

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

EL MÉTODO. EL TÍTULO PRELIMINAR ¹

Por Fernando José D. LÓPEZ DE ZAVALIA*

Señoras y Señores:

Siguiendo con nuestro análisis, corresponde ingresar a un examen del contenido del nuevo Código unificado.

I.- EL MÉTODO DEL CÓDIGO

Como ya todos sabrán, una de las innovaciones del nuevo Código, es haber introducido una Parte General, siguiendo el método de la codificación alemana.

1.- Los modelos

Es una eterna e inacabable discusión, cual configura el mejor método a seguir. Los Códigos de tipo francés presentan mezclado lo general y lo especial, como aparece en las relaciones concretas de la vida, y en este sentido se precian de ser más "realistas" que sus primos alemanes acusados de abstracción y doctrinarismo,... Naturalmente que como un Código no puede ser una repetición constante de principios, el procedimiento francés, cómodo para el caso previsto por la ley, es totalmente inconveniente para el no previsto, pues entonces es necesario comenzar por construir la parte general para luego proceder a la mezcla... ²

2.- El método del actual Código

Nuestro Código presentaba una curiosa estructura. No era un Código que sólo contuviera una Parte Especial (hablando en términos relativos) en la que se encontraran principios generalizables; ni es un Código que presentara una Parte General con principios generales. Era, para decirlo de una vez, un Código que tenía principios generales distribuidos entre los artículos de la parte especial. En efecto, bastaba extraer del Libro Primero, toda la Sección Primera ("De las Personas"), del Libro Segundo, toda la Sección Segunda ("De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones"), y del Libro III todo su primer título ("De las cosas consideradas en sí mismas con relación a los derechos") para, ordenándolos según la tricotomía "personas, cosas, hechos", tener reconstituida la Parte General de Freitas³.

3.- La ausencia de notas en el Proyecto

El proyecto presentado carecía de notas, invocando los motivos que diera el de 1998. En aquella oportunidad, se quiso justificar la ausencia de notas en el hecho de que no las traía

¹ Exposición dictada en el marco de la Diplomatura sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Austral.

* Abogado y Procurador (UNT). Especialización en Derecho Societario (UNT). DEA (Universidad Complutense de Madrid). Doctorando (Universidad Nacional de Córdoba.) Profesor Titular de Derecho Civil II (UNSTA – Tucumán). Ex Profesor Titular de Derecho Privado I, y Derecho Privado III (USPT – Tucumán). Ex Profesor adjunto de Derecho Civil III (UNSTA – Tucumán)

² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, Buenos Aires 1997, § 2, I, 1. Como allí se expresa, los conceptos de "general" y "especial" son relativos. El más concreto de los artículos de un Código es "general" en el sentido de que abarca una pluralidad de casos de la vida, y al mismo tiempo específico en cuanto no regula sino los casos en él contemplados. Con este concepto relativo, si suponemos dos artículos de un Código que legislan dos especies distintas y encontramos un tercero que se aplica tanto en una como en otra hipótesis, diremos de este último que es general en relación con los otros dos. Pero para ése, con otros, puede repetirse el proceso, y encontrarse otro texto que sea general en relación con ellos. Esto explica que los cuerpos legales que son fieles a la idea de dividir lo general de lo especial, después de presentar en toda la estructura dos partes, una General y otra Especial, toman la Parte Especial y agrupan las instituciones en ella legisladas, también con arreglo al criterio de distinguir lo que en ellas es general, de lo que es especial.

³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 2, VII, 1.

"ninguno de los Códigos Civiles del mundo que conocemos, ni ninguno de los Códigos vigentes en Argentina".

Pero una cosa es que la ley no tenga notas y otra bien distinta que sea "prudente" que un proyecto carezca de ellas, y de eso es de lo que se trata. Lo prudente, nos parece, hubiera sido que el proyecto ilustrare al máximo, sin retener información que sirva para ahorrar futuros esfuerzos de reconstrucción del iter recorrido, como lo hacen todos los proyectos que se precian de haber sido bien hechos.

4.- Las definiciones y reiteraciones

Pese a que los Fundamentos del Anteproyecto recordaban que son impropias de un Código, en el texto sancionado sobran las definiciones; hay artículos que llevan como rubrica ora la de "Definición" (ya en singular, ya en plural), ora la de "Concepto", con lo cual, de paso, se advierten las diferentes "manos" en la redacción, como que hay hipótesis donde se usa un signo lingüístico, y a renglón seguido el otro (v.g. arts. 1512 y 1513)⁴.

La finalidad de un método del tipo alemán es evitar las reiteraciones innecesarias, pero basta una rápida lectura del texto sancionado para advertir que el legislador no ha sido consecuente con dicha premisa. Las reiteraciones, fácilmente verificables, exceden holgadamente lo que podría considerarse una media tolerable. Por citar solamente un ejemplo, la buena fe es contemplada como un principio general en el art. 9, pero luego es reiterada como un requisito propio, casi a propósito de cada institución (v.g., arts 729 y 961), lo que representa un pésimo empleo del método adoptado⁵.

5.- El nuevo Código. El método de la Parte General

El nuevo Código Civil y Comercial consta de un Título Preliminar, y seis libros, a lo largo de 2671 artículos.

La parte general está contenida en el Libro Primero, a lo largo de cinco títulos, que respectivamente tratan de la persona humana, la persona jurídica, los bienes, los hechos y actos jurídicos, y la transmisión de los derechos.

Luego de un análisis del Título Preliminar, en este examen intentaremos abordar las principales innovaciones introducidas en las materias propias del primer y tercer título del Libro I.

II.- EL TÍTULO PRELIMINAR. GENERALIDADES

Conforme los Fundamentos del anteproyecto⁶, y de modo análogo a lo que acontece en los Códigos todavía vigentes⁷, se ha decidido anteponer un Título Preliminar previo a los

4 A título de ejemplo, cabe citar los siguientes artículos: 43, 104, 141, 193, 299, 529, 594, 620, 638, 724, 751, 761, 765, 773, 779, 786, 790, 805, 813, 825, 827, 850, 856, 858, 865, 892, 921, 933, 942, 955, 957, 984, 1069, 1073, 1123, 1172, 1176, 1187, 1227, 1251, 1280, 1319, 1335, 1345, 1356, 1368, 1393, 1410, 1421, 1430, 1448, 1453, 1463, 1470, 1479, 1502, 1512, 1513, 1525, 1533, 1542, 1574, 1599, 1609, 1614, 1641, 1649, 1666, 1690, 1701, 1737, 1781, 1815, 1837, 1882, 2037, 2073, 2087, 2103, 2114, 2129, 2154, 2158, 2162, 2205, 2212, 2219, 2278, 2573. Decimos "ya en singular, ya en plural", porque no falta algún texto que contenga una pluralidad, cual es el caso del art. 858, o el del Libro I, Título III, Capítulo 1, Sección 1a, arts. 225 a 234, para las distintas clases de "cosas". Hay también textos que, sin anunciarlo en el epígrafe, contienen definiciones de términos, con la función de diccionario legal. De esta clase son los arts. 257 a 258, sobre hechos y actos jurídicos, y 766 a 768 que contemplan las clases de interés.

5 Otro claro ejemplo, lo ofrecen las reglas sobre de objeto del negocio jurídico, donde el contenido del art. 279 es luego reiterado en los arts. 1003 y 1004, y para colmo con variantes de redacción que van a dar lugar a problemas interpretativos.

6 Dicen los Fundamentos (el texto que transcribimos contiene algunas leves diferencias con el de la edición 2012 de editorial La Ley): «Una primera cuestión a decidir es la necesidad de incluir un título preliminar en el Código. [...] Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema. [...] Esta idea ha sido ampliamente cuestionada en la actualidad, puesto que la descodificación es un fenómeno incontrastable. Desde este punto de vista, sería admisible una respuesta negativa, y es por eso que algunos códigos, como el brasileño, no contienen un título preliminar. [...] Desde otra perspectiva, 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. [...] En nuestro sistema jurídico no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación. [...] La regulación completa de las

distintos Libros que lo integran, y en el caso concreto del nuevo CCivCom, al que contiene la regulación relativa a la Parte General

Las razones que allí se invocan son plausibles⁸, aunque ello no implique necesariamente compartir el modo en que el contenido de dicho Título ha sido regulado, aspecto que se analizará más adelante.

1.- Alcance y significado

Los alcances de dicho título están claramente definidos en los Fundamentos. Se persigue que los “operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”. Se ha dicho al respecto que “si efectivamente el título preliminar aporta reglas para interpretar e integrar habrá que leer el mismo en consonancia con aquellos aspectos valorativos que ha querido darle el codificador [...] La lectura de dichos aspectos valorativos, demuestra que a pesar que en algunos puntos, por ejemplo cuando se refiere al derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo paradigma para la sociedad civil, lo cual implica una fuerte toma de posición [...] Las mismas palabras que se utilizan nos muestran un contenido “fuerte”, porque precisamente no es lo mismo adherir a una concepción que identifica al derecho como objeto de una virtud, o aquel que piensa que este es sinónimo de la subjetividad»⁹.

En consecuencia, para juzgar sobre la bondad de su contenido, habrá que dirigir las miradas a esos aspectos valorativos.

2.- Contenido

El título preliminar consta de 18 artículos distribuidos en cuatro capítulos, que en forma sucesiva regulan las siguientes materias: Derecho (arts. 1 a 3), Ley (arts. 4 a 8), Ejercicio de los derechos (arts. 9 a 14), y Derechos y bienes (arts. 15 a 18).

3.- La pretendida “constitucionalización” del Derecho Privado

fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como dijimos, reglas para la decisión judicial. [...] De modo que, en este plano, la respuesta sería positiva y así lo proponemos. Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos, 312:957). [...] Por esta razón, entendemos que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, hay que establecer normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo, sus efectos en el campo del derecho internacional privado, que no tienen otra sede que la que consideramos. [...] Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado. [...] En nuestro anteproyecto proponemos darle una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al código un sentido general en materia valorativa, como lo explicamos más adelante. [...] Finalmente, no debemos dejar de considerar que los programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que proponemos. [...] Por esta razón, nos inclinamos por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente»

7 Aunque, en puridad, en el Código Civil esos títulos son dos, y no solamente uno.

8 En el sentido apuntado, ver también la opinión coincidente de tres trabajos incluidos en la obra: *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA y que en adelante se citarán por las respectivas páginas que corresponden a esa obra, a saber: HERRERA, Daniel: *Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código*, p. 52; LIMODIO, Gabriel: *Luces y Sombras del Título Preliminar*, p. 57; VIGO, Rodolfo: *Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar*, p. 63.

9 LIMODIO, Gabriel: *Luces y Sombras del Título Preliminar*, p. 56.

Se ha pretendido que el nuevo código “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”¹⁰.

Francamente, la lectura de la afirmación no deja de producir cierta perplejidad. Es que el Derecho Privado no necesitaba de ninguna norma de rango inferior a la Carta Magna que dispusiera su “constitucionalización”, pues ella ya estaba directamente ordenada por el art. 31 de la Constitución Nacional, y tal era enseñanza corriente de prestigiosa doctrina¹¹.

Las reglas de la constitución no necesitan ser reiteradas por otras de rango inferior, porque su imperatividad deriva directamente de la propia Constitución; ello explica por qué una ley, que es expresión de la voluntad coactiva y también jurídica del Estado, pierda validez e imperatividad cuando se aparta de la Constitución¹², y una técnica legislativa que pretendiera soslayar aquellos principios resultaría objetable¹³.

Por lo demás, y ciñéndonos al estricto marco de la regulación contenida en el C. Civil, dicha “constitucionalización” estaba implícitamente prevista en el art. 14, inc. 1, que declaraba inaplicables las leyes extranjeras cuando se opusieran “al derecho público o criminal de la República”; en la nota, el codificador proporcionaba un claro ejemplo de que con ello entendía aludir a la Constitución Nacional, pues el problema planteado estaba referido a la garantía de la igualdad, consagrada en el art. 16 de la Carta Magna.

Disimulado aquél aspecto, también es objetable la redacción del art. 1 que, al enumerar las fuentes formales del derecho, se limita a mencionar a la “Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, porque nuestra Carta Magna contempla una variada gama de subtipos de tratados con diferente jerarquía normativa, y todos ellos invisten el carácter de fuente formal del Derecho, considerado como una unidad.

III. EL TÍTULO PRELIMINAR. EL DERECHO

El Capítulo 1, intitulado “derecho” contiene los tres primeros artículos del nuevo CCivCom:

Artículo 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Art. 2º.— Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Art. 3º.— Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

10 *Fundamentos del anteproyecto*, apartado I

11 SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, N° 23; todavía más clara es la exposición de LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 54, y para los Tratados y la situación posterior a la reforma constitucional de 1994, N° 54-1

12 GORDILLO, Agustín: *Derecho Administrativo de la economía*, Bs. As. 1967, Cap. IV, 3, b, p. 89. Según los *Fundamentos del anteproyecto*, apartado I. ello perseguiría “una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”; pero la “coherencia” de un sistema no se “reconstruye” mediante una norma de rango inferior, sino que viene directamente impuesta por la de rango superior.

13 Cuando se leen afirmaciones como las contenidas en los *Fundamentos*, no parece descabellado preguntarse de donde provendrá, o qué fines perseguirá esa esmerada preocupación por señalar lo obvio, y pretender hacer de ello una novedad. Y recordando aquél célebre apóstrofe que describe PLATÓN (*Gorgias: "El discurso de Calicles"*, donde se interroga al filósofo en estos términos: ¿no te avergüenzas Sócrates, a tu edad de andar a la caza de palabras y de considerar como un hallazgo, cuando solo has cambiado el sentido de una expresión?), tentados estaríamos de preguntar a sus autores, si no les avergüenza un poco andar en esta clase de caza, y de considerar como un hallazgo lo hecho, cuando solo han reiterado, innecesariamente, un enunciado normativo.

En los *Fundamentos del anteproyecto*, se lee que, con ello, se propone “distinguir normativamente el derecho de la ley”, pues una “identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”

1.- Inferencias válidas e inválidas

La afirmación, leída aisladamente, es correcta, pues, efectivamente, el Derecho no se identifica con la ley, que no agota en sí misma la esencia de lo jurídico. Pero, en cambio, sería manifiestamente incorrecta una lectura que pretendiera extraer de ella una crítica al sistema todavía vigente, y una superioridad del nuevo sobre aquél.

Al referirse a la nueva normativa, un prestigioso autor, luego de transcribir distintos pasajes de los *Fundamentos del anteproyecto*, concluye que ellos «indican una orientación filosófica marcada: *fuentes* de derecho y *no fuente* de derecho, reglas y principios; *valores*, o criterios *mínimos de interpretación* están hablando, en especial a partir de las expresiones subrayadas, de un paradigma bien alejado al del positivismo legalista, y muy próximo al del pensamiento de la razón práctica, al que también se ha conocido como “no positivista”, o principialista»¹⁴. Una lectura superficial y apresurada de aquél pasaje, podría quizás sugerir la idea que el talentoso profesor salteño adscribiría al Código Civil redactado por don Dalmacio Vélez Sarsfield al positivismo legalista, y que el nuevo se inscribiría decididamente en el pensamiento de la razón práctica, que, para muchos, constituye una nueva forma de Iusnaturalismo.

A nuestro entender, semejante lectura, representaría una falsa interpretación de su posición, pues nos consta, por haber dialogado personalmente sobre estos temas, que no es exactamente tal el pensamiento del distinguido jurista; pero sin necesidad de analizar en profundidad sus reales alcances, a fines meramente expositivos y persiguiendo refutar afirmaciones que están circulando efectivamente en algunos ámbitos académicos y profesionales, hemos de razonar como si coincidiera con el que venimos de presentar; ello nos permitirá anclar con mayor firmeza los objetivos de nuestra argumentación, pues el desacierto de conclusiones de este tipo, podría demostrarse tanto acreditando que los Códigos actualmente vigentes en nuestro país no podrían adscribirse sin más al positivismo legalista, como probando que el nuevo tampoco escaparía a una lógica positivista; huelga decir que – a fortiori- dicha demostración será más concluyente si ambos extremos fueren verificados.

Pero antes de abordar esa clase de análisis, conviene aclarar qué habremos de entender al referirnos al positivismo. En líneas generales – y aunque se ha discutido la posibilidad de reducir a unidad y por ende a una descripción omnicomprensiva la variada gama de versiones que de ella existen- en nuestra opinión una concepción ha de reputarse positivista, cuando no reconoce carácter de “derecho” a ningún valor material que no hubiera sido incorporado al ordenamiento jurídico¹⁵ por una fuente social y humana actualmente dominante¹⁶, porque necesariamente “vincula la producción del derecho al Estado, en cuanto poder soberano capaz de ejercitar la coacción y de garantizar la eficacia de las normas”¹⁷; desde esta perspectiva, el derecho, como conjunto de reglas impuestas por una voluntad humana, “sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables tales como el orden, la paz, la certeza”¹⁸, y en general la legalidad, como sinónimo de lo justo. El derecho positivo realiza estos valores formales con su pura existencia, que son en realidad hechos elevados a la categoría de valor, pero no reconoce valores materiales que no hubieran sido incorporados al ordenamiento conforme sus propias reglas de producción. En

14 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 24; en parecidos términos en su Comentario al Título Preliminar, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, p. 53.

15 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, 1990, p. 20

16 SERNA, Pedro: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As. 2000, p. 68 y 69,

17 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, p. 17; BOBBIO, Norberto: *O positivismo jurídico*, Sao Paulo 1995, cap. II, n° 37, p. 147

18 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, p. 18

consecuencia, el sistema en su conjunto, carece de toda apertura hacia estos valores materiales que lo trasciendan.

La cosmovisión positivista pretende renegar de todo fundamento metafísico, e incluso desconocer una naturaleza humana común de la cual la razón pudiera desentrañar algún contenido normativo¹⁹, siquiera entendida en sentido teleológico²⁰. Se trata en realidad de una nueva forma de metafísica²¹ que abjura de las formulaciones tradicionales de la metafísica, y deja al derecho sin justificación racional ni trascendente.

19 Se trata de la célebre “falacia naturalista” de Hume, cuya tesis ha sido sintetizada por BENEDICTO XVI, en los siguientes términos: «Quisiera indicar brevemente cómo se llegó a esta situación. Es fundamental, sobre todo, la tesis según la cual entre ser y deber ser existe un abismo infranqueable. Del ser no se podría derivar un deber, porque se trataría de dos ámbitos absolutamente distintos. La base de dicha opinión es la concepción positivista de naturaleza adoptada hoy casi generalmente. Si se considera la naturaleza – con palabras de Hans Kelsen – “un conjunto de datos objetivos, unidos los unos a los otros como causas y efectos”, entonces no se puede derivar de ella realmente ninguna indicación que tenga de algún modo carácter ético. Una concepción positivista de la naturaleza, que comprende la naturaleza de manera puramente funcional, como las ciencias naturales la entienden, no puede crear ningún puente hacia el *Ethos* y el derecho, sino dar nuevamente sólo respuestas funcionales. Pero lo mismo vale también para la razón en una visión positivista, que muchos consideran como la única visión científica. En ella, aquello que no es verificable o falsable no entra en el ámbito de la razón en sentido estricto. Por eso, el *ethos* y la religión han de ser relegadas al ámbito de lo subjetivo y caen fuera del ámbito de la razón en el sentido estricto de la palabra. Donde rige el dominio exclusivo de la razón positivista – y este es en gran parte el caso de nuestra conciencia pública – las fuentes clásicas de conocimiento del *ethos* y del derecho quedan fuera de juego. Ésta es una situación dramática que afecta a todos y sobre la cual es necesaria una discusión pública; una intención esencial de este discurso es invitar urgentemente a ella» (BENEDICTO XVI, discurso ante el *Reichstag*, Berlín Jueves 22 de septiembre de 2011). La “falacia naturalista, ha sido refutada desde distintos enfoques por numerosos autores; entre los trabajos de consulta posible en nuestro medio, pueden citarse: MASSINI CORREAS, Carlos: La falacia de la falacia naturalista. EDIUM, Mendoza, 1995; del mismo autor: *Refutaciones actuales de la falacia naturalista (Sobre los fundamentos gnoseológicos del derecho natural)*, en Sapientia, 1984, y *La cuestión del paso indebido de las proposiciones especulativas a las prácticas y el problema del derecho natural*, en Sapientia 1986; CARPINTERO, Francisco: *¿Hay que admitir la "falacia naturalista"?*, en *Persona y Derecho* - Vol. 29 (1993); en la misma publicación, ver también: LÓPEZ-HERNÁNDEZ, José: *La falacia naturalista y el derecho natural*; CAPESTANY, Edward J.: *El reto de la falacia naturalista por la teleología*; TRIGEAUD, Jean-Marc: *La personne dénaturalisée. De l'impuissance de la "naturalistic fallacy" à atteindre la personne*; D'AGOSTINO, Francesco: *Il diritto naturale e la fallacia naturalistica*; BLACK, Virginia: *Turning the corner on the naturalistic fallacy*; CIANCIARDO, Juan: *Modernidad jurídica y falacia naturalista*, en *Dikaion*, Noviembre de 2004.

20 Como bien se ha dicho: «Sin embargo, no es éste el único concepto de naturaleza posible. Antes bien, el propio Aristóteles fue el primero en distanciarse de esta consideración empírico-aparencial de la naturaleza, que ya por aquel entonces manejaban algunos sofistas. Para él, naturaleza no es la mera apariencia exterior, sino aquello que tiene *en sí mismo* el principio del movimiento y del reposo, lo que posee en sí mismo una fuerza y una finalidad propias. A propósito de esto ha señalado Spaemann: "Pero ¿qué quiere decir tener 'en sí mismo' un principio, un comienzo? Eso sólo puedo saberlo porque soy un 'sí mismo', porque tengo la experiencia de mí mismo como principio, como origen de espontaneidad. Si la tradición filosófica clásica ha formulado como axioma: 'ens et unum convertuntur', era porque **aquí se encuentra el paradigma más** alto de un ente, que desarrolla expresamente la identidad que encuentra su expresión en la palabra 'yo'" - De esta suerte, lo natural, dotado de teleología es también capaz de intimidad y susceptible de atribución de libertad y espontaneidad. Con esta noción de naturaleza la presencia de la persona humana se torna menos problemática, y también los productos culturales y el devenir histórico, que queda de ese modo abierto a una dimensión natural. El hombre puede caracterizarse como naturaleza libre, es decir, aquella cuya teleología es autopoieseída desde la propia intimidad subjetiva, y los productos culturales históricos se vuelven así expresión de este modo de ser natural y libre. Las disyuntivas naturaleza-historia o naturaleza libertad sólo tienen sentido en el otro concepto de naturaleza, y no en el concepto originario aristotélico de la palabra, proviniente, más que de la ciencia natural, del ámbito de la praxis humana porque es desde la propia experiencia de sí mismo desde donde el hombre capta la unidad del ser y la posesión de un fin y de una dinamicidad intrínseca [...] La naturaleza concebida a la manera clásica presenta, por tanto, un carácter normativo, pero no por lo que ya es, sino por lo que aspira a ser, por el fin ínsito en ella, por la perfección a la que está llamada. Y dicha normatividad de lo natural se hurta a la objeción de la falacia naturalista precisamente porque este concepto de naturaleza permite mostrar que tal argumento sólo tiene sentido en el plano de lo fáctico-empírico» (Pedro SERNA: *Modernidad, posmodernidad y Derecho Natural: un Iusnaturalismo posible*, en *Persona y derecho*, N° 20, 1989, p. 155 a 188)

21 En general, la perspectiva gnoseológica que alienta detrás de todo positivista, puede sintetizarse en las siguientes expresiones con que Wittgenstein inicia su obra más célebre: «Todo aquello que puede ser dicho, puede decirse con claridad: y de lo que no se puede hablar, mejor es callarse. Este libro quiere, pues, trazar unos límites al pensamiento, o mejor, no al pensamiento, sino a la expresión de los pensamientos; porque para trazar un límite al pensamiento tendríamos que ser capaces de pensar ambos lados de este límite, y tendríamos por consiguiente que ser capaces de pensar lo que no se puede pensar» (L. WITGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Prólogo) Mas, a nuestro modesto entender, antes de sostener que hay cosas de las cuales no se puede hablar, en homenaje a la coherencia mejor fuera callarse del todo, pues al afirmarlo ya estamos traspasando el límite metodológico y antimetafísico propuesto, y hemos empezado a pensar del otro lado, prohibido, de la frontera, es decir el de la metafísica.....

Ahora bien, como la razón ya no puede ser la fuente de lo jurídico, el derecho termina derivando del hecho, es decir de la voluntad humana, individual o grupal, y pasa ser concebido como un mero fenómeno de cultura, donde forzosamente todo valor es relativo y dependiente en definitiva de aquella voluntad que viene a ser su sostén último.

Como lo han demostrado eminentes juristas, semejante “concepción del derecho, no resulta compatible con los derechos humanos, si se quiere realmente tomarlos en serio”, para emplear palabras de Pedro Serna²², lo cual ha de traer problemas a la hora de definir sus alcances, interpretación, y armonización. Solamente desde la cosmovisión opuesta – que se alza contra aquella, y reconoce carácter jurídico a valores materiales no positivizados por una fuente social- resulta posible dicha compatibilización.

2. El Código Civil actualmente vigente no fue expresión del positivismo legalista

Que el Código Civil todavía vigente no podría adscribirse, sin más, a una lógica positivista, lo demuestra una rápida lectura de sus arts 14, 16, y 515, entre otros, y que ya se encontraban incluidos en texto originario de don Dalmacio Vélez Sarsfield, todos los cuales hablaban de una apertura del sistema hacia valores materiales que lo trascendían. El primero de ellos, declaraba inaplicables las leyes extranjeras "cuando su aplicación se oponga [...] a la religión del Estado", y en la nota mencionaba como, ejemplo, aquellas “que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena”; el segundo de esos textos remitía, para la solución de las cuestiones dudosas, a los "principios generales del derecho", con cita en la nota de antecedentes inspirados en esa clara matriz; y el tercero aludía al "derecho natural y la equidad", como fuente de verdaderas obligaciones, aunque debilitadas en su faz activa por la carencia de acciones para exigir su cumplimiento. La reforma de la ley 17.711 ahondó en esa línea, al incorporar la “equidad”, como pauta correctora, en los arts. 907, 1069, y 1306.

Todo ello interpretado a la luz de los artículos 2 y 19 (todavía vigentes), de la Constitución Nacional sancionada en 1853, y los ya derogados artículos 61 inciso 15 – más adelante, a partir de 1860, 67, inc. 15, que establecía como una Política de Estado promover la conversión de los indios al catolicismo- y 73 – luego 76, que, como requisito para ser elegido Presidente o Vice de la Confederación, exigía “pertenecer a la comunión católica, apostólica y romana”- cuyo Preámbulo concluía invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia. Una vez más, todos esos textos proclamaban una apertura del sistema hacia valores materiales que lo trascendían.

Siguiendo terminología acuñada por Lucas Verdú, los *techos ideológicos* de la Carta Magna – expresión con la que designara los contenidos filosóficos que componen la *ratio* de los textos constitucionales²³- estaban inequívocamente impregnados de un iusnaturalismo de inspiración cristiana, y por ello Sagües ha podido decir que en nuestra Constitución conviven tres *techos ideológicos*: liberal individualista, neotomista y constitucionalismo social, porque nuestra Carta magna constituye un “interesante caso de ensamble ideológico, pues la Constitución de 1853 tiene basamento liberal e ingredientes de la filosofía cristiana tradicional”²⁴, y tras la reforma de 1957 una dimensión social²⁵. Y adviértase que, al llegar a esta conclusión, nuestro juicio es meramente descriptivo, y no pretende valorar si el aspecto “confesional” que afloraba manifiesto al correr de sus disposiciones configuraba la solución

22 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, p. 27; es la tesis que desarrolla a lo largo de toda su obra. Coinciden, con variados argumentos en esta postura, entre otros: HERVADA, Javier: *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*, en *El iusnaturalismo actual*, Bs. As. 1996, p. 109 a 124; en la misma obra, MASSINI CORREAS, Carlos I, *Acerca del fundamento de los derechos humanos*, p. 187 a 214; HOYOS CASTAÑEDA, Ilva, *Entre la naturaleza y la dignidad. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos*, en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As. 2000, p. 173 a 211; en la misma obra, BEAUCHOT, Mauricio: *Sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos*, p. 213 a 221; CIANCIARDO, Juan: *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*, en *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima 2005, p. 117 a 143

23 LUCAS VERDÚ, P., *Principios de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid 1969.

24 SAGÜES, N. P., *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, Astrea, Bs. As. 1989, v. 2, p. 97.

25 Sobre el tema, ampliamente, remitimos a la tesis doctoral de CHIESA, Pedro: *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas: sobre la inconstitucionalidad del sistema de repudio matrimonial del código civil argentino*, publicada en Diciembre de 2010, Capítulo cuarto.

que mejor consultaba las necesidades de nuestra sociedad, problema que merece otra clase de análisis.

A modo de primera constatación, cabe concluir que nuestro código civil se inscribía en el horizonte de precomprensión propio de una filosofía Iusnaturalista de inspiración cristiana, que, a fuer de tal, constituye una “tradicón responsable y motivada, en la que en el decurso de largos tiempos se han desarrollado *argumentaciones suficientemente buenas como para sostener su respectiva doctrina...*”, y proporciona razones fundadas *que el no cristiano puede entender*, y por ende una “razón pública” desde aquella perspectiva, es perfectamente posible, para emplear palabras de un prestigioso filósofo²⁶. Fue precisamente esa apertura del sistema hacia valores materiales trascendentes, la que permitió que la doctrina y jurisprudencia efectuaran valiosos aportes que terminaron cristalizando en sus sucesivas reformas, en particular en la ley 17.711.

3.- Problemático encuadre del nuevo código fuera de la lógica positivista

Lo que, por el contrario, estaría por verse, es si no sería al nuevo Código al que deberíamos adscribir al positivismo, pues los principios y valores a los que alude son los del “ordenamiento jurídico” mencionados en su artículo 2, es decir los positivizados en la Constitución de 1994, y en los tratados internacionales, y eso no dejaría de ser una nueva forma de “positivismo”²⁷, solo que reconducido hacia peldaños superiores en la escala normativa. Si el sistema de fuentes se agota en los originados en la voluntad humana y carece de apertura hacia valores materiales que lo trasciendan, la apelación a “principios y valores” deducidos de aquellas, no nos sustrae de una cosmovisión positivista²⁸.

Pues, suprimidas todas aquellas reglas que, de manera directa aludían al Derecho natural en el Código Civil, solamente cabrá buscarlas en la Constitución. Cuando se dirigen las miradas hacia ella, se observa que, aunque subsisten el Preámbulo y los arts. 2 y 19 en su versión originaria, luego de aquella reforma el techo ideológico Iusnaturalista – y abierto a valores materiales, inspirados en los principios de la razón práctica, que la trascendían- de la Constitución se ha desdibujado notablemente; y ello no solamente por la supresión de los arts. 67, inc. 15, y 76, sino también por la introducción de los que Sagües ha denominado “contrabandos ideológicos”²⁹, la mayoría de ellos generados no tanto en su “dimensión normológica”, sino en la sociológica, a partir de una discutible interpretación del art. 75 inc. 22 y de los verdaderos alcances de los Tratados con jerarquía constitucional³⁰; y por ello no ha

26 Remitimos al profundo y agudo análisis que efectúa Gabriel ZANOTTI sobre el tema, en su trabajo titulado: *Ley natural, cristianismo y razón pública*, Instituto Acton 2011/2012

27 En el sentido apuntado, ver también la opinión coincidente de dos trabajos incluidos en la obra: *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial* 2012, UCA y que en adelante se citarán por las respectivas páginas que corresponden a esa obra, a saber: HERRERA, Daniel: *Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código*, p. 46; LIMODIO, Gabriel: *Luces y Sombras del Título Preliminar*, p. 59; el primero de los autores citados, llega a decir: “Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución que tiene que reconocerlos, solamente sustituiremos un positivismo legalista por un positivismo constitucionalista, subiendo solamente un escalón en la jerarquía de la estructura normativo-positiva, considerada como única realidad jurídica”

28 Como bien se dicho un Iusfilósofo español: «El problema no radica tanto en una cuestión de interpretación de las leyes, como en la admisión de fuentes del derecho distintas de la norma, lo cual está estrechamente vinculado al concepto mismo de derecho que se posea. Por eso, la apelación al espíritu de la ley, voluntad del legislador o naturaleza de la raza aría como criterios interpretativos no nos saca del positivismo: simplemente transforma el legalismo en sociologismo. Pretender que eso es iusnaturalismo, como intenta Garzón Valdés, no deja de ser una broma de mal gusto y escaso rigor científico» (Pedro SERNA *Modernidad, posmodernidad y Derecho Natural: un Iusnaturalismo posible*, en *Persona y derecho*, N° 20, 1989, p. 155 a 188)

29 Al decir de Sagües, la Convención de 1994 “teóricamente no debería haber alterado el techo ideológico preexistente, pues el art. 7° de la ley 24.309 disponía explícitamente que la Convención no estaba facultada para introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional”; pero, sin embargo, de hecho, dicha reforma “permitió *contrabandos ideológicos*, cuando so pretexto de tratar algún tema para el que estaba habilitada la Convención, indirectamente se retocaban reglas que afectaban a la primera parte”. (SAGÜES, N., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 2003, vol. 1, pp. 249. Sobre el tema, remitimos nuevamente al agudo análisis contenido en la citada tesis doctoral de CHIESA, Pedro: *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas...*, Capítulo cuarto.

30 Sobre el tema, ampliamente, el excelente análisis de CHIESA, Pedro: *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas...*, Capítulo cuarto. Dice allí nuestro autor: «A estos contrabandos ideológicos a los que hace mención Sagües, se le deben añadir otras modificaciones a la *ratio constituyente* que alteraron la relación del conjunto normativo con el artículo 2 de la Carta magna [...] el contrabando ideológico más significativo, es aquel que pretende imponer el *socioliberalismo* como techo

faltado quien propusiera denominar *techos axiológicos* a los contenidos filosóficos no impugnados de nuestra Carta magna (liberalismo clásico, catolicismo y constitucionalismo social), y reservar el término *techo ideológico* para aludir al socioliberalismo que gana terreno velozmente desde la reforma constitucional de 1994³¹.

Aunque compartimos la postura de quienes sostienen que la reforma constitucional no pudo haberle trastocado su perfil axiológico – ni el sistema de fuentes- a la constitución preexistente, y que tales “contrabandos ideológicos” son repugnantes a su letra y espíritu, no abrigamos demasiadas esperanzas de que sea precisamente esa la interpretación que tienda a prevalecer.

Y no abrigamos esas esperanzas, porque parece claro que los autores del nuevo código participan de muchos de esos “contrabandos ideológicos” de indudable matriz positivista, y ello se torna todavía más evidente, cuando del Título Preliminar, se pasa directamente al contenido regulado a continuación, por ejemplo en materia de persona y familia, y muy especialmente en el terreno de las FIV, donde se adoptan varias soluciones contrarias a la dignidad de la persona humana. Y desde esa perspectiva, este Código no solamente es la negación de toda verdad ética entendida de manera objetiva, sino también, muchas veces, de la eminente dignidad que debería garantizarse a la persona humana, conforme una cosmovisión inspirada en los principios de la razón práctica.

4. Excurso: Las cosmovisiones en juego y la interpretación y aplicación del nuevo código

Pero en definitiva, como las leyes se emancipan de sus autores concretos, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Con cuál de estas dos cosmovisiones habremos de abordar la interpretación y aplicación de los textos del nuevo código?

No debería asombrar que se afirme que un mismo texto puede ser interpretado de modo distinto, según cual sea la cosmovisión con la cual se lo enfoque, pues, como se ha dicho, «ocurre con la letra de las leyes, como con los instrumentos musicales, de los cuales

ideológico, doctrina que tuvo mucho auge en la doctrina constitucional argentina tras el fallo Bazterrica, en el cual los jueces dieron protección constitucional al *plan de vida* de quien poseía estupefacientes para consumo privado. Esta doctrina, [...] veinte años después del caso Bazterrica, ha logrado una notable expansión en el ámbito jurídico argentino. [...] El socioliberalismo ingresó a la exégesis de nuestra Constitución con motivo de la reforma de 1994, la cual se valió como Caballo de Troya de una interpretación abusiva del monismo jurídico a la hora de interpretar la pirámide jurídica (Constitución, tratados internacionales y leyes), pues en algunos fallos de gran repercusión [...] se dictaron sentencias que le atribuían, a los tratados constitucionalmente jerarquizados, una supremacía que la Constitución Nacional explícitamente rechaza [...] La iusfilosofía constitucional de este *techo ideológico* que se pretende incorporar a nuestra tradición jurídica, tiene su origen más inmediato en la filosofía de los fallos sobre derechos fundamentales que, en las últimas décadas, han sido dictados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, los Tribunales constitucionales de las democracias europeas y los Tribunales internacionales de derechos humanos [...] El socioliberalismo pretende imponer una metodología de defensa y promoción de los derechos humanos que ha sido impugnada públicamente por la Instituto de Derecho Público de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y también por otros autores... de modo que su aceptación aún está lejos de ser pacífica [...] No obstante, tratándose de un techo ideológico que logra cada vez más adeptos, de no modificarse la tendencia, en pocos años dejaría de ser un contrabando ideológico y pasaría a ser un techo ideológico consuetudinario con fundamento *contra-constitutionem*; es decir, quedaría convalidado consuetudinariamente, al estilo de lo sucedido con la reforma de 1957, a cuya convocatoria ilegítima (decreto de un gobierno de facto), se añadía la proscripción de la principal fuerza política partidaria (peronismo) [...] Por si fuera poco, la reforma de 1994 reforzó la posibilidad fáctica de tolerar otros contrabandos ideológicos en el futuro, pues el art. 75 de la Carta magna admite la potencial jerarquización constitucional de nuevos tratados internacionales suscriptos (o a suscribir), los cuales podrían estar dotados de axiologías diversas a las de nuestro Derecho Constitucional patrio (un ejemplo significativo es el controvertido protocolo del CEDAW) [...] También existe la posibilidad de una consolidación del socioliberalismo a través de las sentencias que en años sucesivos dicte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en el ámbito exclusivo de estos derechos es la nueva instancia suprema para nuestro país. De hecho, nuestra Corte nacional ya declaró que ella debe conformar sus fallos a los de dicho Tribunal internacional; por tanto, teniendo en cuenta que quienes componen dicha Corte internacional pueden rechazar la axiología de nuestra Constitución, no es inviable que se instauren nuevos principios ideológicos en nuestro país... lo cual viene sucediendo con el aval explícito de nuestra Corte nacional (rechazo de la ley penal más benigna, imprescriptibilidad de algunos delitos, negación fáctica del principio *non bis in idem*, múltiples sentencias contrarias a la defensa del *nasciturus*, etc.)»

31 CHIESA, Pedro, *op. y loc.*, cit.

unos extraen melodías que llegan al alma, en tanto que otros les arrancan arpegios que estimulan las vísceras que el hombre comparte con los animales»³²

Pero por supuesto, el problema está en saber quiénes son los que extraen las sublimes armonías: si los partidarios de la apertura del sistema hacia valores materiales que lo trasciendan, o los que cierran herméticamente las puertas del sistema a tales valores.

Y cabe apuntar que la pregunta no es meramente teórica, pues el problema ya se está planteando, por ejemplo, a propósito del art. 19 del nuevo CCivCom y los alcances de lo resuelto por la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso “*Artavia Murillo y otros vs/ Costa Rica*”³³.

Ahora bien, aunque sería tarea poco menos que imposible no ya exponer, sino meramente sintetizar, la extensa serie de arpegios y disonancias – tanto de orden teórico, como práctico- que se generarían si prevaleciera entre los intérpretes la cosmovisión de corte positivista de los autores del nuevo código, pasamos a esbozar algunas de ellas:

4.1. Ausencia de fundamento de los derechos humanos³⁴: Por de pronto, si todo el derecho se limitara al originado por “una fuente social y humana actualmente dominante”, ello reduciría los derechos humanos a meros hechos de cultura acaecidos en el devenir fenoménico de la historia, lo que privaría de fundamentación teórica los mismos derechos que se pretenden amparar, porque, la noción de derechos humanos expresa, por el contrario, la idea de verdaderos “derechos preexistentes a las leyes positivas, cuya contravención genera injusticia”³⁵, y que se caracterizan por ser universales, absolutos, y trascendentes a la conciencia del sujeto cognoscentes³⁶.

La privación de un sustento racional a los derechos humanos, trae problemas adicionales a la hora de concretarlos³⁷, aplicarlos, e incluso armonizarlos en caso de eventuales choques o conflictos entre los reconocidos por el sistema de fuentes, aspecto sumamente arduo que escapa al objeto de esta exposición.

4.2. Relativismo fatal para el discurso, e insuficiencia del consenso: En segundo lugar conduce a un relativismo ético que también es fatal para la idea misma de los derechos humanos, pues “la fuente social y humana actualmente dominante”, que modernamente se expresa bajo la forma de consenso, tiene necesariamente y por definición el poder de abrogar lo que antes hubiera proclamado, en virtud del juego de aquella máxima según la cual lo que el *consensus* puede hacer, el contrario *consensus* lo puede destruir, que alienta al instituto de la rescisión contractual.

32 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Las dos grandes cosmovisiones en materia de responsabilidad civil*, en Temas de Derecho en Homenaje al Dr. Antonio Castiglione, p. 62, Santiago del Estero, 1985

33 Por ejemplo – y para citar solamente trabajos posteriores a su sanción- Marisa HERRERA (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal, Santa Fe 2014, comentario al art. 19, p. 96 a 99) opina que tiene carácter vinculante. En cambio, se pronuncian en contra – postura que compartimos- con extensos y bien fundados argumentos: Adriana BESTANI (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por José María CURÁ, La Ley, Bs. As. 2014, comentario a los arts. 19 a 21, p. 177 a 196), y Nicolás REVIRIEGO (Comentario al art. 19 en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, p. 118 a 123). En las XXIV Jornadas de Derecho Civil, presentamos Ponencia en el sentido que finalmente adoptara el despacho mayoritario, que concluyó que “Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno”, y el carácter no vinculante de aquél pronunciamiento.

34 Para todo este punto, ver, entre otros, la ya citada obra de SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*; SALDAÑA, Javier (coordinador) *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 2000

35 HERVADA, Javier: *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*, en *El iusnaturalismo actual*, cit. p. 113, trabajo antes Publicado en "Persona y Derecho", IX (1982), págs. 243-256, e incluido luego en *Escritos de derecho natural*, Pamplona 1993, p. 449 y ss.

36 MASSINI CORREAS, Carlos I, *Acerca del fundamento de los derechos humanos*, cit. p. 187 a 214; ver también, BEUCHOT, Mauricio: *Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad*, en la ya citada obra *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, p. 51 a 60

37 Por ello Arthur KAUFMANN (*Filosofía del derecho*, Bogotá, 1999, p. 335), al referirse a los derechos humanos, ha llegado a decir: «son generales cuando son pensados en forma muy abstracta; cuanto más orientados estén hacia las circunstancias reales y se concreten, tanto más contingentes y relativos aparecen. Por tal razón no son escasas las voces críticas que ponen en entredicho la generalidad de los derechos humanos»

Es que si el consenso – como expresión colectiva de la autonomía moral del ser humano- es el criterio último de la verdad, ello equivale decir que no puede existir ninguna verdad objetiva por encima del consenso, que en consecuencia podrá modificar a voluntad la configuración de todo valor material. Y ello solamente es posible si se reduce al hombre a pura libertad, y conduce, forzosamente, al relativismo ético y moral, pues el límite de lo que pueda hacer moralmente, se amplía hasta coincidir con lo que pueda hacer físicamente³⁸, todo lo cual es incompatible con la idea de unos derechos humanos entendidos como límite de aquella libertad. Pero el consenso no puede identificarse con la verdad, ni ser su equivalente, sino a lo sumo constituir un camino – y probablemente el más legítimo a nivel colectivo- hacia la verdad. Un consenso que se pretenda fundado en la dignidad humana, debe tener como límite material esa misma dignidad, pues no puede existir un consenso para atentar contra lo que constituye su fundamento mismo.

El consenso real y efectivo es un hecho o fenómeno humano, elevado a la categoría de valor formal. Como hecho humano participa de varias de sus características, y es un quid altamente variable, e incluso manipulable; y por lo tanto, también es modificable en función de aquella manipulación, aspecto que ha preocupado especialmente a la escuela de Frankfurt. Por lo tanto, no puede garantizar objetividad material a los valores que establece, ni protección efectiva a la dignidad que constituye su fundamento.

4.3. Potencial destructivo de una libertad entendida radicalmente: En tercer lugar, la reducción del hombre a pura libertad, y la ampliación de los límites de su ejercicio hasta la coincidencia de lo que pueda hacer físicamente – que está en la base teórica de la lógica del consenso- trae nuevos problemas y peligros, tanto de orden teórico como práctico

Desde un punto de vista teórico y muy general, la actitud más consecuente “pasa a ser el imperio de la violencia, del dominio de los fuertes sobre los débiles, es decir la supresión del derecho”³⁹.

Si la libertad del hombre se extiende hasta el límite mismo de sus posibilidades físicas, su preocupación central deja de estar enfocada en lo que “*debe hacer*”, y pasa a avocarse de lo que “*puede hacer*”, y a dirigir todo esfuerzo racional a discernir “*cómo*” hacerlo de la manera más eficaz. En la práctica, esa concepción termina conduciendo a la multiplicación de tantos nuevos derechos como posibilidades físicas de actuación tenga el sujeto, a la primacía de la técnica sobre la ética, y en consecuencia a la derrota de la razón misma, pues la racionalidad emancipadora en la que había pensado el programa de la ilustración claudica en su propósito primigenio, para ceder toda la iniciativa a la racionalidad instrumental⁴⁰, que va a generar nuevas formas de dominación, especialmente al impulso del proceso tecnológico, aspecto que aparece nítidamente en los arts. 560 a 565, al regular las FIV.

La desaparición de un *Ethos* y una racionalidad práctica entendidos en forma objetiva, deriva en la primacía de la técnica sobre la ética, es decir en una verdadera explosión de la más pura racionalidad instrumental llevada hasta sus últimas consecuencias, perverso uso de la razón humana correctamente denunciado por la escuela de Frankfurt; es decir: la mera eficiencia de los medios respecto a los fines, sin importar qué valor ético⁴¹ tengan medios, ni fines.

En dicho contexto, la razón humana no va a estar orientada a alcanzar la perfección ética del sujeto moral, sino que será utilizada con el fin de servir al dominio; dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve

38 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, p. 194/195

39 SERNA BERMUDEZ, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, p. 195

40 Desde la perspectiva de análisis de la teoría crítica, racionalidad instrumental, por oposición a racionalidad emancipadora, no es otra cosa que la razón humana misma, deliberadamente puesta al servicio del dominio, sea de la naturaleza, de la economía, o de los hombres. En ese sentido, ha dicho ZANOTTI: «Modernidad es igual, para esta escuela, a control [...] La racionalidad de la modernidad es una racionalidad instrumental: la eficiencia de los medios respecto a los fines. Esto es, dominio. [...] En este sentido, se podría decir que para esta escuela la modernidad, al identificarse con la racionalidad instrumental, se identifica con la dominación, con la explotación y, en ese sentido, ha fracasado» (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, Febrero de 2008, n° 370, p. 26).

41 O qué valor “emancipatorio”, si se prefiere adoptar la misma terminología de estos autores.

fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial (y ahora también, de nuevos seres humanos en laboratorio) y la ganancia capitalista. El problema biotecnológico, por ejemplo, no es otra cosa que racionalidad instrumental desplegada como medio al fin de servir al “dominio” del misterio de la vida; y por ello muchos de los aparentes problemas que propone son “falsos problemas” desde una perspectiva ética y jurídica, por haber permitido que sea la técnica quien dictara la “agenda” al Derecho, y no a la inversa⁴².

Esto no es más ni menos que la trampa del sueño de la razón transformado en pesadilla, en virtud del cual «la dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura», en palabras de Adorno y Horkheimer⁴³, pues conduce a atrofiar «los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de éste». En virtud de dicha racionalidad instrumental devenida en locura, hoy los derechos y libertades del individuo ceden a la imposición de unas estructuras de dominación política, económica, y especialmente científico tecnológica, que constituyen nuevas formas de alienación pues convierten a los hombres en meras ruedas del engranaje social; todo ello hace que «los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, [...] en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura»⁴⁴.

Este proceso ha sido descrito con palabras difíciles de igualar por una de las mentes más lúcidas que Europa y la cristiandad obsequiaran al mundo en los últimos tiempos, en una serie de trabajos y publicaciones de obligada lectura, si de veras se quiere conocer en profundidad la gravedad de los problemas en juego⁴⁵.

42 No es la ciencia médica quien nos debe imponer la agenda bioética, sino al revés, es la Ética la que debe dictar esa agenda, pues como ha dicho muchas veces Habermas: «La biología no conoce ninguna moral [...] Nosotros mismos tenemos que decidir [...] La biología no nos puede dispensar de consideraciones morales. Y la bioética no nos debería llevar a extravíos biológicos. Por otro lado, los puntos de vista morales son materia de discusión, y en especial la incorporación moral de nuevos fenómenos...» (HABERMAS, Jürgen: *La biología no conoce ninguna moral*, en Revista de la Universidad de Antioquía, n° 252)

43 HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248

44 HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, p. 247-248

45 RATZINGER, Joseph: *La crisis de la cultura*, conferencia impartida por el entonces cardenal en Subiaco el 1 de abril de 2005, en el monasterio de Santa Escolástica, al recibir el premio «San Benito por la promoción de la vida y de la familia en Europa», la lectura íntegra de dicha exposición, no tiene el menor desperdicio; no menos valioso será leer otro texto de RATZINGER de 1999 titulado “*La crisis del derecho*”, y su célebre Ponencia en la discusión Habermas-Ratzinger sobre “*los fundamentos morales del Estado liberal*” (Enero 2004). Dice, por ejemplo, en el primero de esos trabajos: «Todo eso demuestra que al crecimiento de nuestras posibilidades no corresponde un desarrollo paralelo de nuestra energía moral. La fuerza moral no ha crecido en paralelo al desarrollo de la ciencia, sino que, más bien, ha disminuido, porque la mentalidad técnica ha relegado la moral al ámbito subjetivo, mientras que lo que se necesita es precisamente una moral pública que sepa responder a las amenazas que pesan sobre la existencia de todos nosotros [...] El verdadero peligro, el más grave del momento presente, radica en el desequilibrio entre posibilidades técnicas y energía moral. La seguridad que necesitamos como presupuesto de nuestra libertad y de nuestra dignidad no puede venir, en último análisis, de los sistemas técnicos de control, sino que sólo puede brotar precisamente de la fuerza moral del hombre. Si falta esa fuerza, o si no es suficiente, el poder del hombre se transformará inevitablemente, y cada día más, en un poder de destrucción [...] En realidad, sigue siendo válido el principio de que la capacidad del hombre es el comienzo de su acción. Lo que se sabe hacer, también se puede hacer. No existe un saber hacer separado del poder hacer, porque iría contra la libertad, que es el valor supremo en absoluto. Pero el hombre, que sabe hacer tantas cosas, siempre sabe hacer más; y si su saber hacer no encuentra su medida en una norma moral, el resultado será inevitablemente, como se puede comprobar, un poder de destrucción. [...] En un mundo esencialmente calculador, lo que determina qué es lo que hay que considerar como moral es el cálculo de sus consecuencias. De ese modo, la categoría de bien, tal como Kant la había formulado con toda claridad, desaparece completamente. Nada es bueno o malo en sí mismo; todo depende de las previsibles consecuencias que pueda tener una acción concreta. [...] Estas filosofías se caracterizan por el hecho de ser positivistas y, por consiguiente, antimetafísicas; y tanto es así que, a fin de cuentas, Dios no puede tener ningún puesto en ellas. Todas se basan en una autolimitación de la razón positiva, que funciona perfectamente en el ámbito técnico, pero que, si se generaliza, implica una mutilación del hombre. De ahí se sigue que el hombre no admite ninguna instancia moral que esté fuera de sus cálculos y, como ya hemos visto, que el concepto de libertad que a primera vista podría dar la impresión de poseer una expansión ilimitada, termina por llevar a la autodestrucción de esa misma libertad. [...] El hombre sabe hacer hombres; y por eso, los hace. El hombre sabe usar hombres como «banco» de órganos para otros hombres, y por eso lo hace; lo hace porque parece ser una exigencia de su libertad. El hombre sabe fabricar bombas atómicas, y por eso las hace; y en principio está dispuesto también a usarlas. A fin de cuentas, también el terrorismo se basa en esta modalidad de «auto-autorización» que se arroga el hombre, más bien que en los principios del Corán...»

4.4. Constitucionalización del deseo: Como necesario telón de fondo y cortejo “bobo” del proceso anterior – y que, como se dijera, representa una implosión de la razón misma, en su faz emancipadora- se propicia una verdadera explosión en cadena de nuevos y discutibles derechos subjetivos, donde la libertad “desnuda” del individuo necesita revestir los ropajes de derechos fundamentales, en un fenómeno que bien podría calificarse como el de la “constitucionalización del deseo”⁴⁶. Desde esta perspectiva, desplazado el “*deber*”, como fundante de lo jurídico⁴⁷ – postura que reflejaba aquella tradición en la que era caracterizado como un *quid* regulador de las conductas, es decir, limitante de la libertad humana- se ha de centrar el enfoque primordial de aquél orden en el “derecho”, entendido en sentido subjetivo, como expresión de la más pura libertad. Todo ello, desde luego, no obedece a intereses meramente especulativos, sino que persigue objetivos muy pragmáticos, a saber: favorecer, o cuando menos “enmascarar”, la acción de aquella racionalidad instrumental que, para la consecución de sus fines de dominación, necesita imponer una visión inmanentista del cosmos, y “vender”, a un conjunto de individuos devenidos en masa de potenciales consumidores, los “bienes” y productos más estrafalarios; una variadísima gama de objetos y servicios que la persona humana generalmente no necesita, y que incluso las más de las veces pueden terminar atentando contra su perfección moral, o su desarrollo armónico, y también contra el futuro mismo de la naturaleza humana, según sugestivo título de una obra de Habermas, que al menos denota su preocupación por estos temas, aunque no siempre su acierto en las soluciones propuestas⁴⁸.

A la postre, esta explosión de “nuevos derechos” que pretende “constitucionalizar” los infinitos, inagotables, y muchas veces contradictorios deseos del hombre, vendrá a desempeñar el papel de novedosas “cuentas de vidrio”, por las que ha de terminar canjeando el oro y las piedras preciosas de la perfección ética del sujeto moral, porque en el camino se habrá echado en el olvido aquella idea, tan presente en la filosofía kantiana, según la cual la dignidad es una atribución propia de todo ser humano, no en tanto que individuo de la especie, sino en tanto que miembro de la comunidad de seres morales, y por ello el primer deber para con nosotros mismos será siempre no lesionar la dignidad de la humanidad en nuestra propia persona⁴⁹.

4.5. Una “libertad” prohibitiva de la libertad de conciencia: La estrategia destinada a imponer esta concepción del mundo, verdadera ideología al servicio de nuevas formas de dominación, requiere abatir o, por lo menos, neutralizar sus potenciales enemigos. En ese

46 Se habla por ejemplo, de una “medicina del deseo”, y una redefinición del acto médico, que ha venido a convertir al “paciente” en “cliente”. Ver OBIGLIO, Julio: *Un enfoque expectante: La medicina del deseo*, comunicación del académico de número Hugo Obiglio, en sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de abril de 2014; para el problema del concepto de “acto médico”, con especial atención al campo de la FIV, ver Francesco D’ AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, EIUNSA, Madrid 2003, Segunda parte, capítulo III, p. 113 a 118),

47 Obviamente que derecho y deber son correlativos (*ius et obligatio sunt correlata*), pero se trata de un problema de perspectiva, que no resulta del todo indiferente, como no lo resultaría poner el acento en el sujeto activo, y no en el pasivo al definir y caracterizar la relación jurídica personal, a la que, con un término que nos sugiere la magia misma del lenguaje, denominamos “obligación”. En tal sentido, Aleksandr Solzhenitsin – en el célebre discurso que pronunciara en Harvard en 1978- pedía al mundo que «renunciara a lo que nos corresponde de derecho», para aconsejar «la autolimitación libremente aceptada», por entender que «ha llegado el momento, para Occidente, de afirmar los deberes de los pueblos más que sus derechos» Y continuaba afirmando: «No veo ninguna salvación para la humanidad fuera de la autorrestricción de los derechos de cada individuo y de cada pueblo», y por ello, inspirado en la tradición cristiana, Solzhenitsin pedía a «un mundo que sólo piensa en sus derechos» que «volviera a descubrir el espíritu de sacrificio y el honor de servir».

48 HABERMAS, J.: *El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona 2002, donde aclara que «este ensayo es un intento en sentido literal de hacer más transparentes unas intuiciones que es difícil desenmarañar. Yo mismo estoy muy lejos de creer haber conseguido este propósito ni siquiera a medias» (p. 37), y reconoce tratar «este tema sin estar en origen familiarizado con la biotécnica» (p. 37, nota 13). Para una aguda, y a nuestro juicio, demoledora crítica de las incongruencias del autor alemán, que a veces ha de tener en cuenta «el consentimiento presunto futuro sujeto», y otras no, ver NÚÑEZ LADEVÉZE: “De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie” en *Persona y Derecho*, nº 52. Julio-agosto, 2005

49 V.g. en KANT, I.: *Principios metafísicos del derecho*, México 1962, § XXIV, p. 114, al exponer sobre el matrimonio, las uniones sexuales, y los que denomina *crimina carnis contra naturam*. Exposiciones como éstas, permiten poner en tela de juicio que el concepto de “dignidad humana” en Kant, se redujera a una pura “autonomía”. Un interesante análisis de la postura de Kant, puede encontrarse en CARPINTERO, Francisco: *Igualdad y simetría: La selección de los derechos*, en la ya citada obra *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, p. 61 a 90

lugar han de ser ubicadas las cosmovisiones religiosas en general, que han de pasar a ser consideradas como “sospechosas”, y tratadas con hostilidad, e intolerancia.

En nombre de las restantes libertades, la libertad religiosa ha empezado a ser destinataria de distintas clases de ataques tendientes no solamente a expulsarlas de la esfera pública, sino también a restringir su libre ejercicio, en la medida que sus enseñanzas puedan ser consideradas como contrarias a los “dogmas” de la ideología antirreligiosa dominante, y que en realidad configura una nueva religión oficial, muchas veces tanto o más opresiva que las antiguas teocracias de la antigüedad, como que incluso exhibe sus “sacramentos laicos”, cual configura el caso del matrimonio⁵⁰. La situación es tan inequitativa y contraria a la paz social, que incluso ha despertado la alarma de pensadores ateos, como Habermas⁵¹.

4.6. El vaciamiento de las normas que aluden a la moral: Lo expuesto en los números anteriores, permite comprender que, de imponerse una cosmovisión positivista del derecho, quedarán automáticamente vaciadas de contenido ciertas referencias normativas tales como las que siguen aludiendo a la "moral y buenas costumbres", pues tales conceptos no aludirán a valores materiales que se impongan en forma objetiva a la regulación de fuente humana, sino a valores convencionales que serán fruto de una construcción puramente positivista en base a las reglas del consenso, no importa que éste recaiga, por ejemplo, sobre materias tales como producción y descarte de seres humanos en laboratorio, suicidio asistido, etc.

En dicho contexto, parece claro que aún cuando los textos legales utilicen las mismas palabras, lo van a hacer para decir lo opuesto del texto anterior. Por ejemplo moral y buenas costumbres ya no serán conceptos que aludan a un orden estable y objetivo, sino a construcciones variables y subjetivas, donde, por ejemplo, pueda llegar a ser considerado inmoral, contrario a las buenas costumbres, e incluso un hecho ilícito sancionado mediante el aparato represivo del Estado, sostener que los niños tienen derecho a un padre y una madre⁵².

50 Un “sacramento laico”, no solamente en sus formas, sino también en su contenido, pues al musulmán le está vedada la unión poligámica, y al católico la de carácter indisoluble, con lo que queda claro que está fundado en ciertos “dogmas”, que se hacen prevalecer sobre los de origen religioso

51 Ver: HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes], incluido en la ya citada obra *El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona 2002, donde, para superar el actual estado de cosas, el autor propone una apertura hacia los lenguajes religiosos, a fin de “dejarse ilustrar” por ellos, en un proceso de acción comunicativa. En nuestra opinión, y asumiendo el riesgo de pecar de alguna inexactitud, o distorsionar ciertas cuestiones, podría presentarse esquemáticamente, la evolución (o, según se mire, involución) del pensamiento occidental acerca del papel de las cosmovisiones religiosas en la regulación jurídica, en tres grandes estadios, a saber: a) En un primer estadio el pensamiento jurídico y la legislación emanada de aquél fueron, en general, dependientes de las cosmovisiones religiosas, pues el derecho positivo estuvo basado en un derecho natural de inspiración religiosa, que en su origen fue puramente tal, pero luego pasó a ser racional y religiosa, aunque en ambos casos inequívocamente “**fundado en la Existencia de Dios**”; b) En el segundo estadio, el pensamiento jurídico y la legislación emanada de aquél intentaron ser indiferentes a las cosmovisiones religiosas, pues, al impulso del racionalismo jurídico, el derecho positivo quiso presentarse como derivado de un derecho natural de inspiración puramente racional, es decir pensado como válido “**aunque Dios no existiera**”, pero sin atreverse a negar su Existencia (y en algunos, incluso, dando por supuesta aquella Existencia, siquiera sea como un postulado de la razón práctica), ni tampoco a confrontar abiertamente con lo que para aquellas cosmovisiones representaba la Ley emanada de Dios, de la cual hiciera, por el contrario y al decir de Habermas (*Fe y Saber*, 2001), una apropiación crítica, mediante una traducción de su contenido a los lenguajes seculares. c) Y en una última etapa, el pensamiento jurídico y la legislación emanada de aquél, tienden a ser cada vez más intolerantes y refractarios a las cosmovisiones religiosas, y a quienes las profesan. Como la razón ya no puede ser la fuente de lo jurídico, el derecho termina derivando de la voluntad humana, individual o grupal, y pasa ser concebido como un mero hecho de cultura, donde todo valor es relativo y dependiente de una voluntad humana que los sostenga. Ello trae como consecuencia que, en muchas de sus regulaciones concretas, el derecho termine excluyendo y expulsando de sus límites a las cosmovisiones religiosas y pase a ser pensado “**como efectiva negación de la Existencia Divina y un destino trascendente del hombre**”, esto es, un derecho construido “**como si fuera un hecho cierto que Dios no existiera en absoluto, o hubiera muerto**”, y que en consecuencia deviene intolerante y poco pluralista para con las cosmovisiones religiosas y quienes las profesan, hecho que incluso ha sido denunciado por pensadores ateos como Habermas. Como no existe una naturaleza común a la cual dar cauce, ni una teleología común a todos los seres humanos, el derecho termina apuntando tutelar lo individual, bajo la forma de una libertad omnimoda y sin límites (excepto, paradójicamente, en la faz religiosa), es decir a satisfacer infinitos deseos individuales, no siempre conformes a esa teleología común que configura un verdadero orden natural, de innumerables e indefinidos consumidores, en un fenómeno que bien podría calificarse como el de la “constitucionalización del deseo”;

52 Ya lo decía Ratzinger, en el año 2005: «En este aspecto, la norma está aún en vías de formación, porque también hay ciertos derechos del hombre que generan conflictos, por ejemplo, el contraste entre el deseo de libertad de la mujer y el derecho del feto a la vida. La discriminación tiene tendencia a ampliarse, de modo

Todo lo antes expuesto, debe ser tenido en cuenta, a la hora de definir una perspectiva hermenéutica.

5.- Los artículos 1 a 3. Breves comentarios y observaciones

Sería imposible agotar en este reducido espacio la amplísima gama de cuestiones que propone al intérprete una simple mirada a los tres primeros capítulos, cuyo tratamiento puede demandar la lectura de bibliotecas enteras de Filosofía y Teoría General del derecho. Aquí, solamente, se intentarán presentar esquemáticamente algunas cuestiones:

5.1. La correcta distinción entre derecho y ley: Como se anticipara, resulta correcta la distinción efectuada en los dos primeros capítulos, pues el Derecho no se identifica con la ley, que no agota en sí misma la esencia de lo jurídico.

Sin embargo, y como lo expusieramos en numerosas oportunidades, el legislador no ha guardado coherencia con dicha premisa, pues la derogación íntegra de todo un código sobre el cual se habían edificado bibliotecas enteras de doctrina y jurisprudencia, para reemplazarlo por otro, conlleva la pretensión de cambiar todo el derecho y la realidad social misma a través de una ley, con lo cual, más allá de sus declamaciones en sentido contrario, aflora nítido el racionalismo constructivista de sus autores.

5.2. Las fuentes formales admitidas: Lo mismo que el código actualmente vigente (arts. 1 y 17), el art. 1 reconoce como “fuentes formales” del Derecho a la ley y la costumbre; esta última, al igual que el art. 17 “cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”, aunque a continuación se aclara, de modo coherente con la distinción entre ley y derecho, que ello procederá “siempre que no sean contrarios a derecho”⁵³.

5.2.1. En cuanto a la constitución y los tratados, el art. 1 tampoco innova – cual han pretendido sus autores- en el Derecho actualmente vigente, habida cuenta que ello era lo dispuesto por el art. 31 de la CN, y surgía de una interpretación del art. 14, inc. 1 C. Civil. Por lo demás, la redacción del artículo 1 resulta objetable, porque nuestra Carta Magna, además de los referidos a derechos humanos (algunos de ellos con rango constitucional) contempla una variada gama de subtipos de tratados con diferente jerarquía normativa⁵⁴, y todos ellos invisten el carácter de fuente formal del Derecho, considerado como una unidad, como incluso lo reconocen los *Fundamentos del anteproyecto*, apartado III, 4.2, en estos expresos términos: «Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso». Es verdad que, a continuación, se expresa: «además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema», pero en ello hay un olvido de que el artículo 1 regula lo relativo a las Fuentes formales, y no la interpretación, de la que trata el artículo 2.

5.2.2. La aplicación debe ser “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. En los Fundamentos (III, 4, 1), con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema, se explica que ello obedece a que “el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla”, de modo que “se impone la regla de no declarar la

que prohibirla puede transformarse progresivamente en una limitación de la libertad de opinión e incluso de la libertad religiosa. Muy pronto no se podrá afirmar que, como enseña la Iglesia Católica, la homosexualidad constituye un desorden objetivo en la estructuración de la existencia humana. Y la convicción de la Iglesia, de que ella no tiene derecho a conferir la ordenación sacerdotal a mujeres, se considera en ciertos círculos como irreconciliable con el espíritu de la Constitución Europea» (RATZINGER, Joseph: *La crisis de la cultura*, conferencia impartida por el entonces cardenal en Subiaco el 1 de abril de 2005)

53 Al decir de VIGO (*op. y loc. cit.*) «De ese modo no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocerle eficacia jurídica, pues el límite es el Derecho. Este problema tiene su relevancia actual en nuestro continente en relación con "usos, prácticas y costumbres" de los pueblos indígenas que pueden estar en conflicto con los derechos humanos»

54 Sobre el tema, ver SAGÜÉS, Néstor *Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994*, en L.L. del 08/11/1994. En los arts. 75, incs. 22 y 24, y 124, la Constitución contempla distintos tipos de “Tratados”. Unos pocos, de rango inferior a las leyes nacionales (art. 124); los más de rango superior a las leyes (arts. 75, inc. 22, primer párrafo, 75, inc. 22, tercer párrafo a contrario, y 75, inc. 24); y finalmente otros con jerarquía constitucional ya otorgada por la propia constitución (art. 75, inc. 22, segundo párrafo), ya derivada de la materia referida a los derechos humanos si se cumplen los procedimientos establecidos para ello (art. 75, inc. 22, tercer párrafo)

invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución”. La afirmación es correcta, pues apunta a aquello de que la declaración de inconstitucionalidad configura la *última ratio*, aunque – por las razones antes apuntadas- la redacción sea objetable.

5.2.3. A las enumeradas en ese artículo, debe también sumarse la jurisprudencia, nacional o internacional, cuando ella revista carácter obligatorio en virtud de una regla de reconocimiento contenida en una fuente formal que posea suficiente aptitud jurígena para acordarle esos alcances⁵⁵. La restante jurisprudencia tiene solamente valor de fuente material, por expresa voluntad del legislador que modificó la redacción originaria que el Anteproyecto había dado al art. 1.

5.3. La interpretación. Los principios y valores: El art. 2, viene a reemplazar al actual art. 16 del C. Civil. Al correlacionar ambos textos, se ha afirmado que «El artículo recepta siete reglas, cuatro de las cuales ya se hallaban presentes en el anterior ordenamiento: a) las palabras de la ley; b) sus finalidades (que en el Código de Vélez se conoce como “el espíritu de la ley”); c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A su vez, innova al incluir: e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento “de modo coherente”...»⁵⁶.

5.3.1. Discrepamos con la apreciación del distinguido profesor. A nuestro modo de ver, todos esos criterios estaban ya contemplados por el código todavía vigente, como lo demuestra una lectura conjugada de los arts. 16 y 14, en especial los incs. 1, y 2, pues los tratados forman parte del “derecho público” de la República al que aludía el inc. 1 del art. 14, y a los valores se refería el mismo inciso al mentar “la moral y buenas costumbres”; y finalmente la consideración al “ordenamiento “de modo coherente”, surgía del juego combinado de los dos primeros incisos del art. 14 – el segundo de los cuales aludía al “espíritu de la legislación”- con el mismo artículo 16.

5.3.2. Como quiera que ello fuere en definitiva, resulta claro que ha sido intención explícita del legislador el diseño de “un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores” (Fundamentos III.1)

Para entender los alcances de tal vocación, resulta oportuno atender a la explicación que proporciona Alexy sobre el particular:

«El punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. [...] En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser siempre sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente»⁵⁷

En cuanto a los valores, y su diferencia con los principios, ha dicho el autor citado que “son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en otro caso bajo un aspecto *axiológico*”⁵⁸, y por ello el problema de prioridad entre los principios, se corresponde con un problema de jerarquía de los valores.

55 Sobre el problema de la obligatoriedad de las sentencias plenarios, véase la opinión discordante de José C. SARTORIO en “*La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*”, publicado en “L. L.”, t. 96, p. 799. Comp. GOTTHEIL, J. “*La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad*”, en “L. L.”, t. 96, p. 874

56 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 2, p. 61

57 ALEXY, Robert: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, publicado en DOXA 5 (1988), de la Universidad de Alicante, n° 2.1.4

58 ALEXY, Robert: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, n° 2.2.2

5.3.3. De todos modos, y por las razones antes expuestas, el problema central será discernir si la referencia a tales principios y valores se agota en los positivizados por una fuente social y humana actualmente dominante, o si trasciende a aquellas.

Despejado aquél extremo, todavía será necesario discernir si, como ha postulado Dworkin, existe la posibilidad de resolver cada caso según la "única solución correcta"⁵⁹, o, como lo propone Alexy⁶⁰ la tesis de la respuesta correcta es una "idea regulativa", aspecto sobre el que se han empleado océanos de tinta.

5.4. El caso, la decisión razonable y el judicialismo: El nuevo código comienza, en su art. 1, con una expresa referencia a los "casos que este Código rige", que, conforme el art. 3, el "juez debe resolver [...] mediante una decisión razonablemente fundada.

Al decir del prestigioso autor ante citado, con ello se ha perseguido acentuar el «nervio central de la vida jurídica en la sentencia judicial, lo que entraña poner el acento en el "caso" o, como lo llamó Viehweg, en el "pensamiento problemático"...»⁶¹. Ahora bien, el pensamiento problemático no estuvo del todo ausente en el Código Civil, como lo demuestra una lectura de su art. 16, y lo reconoce el propio autor a quien se viene de citar⁶².

5.4.1. Si todo se hubiera reducido a ello, el tema no merecería mayores comentarios. Sin embargo, en los Fundamentos (III.3) se lee, además, que "se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial"; y, más adelante, todavía se añade que "Los dos primeros títulos "Del Derecho" y "De la ley" contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos"⁶³ (III.6.1).

A lo expuesto, debe sumarse también la supresión de dos reglas de clausura del sistema como las configuradas por los actuales arts. 18, y 22; con todos esos elementos, la visión panorámica sobre el conjunto bajo examen comienza a adoptar otras tonalidades bien diferenciadas.

5.4.2. Y ello al punto, que el distinguido jurista cuyo pensamiento veníamos exponiendo, se expresa del siguiente modo:

«Se trata de una nota relevante, ya que muestra un paradigma teórico diverso del que caracterizó la idea codificadora decimonónica, la que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Aquí, por el contrario, el Código no abraza pretensiones de completitud. Y dentro de ese horizonte, encomienda a los jueces la tarea de completar e integrar sus disposiciones. Se trata de una afirmación honda en consecuencias, ya que deposita en uno de los poderes del Estado (el Judicial) la compleja misión de perfilar el sentido del documento...»⁶⁴.

5.4.3. De ser realmente ese su sentido, la reforma nos merecería las siguientes observaciones, que pasamos a sintetizar:

5.4.3.1. La misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los "casos", sino en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que esos "casos", lleguen a los jueces.

59 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*: Barcelona 1989, cap. 4

60 ALEXY, Robert: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, publicado en DOXA 5 (1988), de la Universidad de Alicante

61 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, Introducción general, p. 53

62 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 1, p. 58

63 Comentando ese pasaje VIGO (*op. y loc. cit.*) se ha expresado en los siguientes términos: «Más allá de que esa distinción puede tomarse como una orientación general, debemos señalar que nos resulta demasiado forzada y poco realista. Es que en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el Derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces) por eso en el marco del Estado de Derecho Constitucional autores como Peter Habermas han reclamado ir de una sociedad cerrada de intérpretes "hacia la interpretación por y para la sociedad abierta".....»

64 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 38

Es que, como lo ha demostrado con singular brillo Sebastián Soler a lo largo de una de sus obras maestras⁶⁵, toda acción humana presupone necesariamente un cálculo anticipatorio, de tal modo que «*así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico*. Es indispensable saber el comportamiento de las cosas y de los hombres. Lo uno se alcanza por el conocimiento causal; lo otro por el conocimiento de las normas que prescriben las acciones debidas. Lo uno es conocimiento del ser, lo otro del deber. Unas palabras menciona el mundo de lo real; otras el mundo de lo posible [...] Toda teoría jurídica que tienda – y ello está muy difundido hoy- a buscar la juridicidad en los actos cumplidos efectivamente por los órganos del Estado, olvida este aspecto fundamental del actuar específico del hombre: la imposibilidad de acción alguna sin proyección anticipatoria referida a acciones humanas todavía futuras cuyo cómputo positivo o negativo es absolutamente condicionante para toda empresa [...] Sólo esta moderna actitud puede explicar que siendo Santo Tomás un autor tan citado en temas de derecho, no se recuerde hoy que su definición genérica de ley es la siguiente: *lex quaedam reglae est et mensuram actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo ditrahitur*: regla y medida de los actos según la cual alguien es inducido a actuar o retraído de hacerlo [...] Los hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta»⁶⁶.

Desde esta perspectiva de análisis, “una regulación austera”, y de “pocos artículos” que “permita el desarrollo jurisprudencial”, exige la correlativa supresión de reglas de conducta dirigidas a los ciudadanos, es decir de elementos necesarios, o cuando menos útiles, para el cálculo anticipatorio de la acción humana, y por lo tanto no merece aprobación.

5.4.3.2. Por ello, la “regulación austera” diseñada, no solamente ha de dificultar el cálculo anticipatorio, sino que además viene a representar una forma sutil, pero no por ello menos grave, de vulnerar el artículo 19 de la Constitución Nacional., cuya recta doctrina se traduce en una exigencia de que las acciones “prohibidas” estén claramente definidas por reglas previas dirigidas a los ciudadanos, pues a su abrigo, ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, de modo que todo lo que escape de dichos mandatos se encontraría “reservado a Dios” y exento “de la autoridad de los magistrados” .

En dicho sentido, y al referirse a la creación judicial de normas, Dworkin ha expresado que si un juez “aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”⁶⁷, y en consecuencia el litigante habrá de conocer, recién en el momento de la sentencia, cuál era la regla de conducta a la que, varios años atrás, debió ajustarse su comportamiento, en franca colisión con el art. 19 de la Constitución Nacional.

Dicho precepto consagra una libertad fundamental del ciudadano. Por ello, toda restricción a dicho poder, debe ajustarse no solamente al principio de razonabilidad, sino también al de legalidad, lo cual en materia penal impone la necesidad de *lex praevia, certa, scripta y stricta*⁶⁸, y en materia civil debería apuntar – al menos idealmente o en forma de tendencia- en análoga dirección.

Por lo demás, si el “apartamiento de la solución normativa aplicable” ha sido definida como una de las formas que podía asumir la arbitrariedad, la supresión de toda solución normativa, viene a representar la máxima manifestación de arbitrariedad imaginable por parte del legislador, pues ciertamente el juez no se podrá apartar más de lo

65 SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley, México 1969

66 SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley, II, p. 25 y 26

67 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*: Barcelona 1989, cap. 4, p. 150.

68 Según enseña la doctrina penalista, el principio de legalidad implica cuatro prohibiciones que se erigen en otras tantas garantías del ciudadano: prohibición de la retroactividad (*lege praevia*); prohibición de la indeterminación (*lege certa*); prohibición del derecho consuetudinario (*lege scripta*); y prohibición de la analogía (*lege stricta*). Para la formulación en esos términos del principio de legalidad penal, ver JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada 1993, § 15 III; ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 5; WESSELS, Johannes: *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As. 1980, § 2; BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, Lima 2004, cap. II; III; ver también MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona 1962, § 10

que ya no existe, pero en cambio tendrá absoluta libertad para moverse en esa ausencia de solución.

5.4.3.3. Por otra parte, la solución sería violatoria de los arts. 16 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Del art. 16, porque la deliberada supresión de soluciones normativas aplicables, incluso incrementa – *favor rei*- el riesgo potencial siempre latente de que dos ciudadanos – por hipótesis iguales entre sí- juzgados por dos jueces distintos, obtengan soluciones desiguales para casos substancialmente iguales; y del art. 75 inc. 12, porque la Constitución ha querido un solo e igual código para toda la República, y no un código distinto para cada juzgado.

5.4.4. Mal que le pese a los autores de la reforma, ese es el diseño institucional de nuestra República, y el texto por ellos elaborado – que paradójicamente se precia de “constitucionalizar” el derecho privado- debió respetarlo. Pues, como bien se ha dicho, en «una comunidad mínimamente desarrollada, la determinación del Derecho, *a fortiori* cuando éste venga identificado como "lo justo" del caso concreto, está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional, positivo. Por tanto, es imposible pensar un Derecho desprovisto de su dimensión cultural e institucional; y en consecuencia, resultan insuficientes las caracterizaciones del Derecho que prescindan de tales dimensiones. [...] Negar lo anterior o, más fácilmente, prescindir de ello, puede dar lugar entre los cultivadores académicos del Derecho natural a que se incurra en la tentación de acceder a la idea del Derecho, o a la definición del Derecho, directamente desde la idea misma de lo justo natural, o desde la división entre lo justo por naturaleza y lo justo positivo, rechazándose partir de la experiencia de las relaciones jurídicas, que se nos muestran siempre y universalmente como marcadas por una dimensión institucional»⁶⁹.

El punto es tan claro, que forma parte de la enseñanza corriente de los más modernos cultores del iusnaturalismo, que – por definición- poseen una actitud de apertura hacia valores materiales que trascienden al sistema⁷⁰; valores que sirven para corregir las injusticias graves del sistema, pero que no solamente no niegan al sistema, sino que suponen su necesaria existencia, y aplicación prioritaria. Como ha escrito Finnis, una cierta teoría académica sobre el razonamiento jurídico "exagera notablemente el punto hasta el cual puede la razón establecer lo que es bien mayor y mal menor. Al *mismo* tiempo, tal teoría minimiza la necesidad de fuentes autoritativas. Tales fuentes, en la medida que son claras y que respetan los mínimos derechos y deberes morales absolutos, deben ser respetadas como la única base razonable para el razonamiento judicial y la decisión, en lo relativo a aquellas innumerables cuestiones que no involucran directamente esos derechos y deberes absolutos. La teoría del Derecho natural no tiene, en la tradición clásica, la pretensión de que la razón natural está en condiciones de identificar la única respuesta correcta a las cuestiones infinitas que surgen para un juez que encuentra poco claras las fuentes. En la visión clásica, expresada por Aquino con una obvia deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de conducirse mal y de actuar mal, pero en muchísimas, quizá la mayoría, de las situaciones de la vida social y personal existe un

69 SERNA, Pedro: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As. 2000, p. 82 y 83

70 Por ejemplo, George ha escrito: "el papel del juez como creador del Derecho varía razonablemente de jurisdicción a jurisdicción, de acuerdo con las *determinationes* [en latín y cursiva en el original] autoritativas propias de cada jurisdicción [...] La teoría del Derecho natural trata el papel del juez en sí mismo fundamentalmente como un asunto de *determinatio*, no de traducción directa de la ley natural. No imagina que el juez goza (o debería gozar), en virtud del Derecho natural, de una autoridad plena para sustituir por su propia comprensión de los requerimientos de la ley natural la comprensión contraria del legislador o del constituyente, en el momento de decidir los casos conforme a Derecho. Por el contrario, en virtud del imperio del Derecho [...], está moralmente obligado (es decir, obligado por el Derecho natural) a respetar los límites de su propia autoridad tal y como le ha sido asignada por medio de una *determinatio* autoritativa. [...] Debe respetar estas restricciones incluso donde su propia comprensión de la justicia natural se separa de la de los legisladores o del constituyente cuyas leyes debe interpretar y aplicar. [...] [Sobre] la cuestión acerca de si el mismo Derecho natural -independientemente de lo que pueda decir la Constitución- confiere al juez una especie de poder pleno para imponerlo coactivamente [...] la respuesta correcta es 'no'. Para los jueces, arrogarse tal poder, infringiendo la Constitución, no es meramente exceder su autoridad bajo el Derecho positivo; es violar el Derecho natural en cuyo nombre pretenden actuar". (R. P. GEORGE, "Natural Law and Positive Law" en R. P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, cit., pp. 331-332; La traducción pertenece a SERNA: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, p. 82, nota 67, pero el texto original puede consultarse en <http://winst.org/wp-content/uploads/George-Natural-Law-and-Positive-Law.pdf>)

número de opciones incompatibles entre sí que son *correctas* (es decir, no malas). Opción(es) personales previas, o tomas de decisión social autoritativas, pueden reducir notablemente esta variedad de opciones para la persona que ha adoptado aquel compromiso o para la comunidad que acepta tal autoridad. Es más, aquellas opciones y decisiones, aunque racionales y razonables, no estaban en la mayoría de los casos exigidas por la razón. No estuvieron precedidas por ningún juicio racional de que *esta* opción es *la* respuesta correcta, o la mejor solución"⁷¹

5.5. La supresión de reglas de clausura del sistema y los vacíos producidos por la derogación de soluciones actualmente contempladas: Vinculado al aspecto anterior, se encuentra también la supresión de dos reglas de clausura del sistema como las configuradas por los actuales arts. 18, y 22 del C. Civil. En ambos casos la intención general parecería estar dirigida a ampliar las potestades decisorias de los jueces, y en ese sentido deben darse por reproducidas las observaciones antes efectuadas.

5.5.1. Por el primero de esos enunciados normativos, resulta que los “actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”. La coordinación de dicho texto con el art. 1037 C. Civil, había dado lugar a discrepancias en la doctrina acerca de la existencia de nulidades virtuales, aunque compartimos la postura de quienes pensaban que el art 18 daba sustento a la clasificación de nulidades expresas y virtuales, y a la posibilidad de ineficacias del segundo orden en nuestro derecho⁷².

La derogación de dicha regla de clausura del sistema, plantea el interrogante acerca de la sanción que cabrá adoptar en caso de la violación de disposiciones legales relativas a los presupuestos y elementos del negocio jurídico al momento de constituirlo, si la ley no declara expresamente la nulidad del acto.

Adviértase que el problema no se resuelve por invocación de textos como el 279 y 285 del nuevo código, porque el art. 18 tenía mayor amplitud y proyecciones, extendiéndose a otros requisitos del acto; por ejemplo, en materia de forma del negocio, a propósito de los contemplados en el art. 1184 C. Civil, que un sector de la doctrina interpretaba que eran exigidos bajo pena de nulidad a pesar de la supresión de aquella aclaración por la ley 17.711, precisamente por invocación del artículo 18⁷³, todo lo cual impactaba también en la exégesis del art. 1185. Desde esta perspectiva, el objeto puede estar permitido, pero el acto no satisfacer, sin embargo, otras exigencias que se encuentren legalmente exigidas como "deberes", cuyo incumplimiento representaría la violación de una prohibición de hacerlo de otro modo.

Se trata de un problema que mantiene actualidad, porque el nuevo art. 1017 prescribe que ciertos contratos “deben ser otorgados por escritura pública”, sin especificar la sanción para el caso de omisión, por lo cual el problema se habrá de resolver por remisión al art. 285 que ha generalizado para todo negocio jurídico la solución – y por lo tanto, también el problema interpretativo que generaba, y las interminables disputas entre las tesis formalistas y aformalistas⁷⁴- que contemplaba el art. 1185 C. Civil para los contratos⁷⁵.

71 J. FINNIS, "Natural Law and Legal Reasoning", en R. P. GEORGE, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 151-152, citado por SERNA: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, p. 83 y 84; otra versión, con algunas variantes de redacción puede consultarse en J. FINNIS, "Natural Law and Legal Reasoning", (1990). Scholarly Works. Paper 79

72 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 34, V, 1; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, N° 2588 y 2588 -A; BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T II, n° 1258; todavía más clara es la exposición de LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n° 1881 a 1883

73 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III, 5; BREBBIA, Roberto: *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As. 1979, sobre el art. 916, § 8.

74 Para las distintas tesis: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III

75 Los fundamentos del Anteproyecto parecieran inclinarse por una de las variantes de entre las tesis aformalistas, aunque su lectura, y sobre todo la del texto del artículo 285, también han de dar argumentos a las tesis formalistas. El tema tiene capital importancia a la hora de plantearse la posibilidad de las acciones de cumplimiento del contrato, como, por ejemplo, la entrega del inmueble y del precio, cuando ha mediado boleto de compraventa. Dicen los Fundamentos: «En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas

Los Fundamentos no proporcionan razones de esta supresión, pero a estar a lo dicho en otros pasajes, todo parecería apuntar a la finalidad de ampliar las facultades de los jueces a la hora de proceder a una integración judicial de los negocios jurídicos, en los términos del art. 389, convirtiendo en regla la nulidad parcial, que antes era excepción, modificación de la cual el art. 344 in fine, sería una muestra.

5.5.2. Del actual art. 22 resulta que lo “que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”

Cabe preguntarse si con la supresión de dicha regla de clausura del sistema, el legislador ha querido consagrar la solución inversa, a fin de adoptar un sistema abierto, como lo ha postulado ya algún comentarista⁷⁶.

La pregunta es pertinente, porque en su excesiva “austeridad”, el legislador ha suprimido una gran cantidad de reglas expresas que solucionaban diferentes problemas – por ejemplo en materia de condiciones- dejando lagunas que habrá que completar.

De allí que un examen profundo del nuevo régimen exige también dirigir las miradas hacia las reglas que han sido materia de supresión.

5.5.3. La posibilidad de integración judicial plantea cuestiones conceptuales y filosóficas harto delicadas que hemos analizado en otro lugar⁷⁷, y donde disputan terreno la teoría de la *intentio iuris* de la pandectística alemana, y la *intentio facti*, que enarbolaran los juristas alemanes e italianos durante la última gran guerra mundial, al impulso de las ideas fascistas y nacionalsocialistas.

Cabe recordar que para los partidarios de la tesis de la *Intentio Iuris* la diferencia entre un simple acto voluntario lícito y un negocio jurídico debe establecerse teniendo en cuenta el objeto del querer, esto es la clase de modificación perseguida por la voluntad⁷⁸. Según sus cultores, en los simples actos voluntarios lícitos la voluntad persigue una finalidad práctica, puramente empírica, o económico-social, y los efectos jurídicos se producen independientemente de su voluntad. En los negocios jurídicos la voluntad persigue, **además** de ese resultado práctico o empírico, una modificación en el mundo de los valores, una mutación jurídica para crear, modificar, transferir o extinguir derechos, **y los efectos jurídicos se produce porque estos han sido queridos como tales**. En el polo opuesto se encuentra la teoría de la intención empírica, para la cual el sujeto del negocio persigue un fin puramente práctico, busca alcanzar un fin económico social, y **el Derecho adscribe a esa actuación un determinado efecto jurídico, independientemente de que haya sido querido como tal**⁷⁹. En palabras de DANZ “*jamás ocurre que la voluntad interna del que celebra un negocio*

distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios». Desde una perspectiva formalista se ha de leer el art. 285 interpretando que dará lugar a una nulidad efectual, a menos que la ley contemple una nulidad plena.... pero desde la perspectiva aformalista se contestará que no da lugar a una invalidez, sino a una privación de sus efectos propios (¿¿??)

76 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 3,

77 Hemos ensayado una aproximación a este problema, en un trabajo publicado en la obra *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr Luis Moisset De Espanés*, Córdoba 2010, T I p. 471/498 titulado: *La integración del contrato. Perspectiva. Tendencias*, y también en nuestro comentario al art. 964 contenido en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por José María CURÁ, La Ley, Bs. As. 2014.

78 LOPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría de los contratos*, § 7, V, 1;

79 Cabe apuntar que la tesis clásica jamás negó la existencia de ese fin práctico; simplemente negó que el acto se agotara en ese fin puramente empírico, como puede inferirse de la lectura del siguiente pasaje de SAVIGNY (*Traité de Droit Romain*, T III, § CIV): «En cuanto á los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico ...; y entonces se llama á los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*»

*jurídico se proponga producir un resultado de derecho ... persigue de ordinario un resultado económico*⁸⁰.

Resumiendo lo expuesto en aquél trabajo⁸¹, en el problema de la Integración supletoria de los contratos, la teoría de la intención empírica es receptiva a la integración judicial, pues al decir de Alessandro Somma: «Fascistas y nacionalsocialistas atribuyen a la magistratura la tarea de realizar el programa político del régimen mediante una relectura de las normas positivas preexistentes»⁸². En cambio, la teoría de la intención jurídica es, en principio, refractaria a toda integración judicial, porque en palabras de Giorgi: «Cualquiera comprende que el juez no puede tener la libertad de trocar un contrato, sujetando a las partes a consecuencias jurídicas a que ellas no pensaron someterse»⁸³.

En materia de integración imperativa, para la teoría de la intención empírica, la regla será la nulidad parcial del contrato, pues como lo explica Alessandro SOMMA, para los nacionalsocialistas una nulidad que no permita una reforma del contenido del acto, resulta un impedimento «inconciliable con el propósito de adecuar el propósito individual a las exigencias del ordenamiento, y que representa, entonces, un exagerado respeto a la libertad contractual»⁸⁴. Para la teoría de la intención jurídica, la regla será la inversa, esto es la nulidad total, y sólo por excepción, la nulidad parcial. Es el principio sentado por el § 139 del BGB⁸⁵. La razón de esta solución, ha sido bien explicitada por BIBILONI, en materia de contratos:

80 DANZ, E: *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid 1926, p. 21. El pasaje ha alcanzado cierta celebridad, pues es frecuentemente citado (v.g.: ORGAZ, Alfredo: *El acto o negocio jurídico*, nota 21; LOPEZ DE ZAVALÍA: *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica*) y dice así: «Por lo que se refiere al requisito del *resultado jurídico* que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de *derecho*. El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende, evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente *imaginario*, el *crédito* que nace de un *contrato de compra* o de *arrendamiento*, porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico: procurarse el disfrute de una cosa, sea por un cierto tiempo, como en el contrato de alquiler y en el de préstamo, o de un modo definitivo y absoluto, como en el de compra». Para la crítica a su postura, ver: VON TUHR, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 50, V y VI, y los autores citados en la primera parte de esta misma nota; para una réplica a esos argumentos de los partidarios de la doctrina clásica, y una nueva defensa de la tesis de la intención empírica, ver: SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Lima, 2004, n° 91 a 93, p. 263 a 275.

81 Conforme lo expusieramos en aquél trabajo, Vincenzo ROPPO (*El contrato*, Cap. XXI) ha propuesto clasificar el fenómeno, siguiendo dos criterios distintivos: el de los *fines* que persigue, y el de los *modos* como se realiza; a estos dos criterios agregamos un tercero, que examinamos en primer término, para conjugarlo con los anteriores: el de las *fuentes* a las que acude. a) Por las *fuentes* que acude, suele hablarse de una autointegración y de una heterointegración. La autointegración opera *dentro* del contrato. Si las cláusulas del mismo prevén determinadas situaciones y surge una imprevista, pero análoga, se razona que debe tener una regulación similar; cierta doctrina la ha denominado interpretación integradora, pero existe una gran anarquía entre los juristas, acerca del uso de este último vocablo por lo que vamos a dejar dicho problema fuera de esta exposición. La heterointegración parte de *fuera* del contrato, anexándole reglas que no pueden obtenerse por el solo examen desde dentro del negocio, como son las derivadas de las leyes supletorias e imperativas, los usos, la buena fe, y la equidad. A su turno, la aquí denominada, heterointegración puede ser examinada con los criterios que propone ROPPO, y clasificarla: b) Por los *fines* que persigue, cabe distinguir entre integración supletoria e integración imperativa. La primera es amiga de la autonomía privada, y la segunda su antagonista, porque sacrifica la libertad contractual en nombre de intereses que se suponen superiores. c) Por los *modos* como procede, la integración puede ser legal o judicial. En la primera, la fuente directa de la integración es una ley en sentido material, tal como una norma supletoria, una regla de costumbre, o un uso contractual, que está definida con precisión antes del acto de integración. En la segunda, la fuente directa de la integración es la apreciación judicial que crea *ex post* la regla de conducta a partir de una fuente indirecta, tal como la equidad o la buena fe.

⁸² SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, p. 103; en idéntico sentido: MONATERI – SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7.

⁸³ GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, 19328, n° 194

⁸⁴ SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, p. 105, nota 97; en idéntico sentido: MONATERI – SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7, y nota 61. Ambos trabajos, señalan la peligrosa instrumentación política de una norma clásica como el § 138 del BGB, que prescribe la nulidad por infracción a las buenas costumbres, a partir de una redefinición en clave revolucionaria de lo que se debe entender por “buenas costumbres”, para avanzar – vía nulidad parcial- sobre el contenido del acto querido por las partes.

⁸⁵ Para un análisis de dicho texto, ver VON TUHR: *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 56, IV; LEHMANN: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, § 27, II. 1; FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, § 32.

«Sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada, y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado»⁸⁶.

No está muy claro el sentido de la reforma, que pareciera haber llevado demasiado “lejos”, su austeridad, y ello ha de traer serios problemas interpretativos en el futuro.

86 BIBILONI, J. A.: *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Bs. As., 1929, t. I, p. 181.