

CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO LEGISLATIVO (*)

por

Luis MOISSET de ESPANÉS (**)

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 320, mayo 2002, p. 59-83.

SUMARIO:

I.- El Derecho comparado y el pensamiento filosófico

II.- Cambio social y cambio legislativo:

- a) La tradición.
- b) La costumbre.
- c) La originalidad.
- d) Factores que impiden o retrasan el proceso de adaptación

III.- El cambio social y la obra de Dalmacio Vélez Sársfield.

(*) La primera versión de este tema se publicó en Anuario de Derecho Civil, 1980 - I, p. 105, sobre la base de una conferencia dictada el 29 de mayo de 1979.

La tarea de corregir y anotar la versión grabada estuvo a cargo de la señorita Delia Matilde Ferreira Rubio.

Para su nueva publicación hemos efectuado algunas adiciones y correcciones en el texto y notas.

(**) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Director del Instituto de Derecho Comparado y Presidente Honorario de la Academia Nacional de Córdoba; Laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, miembro honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación y de las Academias de Granada, Asturias y Valencia; miembro correspondiente de las Academias de Derecho México, Perú, Colombia y de la Academia Brasileira das Letras Jurídicas, Presidente Honorario de la Academia de Derecho de Honduras..

I.- Introducción.

El derecho comparado y el pensamiento filosófico.

El Derecho Comparado es una disciplina que muchas veces ha sido tachada de inútil, cuando no de impracticable o imposible: lo primero por quienes, enrolados en la corriente positivista, afirman que lo único que interesa al jurista es el conocimiento de su propia legislación, el estudio de las normas positivas que rigen en su país; lo segundo es la consecuencia de pensar que los sistemas jurídicos no tienen puntos en común, desconociendo que en todos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a pueblos de una misma civilización subyace una base filosófica similar.

El jurista debe acudir a esta herramienta tan valiosa que es la comparación, para extraer de ella frutos que contribuyan al mejor conocimiento del sistema nacional ¹. Pero la finalidad de la comparación no se agota en el "mejor conocimiento" del derecho propio; la tarea del comparatista le permite alcanzar una más cabal comprensión del Derecho -tanto del nacional como del extranjero- y esto traerá como consecuencia el progreso en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Una de las mayores contribuciones del Derecho Comparado a la ciencia jurídica es la de poder prever la evolución probable de las relaciones sociales, y adecuar anticipadamente las normas a esa realidad cambiante, para brindar solución a los nuevos conflictos que puedan suscitarse. No hay ciencia sin previsión ², es decir la

¹. Conf. René RODIERE, quien nos dice: "... el Derecho comparado puede ser el medio para **mejor** interpretar las leyes nacionales", y a renglón seguido agrega: "La observación de instituciones vecinas, comparadas a sus semejantes de nuestro país, nos permitiría comprenderlas mejor", (Introducción al Derecho Comparado, traducción al castellano, Inst. de Der. Comparado, Barcelona, 1967, p. 32).

². Vittorio FROSINI afirma que: "El carácter científico del Derecho no puede ser asegurado más que por su verificabilidad...", ("La estructura del Derecho", traducción de A.E. Pérez Luño, Pub. del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 206).

posibilidad de afirmar que dado tal estímulo se han de producir determinados efectos; por eso algunos autores niegan carácter científico a los estudios sociales, incluida la ciencia jurídica, sosteniendo que en ese campo no se cumplen las leyes de causalidad.

Pensamos, sin embargo, que en las ciencias sociales existe la posibilidad de prever; lo que sucede es que esta previsión es diferente a la de las ciencias naturales. En materia social no se prevén hechos, sino tendencias; no se formulan "leyes" ineludibles, sino que se advierten regularidades³. Precisamente esta previsión de "tendencias" es lo que permite al jurista anticiparse a la producción de ciertos fenómenos sociales, formulando de antemano las normas que han de regularlos.

El estudio de otros sistemas facilita esta labor de previsión ya que el jurista, al comparar, apreciará en su conjunto los factores que desembocan en una determinada situación, y si advierte que otras sociedades están viviendo ese proceso, de manera tal que se configura una "tendencia", puede extraer válidamente la conclusión de que, dados esos mismos factores, existen grandes posibilidades de que se plantee una situación similar en su país, y adoptar medidas para adaptar su sistema jurídica, preparándolo para hacer frente a la realidad que se avecina.

Vemos, pues, que la comparación es útil; pero, ¿qué es lo que debemos comparar? MOSSET ITURRASPE señala algo muy importante con relación al problema de la comparación⁴, que no por reiterado debe dejar de puntualizarse: no se comparan sólo normas legales. Si se pretende reducir la tarea a la de efectuar legislación comparada, corremos el riesgo de equivocarnos totalmente y confundir los

³. Alfredo POVIÑA, **Sociología**, 5ª ed., (distribuye Assandri), Córdoba, 1966, pp. 49 y 50.

FROSINI (obra citada, p. 208), recuerda que "...las normas no consienten un cálculo algebraico de sus combinaciones porque reenvían a la realidad morfológica de la acción; de donde se observa una continua transformación del significado de la norma porque refleja la metamorfosis de la realidad jurídica, dando lugar a lo que se ha llamado **interpretación evolutiva**...".

⁴. Jorge MOSSET ITURRASPE, **Introducción al Derecho Comparado. Qué debe compararse y la finalidad de ello**. Conferencia pronunciada en la inauguración del Ciclo de Seminarios 1979, el día 17 de mayo, en el Centro de Investigación de Derecho Comparado de la Universidad Nacional de Córdoba.

problemas. Un sistema jurídico se nutre de distintas fuentes, que realizan su aporte conjunto para darle una fisonomía global; entre las fuentes formales del Derecho, en nuestro sistema, la norma legal es -sin duda- la más importante, pero no la única.

Dice ORTEGA y GASSET que "cuando se comparan tiempos, hay que usar partida doble. Hay que comparar los hechos de una época con los de otra y, por separado, los ideales y normas vigentes en ambas. De un lado el **haber** y de otro el **deber**" ⁵; pensamos que esta afirmación es aplicable también a la comparación de diversos sistemas jurídicos. No basta con estudiar comparativamente las normas, sino que hay que ir más allá en dos sentidos, debemos estudiar la realidad social que esas normas regulan y, además, su "substractum" filosófico.

Señalaba Jorge MOSSET ITURRASPE que en el trasfondo, para lograr la cabal comprensión del sistema, hay que atender a la inspiración filosófica que nutre a ese ordenamiento jurídico, que le da características propias y tiene como efecto que la interpretación de las normas legales marche por determinados carriles y no por otros ⁶, y José María CASTÁN recordaba que un gran humanista, Vives, "insistió en la utilidad de la filosofía para la investigación de las cualidades de la ley y su razón de ser" ⁷, ya que "le toca al filósofo ocuparse de la equidad y de ella derivar las leyes", y el jurisconsulto "necesita la filosofía, la natural, medianamente; la moral completamente y en absoluto" ⁸.

El sistema filosófico que nutre a un determinado sistema jurídico le da fisonomía propia ⁹, lo informa, y este hecho,

⁵. José ORTEGA y GASSET: **Honor y contrato**, Obras Completas, tomo II, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1963, p. 434.

⁶. Jorge MOSSET ITURRASPE, conferencia citada.

⁷. José María CASTÁN VÁZQUEZ: "Las leyes y su reforma, según Erasmo y Vives", en Estudios en Homenaje del Prof. José Cortés Grau, Valencia, 1977, p. 89.

⁸. Vives, Prelección al Libro de las leyes de Cicerón, en Obras Completas, T. I, p. 695 (citado por José María Castán Vázquez).

⁹. Lo mismo sucede en sistemas jurídicos de fuerte contenido religioso, como el musulmán. Con mucho acierto afirma Omar AZZIMAN que "no se puede separar la instancia jurídica del sistema que la porta, que **la impregna de su filosofía** y que

precisamente, nos convence de que la comparación en materia jurídica es posible y, además, provechosa.

No es una casualidad que, en determinadas épocas de la historia, en todos los pueblos de una civilización surjan inquietudes jurídicas comunes ¹⁰. Esto es la consecuencia de que cada civilización marcha inspirada por idénticos sustentos filosóficos, que se manifiestan en todas y cada una de las creaciones culturales de esa civilización.

Positivismo, romanticismo, científicismo, se proyectan en la pintura, en la literatura, en la ciencia, y en el campo jurídico, en los mismos momentos históricos, con resultados que guardan entre sí similitud sustancial y originaria ¹¹.

El Derecho, como producto cultural que es, también sufre esos procesos de cambio, y en él se reflejan los ideales que inspiran la comunidad en que ha de regir. El Derecho -que regula relaciones interindividuales, y está dirigido a brindar marco a una realidad social determinada- no puede permanecer ajeno a la evolución de ideas y formas de vida que, al transformar la realidad, transforman también las necesidades del grupo, haciendo imperiosa la adopción de nuevas normas, o la adaptación de las existentes, con miras a la satisfacción de los requerimientos concretos del grupo.

Por eso Soto Nieto, en su discurso de incorporación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña nos dice que las leyes deben ofrecerse como un texto que satisfaga "aquellas demandas o exigencias sociales que se ofrecen como más justas y necesarias en

le da su originalidad" ("La traditionalisation du droit: tradition juridique islamique et droit privé marocain", Centro de studi e ricerche di diritto comparato e straniero", Roma, 1993).

¹⁰. Conf. Jaime LLUIS y NAVAS: "Todo el Derecho está afectado por su **historicidad** (que implica **variabilidad** positiva) ...", en "Analogías y diferencias entre los Principios Generales del Derecho y el espíritu de la Ley", R.G.L.J., 1982, N° 6 - junio, p. 556.

¹¹. En sentido coincidente René DAVID nos dice: "La ciencia jurídica se limita muy a menudo a consagrar, en el plano del Derecho, ideas y tendencias que se han manifestado anteriormente en otro sector cultural", ("Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos", traducción al castellano de Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1968, p. 67).

momento y lugar determinados"¹².

Hemos visto así aparecer casi simultáneamente en todos los sistemas jurídicos occidentales, desde principios del siglo XX, instituciones como la adopción que, en el siglo XIX muchos Códigos habían dejado de lado¹³. No ha habido país en el mundo occidental que no se preocupara por sancionar una ley de adopción, cuando carecía de ella, o a remozar las antiguas leyes sobre la materia¹⁴. Una de las causas que ha contribuido es la paulatina reducción del núcleo familiar; antiguamente el niño que quedaba sin padres encontraba protección en casa de parientes, aunque fuesen lejanos. Hoy ya no se computa en la familia a esos **primos lejanos**; en consecuencia, es necesario buscar otras formas de proteger a los niños sin padres, campo en el cual la **adopción de menores** cumple una utilísima misión¹⁵.

Este es solamente un ejemplo; piensen ustedes en otros aspectos de la legislación donde se marcha al mismo ritmo en todos los pueblos de la misma civilización. La concentración de población en las grandes ciudades, con los consiguientes problemas que suscita en materia económica, social y urbanística, trae como consecuencia que a partir de la tercera década del siglo XX en todo el mundo

¹². Ver Francisco Soto Nieto: El cambio social y el derecho, discurso de recepción como académico de número en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1979, p. 18.

¹³. Así sucedió en el Código civil argentino, cuyo autor, don Dalmacio Vélez Sársfield, en nota del 21 de junio de 1865, que acompañaba al Proyecto del Libro Primero, explicaba que había dejado de lado la adopción, y luego de dar una serie de razones que a su entender justifican ese criterio, concluía afirmando que "no está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares".

¹⁴. En España las normas sobre adopción permanecieron inalteradas hasta mediados del siglo XX. Luego, en el lapso de treinta años, la adopción se ha visto modificada en gran medida en cuatro ocasiones: 1958, 1970, 1981 y 1987.

¹⁵. Francisco CASTRO LUCINI estima que la institución ha pasado por tres etapas: 1) En los derechos antiguos se la concibe en interés exclusivo del adoptante "bien para asegurarse un continuador del culto doméstico, bien con fines políticos (v.gr. adopción de Octavio por César...)"; 2) una etapa intermedia "en la que, al variar los presupuestos socio-políticos pierde el favor de que anteriormente gozaba", y se la regula como acto meramente privado, "con sentido paternalista o filantrópico", y 3) en la época actual "vuelve a ser valorada... hasta el punto de considerarse como una función social, concibiéndose en interés del adoptado" ("Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre", A.D.C., 1987 - IV, p. 1233 y ss., en especial p. 1234).

occidental tengan que revisarse o dictarse leyes de propiedad horizontal; las leyes sobre la igualdad jurídica de los sexos son, en nuestra civilización, un fenómeno de esta época; como también lo es la aparición de la responsabilidad "objetiva", que ha ido desplazando en muchos sectores a la antigua responsabilidad aquiliana, fundada en la culpa y, todavía más modernamente, el intento de forjar un "derecho de daños", que en remplazo del concepto de responsabilidad. Este paralelismo en la evolución legislativa es consecuencia del paralelismo o semejanza que existe en los idearios filosóficos que sustentan las diversas sociedades nacionales que son parte integrante de la misma civilización.

Es también del recién finalizado siglo XX el solidarismo, al que otros han dado en llamar la socialización del Derecho; consecuencia de esta corriente de pensamiento es la mayor intervención del juez en el campo contractual, como asimismo la aparición de figuras nuevas, o la reaparición bajo moldes renovados de instituciones de antiguo cuño, como por ejemplo la lesión, la imprevisión y el abuso del derecho. Instituciones y figuras que, de manera más o menos coincidente, van apuntando su renacimiento, como una constante en todos los ordenamientos jurídicos que se mueven dentro de una misma órbita de pensamiento.

En otro sentido, adviértase que esa comunidad de pensamiento ha determinado que, en un mismo momento histórico, los pueblos de la civilización occidental hayan experimentado la necesidad de codificar sus respectivos derechos ¹⁶. Ha sucedido algo semejante con el surgimiento de nuevas ramas del derecho que se van separando del tronco común ¹⁷; y también puede apreciarse en la actual tendencia al desplazamiento que sufren ciertas áreas del Derecho desde la órbita

¹⁶. La tendencia codificadora comienza a sentirse a principios del siglo XIX, con la sanción del Código civil francés (1804) y el de Austria (1811). Provoca la célebre polémica entre Savigny y Thibaut, en Alemania, donde recién en 1896 se sanciona el B.G.B.

Anteriormente los ordenamientos de leyes eran de tipo asistemático, y se inspiraban más bien en la idea de "recopilar" los textos vigentes.

¹⁷. Entre ellas pueden mencionarse el Derecho agrario, el Derecho registral, el Derecho de aguas, etc.

del Derecho privado, hacia el campo del Derecho público ¹⁸.

La comunidad de problemas, y la posibilidad de aprovechar la experiencia de otros países, es lo que realza el valor del Derecho Comparado; por supuesto que no hay que descuidar los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo que tiene sus peculiaridades y tradición, determinantes de los matices que se impondrán a las instituciones jurídicas según las necesidades. Sin embargo, quede bien claro que estos particularismos y notas distintivas no deben confundirse con el "provincialismo egoísta y mezquino", al que hacía referencia MOSSET ITURRASPE ¹⁹; provincialismo que se manifiesta en una actitud chauvinista de pensar que lo propio es lo único bueno, desechando por completo la posibilidad de que existan soluciones más acertadas.

En la comunidad de pensamiento que inspira a lo largo de su vida a todos los pueblos que integran una civilización -que es el individuo de estudio histórico, al decir de TOYNBEE ²⁰- es donde encontramos la razón de ser que justifica y hace necesario el estudio del Derecho Comparado, sin por eso alejarnos de las necesidades de nuestro derecho nacional.

II.- CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO LEGISLATIVO

Hemos visto, a manera de introducción, como el Derecho es un producto cultural en el que se reflejan las tendencias que señalan las líneas de evolución de un grupo social. El Derecho no es extraño a los cambios que esa evolución trae aparejados y debe -para cumplir sus funciones- adecuarse a las nuevas situaciones, proporcionando criterios de solución de conflictos que sean acordes con las particulares necesidades del momento histórico.

El tema del cambio social y el cambio legislativo presenta

¹⁸. Podemos citar como ejemplo la contratación en materia laboral.

¹⁹. Jorge MOSSET ITURRASPE, conferencia citada en nota 4.

²⁰. Para Toynbee las civilizaciones son una de las especies del género "sociedad". Ver Arnold J. TOYNBEE, **Estudio de la Historia**, Vol. I, (trad. al castellano de Jaime Perriau), Emecé, Buenos Aires, 1956. En especial Capítulo I, C. III, pp. 173 y ss).

sumo interés, sobre todo en épocas como la que nos toca vivir, en la que asistimos a profundas y vertiginosas alteraciones; ello ha determinado que los juristas dediquen profundas reflexiones a su análisis ²¹.

El interrogante que debemos plantearnos es en qué medida, o de que forma, repercute el cambio social -si es que lo hace- sobre el orden jurídico. Pensamos que de una u otra manera, tarde o temprano, el cambio producido en las condiciones de vida de la comunidad incide sobre su sistema jurídico, provocando los necesarios ajustes. Y como la experiencia demuestra que el cambio legislativo marcha en muchas oportunidades por detrás del cambio social, la renovación del sistema queda con frecuencia en manos de quienes deben aplicar el derecho, que se esforzarán por llenar el vacío legal que ha creado la transformación social. Por eso el nuevo artículo tercero del título preliminar del Código Civil español suministra al intérprete una línea orientadora, al fijar, entre otras pautas, la necesidad de que las normas se interpreten tomando en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"²².

Ocupándose del cambio social y su influencia sobre el ordenamiento jurídico, DIEZ PICAZO, expresa que, si creemos que las normas que integran el sistema son fruto de los mandatos u órdenes de los que gobiernan, pensaremos que el cambio social por sí solo no produce cambios jurídicos, pues será menester que se lleven a cabo primero los cambios políticos; si -por el contrario- entendemos que las normas son un sistema de solución de conflictos que se basa en el conjunto de creencias sobre lo que es justo, afirmaremos que el

²¹. Son fundamentales en la materia las obras de SAVATIER, **Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui**; FRIEDMAN, **Law in a changing society**; SCHUR, **Law and society. A sociological view**.

También dedican interesantes páginas al tema Luis DIEZ PICAZO, **Experiencias jurídicas y Teoría del derecho**, Ariel, Barcelona, 1973; Antonio HERNÁNDEZ GIL, **Metodología de la Ciencia del Derecho y El abogado y el razonamiento jurídico**. Ver también nuestro artículo **El cambio social y el jurista**, en "Semanario Jurídico de Comercio y Justicia", 21 noviembre 1978. y **Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield** (Cap. 7 de nuestro libro **Codificación civil y Derecho Comparado**).

²². Conf. José J. Pintó Ruiz, en "Contestación" al discurso de recepción de Francisco Soto Nieto, sobre "El cambio social y el Derecho", en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el 30 de enero de 1979, Barcelona, p. 73.

cambio social provoca la casi inmediata reacción de la "vida jurídica espontánea" ²³, porque ese cambio modificará las creencias sobre lo que es justo en las nuevas circunstancias.

Pensamos que aún en el caso de considerar a los preceptos jurídicos como puros mandatos de la autoridad, el cambio social tendrá influencia sobre ellos en la medida en que la sociedad se resista a regirse por tales mandatos cuando no se adecuen a las necesidades que las circunstancias de tiempo y lugar imponen. Si la norma-mandato no responde a la realidad social, o está en franca contradicción con las necesidades del cuerpo social, no será obedecida y caerá en desuso, como sucede con tantas leyes ²⁴..

Ahora bien, la respuesta del ordenamiento jurídico a los cambios sociales variará de acuerdo con el tipo de modificación de que se trate. Podemos distinguir los cambios políticos, que afectarán principalmente la órbita del ordenamiento relativo a la constitución y funcionamiento del Estado; los cambios tecnológicos, de infinita variedad, que obligarán al legislador a modificar o adaptar distintas áreas del sistema (los progresos de la genética harán necesarias algunas correcciones en materia de filiación, paternidad, maternidad, etc.; los avances en el ámbito de las comunicaciones han descubierto aspectos que las normas sobre derechos de autor deben contemplar; el Derecho espacial es la consecuencia del desarrollo de la ciencia astronáutica; y así podrían multiplicarse los ejemplos); por fin, los cambios en materia económica alteran especialmente la regulación y la práctica en lo relativo a contratos y obligaciones ²⁵, y han dado nacimiento a las normas de protección del consumidor.

La relación "cambio social - cambio legislativo" no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo; por el contrario, entre estos dos hay una interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para

²³. Ver Luis DIEZ PICAZO, obra citada en nota anterior, p. 307.

²⁴. Ver nuestro "Las costumbres, la tradición, etc..." citado en nota 21..

²⁵. Conf. Luis DIEZ PICAZO, obra citada, p. 310 y ss.

encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social.

Este es el mayor reto para el jurista y el legislador: actuar con prudencia para guiar a la humanidad por nuevas sendas. Pero, es preciso destacar que prudencia no es sinónimo de ritmo despacioso, ni de conservadorismo; muchas veces "lo prudente puede ser la audacia o la anticipación" ²⁶. En la mayoría de los casos lo indicado será el cambio gradual que favorezca un proceso de adaptación y acostumbramiento paulatino, pero no desechamos la posibilidad de que en determinadas circunstancias lo prudente sea un cambio radical; esta actitud se impone cuando el ordenamiento jurídico ha quedado divorciado de la realidad social, y es necesario actualizarlo. Pero el cambio que realmente conduce por los caminos del progreso es el que gradual e ininterrumpidamente nos va haciendo ascender por las vías de la civilización. Los cambios bruscos, las quiebras de los sistemas jurídicos, que pretenden recomenzar construyendo un nuevo edificio utópicamente perfecto, son -generalmente- pasos de retroceso que nos colocan en situaciones peores de las que vivíamos con anterioridad.

Las consideraciones precedentes demuestran la conveniencia de que el legislador sea en alguna medida un sociólogo, en el sentido de que conozca la realidad social para la que va a legislar.

El conocimiento de las características de la sociedad lo impulsará a analizar dos elementos: por un lado el elemento tradicional, en cierta forma heredado y de antigua formación; y, por el otro, los elementos nuevos, de reciente aparición en la sociedad, que son el producto de la evolución incesante de la historia. Ambos elementos son componentes de la vida de la comunidad, por lo tanto el legislador no podrá descuidar ninguno de ellos; su obra debe aspirar al equilibrio de todos los factores: tradición, costumbres y originalidad.

Hemos de referirnos a cada uno de estos ingredientes que debe manejar quien se enfrenta con la tarea de legislar.

²⁶. Luis DIEZ PICAZO, obra citada, p. 304.

a) **La tradición.**

Procuremos en primer lugar diferenciar la "tradición" de las "costumbres", ya que a veces no se las distingue con claridad y es frecuente que se tome estos términos como sinónimos y se los use indistintamente.

A nuestro criterio no existe tal sinonimia, aunque haya estrecha relación entre ambos conceptos.

Más adelante nos ocuparemos de las definiciones que se han dado de la "costumbre" como fuente del derecho, y como estándar jurídico, que nos servirán para tipificar con bastante exactitud el concepto. En cambio, definir la "tradición" parece algo más complicado. Quizás uno de los autores que logran más éxito en este intento es ANGELESCO, cuando expresa que "la tradición es la resultante del accionar político, económico y jurídico de toda una nación" ²⁷, producido a lo largo de la evolución histórica de esa comunidad.

El pasado histórico tiene fundamental importancia en la configuración de la idiosincrasia de un pueblo; y ya vimos como la consideración de las particularidades de un grupo social impone al legislador la necesidad de adoptar una vía de solución y no otra. La tradición de una nación no es otra cosa que el resultado de ese pasado histórico consistente en un conjunto de necesidades, ideales, hechos jurídicos, en fin, de todas las condiciones determinantes y los productos culturales resultantes, compartidos por una nación ²⁸.

¿Cuál es, pues, la función de la tradición? La tradición actúa como amalgama, dando al grupo continuidad social ²⁹; precisamente, este elemento de continuidad hace que entre una generación y las que le precedieron se manifieste una comunidad esencial, aun cuando las circunstancias hayan variado. La tradición actúa, pues, como una

²⁷. Conf. Alexandre ANGELESCO, **La technique législative en matière de codification civile. Etude de Droit Comparé**, ed. Boccard, París, 1930, p. 453.

²⁸. Conf. Alexandre ANGELESCO, obra citada, p. 452.

²⁹. Ver Alfredo POVIÑA, obra citada en nota 3, p. 250.

"memoria social" ³⁰, que ejerce su fuerza cohesionante sobre las nuevas generaciones. De la actitud que cada generación asuma frente a la tradición dependerá la fisonomía de la época; así, la actitud puede ser de aceptación pacífica de todo lo heredado, y en esos tiempos el cambio será casi imperceptible ³¹. Puede ocurrir, en cambio, que las nuevas generaciones reaccionen contra lo heredado y pretendan modificarlo, para producir el necesario ajuste ³². Pensamos que aún es posible efectuar otra distinción dentro de la segunda de las hipótesis contempladas: se puede cambiar rescatando lo válido del pasado, de la tradición -ésta es una actitud positiva-, pero ese cambio histórico puede asumir la forma de una crisis cuando la generación pretende destruir lo heredado, para recién sobre las ruinas edificar algo nuevo, lo cual resulta ciertamente negativo.

De cualquier manera, como vemos, siempre hay una actitud hacia la tradición, y el legislador -como miembro de una generación- además de asumir personalmente una posición sobre este asunto, deberá tener siempre presente ese factor en el momento de idear una norma. Fundamentalmente, deberá ser consciente de que no puede desechar por completo la tradición del grupo, so pena de que las normas que dicte caigan en desuso. Podemos citar como ejemplo lo que sucedió en Turquía cuando Mustafá Kemal Atatürk intentó cambiar la fisonomía jurídica de su país, imprimiéndole una tónica occidental; sin embargo la tradición, en algunos casos, fue más fuerte que las nuevas leyes, que debieron sufrir un proceso de adaptación para poder aplicarse ³³. Otro tanto puede decirse de la Revolución rusa, que pretendió borrar de golpe siglos de tradición reflejada en leyes ancestrales, para

³⁰. Alfredo POVIÑA, obra y lugar citados en nota anterior.

³¹. Conf. José ORTEGA y GASSET, **El tema de nuestro tiempo**, Obras Completas, T. III, ed. "Rev. de Occidente", Madrid, 1963, p. 149. El autor denomina a estas épocas "cumulativas", y afirma que en ellas las generaciones sienten "una suficiente homogeneidad entre lo recibido y lo propio".

³². Autor y lugar citados en nota anterior.

El autor denomina a estas épocas "eliminadoras y polémicas"; en ellas las generaciones sienten una "profunda heterogeneidad" entre lo heredado y lo propio, y se transforman en "generaciones de combate".

³³. Ver nuestro **Notas sobre el Derecho civil turco**, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año XXXV, 1971, p. 311.

terminar adoptando esas tradiciones en la nueva legislación ³⁴. En Irán la occidentalización encarada por el Sha Reza Pahlevi determinó algo aún peor que el desuso de las normas legales, fue -al menos en parte- la causa de una revolución que reimplantó en el país las antiguas tradiciones culturales y religiosas, incluso con excesos de **ortodoxia**.

b) **La costumbre.**

La costumbre es una de las fuentes de exteriorización del sistema jurídico ³⁵, tanto como estándar jurídico, como cuando actúa como fuente del Derecho.

La función legislativa -en sentido amplio- exige que se atienda a las costumbres de la comunidad para la cual se dictan las normas.

La costumbre jurídica ha sido definida como "la observancia constante y uniforme de un comportamiento por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica" ³⁶; otros autores la definen como aquellas normas jurídicas "no fijadas en ningún cuerpo legal que viven, en cambio, como proposiciones ideales dotadas de fuerza obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepta como formas de vida, ya por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido de los órganos de la aplicación del Derecho, principalmente de los Tribunales" ³⁷. Podríamos multiplicar casi hasta el infinito los conceptos; sin embargo, en general -aunque con sutiles matices- los autores

³⁴. Ver René DAVID y John HAZARD, **El Derecho soviético**, ed. La Ley, Buenos Aires, 1964.

³⁵. Conf. Alexandre ANGELESCO, obra citada, p. 453. En igual sentido Jean CARBONNIER, **Derecho civil**, T. I, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 35.

Las otras formas de expresión del sistema jurídico son la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

³⁶. Jorge J. LLAMBÍAS, **Tratado de Derecho civil. Parte General**, T. I, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 69.

³⁷. Luis LEGAZ y LACAMBRA, **Filosofía del Derecho**, ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 327.

coinciden con los dos transcritos.

Mucho se ha discutido de la potencialidad de la costumbre como fuente del Derecho, sin que se haya logrado acuerdo; para algunos la costumbre no puede crear normas jurídicas, salvo cuando la ley se refiera a ella; otros, en cambio, afirman que la costumbre es una de las más importantes fuentes productoras de Derecho. No es éste el momento de profundizar el tema, lo que nos importa sí es destacar que las costumbres de una comunidad influyen de manera efectiva en el comportamiento jurídico de sus integrantes, se les reconozca o no eficacia por parte del ordenamiento legal.

Esta influencia real hace que el legislador, al momento de dictar las normas, tenga que consultar las costumbres, puesto que si no las toma en cuenta la realidad social, la vida jurídica espontánea, se sobrepondrá a las leyes que caerán en el olvido y serán reemplazadas por formas jurídicas vivas.

Además de esta intervención de las costumbres como fuente del Derecho, su importancia como estándar jurídico es relevante. En la mayoría de las legislaciones se hace referencia a las "buenas costumbres" como patrón o medida convencional de ciertas conductas.

Los estándares jurídicos cumplen una función trascendente en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho. Según CASTÁN TOBEÑAS son instrumentos de la técnica jurídica que tienden a satisfacer las necesidades de "adaptabilidad del derecho a la vida y la consiguiente individualización de sus soluciones" ³⁸.

A través del estándar jurídico de las "buenas costumbres" las formas de vida de la comunidad participarán indirectamente en la aplicación e interpretación del Derecho que la rige.

c) **La originalidad.**

Cabe preguntarse, antes de entrar al análisis de este factor, si es posible la originalidad en materia jurídica. Desde tiempo inmemorial el hombre ha reflexionado sobre el Derecho, lo ha

³⁸. José CASTÁN TOBEÑAS, **Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)**, Reus, Madrid, 1947, p. 172.

aplicado, lo ha modificado, lo ha interpretado, en fin, lo ha creado y lo ha vivido. ¿Podemos hablar en el siglo XXI de originalidad en el Derecho? Algunos estarían tentados a contestar que no; pero, a poco que pensemos, la respuesta afirmativa se impone.

Como ya dijimos en una oportunidad ³⁹, si bien el valor Justicia, objetivo supremo del Derecho, es siempre el "dar a cada uno lo suyo", las circunstancias hacen que los caminos apropiados para alcanzar esa meta sean distintos en cada época; y no sólo serán distintos los senderos que nos conducen al objetivo, también variará el contenido de lo que se considere justo. Así, lo que debe entenderse por "lo suyo" que a cada uno corresponde, no es lo mismo hoy que en 1869, ni lo será tampoco en el año 2100.

Los cambios en las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de una comunidad particular son los que hacen factible la originalidad en materia jurídica. Esta originalidad puede plasmarse tanto en el ámbito de la técnica o metodología legislativa, como en el contenido de las normas.

Por el momento sólo nos interesa la originalidad en cuanto a la sustancia de las normas, porque allí se han de reflejar, o no, los cambios sociales. En la medida que las circunstancias impongan nuevas necesidades al cuerpo social, y en la medida en que el desarrollo de la comunidad cree nuevas formas de cultura, el legislador deberá poner a prueba su ingenio para encontrar fórmulas adecuadas para encuadrar jurídicamente las situaciones siempre cambiantes. En ese proceso de adecuación podrá recurrir a dos vías: la creación de fórmulas totalmente originales, o bien la renovación de viejos moldes.

La originalidad en las fórmulas que se adoptan puede tener como fin: a) la "puesta al día" del ordenamiento jurídico o, b) una "previsión de futuro".

Hacíamos referencia más arriba a la fuerte influencia que ejercen los cambios sociales sobre el ordenamiento jurídico, provocando cambios normativos que se llevan a cabo para lograr la

³⁹. Ver nuestro trabajo ya citado: **Las costumbres, la tradición jurídica, etc. ...**, en especial apartado I, c.

adaptación a las cambiantes circunstancias. En tal caso podemos encontrar la originalidad, como "puesta al día" de las normas; quizás sea la hipótesis más común, ya que por lo general el legislador no se adelanta a los acontecimientos, sino que reacciona "a posteriori". Producidas las alteraciones en las condiciones de vida del cuerpo social, no pasará mucho tiempo sin que se haga sentir la necesidad de acomodar el marco jurídico a las nuevas situaciones; entonces el legislador procederá a efectuar el cambio normativo.

En el otro supuesto el proceso se presenta en sentido inverso: el legislador se anticipa a los hechos y crea los instrumentos jurídicos que serán necesarios más adelante. Esta actitud, en la que se pretende adelantarse a la Historia previendo el futuro, puede traer como consecuencia que el cambio legislativo se convierta en vehículo del cambio social logrando guiar o encauzar la evolución de la comunidad.

Sin duda que, para lograr éxito, el legislador debe poseer un agudo sentido de la prospectiva, que le permita anticipar los cursos de evolución social; para esto le será de gran ayuda el Derecho comparado, que le permitirá observar las tendencias que se manifiestan en otros pueblos de la misma civilización, en especial aquellos en que el proceso de transformación ha avanzado con más rapidez ⁴⁰.

Una joven rama del Derecho de la navegación, el Derecho espacial, presenta estos caracteres de originalidad como "previsión de futuro". Los tratados firmados en el seno de las Naciones Unidas sobre materias tales como: soberanía sobre los cuerpos celestes, registro de vehículos espaciales, responsabilidad, etc., han brindado marco jurídico a avances científicos futuros, algunos de los cuales son hoy ya una realidad, y otros se espera que sobrevengan, y hoy vemos también que el Derecho del medio ambiente nos crea la imperiosa necesidad de replantearnos el concepto mismo de derecho, superando el antropocentrismo que ha caracterizado al "derecho subjetivo" y

⁴⁰. Podemos citar como ejemplo el proceso de codificación de los países hispanoamericanos, luego de su emancipación. Chile, Uruguay y Argentina, que tenían la esperanza de poblar sus países con inmigración europea, sancionaron leyes que tomaban como modelo los Códigos europeos que en ese momento eran más "modernos", anticipando de esta manera la futura "composición social" de la población.

poniendo el acento en la noción de "relación jurídica" merecedora de la protección del derecho.

En otras ramas del Derecho es más usual que la originalidad se presente como "puesta al día"; sin embargo, también ha habido legisladores que han previsto la evolución de las necesidades del cuerpo social, y han legislado para su época, pero con proyección al porvenir ⁴¹.

d) Factores que impiden o retardan el proceso de adaptación.

Hemos visto hasta aquí como opera el cambio social sobre el ordenamiento jurídico y cuáles son los factores que debe tener en cuenta el legislador para lograr el equilibrio en su tarea de adecuación. Antes de finalizar este apartado debemos hacer una referencia a los frenos que impiden o retrasan el proceso.

No es raro encontrar resistencia a los cambios legislativos; muchas veces un espíritu "conservador" pone frenos a la renovación. ¿Cuáles son los fundamentos de esta postura reacia a las modificaciones del sistema normativo?

Dos argumentos se han esgrimido como justificantes: por un lado la seguridad jurídica; por el otro, la naturaleza permanente de algunas normas. Analicémoslos brevemente.

En lo que concierne a la seguridad jurídica, debemos destacar que este valor del plexo axiológico del Derecho "no reclama la quietud del orden jurídico" ⁴².

La seguridad jurídica es uno de los caminos que conducen a la realización del valor supremo Justicia. Alguna vez hemos dicho, refiriéndonos a la aparente contraposición entre "seguridad" y "equidad", que ambos son valores subordinados, y que el legislador debe "dosificarlos, para lograr en definitiva -mediante su adecuada

⁴¹. Ver lo que decimos en nota anterior.

En el último apartado de este trabajo nos referiremos en particular a la originalidad en el Código civil argentino.

⁴². Conf. Luis DIEZ PICAZO, obra citada, p. 304.

combinación- la Justicia" ⁴³.

Entendemos a la seguridad como "una situación de estabilidad y certeza, creada por el ordenamiento jurídico, que garantiza a los individuos la aplicación objetiva de las normas que lo compone, para la protección de sus derechos, facilitando el desarrollo armónico de la persona" ⁴⁴.

En aquella oportunidad no dedicamos mayor atención a la relación que existe entre la seguridad jurídica y el cambio social, pues nuestra mira estaba dirigida en otro sentido. Esbozaremos aquí algunas reflexiones sobre el punto, reconociendo desde ya que el tema merece un estudio más profundo.

En el concepto que brindamos de "seguridad jurídica" como valor del plexo estimativo del Derecho, subyace nuestra idea respecto al punto que nos ocupa. Hacemos referencia a estabilidad y certeza, conceptos ambos no absolutos, que indican la "aspiración a la razonable previsibilidad de unos resultados" ⁴⁵. Certeza o estabilidad no deben entenderse como factores de inmutabilidad.

Por otro lado, cuando nos referimos a las normas del ordenamiento lo hacemos en el sentido antes apuntado, de criterios de solución de conflictos, ajustados a las creencias que una comunidad concreta tenga sobre lo justo; son normas tanto la costumbre como la jurisprudencia, y no sólo las disposiciones legales o normas-mandato. Como hemos visto más arriba los cambios sociales producen, sin solución de continuidad, cambios en las creencias de la comunidad en punto a la Justicia.

Estos son, rápidamente esbozados, los fundamentos de nuestra posición sobre el tema. No pensamos que la seguridad jurídica sea óbice a la modificación y adecuación del sistema; por el contrario, la seguridad hará necesario ese procedimiento de acomodación toda vez que los datos empíricos contemplados por la norma se

⁴³. Ver **La lesión y el nuevo art. 954**, Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1976, p. 145, (distribuye ed. Zavalía).

⁴⁴. Conclusión N° 3 de un trabajo que realizamos en colaboración con la señorita Delia Matilde Ferreira Rubio.

⁴⁵. Luis DIEZ PICAZO, otra citada, p. 304.

hayan alterado ⁴⁶.

En lo que respecta al otro fundamento aducido como obstáculo para el cambio legislativo, es decir la creencia de que existe un sistema de normas que son de la naturaleza del hombre, diremos sucintamente que la inalterabilidad de ese sistema no justifica la inmutabilidad de los distintos ordenamientos jurídicos concretos, que son distintos caminos creados por los hombres para lograr realizar imperfectamente las pretensiones de aquél. Adviértase -como lo hace DIEZ PICAZO con acierto- que la historia de la Humanidad brinda innumerables ejemplos de que la creencia en un sistema de normas superior, más perfecto, más justo, ha sido factor de revoluciones y cambios, y no de inmutabilidad ⁴⁷.

Debemos tener presente que los distintos ordenamientos jurídicos, los de ayer, los de hoy, los del futuro, sólo son modos de realización concreta del derecho natural o, mejor dicho, de aquel sistema de objetivos, fines o valores abstractos, inmutables, perfectos. La aspiración de concretar en forma lo más exacta posible esas ideas inmutables, exige que día a día el ordenamiento jurídico de la comunidad se perfeccione, y uno de los elementos de perfección de un sistema jurídico radica en su adecuación a las circunstancias temporo-espaciales.

En sistemas jurídicos como el nuestro, en que la principal fuente del derecho es la ley, la actitud conservadora suele hacerse notoria sobre todo en los jueces, que se muestran renuentes a alterar por vía de interpretación el alcance de los dispositivos legales. Sin embargo, lentamente, la jurisprudencia va admitiendo algunas modificaciones, hasta que finalmente los cambios se impone. Es lo que sucedió en Chile, Argentina, y otros países de Hispanoamérica en materia de actualización de las deudas dinerarias ⁴⁸.

En todas las épocas han existido y existirán oposiciones a

⁴⁶. Conf. Luis DIEZ PICAZO, obra y lugar citados en nota anterior.

⁴⁷. Conf. Luis DIEZ PICAZO, obra citada, p. 305.

⁴⁸. Ver nuestro trabajo (en colaboración con Ramón Daniel Pizarro), **Reflexiones en torno a la valoración de las obligaciones de dar dinero**, Jurisprudencia Argentina, 1977 - IV - 639, y la bibliografía y jurisprudencia allí citados.

los cambios, tanto sociales como jurídicos y a veces -más allá de los argumentos que hemos analizado- las razones reales de la resistencia suelen ser, como bien lo indica Vallet de Goytisoló⁴⁹, menos valederas, a saber: carencia de fuerza creadora; pereza; romántico amor al pasado o, lo que es peor, el deseo egoísta de conservar una situación de privilegio, "que ya no está justificada por haber desaparecido los presupuestos que la legitimaron o, incluso, por ser ya originariamente injusta"⁵⁰.

La tarea del jurista y del legislador es advertir la necesidad de la modificación, y valorar en su justa medida los argumentos de los que, con espíritu conservador, se opongan, pues en manera alguna es aceptable un inmovilismo ciego, que desconozca las transformaciones que se han operado en la realidad social, pero tampoco debe despreciarse el bagaje de elementos culturales que el ordenamiento jurídico ha forjado, entre los cuales se cuenta el propio lenguaje jurídico de cada pueblo, que permita conservar y transmitir soluciones que han demostrado ser eminentemente justas.

III.- El cambio social y la obra de Dalmacio Vélez Sársfield.

Es interesante ver -aunque sea sintéticamente- cómo se refleja lo que hemos expuesto en la obra del codificador argentino.

Nuestro Código civil tiene algo más de cien años de vida, que suele ser -aproximadamente- el promedio de vida útil de un código en el mundo occidental, antes de que se efectúen reformas parciales de tal profundidad que afecten sustancialmente su fisonomía; o bien, sea sustituido totalmente por un nuevo cuerpo de normas. Sin embargo, la mayor parte de las disposiciones del Código de Vélez siguen hoy rigiendo las relaciones jurídicas del pueblo argentino en el ámbito del Derecho civil.

La obra de Vélez Sársfield fue el producto de una época;

⁴⁹. Conf Juan VALLET de GOYTISOLO: "Revolución, historicismo y tradición", en Actas de la XII Reunión Amigos de la Ciudad Católica, Speiro, Madrid, 1974, p. 200.

⁵⁰. Autor y trabajo citados en nota anterior, p. 201.

fue la resultante de las corrientes de pensamiento jurídico y filosófico imperantes en la segunda mitad del siglo XIX, y era lógico que lo fuera, ya que el Derecho no es ajeno a la influencia que ejercen las ideas en boga en un momento histórico determinado sobre todas las realizaciones de la cultura ⁵¹.

Si quisiéramos tipificar al siglo XIX podríamos utilizar tres rótulos: liberalismo, positivismo, individualismo; y Vélez, inmerso en ese ambiente, no escapó al influjo de tales orientaciones que aparecen, si duda, reflejadas en su obra.

El Código civil argentino presenta esos caracteres, lo que ha motivado duras críticas ⁵², pero quienes las formulan han pasado por alto, y olvidado analizar, una serie de disposiciones en las que Vélez se aparta de los criterios individualistas y liberales, para dar cabida al interés social; en esas normas se refleja el sincretismo filosófico del codificador quien, lejos de enrolarse incondicionalmente en una escuela de pensamiento, supo conciliar las ideas filosóficas con las reales necesidades del país y el momento para el cual legislaba ⁵³.

Vélez mismo lo explica en la nota de réplica a Alberdi ⁵⁴; él no elige un sistema filosófico puro; prefiere, con sentido pragmático, buscar las soluciones adecuadas a su época. Y en esto presenta una visión muy especial de la actitud que debe tomar el jurista, ya que a veces las pretendidas virtudes de una arquitectura

⁵¹. Sobre la ideología del Código civil argentino puede verse, además de los trabajos que citamos en las notas siguientes, un interesante artículo de nuestro maestro, Don Pedro León, **Ideologías atribuidas al codificador**, La Ley, 135 - 1307 y ss.

⁵². Guillermo A. BORDA, en el mensaje con que anunció la sanción de la ley 17.711, en abril de 1968.

⁵³. Ver nuestro trabajo ya citado: **Las costumbres, la tradición jurídica, etc...** En igual sentido Leonardo COLOMBO, **Ubicación histórico-jurídica del C. civil argentino**, en La Ley, 135-1280 y ss.; Luis M. BOFFI y BOGGERO, **Reflexiones en torno al centenario de un acontecimiento histórico: la sanción del Código civil argentino**, en La Ley, 135-1257 y ss.; Enrique MARTÍNEZ PAZ, **Dalmacio Vélez Sársfield y el Código civil argentino**, ed. Cubas, Córdoba, 1916; Abel CHANETON, **Historia de Vélez Sársfield**, 2 tomos, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1938.

⁵⁴. La réplica de Vélez al folleto de Alberdi puede leerse en Juan Bautista ALBERDI, **Escritos póstumos**, T. VII, p. 265. El folleto de Alberdi puede consultarse en sus **Obras completas**, T. VII, p. 80.

ideológica abstractamente perfecta, están divorciadas de las realidades y necesidades del país. Esta característica de nuestro Código fue posible gracias al profundo conocimiento que su autor tenía de la situación política, económica y cultural de la Argentina de aquella época.

Veamos, pues, como se refleja ese sincretismo en las disposiciones concretas del cuerpo legal. Lo liberal y lo individualista aparecen claramente en las secciones dedicadas a las Obligaciones y a los Contratos, es decir a las relaciones jurídicas que más íntima vinculación presentan con la dinámica económica ⁵⁵. El eje sobre el que se construye toda la sistemática de las obligaciones y los contratos es el artículo 1197, que consagra el predominio casi absoluta de la autonomía de la voluntad, que será ley para las partes. Establece la inmutabilidad de las cláusulas penales (art. 656); admite cualquier tipo de interés (art. 621 y su nota); suprime el beneficio de la restitución "in integrum" (art. 58 y su nota); no legisla sobre la "lesión enorme"... , corolarios todos de las ideas filosófico-económicas que inspiran al codificador.

Pero el contrapeso necesario, el equilibrio pragmático de Vélez, aparece en materia de derechos reales, y en especial en lo relativo al Derecho de propiedad. Vélez ya no se muestra como un individualista a ultranza, sino que advierte que hay una serie de decisiones en las que debe intervenir el poder político para poner límites a la voluntad de los particulares, sobre todo en materia de creación, contenido y ejercicio de los derechos reales. Surge así el elemento social en los dispositivos y notas del Código; se trata de una originalidad como "previsión del futuro"; casi 30 años antes del nacimiento de las corrientes solidaristas en materia jurídica Vélez nos hablaba ya del "predominio para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés particular" ⁵⁶.

Para que haya un Estado verdaderamente democrático, los derechos reales solamente pueden ser aquellos que no permitan la

⁵⁵. Conf. Alfredo COLMO, **Técnica legislativa del Código civil argentino**, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

⁵⁶. Nota al art. 2508 del Código civil.

concentración de la riqueza en una sola clase social; en consideración entonces al predominio del interés general sobre los intereses particulares, el codificador consagra el "numerus clausus" en materia de derechos reales, disponiendo de manera enfática que sólo pueden existir aquéllos que son creados por la ley (art. 2502). Ese dispositivo es una valla importante a la autonomía de la voluntad, y quien lo consagra no puede ser tachado de individualista, sino que adopta ya una concepción solidarista.

Agreguemos a ello que el contenido de los derechos reales también está fijado de antemano por la ley, y no puede ser modificado por las partes ⁵⁷. Es otra expresión del predominio del interés general sobre el de los particulares.

Algunos autores han dirigido críticas muy duras al concepto que nuestro Código da del dominio, afirmando que lo garantiza "de modo pleno e irrestricto", y que esa concepción "eliminó todo lo que podía trabar el libérrimo ejercicio del derecho de propiedad" ⁵⁸. Cuando se adoptan estas posturas es frecuente citar la nota al artículo 2513 en la que Vélez, reproduciendo una opinión ajena, dice que "si el Gobierno se constituye en juez del abuso, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

Pero quienes citan esa nota olvidan, a menudo, dos cosas: la primera de ellas es que Vélez se refiere a la inconveniencia de las restricciones "preventivas", únicamente, pero luego va a admitir expresamente las restricciones "correctivas"; y éste es, precisamente, el segundo detalle que se omite. En la nota al artículo siguiente, el 2514, elogia las disposiciones de las Leyes de Partida que, apartándose del Derecho romano, dan cabida a la teoría de la "emulación", de los glosadores, destinada a poner coto al uso inadecuado del derecho cuando con él se tiende a causar daño a otro.

⁵⁷. Por excepción el contenido de los derechos reales de "uso y habitación", puede ser fijado por las partes (art. 2952); pero, en realidad, como se trata de usufructos limitados, nunca puede exceder en su conjunto del contenido que el legislador ha fijado para el derecho de usufructo.

⁵⁸. Guillermo A. BORDA, **Vélez Sársfield. Legislador político**, La Ley, 135-1270.

Y no sólo recuerda las frases de la Ley 19, Tit. 32, de la Partida 3, sino que agrega, refiriéndose siempre al artículo 2514:

" ... La resolución del artículo no importa decir que el dueño pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan desmerecer en sus valores y en sus alquileres a los predios vecinos como más adelante quedará establecido".

Anticipa de esa manera la importancia que va a dar a las "restricciones y límites la dominio", a las que dedicará el Título VI del Libro IV (art. 2611 a 2660).

Aún más importante -en este aspecto- nos parece la nota al artículo 2508, en la que el codificador expresa su propia opinión, señalando que "cuando establecemos que el dominio es exclusivo, lo hacemos con la reserva de que no existe con este carácter, **sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley**, por una consideración esencial a la sociedad: **el predominio**, para el mayor bien de todos y de cada uno, **del interés general y colectivo, sobre el interés individual**" ⁵⁹.

Quien estampa esa frase de su puño y letra, fiel reflejo de su pensamiento y no la simple reproducción del decir de un filósofo: ¿puede ser calificado de individualista, con todas las connotaciones peyorativas con que a veces se quiere cargar el término?

Vélez ha sido liberal e individualista en materia contractual, donde predomina el juego de intereses económicos y él seguía las concepciones de la Escuela Clásica, pero al ocuparse de los derechos reales ha incluido normas que reflejan su genio de político práctico y sociólogo intuitivo, logrando una combinación casi perfecta, un equilibrio entre las corrientes filosóficas imperantes, y las tradiciones y costumbres de la sociedad para la que legislaba; si todos los individualistas y liberales hubiesen obrado de manera semejante, ¿no se habría alterado el curso de la Historia?

En realidad, muchas de las críticas que en este punto se dirigieron al Código de Vélez, más que al Código debieron enjuiciar

⁵⁹. Las bastardillas son nuestras.

globalmente al "sistema jurídico" imperante; en efecto, algunas de esas anticipaciones casi proféticas en materia de Derecho de propiedad estaban en contra de la mentalidad y las costumbres jurídicas de la época; el resultado fue que se las interpretó con un sentido "individualista", que no era el propio del texto legal.

Recién cuando -con el correr de los tiempos- se transforma la filosofía imperante en nuestra civilización, modificando también los enfoques conceptuales del jurista, empiezan a "redescubrirse" los dispositivos que existían en el Código en materia de derecho de propiedad, destinados a servir de contrapeso al individualismo. Recién entonces los intérpretes comienzan a encontrar esos valores, que durante largo tiempo permanecieron ocultos o desdibujados.

La tradición histórico-jurídica de la nación no fue desechada por el autor del Código; muy por el contrario, son numerosas las disposiciones que la consagran. Decíamos que la tradición es la resultante de todo el pasado económico, jurídico, social. Vélez conocía esa tradición porque le había tocado ser partícipe de ella, desde la cátedra, el bufete, los estrados tribunales y la función pública.

Las leyes y las costumbres, como medios de expresión de esa tradición, fueron tenidas muy en cuenta por el codificador. Entre los antecedentes legislativos del Código ocupan un lugar importante no sólo las leyes españolas que habían regido en el Virreinato del Río de la Plata, sino también las leyes patrias que, a partir de 1810, son sancionadas en distintas provincias.

Alberdi criticó la obra de Vélez afirmando que no había tenido en cuenta la legislación argentina ⁶⁰, a lo que el jurista cordobés contestó mordazmente: "Mi antiguo amigo, a quien había mandado todo lo publicado del Código, no ha tenido la deferencia de leer una sola página de la obra" ⁶¹. Y Vélez tenía razón; basta recorrer las notas del Código para advertir el papel que la legis-

⁶⁰. Ver Juan Bautista ALBERDI, folleto citado, **Obras completas**, T. VII.

⁶¹. Ver **Réplica...** citada, en **Obras póstumas** (de Alberdi), T. VII, p. 250.

lación argentina tuvo como antecedente de las soluciones adoptadas ⁶².

En lo que se refiere a las costumbres, si bien debe señalarse que, influido por las ideas positivistas de la época ⁶³, incluyó el artículo 17 que niega a la costumbre el carácter de fuente del derecho (con excepción de la costumbre **praeter legem**), no es posible negar que el codificador conocía y reconocía la importancia de las costumbres en materia jurídica. Ese reconocimiento lo lleva a incorporar a los textos legales las costumbres vigentes; son ejemplos de ello las disposiciones relativas a la sociedad conyugal, estructurada sobre la base de una vieja costumbre castellana, proyectada luego en suelo americano, que consagraba el régimen de gananciales; y al suprimir la adopción fundamenta su actitud diciendo que "tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares" ⁶⁴.

Esta frase del codificador ilustra acabadamente sobre el valor que concedía a las costumbres, y está corroborada por otras expresiones que encontramos en las notas del Código y de las cuales sólo mencionaremos dos a título de ejemplo. Expresa que "la misión de las leyes es... sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no enervarlas y corromperlas" ⁶⁵, y completa su idea afirmando que "las costumbres de nuestro país... no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas", y que si no se conservasen las costumbres del país "las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían estas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora" ⁶⁶.

En lo que concierne a la originalidad de contenido en el

⁶². Sobre los antecedentes nacionales del Código civil pueden consultarse la obra de CHANETON (T. II, capítulos VIII y IX), y la de MARTÍNEZ PAZ (p. 210 y ss.).

⁶³. Sobre el positivismo en el Código civil argentino ver las interesantes reflexiones de Pedro LEÓN (trabajo citado).

⁶⁴. Ver "Oficio de remisión del Proyecto del Libro Primero", dirigido al ministro Costa, el 21 de junio de 1865.

⁶⁵. Nota al artículo 167.

⁶⁶. Nota al Título II, Sección Tercera del Libro Segundo.

Código civil argentino, pueden agregarse a los ejemplos ya mencionados, el resarcimiento del daño moral; la regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento; lo relativo al tiempo de cumplimiento de la condición; el derecho sucesorio entre los cónyuges, y el que se otorga a los hijos naturales; el mejoramiento de la condición civil de la mujer, etc. ⁶⁷.

En muchos aspectos el codificador argentino se adelantó a su época, consagrando soluciones que en otros ordenamientos jurídicos recién aparecieron en el curso del siglo XX. Pero incluso en estos puntos, al legislar con "previsión de futuro", la prudencia y el sentido práctico de Vélez le indican que el proceso de evolución debe ser gradual, y las modificaciones que introduce son generalmente un primer paso de avance, que luego será completado con reformas posteriores, mientras las nuevas costumbres arraigan en el seno de la sociedad.

Un ejemplo cabal de este aserto lo encontramos en materia de derechos civiles de la mujer; nuestro Código, sin duda, supera a cualquiera de los Códigos europeos de la época, y Vélez, en su réplica a Alberdi, expresa su convicción de que la mujer debe ser colocada en un plano de igualdad con el hombre ⁶⁸, meta hacia la cual debía tender la legislación civil. Pero no pretende imponer esa igualdad en 1870, porque comprende la imposibilidad de variar bruscamente las costumbres imperantes, y se conforma con abrir una brecha en ellas, dando algunos pasos hacia la igualdad, que contribuirán a educar a la sociedad, y la invitarán a reflexionar sobre el tema. Su sagacidad y agudeza de juicio le permite comprender que si hubiese intentado consagrar de golpe el trato jurídico igualitario, la norma corría el riesgo de no recibir sanción legislativa, o de enfrentar serias resistencias que podrían llegar, incluso, a hacerla caer en

⁶⁷. Ver nuestro trabajo ya citado sobre **Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield**, en especial apartados VI y VII, donde también hacemos referencia a las originalidades desde el punto de vista metodológico..

⁶⁸. Con respecto a la mujer, decía el codificador: "Nosotros participamos de una observación en la historia de la Humanidad, que cada paso que el hombre da hacia la civilización, la mujer adelanta hacia la igualdad con el hombre" (Ver **Réplica...**).

desuso.

Opta entonces por introducir solamente algunas reformas, como una primera etapa del camino que luego será seguido por otros legisladores, que mediante sucesivas reformas lograrán paulatinamente hacer realidad la finalidad que inspiraba a Vélez Sársfield, sucediéndose así la llamada Ley de Derechos Civiles de la Mujer, la ratificación de la Declaración de Bogotá, hasta culminar con la ley 17.711, que expresa de manera terminante que la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil y, la modificación introducida al art. 264 del Código por la ley 23.264, disponiendo que el ejercicio de la patria potestad corresponde a padre y madre de manera conjunta.

Por último, deseo señalar que el legislador, a veces, suele tener la vana pretensión de que su obra se perpetúe sin alteraciones⁶⁹; no fue éste el caso del ilustre cordobés.

Los cambios en las circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales del país han hecho necesarios algunos retoques en nuestro Código civil, para adaptarlo a las nuevas situaciones y creencias. Esto sucedió en el pasado y sucederá en el futuro, porque si no se procede a adecuar el ordenamiento normativo, caerá en el desuso o, lo que es peor, su aplicación provocará graves injusticias.

Vélez lo advirtió, y ha sido el primero en propiciar la reforma de su Código. En un cuaderno de borradores inéditos, que quedó en poder de la familia de Victorino de la Plaza, se encuentran las siguientes palabras, que formarían parte de la nota de presentación del Libro Cuarto:

"Un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso"⁷⁰.

⁶⁹. Esa actitud lleva incluso a negar la posibilidad de "interpretar" las leyes, como cuando en una Pragmática de Carlos III se dice: "... ni quedará a arbitrio á ningun Juez para alterarlas o moderarlas; porque de tales disimulos resulta por consecuencia necesaria la infraccion ó desprecio de las leyes por útiles y bien meditadas que sean" (Novísima Recopilación, Libro 10, Tit. XVI, ley 3).

⁷⁰. Ver Abel CHANETON, obra citada, T. II, Cap. XI, nota 54.

También en este punto nuestro ilustre codificador demostró su agudeza de juicio, y sus dotes de jurista pragmático.

Sólo nos resta desear que el legislador argentino de hoy, y del futuro, sepa proceder con igual amplitud de criterio, equilibrio y prudencia.