos la posición de autores de aquilatados prestigio que se dedican a la Filosofía del Derecho, quienes sostienen que en puridad es ésta la única que realiza “verdaderamente” *filosofía sobre lo jurídico*, pues nos permite discernir sobre qué son los conceptos básicos del derecho, entendidos como aquellos puros, necesarios, ajenos a las realidades creadas contingentemente por los hombres en determinadas situaciones históricas, y por eso son la esencia comunes a todas las regulaciones del derecho y a todo conocimiento científico de éstas; diferenciándose de aquellos conceptos empíricos, contingentes, históricos, descriptivos de realidades creadas por los hombres en un cierto lugar

y en un cierto tiempo. Esto es lo que sostiene el español Recaséns Siches, y lo entiende así porque considera que dos interrogantes filosóficos principales sobre el derecho surgen precisamente de dos limitaciones de la ciencia jurídica: las cuestiones de estudiar la *Teoría General del Derecho* y las referidas a la *Estimativa ó Axiología Jurídica*; que son el contenido de la Filosofía del Derecho. Precisamente ésta trata de responder el problema de la justificación concreta del contenido de los preceptos, esto es de la justicia o injusticia, que en ocasiones excede los límites de la ciencia jurídica positiva; ingresan al estudio del fin último del derecho, sobre sus supremos principios directivos, para determinar si concuerdan aquellos conceptos del derecho positivo *con lo que debería ser*.

Es de concluir que desde esta visión de dicho autor, respecto de la ramas de las ciencias jurídicas: derecho constitucional, derecho civil, derecho comercial (unificado o no), derecho administrativo, derecho penal, etc.), académicamente no se podrían realizar comentarios de contenidos iusfilosóficos.

Sin embargo, el mismo autor español reconoce que desde los primeros años del siglo XX han surgido meditaciones y elaboraciones realizadas por juristas profesionales que tienen un auténtico rango filosófico, pero no destinados a crear un sistema de Filosofía del Derecho (por eso él los denomina *filosofía jurídica no académica o no sistemática*). Son reflexiones filosóficas sobre determinados puntos, surgidos por necesidades de la política legislativa y sobre todo de la aplicación judicial y administrativa (para nosotros, sería la jurisprudencia y el actuar del Estado como poder político regulatorio), traducidos en los problemas surgidos de la interpretación y aplicación de prácticas de las leyes. Esto lo llevan a la práctica abogados, jueces y profesores universitarios de las diversas ramas, y nomina (algunos) como pertenecientes a esta última corriente a Hiering (Rudolf von), Holmes (Oliver Wendell), Ehrlich (Eugen), Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz), representantes de la “jurisprudencia de intereses”, escuela norteamericana de “jurisprudencia sociológica”, “movimiento realista norteamericano”, y en Argentina, Cossio (Carlos).¹³

Precisamente de Carlos Cossio se ha dicho que es un jurista y filósofo que ha logrado conmovier a la ciencia jurídica dogmática con un pensamiento que parece sencillo al relacionar el pensamiento especializado del jurista con el pen-

¹³ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho, Decimosegunda Edición*, Editorial Porrúa, pp. 1 al 45, 1997, México.

samiento fundamental o filosófico; y por eso, siguiendo la tradición kantiana, él realiza *una filosofía de la ciencia del derecho* más que una filosofía del derecho partiendo no del “mundo de la vida” sino del dato jurídico en su elaboración a cierta altura por la ciencia del derecho, según lo entienden Enrique R. Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo.¹⁴

Obvio es que nosotros intentamos participar de la concepción que representa Carlos Cossio al aspirar emitir ciertas ideas de contenido iusfilosófico del código promulgado, pero desde las nuevas ideas que parten de la realidad social (esta última es lo trascendente en la actualidad). Es que, ahora, ya no discute desde la epistemología la existencia y utilidad de una filosofía del derecho civil y comercial, *filosofía del derecho de quiebra o concursal*, *filosofía del derecho de trabajo*, *filosofía del derecho administrativo*, etc.

Es sabido que el notable progreso de las ciencias y la técnica influyó —y de qué manera— en el modo de relaciones interpersonales y en el quehacer de la sociedad de esta parte del mundo, y obviamente en la nuestra. Su influencia se reflejó en lo social, en lo económico, en lo cultural, en lo religioso, en lo político y, como no podía ser de otra manera en lo jurídico. En otras palabras, también en la ciencia del derecho.

Como ya lo dijimos al inicio, es en este contexto que surgió una corriente —ciertamente contemporánea— de la que participan Robert Alexy, Jürgen Habermas y se adhiere Valentín Petev, entre otros, que aspira a instalar ante las transformaciones del mundo moderno (y por ende en las ciencias jurídicas) la permanencia y el robustecimiento de la citada *racionalidad de una teoría democrática del derecho*.¹⁵

Desde una visión muy lata, esta teoría otorga trascendencia al contenido social de toda comunidad, que debe darse en una trilogía entre el derecho, la moral y la política. En otras palabras, lo relevante ahora es la interacción social en que se presentan los fenómenos jurídicos y se adoptan las decisiones judiciales; por lo que se sostiene que estas ideas, modernas y actuales, actúan como una valiosa contribución a temas no sólo de la Filosofía del Derecho, sino también —y sobre todo— con las nuevas problemáticas que se presentan en el mundo o civilización de hoy, repercutiendo todo ello en la ciencia del derecho o jurídica y en su metodología.

¹⁴ Cfr. autores. citados., *Introducción al Derecho, Cuarta Edición*, pp. 306-307, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, Buenos Aires.

¹⁵ Ob. cit., p. 13.

Así, ahora se indagan o se tienen en cuenta, por una parte, las novísimas estructuras sociales que presentan comunidad donde de “la familia agraria se pasó a la familia nuclear”;¹⁶ y por la otra, también “se reconoce” como categorías legales a las reglas de convivencias de sociedades primitivas, por lo que toda esta contextualización debe a la Filosofía del Derecho, y también —sobre todo— a las nuevas problemáticas que se presentan en el mundo civilización de hoy, repercutiendo todo ello en las ciencias del derecho o jurídica y en su metodología. Ser ponderados en cada decisión judicial, sirviendo de sustento los derechos fundamentales (constitucionales) de cada Estado en particular.¹⁷

Esto se extiende, al derecho público, pero esencialmente al derecho privado (argentino en este caso).

Creemos que en esta concepción iusfilosófica y dogmática del derecho privado patrio se ubica el Código Civil y Comercial vigente. Esto se puede corroborar, claramente de sus normas y de los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de sus principios y valores.

En efecto, la protección al hombre y su dignidad (art. 51) tiene una relevancia trascendental; a diferencia del código decimonónico de Vélez en que lo patrimonial (con lo más demostrativo: el derecho de propiedad) era la idea jurídica-legal directriz. Si bien este último continúa vigente, pero lo trascendente es que ahora en el derecho privado argentino se instala un nuevo eje directriz iusfilosófico —que dimana del nuevo código— en una relación de tipo “*fundante-originaria*” que se plasma en la dignidad de las personas. Así, para nosotros, ahora el juez ante el supuesto de apreciarse “una confrontación” entre ambos en un caso concreto, debe dar *contenido* a su resolución o sentencia en el marco del juicio de ponderación que necesariamente debe efectuar, aplicando aquella premisa filosófica (y también dogmática y exegética), según se extrae de los Fundamentos del nuevo código.

Es que el ahora vigente código en análisis atiende a la persona humana y su dignidad, siendo por lo tanto un código pluralista caracterizado por dos ejes: uno, está acorde a la sociedad actual y a los valores de constitucionalidad; y dos, la

¹⁶ Sagarna Fernando Alfredo, La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución, La Ley, 2000-D, 1000 –Responsabilidad Civil Doctrina Esenciales Tomo I, 437, AR/DOC/7255/2001. En lo legal, un ejemplo, el art. 14 de nuevo código reconociendo los derechos de incidencia colectiva.

¹⁷ Otro ejemplo, el reconocimiento expreso de derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios (art. 18 C.C. y C.).

persona humana es el centro del sistema (art. 19); esto surge claramente de una conjunción de la relación o comunicación coordinadas de normas y principios propios del derecho privado con los del derecho público.¹⁸

Esto se aplica para la interpretación y aplicación práctica de sus normas y la razonabilidad que toda decisión judicial debe contener.

En otras palabras, las cuestiones centrales a resolver son, entre otros, encontrar cuál es la norma válida a aplicar al caso concreto, los términos generales del código convertirlos en una norma singular y concreta para el caso particular en consideración, de los varios métodos de interpretación posibles, elegir uno para dicho caso, a cómo debe actuar el juez en el caso de que aplicar una norma vigente a la cuestión concreta el resultado sería evidentemente injusto, en los casos de “lagunas” del ordenamiento positivo.¹⁹

Y estrictamente, desde lo dogmático, se puede agregar que se recepta aquello sostenido por la doctrina, respecto al derecho privado, que además de su constitucionalización e internacionalización, “la norma jurídica está constituida por la regla y su interpretación; esta última complementa la primera”; es decir, que se deja de lado lo que se sostenía de que de nuestra relación jurídica se deducía una división tajante entre la norma y su aplicación, ya que se entendían como dos actos diferentes, uno emanado del legislador y el otro del juez y por lo tanto sus objetivos eran distintos. Ahora, en el nuevo código se adopta la concepción que considera al acto judicial como un acto que no es de mera aplicación, sino de creación interpretativa, entendiéndolo como un nivel distinto al que elaboró el legislador al crear la norma. Así, el juez crea la norma del caso, y en este acto conecta el caso al sistema y elabora una norma jurídica individualizada, pero sus reglas de producción (acto legislativo) deben ser respetadas. Esto del enlazamiento entre el caso y el sistema se obtiene mediante una “hermeneútica de concretización”.²⁰

¹⁸ De Lorenzo Federico, exposición en clase del día 28-03-14 de la carrera de posgrado Especialización de Derecho de Daños (UBA-AMCyF), dictada en horario vespertino en el “Campus U.N.N.E.” de la ciudad de Resistencia (Chaco). Expresó que el código de Vélez respondió a la sociedad (éticamente monista) de su época y por lo tanto atendía a los bienes patrimoniales y muy poco a las personas.

¹⁹ Recaséns Siches Luis, ob. cit., p. 15. Y esto se puede apreciar nítidamente en los Fundamentos del Anteproyecto (sobre todo), Proyecto y texto definitivo respecto a los comentarios el Título Preliminar como núcleo de significación, de cómo se reguló la ley y el derecho, del diálogo de fuentes, de reglas mínima de interpretación, etc.

²⁰ Cfr. Lorenzetti Ricardo Luis, *La responsabilidad civil*, citas N° 79 y 80, La Ley, 2003-A, 973.

En otras palabras, el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal y ante aquellos con una posición dominante en el mercado.

Para finalizar, algunas consideraciones sobre la previsión de acceso a los bienes por parte de los ciudadanos, a quienes está dirigido el nuevo código. En este orden de ideas, lo trascendente es que ese acceso a los bienes sea eficaz, porque de lo contrario, considerar en el derecho privado al mercado —tal como se hace en casi todos los países latinoamericanos— como sustento del mismo implica reproducir fallas estructurales, pues se lo considera como presupuesto, cuando lo que corresponde es que sea objeto de regulación, ya que en los hechos (considerarlo como presupuesto) se excluye a una gran masa de sujetos.

Vale decir, al regular el derecho privado en forma igual a la noción de mercado, importa la exclusión de grandes grupos de personas, ya que no todos alcanzan a ser propietarios, contratantes, trabajadores o actores de un proceso.

Los rasgos de este fenómeno son evidentes: 1) La propiedad se ocupaba centralmente de los problemas de quien ya es propietario: el uso de la cosa y la exclusión de terceros que pudieran afectar ese uso; 2) El contrato se interesaba por quien ya era contratante. Los principales institutos se referían a las obligaciones de las partes. Los modos de extinción, y responsabilidad por incumplimiento; 3) El derecho del trabajo, desprendimiento de la locación de servicios, se ocupó siempre del obrero que ya tenía empleo: “el trabajador”. Sus regulaciones atendían a los horarios, adjudicación de tareas, accidentes de trabajo, salubridad, remuneración, representa entre quienes están sometidos a la justicia.

Entre otros se ocupó siempre del obrero que ya tenía empleo: “el trabajador”. Sus regulaciones atendían a los horarios, adjudicación de tareas, accidentes de trabajo, salubridad, remuneración.

Uno de sus capítulos más relevantes ha sido el de la protección contra el despido arbitrario; 4) El derecho procesal se interesó por quien ya era litigante. El actor y el demandado son sus figuras principales; sus regulaciones refieren a la demanda, la contestación, la prueba, la extinción del proceso. La garantía del “debido proceso” se representa entre quienes están sometidos a la justicia, entre otros.²¹

²¹ Ídem, cita N° 92

Por eso Lorenzetti sostenía —y lo sostiene— respecto al paradigma del acceso a los bienes que era partidario de la corriente que propiciaba:

La construcción de un nuevo puente con los excluidos, surgiendo nuevas figuras y técnicas: el desempleado en el derecho laboral; el acceso a la justicia en el derecho procesal; el acceso a la propiedad, al consumo, a la contratación, y al resarcimiento en la responsabilidad extracontractual.²²

Por estas concepciones, en el código promulgado se puede apreciar, a manera de síntesis, que respecto de los “bienes” queda claro que se regula no sólo “de los derechos”, como se detecta en el ejemplo de los sujetos colectivos como sujetos de derechos; de la misma manera, las comunidades respecto de bienes patrimoniales.

Hoy se asume un criterio de no neutralidad respecto del mercado: como se infiere de los derechos del consumidor. Hoy, también, se habla de contratos comunitarios.

Otra muestra concreta, es que hay un “cambio de la ciudadanía” del modo de considerar al ciudadano: antes sólo se legisla sobre los derechos electorales; ahora, se legisla sobre derechos de participación, dignidad de las personas, derecho a la imagen, deber de información, etc.

Se aprecia, también en relación a los derechos humanos que éstos tienen recepción legal, ya que antes eran reconocidos mediante creaciones pretorianas o jurisprudenciales.

En lo referido a los “derechos en general”: se regulan los derechos de incidencia colectiva (no ya sólo los derechos individuales y/o conflictos individuales). Hay una coordinación entre el derecho público y el derecho privado (art. 14 del código nuevo).

En el ámbito del Derecho Comercial, se incorporan todos los nuevos contratos: de distribución, arbitrajes; se admiten sociedades de un solo socio.

Un fenómeno de estos días, es que los hijos transmiten, enseñan a los padres, ya que todos los días aparece algo nuevo y los que primero lo “entienden” son ellos (los hijos; jóvenes y aún de años de edad menores). Ejemplos, última

²² Se puede profundizar sobre esta interesante cuestión en Lorenzetti Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, s. d.

generación de celulares, computadoras con sus programas también de última generación, comunicación por medio del WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram.

Se instala, claramente, la concepción de que la función del legislador no es la de imponer un “modelo”; ejemplo, matrimonios hombres-mujeres desde una visión religiosa; ahora ya no: hay más opciones: la gente elige o no. No se puede obligar a nadie. En definitiva, este Código tiene todas las opciones; reina el *principio no discriminatorio*.²³

Esta es nuestra opinión, en grado de aproximación, sobre lo iusfilosófico y dogmático del nuevo código. No obstante finalizamos diciendo que tenemos presente lo que decía Von Ihering: “el derecho es lucha”, a veces se avanza, a veces se retrocede.

²³ Teleconferencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en la clase inaugural del Curso de Posgrado “Código Civil y Comercial Unificado”, en el mes de abril del 2015 en la sede del “Campus”, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E., Corrientes.