

Limodio, Gabriel

Luces y sombras del Título Preliminar

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Limodio, G. (2012). Luces y sombras del Título Preliminar [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/luces-sombras-titulo-preliminar-limodio.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LUCES Y SOMBRAS DEL TÍTULO PRELIMINAR

GABRIEL LIMODIO

I. Preliminar

El proyecto de Código Civil 2012 parte del criterio de incorporar al código unificado un Título Preliminar, el cual tiene los alcances que corresponden al mismo en cuanto a su sentido, es decir que no es capítulo previo o introductorio sino, que su función es la de aportar reglas que confieren una significación general a todo el articulado, así se propone un sistema que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas¹.

Sin perjuicio de lo dicho es necesario hacer una aclaración, ya 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. Entonces habrá que tener en cuenta, de manera permanente cada vez que se lea, aplique, interprete o integre el código esta valoración que surge de los Fundamentos que han escrito aquellos a quienes se encomendó la redacción y muy principalmente la nota de remisión del Poder Ejecutivo de fecha 7 de junio pasado en la cual, se acentúa el criterio en cuanto a que el sentido de la nueva codificación profundiza la igualdad de derechos que cree encontrar en la constitucionalización del derecho privado y por fin la adecuación de este último a la realidad social de los tiempos presentes².

Más allá de estas salvedades cabe decir que el anteproyecto parte de ciertos aspectos que considera valorativos que resume en los siguientes principios: es un código con identidad cultural latinoamericana, que implica la constitucionalización del derecho privado, basado en la igualdad real, sustentado en un paradigma no discriminatorio, que regula los derechos individuales y colectivos, aceptando la realidad de una sociedad multicultural.

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 posición³.

En honor a la verdad no queda demasiado clara la intención de soslayar el tema de la definición del derecho, pues al sostener que se ha querido reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, y otras aseveraciones de similar tenor que se hacen a lo largo de los Fundamentos y la Nota de Remisión no pareciera que se adopta un criterio indiferente, en todo

1. Lorenzetti, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", en L.L., diario del 23 de abril de 2012, págs. 1/5.

2. PEN nota de remisión de fecha 7 de junio de 2012 folio 1 y folio 12.

3. Así puede verse que Los Fundamentos se inician con un primer capítulo que se titula Aspectos Valorativos, y luego de explicar los mismos concluye "estos valores y principios están presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los Códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable".

caso el mismo es solamente académico, pues si desde la misma fundamentación se hace referencia a determinados valores, ellos serán los que necesariamente darán su contenido a toda la obra de codificación, es una postura muy difícil no adoptar ciertas opciones cuando el mismo código en temas de fundamental importancia se ve obligado a hacerlo porque debe legislar en cuestiones de enorme impacto como son aquellos que hacen a la persona, al comienzo de su existencia, a su muerte, al denominado derecho sobre el propio cuerpo, la capacidad, la minoridad, la familia, la filiación, y un sinnúmero de temas que son aquellos que identifican al derecho civil.

Lo cierto es que sería imposible no adoptar ciertas opciones y desestimar otras, porque la permanente tarea del jurista, del legislador, del juez, será escoger por aquello que entiende es más cercano a lo justo.

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. Así se recorre todo el pensamiento de Occidente, encontrando un primer momento que podemos considerar fundacional en el cual los mismos textos preparados para los estudiantes que inician sus estudios claramente hablan de un criterio objetivo, y otro cuando el proceso cambia a partir del siglo XIV, que significará una suerte de corrimiento de la principal significación del derecho, que terminará caracterizándose con un claro tinte subjetivo.

Claramente el proyecto se inclina por esta visión subjetiva del derecho, con el matiz que dice hacerlo en nombre de una ética de los más vulnerables, como se verá al tratar de aclarar ciertas ideas se producen contradicciones.

En verdad la postura que adopta va más allá de la noción clásica de derecho subjetivo, que ya avanzado el siglo XX pudo definirse muy genéricamente como “el interés jurídicamente protegido”⁴, para avanzar en un claro individualismo, interpretando de este modo los derechos individuales, como un sistema de garantías, e identificando con el modelo garantista el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

No es este el lugar para ahondar en las cuestiones que apenas se han mencionado en los párrafos anteriores, pero como cuestión preliminar es necesario dejar sentado, que al adoptarse para el anteproyecto el paradigma del estado constitucional de derecho, se le da al mismo uno de los contenidos que pueden atribuírsele, debiendo destacarse que bien se pudieron adoptar otros, ya que claramente, el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se aleja claramente del estado de derecho liberal, pero no es estrictamente cierto que el neoconstitucionalismo implique una referencia a una especie de constitución global, cosmopolita, que recoge una suerte de derecho del individuo reunido en convenciones y declaraciones regionales o universales y extendido interpretativamente por tribunales supremos, que no encuentra otra explicación que esta constitucionalización e internacionalización de los derechos humanos, y por lo pronto todo lo que allí se resuelva es intrínsecamente bueno y justo. Existe también una mirada desde el neoconstitucionalismo, que se inscribe en el realismo jurídico y rechaza la postura mencionada por considerarla un nuevo iuspositivismo ideológico.⁵

Con esta salvedad corresponde avanzar en este breve análisis.

4. Dabin, Jean, “El Derecho Subjetivo”, se cita la traducción de Francisco Javier Osset para la edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Se hace referencia a este autor porque respecto a este tema, ha sido lectura poco menos que obligatoria para toda una generación de civilistas, por citar a los más caracterizados los tratadistas Borda y Llambías.

Asimismo no puede pasarse por alto el hecho que todos los iuscivilistas en los libros clásicos y en general lo vinculados a la llamada Parte General, dedican varios capítulos a explicar las cuestiones que hacen al derecho, su definición, las divisiones del mismo, la ley, la interpretación jurídica (Llambías “Tratado de Derecho Civil Parte General”, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 21 ed., 2007, págs. 17 a 151), Borda, Guillermo “Tratado de Derecho Civil Parte General”, Buenos Aires, La Ley 13^a. Ed., 2008 Capítulos I y II.

5. Sin pretender agotar el tema para una lectura de las cuestiones que se mencionan, puede consultarse Bandieri, Luis María “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en AA VV, “Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario”, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33/ 51.

Santiago, Alfonso (h), “En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho”, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

II. Luces

En primer lugar parece un acierto distinguir entre un título preliminar en un código y una parte general en la enseñanza. Esto parece decir la fundamentación del anteproyecto cuando claramente los distingue, sin perjuicio que luego adopta el nombre de parte general para referirse al primer libro, lo que demuestra que el tema no ha sido llevado desde el punto de vista académico hasta las consecuencias que hubiese correspondido. Se dice esto porque al referirse a la cuestión menciona a “la Pandectística” como uno de las escuelas de juristas que modificaron la lectura del derecho romano, haciendo de este más que una permanente respuesta jurídica a los hechos que se sucedían, una especie de entramado lógico, donde lo más importante era precisamente llevar todo a este campo para generar conceptos abstractos. Así parece entenderse en los Fundamentos cuando dice “Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de adoptar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas”⁶

Cabe distinguir entonces entre la conveniencia que un código presente un título previo y otra cuestión es que la necesidad de una parte general que sirva de preámbulo a la enseñanza del derecho civil.

En cuanto a lo primero, puede decirse que se ha discutido en doctrina acerca de la conveniencia de incorporar a un código un título preliminar, los autores del proyecto así lo reconocen cuando hacen un somero repaso respecto a los proyectos de reforma.

Y finalmente se inclina el anteproyecto por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos.

Desde esta perspectiva se inclina por la conveniencia de mantener un Título Preliminar al igual que otros códigos del derecho comparado como el caso de la Republica Federativa del Brasil, al que citan explícitamente toda vez que se trata de un precedente cercano en el tiempo.

Por otra parte, consideran los autores del proyecto que los Títulos Preliminares del actual código tienen la categoría de tales, si bien nunca ha quedado claro si esta fue la idea de Vélez, o para decirlo de otra manera, si todos los principios establecidos en los primeros veintidós artículos contenían todo lo que el codificador pretendía como los lineamientos generales de su obra. Sea como fuere, y a pesar de reconocer que el tema no fue pacífico en cada uno de los anteproyectos, se inclinan por el criterio de mantenerlo.

Desde esta perspectiva parece un acierto concentrar en un título preliminar los principios relevantes del ordenamiento, las fuentes del derecho, y la fijación de pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica.

Por otra parte cabe insistir en deslindar, como se ha dicho más arriba, el acierto de un Título Preliminar, con el desacierto de seguir llamando parte general a un conjunto de cuestiones que desde el punto de vista de la enseñanza propiamente tienen que ver más con la noción de principios de derecho privado y las instituciones medulares del mismo.

Esto es así pues ciertamente la parte general no es otra cosa que una pretensión de introducir la enseñanza del derecho civil, no con una serie de principios que expliquen la articulación de los distintos componentes del mismo, sino postulando conceptos abstractos, que en la medida que sean aprehendidos exhaustivamente en las proposiciones jurídicas, permitirán que el derecho sea comprendido de manera científica, y como tal aplicado. Esta fue la forma de enseñar el derecho que tomo relevancia a partir de comienzos del siglo XIX y que respondió al modelo exegético. Al decir de Vigo “en el marco teórico del positivismo dogmático parece comprensible que se reconozca como el

6. Fundamentos, Punto 3, primer párrafo.

único estatuto epistemológico apropiado al de la ciencia. Las pretensiones de certeza, objetividad y seguridad se cubrían a través del conocimiento científico riguroso”⁷

Si bien no es este el lugar para ahondar en el tema, la denominada parte general del derecho civil, que fue el primer curso de enseñanza en los comienzos del siglo XX para esta rama del derecho, no es sino la aplicación a la misma de la ya mencionada teoría general, que a comienzos del siglo XIX desplaza en el campo de la enseñanza a la filosofía jurídica⁸.

Cabe como tal dejar planteado el tema, ya que tiene una proyección académica más que legislativa, pero no está demás señalarlo porque una clara distinción, será beneficioso a la hora de interpretar e integrar el código.

A nuestro juicio otro acierto es el distinguir entre derecho y ley. Desde esta perspectiva es clara la opinión de los juristas que han presentado el proyecto en cuanto a que no puede considerarse todo el derecho contenido en la ley, que es solo una fuente de derecho.

En este sentido merece tenerse en cuenta la teoría de las fuentes del derecho que sustenta el proyecto desplazando del lugar privilegiado en el que estaba en el siglo XX a la ley positiva.

Es esta una cuestión que no se distinguía en el código de Vélez, en el cual se habla de derecho como sinónimo de ley, quizá sin advertir con toda intensidad su implicancia, lo cual surge del propio título que menciona sin más la nomenclatura de “De las leyes”.

Por otra parte, esta visión de las fuentes del derecho, se corresponde con la noción del estado de derecho constitucional, y no ya con la visión del estado de derecho, propio del siglo XIX, normativista y por ende positivista. Lo que habría que ponderar es si efectivamente, como se verá más abajo, esto no significa una nueva forma de positivismo, pero ahora dentro del marco de las constitucionalización del derecho privado. Con todo se impone que los académicos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre las nuevas teorías está en un lugar de privilegio proponer una teoría de las fuentes del derecho que resulte funcional al Estado de Derecho Constitucional.⁹

Tampoco puede pasarse por alto como muy saludable la fuerte convicción de la importancia de los principios jurídicos. Desde esta perspectiva, cabe destacar que en doctrina, y desde hace poco más de dos décadas el tema ha adquirido singular importancia, sobre todo aceptando que los principios jurídicos proponen un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas.¹⁰

Se trata entonces de encontrar en el plexo del derecho privado y constitucional la existencia de estos principios, que no solamente están en los textos legales, sino en la opinión de los que estudian, de los que interpretan, de los que juzgan y de los que litigan. De esta manera el derecho positivo presenta una posible interpretación a partir de los principios que se han esbozado y que pueden encontrarse en el texto legal, pero también en todas las demás pretendidas fuentes.

De esta manera se explica que el derecho no quede contenido en la ley, cae así el andamiaje que pretende un sistema cerrado, autosuficiente, en el cual solo es posible resolver las cuestiones a partir de la ley vigente y la interpretación que se haga de la misma a partir de cánones tan cerrados como el exegético. Quedan abiertas las puertas (más allá de ciertos reparos que pueden encontrarse en el propio anteproyecto) para considerar que los principios jurídicos, han adquirido una suerte de autorización permanente para corregir la aplicación de la ley o de otras fuentes, ante los “casos difíciles” cuando no puede decidirse en base a lo que ha sido expedido por la autoridad ejecutiva o legislativa.

7. Vigo, Rodolfo, “Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores 1999), pág. 41.

8. Hernández Gil, Antonio, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Madrid, Ed. del autor, 1971, pág. 178.

9. Vigo, Rodolfo, “Fuentes del Derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo”, en L.L., 24 /2/2012 1/3.

10. Vigo, Rodolfo, “Los principios jurídicos - Perspectiva Jurisprudencial”, – Buenos Aires, Depalma, 2000, págs. 1/5.

III. Sombras

Aunque parezca una paradoja, las sombras del título preliminar pueden encontrarse en las mismas razones que originan las luces.

Así es llamativo que comprendiendo la diferencia entre título preliminar y una parte general, adopte a esta como el primer libro del código. Quizá para el abogado y el jurista no especializado en estas cuestiones puede ser un tema inocuo, sin embargo cabe llamar la atención sobre este hecho, porque aceptar que el tema de la persona, de sus derechos personalísimos, de sus atributos integran una parte general significa que todas estas cuestiones quedan encerradas en un sistema autosuficiente. Así de acuerdo a la opinión de importante doctrina, si los principios generales del derecho encuentran su límite en el mismo ordenamiento, se es consecuente con esta idea si se habla de parte general, ya que la misma implica una lógica interna que se corresponde con una teoría general que no hace otra cosa que buscar las respuestas dentro del propio sistema.¹¹

Podría decirse, que la diferencia entre la teoría general y la filosofía del derecho es la audacia de pensar lo jurídico más allá del propio saber de los juristas, incorporando otros saberes, como la ética, la política, e incluso el dato religioso.

Así se advierte que el proyecto pretende la existencia de un sistema que contenga a todo el ordenamiento jurídico, lo cual de alguna forma limita la propia aplicación de los principios jurídicos transformándolos en los principios generales del derecho, no ya del siglo XIX, sino de un nuevo orden consensuado, pero también hermético.

Más allá de esto, habrá que esperar a la interpretación de jueces y juristas, ya que la aplicación de la norma a cada caso es la que permitirá saber definitivamente si se sigue dentro de un sistema hermético o se podrá salir de este basándose en razones no autoritarias, y estas primordialmente se refieren a la justicia.

No queda entonces del todo claro, si la crítica al espíritu decimonónico del Código de Vélez (por otra parte no podría pensarse otra cosa porque precisamente el Código fue redactado en esa época), se limita al aspecto económico o dicha crítica puede ampliarse a toda una propuesta individualista. De la lectura de los Fundamentos de la remisión del Proyecto que hace el Poder Ejecutivo Nacional, pareciera que “la igualdad real” a la que se hace referencia, se refiere a una particular mirada sobre los denominados derechos individuales.

Es obvio que si lo que pretendía resolverse, eran las inequidades sociales que pudo haber generado el código vigente desde 1871 bien podría solucionarse ahondando los criterios establecidos en la reforma del año 1968, que fundamentalmente se refieren al exacerbado individualismo en lo que hace al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Sin embargo, si bien se mantiene el criterio de la reforma de 1968, se ahonda en una visión muy particular de los derechos personalísimos, que no hacen sino recuperar un fuerte individualismo, propio de las declaraciones de derechos inmediatos a la Revolución Francesa, olvidando que en el siglo XX se trabajaron los derechos de las personas, respetando la inserción de la misma en la organización natural de la sociedad; en este sentido las referencias que se hacen a las ideas que plasmaran los constituyen de 1949 y 1994, pueden avanzar en ese sentido, pero incorporar a la noción de dignidad de la persona la elección de su forma de vida, tal como dice la nota de elevación implica adoptar un paradigma que no está en estricta línea con lo que surge de dichos textos constitucionales¹².

Se eligió un camino distinto. Esto puede leerse en la aceptación de un pluralismo como hecho, que pareciera sostener que la trama social está constituida por una gran cantidad de grupos en conflicto, los cuales se van resolviendo sin pretender que exista algún tipo de valores respecto de los cuales no se puede disponer.

11. Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 150 y sgts.

12. En este sentido pueden leerse el primer párrafo del folio 1, y el último párrafo del folio 5, de la nota de elevación de fecha 7 de junio de 2012.

IV. Algunos Institutos

Dado lo sintético de este aporte corresponde simplemente hacer referencia a alguna de las instituciones, que en los Fundamentos se incluyen en el capítulo de ejercicio de los derechos. No corresponde desarrollar aquí todos los institutos que se mencionan en el título preliminar, pero corresponde hacer mención a los mismos, además por su carácter paradigmático tales como el abuso del derecho, que junto con la buena fe se incorporan como principios generales; también se hace especial mención al orden público y al fraude a la ley.

Cabe detenerse en el abuso del derecho. Como bien señalan los autores del proyecto la incorporación del abuso del derecho a nuestro derecho positivo se dio con la reforma del año 1968, en el nuevo código la novedad se produce por una parte en el hecho que se incorpora este instituto al Título Preliminar, lo cual lo transforma en un verdadero principio jurídico, y le da una entidad que si bien en la jurisprudencia ya estaba incorporado, su nueva ubicación en el código permite hacer una referencia clara como principio fundamental y regla de interpretación.

No está demás detenerse en este instituto, además de su importancia porque genera la posibilidad incluso de poner un límite al individualismo, más allá de lo que pueda pretender el codificador.

Es oportuno recordar a uno de los teóricos del instituto, como Louis Josserand cuando caracterizaba al mismo diciendo “este es el concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo, considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la comunidad; como individuo más bien que como célula primaria de la sociedad”, reconoce finalmente, que no constituye ninguna novedad, pero que ante la pretensión del individualismo de desconocer la misión social que tienen los derechos (“su espíritu del cual no podrían separarse”) ha retomado vuelo de la mano de los autores, la jurisprudencia y la incorporación a los nuevos códigos.¹³

Lo dicho demuestra, de la mano de unos de los teóricos del instituto que en la propia concepción del derecho subjetivo el mismo debe ser considerado como un límite que le impone la realidad.

La incorporación al derecho positivo argentino se produce con la Constitución de 1949 la cual puntualmente sostenía en su artículo 35 “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”.

Cabe por fin señalar en el proyecto se incorpora la noción del “ordenamiento” como guía final para saber si una conducta puede calificarse como abusiva.

Para dejarlo consignado brevemente parece importante que la denominada teoría del abuso del derecho aparezca legislada claramente dentro del título preliminar de un código.

Otra cuestión a analizar es la incorporación como principio en el Título Preliminar del de “buena fe”. Cabe recordar al respecto que la misma fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711, si bien no aparece puntualmente en los libros preliminares, sino en el capítulo de los actos jurídicos. En el anteproyecto se la ubica en el Título Preliminar como un principio aplicable al ejercicio de los derechos lo cual hace que puede referirse a todo el entramado del derecho civil y comercial, como la ha entendido calificada doctrina.¹⁴

Por fin la referencia al orden público, mantiene el artículo 21 de la actual codificación, su vinculación al tema del fraude a la ley puede acercarlo a una confusión con las denominadas leyes de orden público, pero quizá sea prematuro expedirse sobre la cuestión ya que el debate respecto acerca

13. Josserand, Louis, “Cours de droit civil positif français”, Librairie du Recueil Sirey, París, 1938. Traducción de André Brun sobre la 3ra. edición Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.

14. De Castro y Bravo, Federico, “El negocio jurídico”, Madrid, Ed. Civitas, reimpresión 1997, págs. 89/90. Borda, Guillermo, op. cit., págs. 18 a 24.

de cómo se compondrá el orden público, será tema permanente de fallos judiciales y aportes de la doctrina, sobre todo a partir de la incorporación de los principios jurídicos al texto legal. Es del caso esperar que la aplicación del texto con la incorporación de los principios jurídicos supere el peligro de un nuevo dogmatismo, esta vez bajo la máscara de la constitucionalidad.

V. Conclusiones

Una mirada ingenua nos alienta a pensar que es obligación del legislador en una suerte de reverencia hacia la pacificación de la comunidad aceptar todas las posiciones, y legislar para todos, pero preferimos el realismo de Aristóteles, Cicerón y los juristas romanos que eran concientes que la ley humana debe hacer buenos a los hombres, bondad que desde el punto de vista jurídico puede referirse al bien común político. Tampoco es del caso desprenderse de aquella tesis clásica según la cual las leyes se dictan para comprender los exactos límites de la libertad humana que sirva también para que los débiles se sientan protegidos en medio de aquellos que tienen una inclinación a hacer daño.

Constituye una característica esencial a toda ley la ejemplaridad, que produce al mismo tiempo la educación de la sociedad, porque la ley es ante todo un modelo para la conducta que induce a obrar de determinada manera o a abstenerse de hacerlo.

Nos apresuramos a decir que hemos utilizado el adjetivo ingenuo, porque a esta altura del avance del activismo judicial y doctrinario ya nadie puede creer que a alguien le importe la función docente de la ley desde la perspectiva de lo que puede ser el bien común político, sino que el mismo se construye a partir de ciertos consensos.

No se puede dejar de señalar el sesgo ideológico que muestra el proyecto, el que se percibe con toda su contundencia en el primer párrafo de la Nota de Remisión cuando se revela que la intención es profundizar la igualdad de derechos consagrados en los últimos años mediante normas como “el matrimonio igualitario” o la “identidad de género”, haciendo luego una lectura muy particular de “la libertad y la dignidad de las personas para elegir su forma de vida en el marco de las leyes que rigen nuestro país”. Sobre esto ya se ha hecho mención más arriba en este texto, a pesar de parecer reiterativos nunca está demás recordarlo, y leer el proyecto dentro de este marco que sus autores e inspiradores le han querido dar.

Como puede advertirse hay una clara adscripción al modelo de estado constitucional liberal y se pierde entonces la posibilidad de cumplir con la propuesta de alcanzar mayor equidad social, ya que por lo menos en el título preliminar no se advierte que haya una referencia a instituciones de derecho privado civil y comercial que merezcan una fuerte impronta, en verdad lo que quiere modificarse es el paradigma del derecho civil adecuándolo a la realidad social¹⁵. La Nota de Remisión, más que los Fundamentos, desenmascaran esta intención, cuando dice que resulta claro que los pilares del proyecto son la adecuación que se ha mencionado y la recepción de las reglas y principios constitucionales de “nuestro Estado social y democrático de derecho”¹⁶.

También puede parecer ingenuo insistir con una relectura de lo clásico, pero el derecho privado que se origina en la prudente tarea de interpretar la realidad, propio de los jurisconsultos romanos, propuso y propone un trayecto que con eje en las cosas tal como suceden, tiene que ver con las instituciones tal como son, respetando la esencia de las mismas, que no se construye, sino que tienen una entidad tal que necesita ser respetada.

Desde esta perspectiva, sin opinar sobre el resto de la obra, que a los especialistas les corresponde, el Título Preliminar, más allá de unos aciertos necesarios, muestra claramente una ideología que puede ser válida como cualquiera, pero como toda ideología parte de una lectura de la realidad, que quede claro, de una lectura, no de la realidad misma. Parafraseando a los codificadores, es cierto

15. Folio 12 de la nota de elevación.

16. Ídem anterior, penúltimo párrafo.

que se ha cambiado el paradigma, pero esta mirada no ya sobre el hombre blanco burgués¹⁷ que es para quien se ha legislado en el siglo XIX, sino que se legisla para quien demanda derechos en una sociedad occidental, adulta, excesivamente individualista y encerrada en si misma.

¿Podemos estar seguros de que no se nos ha quedado algún vulnerable en el camino?

17. Kennedy, Duncan, “La enseñanza del derecho como forma de acción política”, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012. Traducción de Teresa Arijón.

Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Madrid, Editorial Trotta, 1999. Traducción de Perfecto A. Ibáñez y Andrea Greppi.