

Una “nueva” educación para un nuevo Código

por SANTIAGO PEDRO IRIBARNE⁽¹⁾

I | Introducción

Muchos son los trabajos que ponen de manifiesto cómo el paradigma dogmático que caracterizó a la ciencia del derecho en su tiempo implicó un método de enseñanza coherente con esa particular forma de concebir la disciplina.⁽²⁾

Tal vez la célebre frase de Bugnet, “No enseño derecho civil, solo conozco el Código de Napoleón”⁽³⁾ constituya una de las expresiones que demuestran con mayor claridad cómo esa manera de pensar el derecho —sus principios y sus fines— trasladó sus efectos a la educación del perenne arte del derecho —*ars iuris*—.⁽⁴⁾

(1) Abogado (UBA). Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 80. Docente en las materias de Filosofía del Derecho y de Derecho Privado (UBA; UCA).

(2) BÖHMER, MARTÍN, “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Sistemas jurídicos*, n° 9, CEJA - INECIP, 18/07/2005, [en línea] <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/432.pdf>. El autor explica que la forma de enseñar derecho que aún hoy existe en la Argentina nace con el surgimiento del Estado nacional, más precisamente a comienzos de la década de 1870. COLMO, ALFREDO, “La cultura jurídica y la Facultad de Derecho”, Bs. As., Otero & Company impresores, 1915, p. 68. LIMODIO, GABRIEL F., *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, EDUCA, 2008, p. 193 y ss.

(3) LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As., LexisNexis, 2003, t. I, p. 90, § 95.

(4) Por medio de la expresión *ars iuris* —arte del derecho— se denominaba al trabajo de los *iuris-prudentes* que elaboraron en la antigua Roma los cimientos que aún hoy sirven de base

La reciente promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁽⁵⁾ hace oportuno reflexionar en torno de estas cuestiones; en concreto: ¿cómo habrá de ser enseñada una modificación del ordenamiento jurídico tan significativa?

El nuevo Código está llamado a ser estudiado por los actuales operadores jurídicos, abogados, jueces, defensores, fiscales, profesores y estudiantes universitarios, ciudadanos, etc. Todos estamos alcanzados por este nuevo cuerpo normativo. Resulta propicio entonces ocuparse de una cuestión tan eminente.

Sin dudas una cuestión de tal trascendencia habrá de suscitar múltiples enfoques desde las más diversas perspectivas; por medio del presente trabajo nos proponemos recorrer tan solo algunos tópicos a los que asignamos importancia.

En tal sentido, luego de esta introducción, reseñaremos algunas de las características más significativas de las aspiraciones e implicancias de la primera codificación, teniendo en cuenta la inevitable dimensión filosófica de la labor interpretativa —que implica **siempre** una determinada comprensión y consecuente forma de **aplicación** del derecho—,⁽⁶⁾ habremos de comenzar por rescatar el formidable potencial didáctico de “la estructura del conocimiento jurídico”⁽⁷⁾ como modo de comprender las distintas perspectivas desde las cuales puede pensarse un problema jurídico concreto y sus implicancias. A continuación, repasaremos algunas cuestiones relativas a la peculiar forma de razonar en el derecho según el método tópico dialéctico y, luego de reseñar algunas características relevantes relativas a la filosofía del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, esbozaremos algunas conclusiones que aspiran a recoger los frutos del análisis propuesto.

.....
a gran parte del derecho privado occidental. Sobre la particular forma de influir que ejerció (y ejerce) el derecho romano ver HERVADA, J. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Navarra, Eunsa, 1994, p. 15.

(5) Decreto 1795/2014, BO 08/10/2014, que promulga la ley 26.994.

(6) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, en *La Ley*, Bs. As., 17/10/2008, pp. 1/4. El énfasis en los términos “siempre” y “aplicación” es añadido.

(7) MARTÍNEZ DORAL, J., *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.

2 | La codificación

Para el análisis y comprensión cabal de las aspiraciones que abrigaban los protagonistas de ese tiempo resulta de algún modo inexcusable, en virtud de la claridad que poseen, recurrir a algunas citas paradigmáticas. Un singular exponente de la época, Federico II de Prusia, manifestaba a propósito de la codificación:

Un cuerpo de ley perfecto, sería la obra maestra del espíritu humano en el cual se observe la política de gobierno: remarcaría una unidad de propósito y de normas tan exactas y proporcionadas, que un Estado conducido por estas leyes se asemejaría a un reloj, en el cual todos sus resortes han sido hechos para un mismo fin; allí se lograría un conocimiento profundo del corazón humano y del genio de la Nación; los castigos serían atemperados, de manera que, manteniendo las buenas costumbres, no serían ni leves ni rigurosos; las ordenanzas claras y precisas no darían lugar jamás al litigio; ellas consistirían en una elección exquisita de todo lo que las leyes civiles han tenido de mejor, y una aplicación ingeniosa y simple de esas leyes a los usos de la nación; todo estaría previsto, todo estaría combinado y nada estaría sujeto a inconvenientes.⁽⁸⁾

La metáfora del reloj, el anhelado fin de los litigios —fundado en la claridad de las proposiciones normativas— y el final según el cual en los Códigos “todo estaría previsto, todo estaría combinado y nada estaría sujeto a inconvenientes” constituyen algunos de los principales aspectos que sustentaron en Francia a la “Escuela de la Exégesis” y en Alemania a la “Jurisprudencia de Conceptos”, movimientos que durante la primera parte del siglo XIX, dan origen a lo que desde entonces se conoce como “dogmática jurídica”.⁽⁹⁾

(8) AAVV, *La codificación, raíces y prospectivas. El Código Napoleón*, Bs. As., EDUCA, 2003, t. 1, p. 17. La cita es extraída de la presentación de la obra citada realizada por Carlos Raúl Sanz quien señala que “la visión mesiánica de la codificación muy común entre los filósofos y políticos de la ilustración era la consecuencia de un largo itinerario ideológico y político y se fundaba sobre tres supuestos: un tiempo histórico estable, a cuyo servicio se aportaba la codificación como modo de dejar definitivamente atrás tiempos de inestabilidad social y política y, finalmente, una unidad de información general, basada en la simplicidad normativa”.

(9) NINO, CARLOS S., *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” Jurídica*, México, Fontamara, 1990, pp. 11/20.

La referida “dogmática jurídica” constituye un intento de racionalización extrema del derecho en cuanto mundo normativo, de modo tal que partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo casi *more geométrico*, se intentan deducir una serie de proposiciones jurídicas que se presentan como necesarias.⁽¹⁰⁾

En ese sentido, Luis Diez Picazo recuerda las palabras de Thibaut:

Las leyes civiles fundadas en conjunto en el corazón y la razón del hombre, estarán rara vez en situación de tener que inclinarse a las circunstancias. Y aunque aquí y allá surjan pequeñas incomodidades, las innumerables ventajas de esta unidad exceden también en mucho a todas esas quejas ¡Considérense tan solo las partes singulares del derecho civil! Muchas de ellas constituyen, por así decirlo, una especie de matemática jurídica pura, con arreglo a la cual ninguna localización puede tener influencia decisiva.⁽¹¹⁾

Según esta concepción, la lógica interna del sistema concebido para resolver las cuestiones de derecho privado constituye una **matemática jurídica**.

Esta tradición se estructura en torno de una serie de postulados que pueden resumirse —con los sacrificios que todo resumen implica—, del siguiente modo:

- a. ordenación y clasificación de los conceptos jurídicos en códigos necesariamente completos;
- b. reconocimiento de que, en dichos códigos y de modo exclusivamente normativo, se alberga la totalidad de la realidad jurídica;
- c. afirmación de que la exégesis de la ley se halla dominada por el principio *in claris non fit interpretatio*, toda vez que se presupone que la claridad de la norma torna innecesaria su interpretación. De ahí que, en rigor, en lugar de “interpretar” las leyes, esta postura considera que solo cabe la aplicación silogística de la ley, la cual se erige en uno de los mitos más persistentes de la ciencia jurídica de los últimos dos siglos. Existe un órgano “productor” de las normas (es el Poder Legislativo) y otro meramente “reproductor” de aquellas (es el Poder

(10) PIAGGIO, ANIBAL, “Codificación, Descodificación, Recodificación”, en *La Codificación: Raíces y Prospectiva*, t. III, ED, 2005, p. 169.

(11) DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 166.

Judicial). El juez, pues, solo aplica la ley; él es "*la bouche que prononce les paroles de la loi*", según la célebre expresión de Montesquieu.⁽¹²⁾

Esta concepción encontró un exponente normativo paradigmático en el art. 15 del Código Civil argentino, según el cual "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Cabe recordar que el propio Vélez Sarsfield indica en la nota que la fuente de esa disposición debe buscarse en el art. 4º del Código francés.

Pero nuestro Código Civil corría con varios años de ventaja y el fracaso de la conocida experiencia del *Referé Legislatif*⁽¹³⁾ habrá sido una de las razones tenidas en consideración para en el artículo siguiente "abrir la puerta"⁽¹⁴⁾ que el art. 15 cerraba para disponer que "si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Pero lo cierto es que los inicios del siglo XX encuentran al campo del pensamiento jurídico todavía inmerso en la creencia de la plenitud científica del derecho privado y en lo que hace al derecho público en el marco del Estado de derecho liberal pues, en paralelo con la codificación del derecho privado continental se erige la visión del derecho constitucional sustentado en las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII y XIX que privilegiaban fundamentalmente la libertad y el derecho de propiedad.⁽¹⁵⁾ Aun así, es preciso recordar que hacia fines del siglo XIX y principios del XX cobra auge la obra de Geny, sobreviene la crisis de la escue-

.....

(12) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría y Práctica de la Interpretación*, en prensa.

(13) Aquel sistema mediante el cual cuando un juez advertía la existencia de una "laguna normativa" o de un supuesto de indeterminación legal, debía limitarse a enviar el caso al Poder Legislativo, que se transformaba en árbitro del supuesto, único intérprete legítimo de los textos legales que, creando en ese momento la solución antes "inexistente" o indicando la adecuada interpretación de otra norma (ver GENY, FRANÇOISE, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902, p. 68, § 40. El autor explica cómo esa institución y otras equiparables que compartieron ese objetivo resultaron impotentes en la práctica, ver *op. cit.*, p. 108, § 57).

(14) CLAUS-WILHEIM CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 71.

(15) LIMODIO, GABRIEL F., "Los códigos y la enseñanza del derecho", *Diario ED*, 08/08/2014.

la de la exégesis y, algo más adelante, conocidas las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, la del propio positivismo jurídico, heredero de la concepción descripta.

En el prólogo a la obra de Françoise Geny, Raymond Saleilles señalaba “hace cerca de un siglo que vivimos una ficción que ha producido todas las ventajas que estaba destinada a procurar, y de la cual ya hace tiempo que no tocamos sino los inconvenientes. Hay que volver a la realidad”.⁽¹⁶⁾ Pero ese cambio de perspectiva implica un cambio bastante esencial pues el mismo autor señala que “el derecho no es una ciencia aislada, que se baste a sí misma y pueda encerrarse en sus textos y fórmulas; el derecho es una ciencia de hechos, una ciencia de realidad; que, como todas, toma, según frase consagrada, de la naturaleza de las cosas sus primeros elementos de formación y de interpretación”.⁽¹⁷⁾

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido y de la profunda crisis de ese modo tan particular de pensar al derecho y sus fines, tal como lo muestran los trabajos citados al comienzo,⁽¹⁸⁾ la enseñanza del derecho “al modo dogmático” persiste hasta la actualidad, en parte, debido a alguna de las cuestiones a las que aludiremos en los puntos 3 y 4.

3 | La estructura del conocimiento jurídico

El fin de la Escuela de la Exégesis y la crisis del positivismo no implicaron la efectiva superación del modelo dogmático en la enseñanza del derecho.⁽¹⁹⁾

En ese sentido es conveniente tener presente que, trasladada a las aulas, la dogmática jurídica dio lugar a una enseñanza según la cual los Códigos son el derecho: todo se reduce al correspondiente estudio de los textos legales, a las notas legislativas (cuando las hay), y a los comentarios adosados a

.....
(16) GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, p. II.

(17) *Ibid.*, p. XV.

(18) Ver Nota 2.

(19) LIMODIO, GABRIEL F., *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 201. Ver asimismo, AAVV, *La Codificación: Raíces y Prospectiva*, *op. cit.*, t. III, p. 271.

unos y a otras, en los cuales hacen el gasto una que otra referencia histórica (antecedentes, etc.) y toda una construcción de silogismos y argumentos; se hace de los Códigos lo que no son: apenas si representan una expresión del derecho, por mucho que sea la más importante de todas, este se manifiesta igualmente en la costumbre, en la jurisprudencia de los tribunales, en la legislación comparada, en la doctrina, etcétera, y que, por consiguiente, requiere la inteligencia de todas sus fuentes y formas de ser alcanzado y comprendido, so pena que se lo mutile, de que se lo deforme y que se lo desnaturalice.⁽²⁰⁾

De ese modo, la enseñanza del derecho privado prescindió de una perspectiva integradora del fenómeno jurídico, dando lugar a una visión fragmentada que, en cierta forma "simplifica" la tarea del docente.⁽²¹⁾

Es que, dar lugar a cuestionamientos concretos, plantearse en profundidad las distintas posibles respuestas o soluciones que pueden darse a un problema desde la ciencia del derecho exige —aparte de conocimiento, naturalmente—, de la realización de un análisis profundo de las particularidades del caso y de un razonamiento crítico, teórico y práctico apto para valorar cada una de esas posibles respuestas en orden a elegir la mejor para ese supuesto. Ardua tarea de reflexión y fundamentación a la que se añade el papel que, desde esa perspectiva, ocupa la retórica en la exposición clara, precisa, ordenada, convincente y verdadera de la respuesta o solución que se propone.⁽²²⁾

Cuánto más fácil es sacrificar esa instancia para presentar, de modo casi automático y pretendidamente "puro", la respuesta legal. Más aún cuando

(20) COLMO, ALFREDO, *op. cit.*

(21) IRIBARNE, SANTIAGO P., "El valor didáctico de la consideración de los distintos niveles de conocimiento jurídico en la enseñanza del derecho" presentado en las IV Jornadas de Enseñanza del Derecho, Facultad de Derecho (UBA), 15 y 16 de octubre de 2014, e "Interdisciplinariedad, Interpretación y Filosofía del Derecho" expuesto en las III Jornadas de Enseñanza del Derecho", 9 y 10 de septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA), ambos [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/academica/carrdocente/jornadas.php>

(22) Cabe añadir también en este proceso los aportes que desde la semiótica puedan realizarse al proceso de producción e interpretación del derecho. Sobre la importancia de esta cuestión ver el trabajo de CARCOVA, CARLOS M., "Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas", ponencia presentada en el Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: Racionalidad en el Derecho, 5, 6 y 7 de mayo de 2014, Facultad de Derecho (UBA).

la ley está dotada, desde una visión dogmática, de una autoridad incuestionable y el recurrir a sus prescripciones no demanda ningún esfuerzo retórico, la linealidad de la argumentación normativa torna innecesarias las valoraciones que puedan extraerse de las circunstancias fácticas de la causa y, más aún, **libera** al operador jurídico de **hacerse cargo** de las consecuencia que de la aplicación de la ley deriven. Es que, la tarea del operador jurídico se circunscribe, desde esa particular perspectiva, a la aplicación de la solución que ya está en la ley.⁽²³⁾

La superación de esa cosmovisión del derecho supone el abandono de esa mirada fragmentada de la realidad jurídica y hace necesario presentar una visión verdadera e integral del fenómeno jurídico.

En ese sentido, aparece plausible recordar la obra del catedrático español Martínez Doral según la cual en el saber jurídico puede distinguirse la presencia de distintos niveles o perspectivas de conocimiento.⁽²⁴⁾ Se trata de los denominados: niveles filosófico, científico, casuístico y prudencial. El contenido de cada uno de esos niveles o perspectivas guarda un orden lógico: se enuncian precedentemente según un criterio de mayor a menor abstracción. Asimismo, cada uno de los niveles de conocimiento inferiores se encuentra, en cierta forma, determinado por la respuesta que se haya dado a los interrogantes planteados en el nivel superior. En ese sentido, el "nivel filosófico", cuyo contenido se conforma con aquellas respuestas que nos podamos dar a la pregunta de Kant, "*Quid ius?*" —¿qué es el derecho?—, cuáles son sus fines y principios, determina de una u otra forma —en las respuestas que como operador jurídico elabore y, fundamentalmente, en las conclusiones a las que arribe—, la entidad e importancia y papel que otorgue al "nivel científico",⁽²⁵⁾ cuyo contenido se integra con las respuestas que encuentre a la pregunta "*Quid iuris?*" —¿cuál es el derecho?— aquí y ahora: la Constitución Nacional, los tratados inter-

(23) De ahí que para la dogmática jurídica el sistema jurídico completo, integrado por normas claras, debe aplicarse sin más pues toda interpretación constituye una labor "peligrosa" (Ver D'AGOSTINO, FRANCESCO, "Hermenéutica y Derecho Natural. Después de la crítica Heideggeriana a la Metafísica", en *Las razones del Derecho Natural*, Bs. As., Depalma, 2008, pp. 345 y ss.

(24) MARTÍNEZ DORAL, J. M., *op. cit.*

(25) Sobre el distinto rol que las fuentes del derecho han recibido en la historia del pensamiento jurídico ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del Derecho*, Bs. As., Depalma, 2013 p. 207 y ss.

nacionales, las obras de doctrina, etc.; en el nivel casuístico se encuentra la jurisprudencia, aquello que los jueces han dicho que es el derecho; en el último nivel de conocimiento —o primero según la mayor concreción que implica—, encontramos al nivel prudencial. En este caso nos hallamos frente a la necesaria indagación de las características del caso o problema jurídico que en concreto nos propongamos estudiar/resolver. Recordemos que la prudencia es conocida como la madre de las virtudes y, a través de ese hábito operativo bueno, el prudente abre sus sentidos e inteligencia para ver con la mayor claridad posible las circunstancias concretas y considerar las potenciales consecuencias que las diversas soluciones pudieren producir.⁽²⁶⁾ Eso, para optar por la que, a juicio del intérprete y bajo su responsabilidad, **mejor** resuelva el problema.

El esquema propuesto permite distinguir cómo un caso concreto es susceptible de ser analizado desde esas distintas perspectivas, cómo esos distintos niveles tienen una relación lógica entre sí y cómo cada perspectiva de conocimiento jurídico nos brinda elementos que, sistematizados razonablemente, constituyen la materia con la que construimos una conclusión o respuesta al aludido caso concreto que nos propusimos estudiar o resolver.

Existen numerosos ejemplos concretos en la jurisprudencia que pueden ser de suma utilidad para demostrar el "funcionamiento" del esquema. Resultan particularmente ventajosos —desde el punto de vista didáctico— casos como "Saguir y Dib"⁽²⁷⁾ en los cuales el Procurador General de la Nación y/o los distintos jueces ofrecen soluciones diferentes a un mismo problema. En cada una de las propuestas pueden distinguirse con suma claridad cómo una determinada visión del derecho y de sus fines (n. filosófico) implican un uso diverso de la ley como fuente del derecho (n. científico), una distinta manera de valerse de casos anteriores para fundar sus sentencias (n. casuístico) y la realización de diferenciado análisis de las particularidades del caso (n. prudencial).

El esquema permite asimismo apreciar "operando" en un fallo como citado al método lógico-deductivo predominante en el razonamiento dogmático

(26) PIEPPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1998, p. 33 y ss.

(27) CSJN, Fallos: 302:1284.

y al método “dialéctico-tópico” o de la “razón práctica”⁽²⁸⁾ —al que nos referiremos a continuación— y, al mismo tiempo, cómo las fuentes del derecho se instrumentan para brindar soluciones lisa y llanamente opuestas.⁽²⁹⁾

Las secuelas que la dogmática jurídica ha dejado en el ámbito de la enseñanza del derecho dificultan un conocimiento integral de los diversos temas o materias, el conocimiento jurídico se circunscribe, según esa particular visión, al estudio de textos legales⁽³⁰⁾ y la realidad jurídica aparece fragmentada e inconexa.

A través de la estructura del conocimiento jurídico es posible concebir una perspectiva didáctica de la enseñanza del derecho integradora.

Eso, pues el esquema de los niveles de conocimiento jurídico pone de manifiesto cómo un problema concreto es susceptible de ser analizado de manera exhaustiva y unitiva. Asimismo, el análisis de casos jurisprudenciales a la luz de esa estructura brinda la posibilidad de percibir la existencia de distintos métodos en la ciencia jurídica, sus características, su funcionamiento y su diverso potencial a la hora de generar respuestas de diversa eficacia.

Revelada de ese modo **la trama del razonamiento jurídico operando frente a un caso concreto**,⁽³¹⁾ es posible desarrollar un aprendizaje significativo del derecho, entendiendo por ello, la integración de los contenidos jurídicos transmitidos, dejando de lado su consideración estanca y aislada, en una unidad de sentido lógico.⁽³²⁾

(28) Sobre este punto es conveniente ver las implicancias metodológicas implicadas en la dogmática jurídica y las alternativas que, desde otras perspectivas, se han elaborado. Ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, Bs. As., *El Derecho*, t. 185, pp. 1270/1282.

(29) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, op. cit. Del mismo autor “¿Positivización de los derechos naturales para dejar atrás la polémica ‘iusnaturalismo-iuspositivismo’?: otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL*, n° 1, noviembre 2011, pp. 83/105.

(30) AA.VV. “La codificación: raíces y prospectiva”, op. cit., p. 271.

(31) Sobre este aspecto nos detendremos en el punto 4 del presente trabajo.

(32) BANDIERI, L. M., “La enseñanza del derecho y la formación plenaria del abogado. Integración de teoría y práctica a través de la formación de profesionales reflexivos”, en prensa.

Es por todo lo expuesto que entendemos que la estructura del conocimiento jurídico que en apretada síntesis se ha intentado reseñar representa un aporte valioso para la enseñanza del derecho, superador de los efectos nocivos que la dogmática jurídica impuso en la enseñanza en nuestro ámbito y merece ser tenida en cuenta para el diseño de una método de estudio del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

4 | El razonamiento jurídico

Según hemos señalado, uno de los aspectos más criticados y criticables de la dogmática radica en circunscribir la realidad jurídica a los textos legales (ver punto 2) y, sobre esa base, hemos expuesto la necesidad de tener una mirada integral, más amplia y abarcadora de la realidad (punto 3). Ahora bien, esta nueva perspectiva supone admitir que para la solución de los problemas jurídicos no bastan los textos legales y su aplicación *more geométrico* a través de una **matemática jurídica pura**.⁽³³⁾

No puede hoy perderse de vista que:

en el diseño del paleo positivismo aplicar la ley era una cuestión de lectura y deducción lógica. En la medida de lo posible, había que entender los textos de la manera y con el sentido con que ellos habían sido sancionados oportunamente (en EEUU el llamado "originalismo") y en caso de dudas, aplicar el método interpretativo "correcto", que no sería otro que aquel que condujera a desentrañar la "verdad" de la o las normas aplicables, partiendo además de la premisa de que saber en cada caso cuál era la norma aplicable o el set de normas, resultaba una cuestión naturalmente obvia.⁽³⁴⁾

Esa interpretación circunscripta a la mera aplicación, que se desliga del análisis de las consecuencias que derivan de la aplicación mecánica de la ley no satisface la demanda de soluciones eficaces a los problemas concretos.

Sin embargo, es preciso aclarar en este punto que lo afirmado precedentemente no implica en modo alguno desconocer el valor de la ley como

.....

(33) Ver punto 2 del presente trabajo.

(34) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 322.

fuerza del derecho, incluso como fuerza primordial a la que recurrir en búsqueda de soluciones concretas.

Pero ese indiscutible carácter de fuerza principal del derecho no puede a esta altura de la historia del pensamiento jurídico conducirnos a repetir viejos errores.

Es necesario plantearse un verdadero cambio de paradigma pues “el formalismo dogmático, que cuenta con muchos críticos, tiene en ellos mismos, a veces, sus propios cultivadores” y (...) “ello obedece, en gran medida, a que el sistema de fuentes del derecho, la misión del juez y el régimen a que ha de atenerse la aplicación del derecho no permiten las renovaciones y rectificaciones propugnadas”.⁽³⁵⁾

Hoy bien sabemos que:

ninguna decisión jurídica se realiza fuera de una comprensión previa sobre el sentido del problema en la que todo operador jurídico se mueve de manera espontánea; tales “precomprensiones”, como las llama Esser, no constituyen sino el contexto filosófico desde el que aquel asume su tarea interpretativa y en las que dicho “horizonte de sentido” (también llamado “tradiciones”), como lo ha mostrado Gadamer, es sometido a examen por el intérprete de cara a la singularidad del caso concreto, dando origen a un proceso de “construcción hermenéutica” en el que el derecho se asume como consecuencia de un diálogo circular entre tradición histórica; contexto actual; caso concreto y sujeto-intérprete”.⁽³⁶⁾

Desde esta perspectiva, los textos legales constituyen un punto de partida —o, tal vez mejor “de llegada”—, según desde donde inicie la consideración del problema. Recuérdese en tal sentido el inteligente consejo romano: *in causa ius esse positum*⁽³⁷⁾ —la solución está en el caso—, expresión de un modo de pensar el derecho cuyo valor permanece y en función del cual la mirada de los operadores jurídicos debe atender, primordialmente a los

(35) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, Gráficas Uguina Meléndez Vales, 1971, vol. III, p. 23 y ss.

(36) RABBI BALDI CABANILLAS, R., *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, op. cit.

(37) *Corpus Iuris Civilis, Recensuit Gerogius Christianus Gebánic*, Academia Bibliopolan et Tipographum, 1776, p. 178.

casos y luego a las diversas fuentes del derecho que habrán de proveer del material para construir una solución del problema concreto,⁽³⁸⁾ así:

frente al método axiomático se encuentra la tópica, "la *techne* del pensar... que se orienta hacia el problema", no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo, busca las premisas que puedan servir para resolverlo e intenta, de este modo, llegar a directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión. Son estos los *topoi*. De este modo la tópica es el arte de encontrar tales *topoi*. Pero estas preguntas guía no son, ya de antemano, verdades unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos. Por eso, se discute su aplicación al caso controvertido y su significado para la solución del mismo.⁽³⁹⁾

Es bueno tener presente que:

la función de los tópicos consiste en servir a una discusión de problemas y su importancia ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático, de manera que, cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver problemas. Entonces, los tópicos que intervienen reciben a su vez su sentido desde el problema, su ordenación respecto de este es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen adecuados o inadecuados.⁽⁴⁰⁾

De ese modo,

el punto de partida para discernir el derecho no es el ya estatuido por un sistema, sino, por el contrario, el mismo problema (...), la tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión (...), constituye, en consecuencia, un *ars inveniendi*,

(38) Es esta una de las razones por las cuales el llamado "método del caso" constituye una herramienta pedagógica insoslayable en nuestra disciplina.

(39) KASER, M., "En torno al método de los juristas romanos", Juan Miquel Valladolid (trad.), en *Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho*, 1964, p. 13.

(40) VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 56.

un “arte de la invención”, aunque esta palabra no debe tomarse en su sentido ordinario, sino con un alcance más específico: no se trata, en efecto, de inventar *ex nihilo* un argumento o de encontrarlo casi por azar, sino por el contrario, que estos emergen luego de un paciente y arduo discernimiento del asunto controvertido en diálogo continuo con el rico arsenal de conceptos que proporciona la tradición jurídica (normas; jurisprudencia; doctrina (...)). Consiste en un conjunto de tópicos (lugares comunes; criterios o *regulae*, diría el derecho romano). Se trata, pues, de argumentos y, más propiamente, de “fórmulas de búsqueda”; de “directivas argumentativas” típicas de cada ámbito científico (...), actúan como “posibilidades de orientación del problema”, (...) según el supuesto de que se trate, el tópico será o no adecuado, y ello, como es natural, se modifica caso a caso. En este horizonte, es claro que carecen de utilidad para largas cadenas de razonamiento, ya que su empleo solo es adecuado para conclusiones cortas: ellos ayudan a resolver un asunto concreto (este asunto), el cual, necesariamente, posee ciertas y determinadas peculiaridades que solo de modo excepcional son extensibles a otros. Y es por tal motivo que han de ubicarse en el ámbito de lo verosímil; de lo probable; de lo plausible, en fin, de lo razonable.⁽⁴¹⁾

Más concretamente,

los tópicos remiten a proposiciones compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad: son compartidas porque se asumen en un contexto social e intelectual determinado; poseen plausibilidad porque, de ordinario, cuentan con el respaldo de las autoridades que iluminan todo campo de saber (...) lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de aceptación, es admisible como premisa. (...) Si se dirige la mirada al derecho, entre las tantas premisas argumentativas que han sido elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia y en gran medida luego incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacional o internacional, podrían mencionarse a las siguientes: las normas de derechos humanos se presumen operativas; ante cualquier duda en materia de derecho internacional de los derechos humanos,

(41) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, *op. cit.*, 185/1270.

prevalece el principio *pro homine*; las normas relativas a los derechos del niño deben interpretarse en el sentido más favorable a estos; ante cualquier duda sobre la vigencia de un tratado, debe prevalecer la regla in favor tractatus; *nullun crime sine praevia lege*, sin embargo, el tópico recién citado cede (origen de un nuevo tópico) cuando se trata de un crimen de lesa humanidad; (...) las deudas públicas deben previamente abonarse y luego discutirse su legalidad (*solve et repete*); sin embargo, dicha regla reconoce excepción (origen de otro tópico), cuando se prueba fehacientemente la imposibilidad de abonar lo reclamado y, por ende, quedaría cercenado el tópico de la garantía de la defensa en juicio para todos los habitantes de nuestro país; nadie puede transmitir mejor derecho que el que posee; quien puede lo más, puede lo menos; venir contra sus propios actos no vale (...); nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro; el principio de congruencia; el principio objetivo de la derrota como causal de la imposición de las costas; etc.⁽⁴²⁾

Es que, una auténtica superación de la Dogmática supone admitir que la realidad de la vida es **irregular**,⁽⁴³⁾ que "la índole misma de la autoridad legislativa determina el modo de su actividad, y asigna a esta límites infranqueables; de donde resultan, a pesar de la voluntad en contrario del legislador, una serie de restricciones necesarias al alcance de sus disposiciones en la esfera de la aplicación del derecho";⁽⁴⁴⁾ que "la ley, como toda obra humana, es siempre incompleta. Por sutil que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive y esta irremediable deficiencia se nota más particularmente en el orden jurídico, que para apreciarlo en su totalidad supondría el conocimiento previo de todas las relaciones que puedan entablar los hombres, de todos los conflictos de aspiraciones o de intereses"⁽⁴⁵⁾ y que:

... un Código, por completo que pueda parecer, acaba de ser terminado y ya mil cuestiones inesperadas se le presentan al

(42) *Ibid.*

(43) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 15-25, María Araujo y Javier Marías (trads.), Madrid Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2009, p. 86.

(44) GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, p. 104.

(45) *Ibid.*, p. 106.

Magistrado. Porque las leyes, una vez que han sido redactadas, permanecen como han sido escritas; los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son modificados en forma diversa por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un hecho nuevo, un nuevo resultado.⁽⁴⁶⁾

Eso lleva a concluir que *no* habrá **siempre** una **única** respuesta posible, pues la inagotabilidad de sentido que se ofrece en la interpretación entraña “un sentido inagotable, sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable”.⁽⁴⁷⁾ De ahí que si la realidad de la vida es difícil de comprender en su totalidad (y esto también vale para los textos normativos), es no obstante posible, a través de un esfuerzo constructivo y, a la vez, crítico, arribar a **variadas** respuestas (en el sentido de **razonables, legales y justas**). Y esto, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, genera un sistema “abierto” porque aquellas son **plurales**. La positivización es entonces, siempre *provisoria* e inacabada:

... no por un capricho o a raíz de la renuncia al empleo de la razón, sino, simplemente, por reconocer la riqueza de la naturaleza de las cosas y la complejidad de la naturaleza humana, aspectos estos que no siempre permiten una lineal resolución de las diversas alternativas de la vida social, pues, por mucho que la razón se afane por desarrollar una “metodología”, esto es, una sistematización de las conductas humanas, este esfuerzo es incapaz de dar acabo cuenta del ser del hombre.⁽⁴⁸⁾

Por eso, al esquema reseñado en el punto 3 es preciso añadirle dinamismo a través del empleo de la razón práctica, usado por la emblemáticas figuras greco-romanas del *phronibus* y del *iuris-prudente* y prodigarse al delicado

(46) PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, “Discurso preliminar sobre el proyecto del Código Civil”, presentado el 1º de pluvioso, año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular. Suplemento Especial de *Diario La Ley*, 2004, p. 6.

(47) D’AGOSTINO, FRANCESCO, *op. cit.*

(48) RABBI BALDI CABANILLAS, R., “¿Positivización de los derechos naturales para dejar atrás la polémica ‘iusnaturalismo-iuspositivismo’?: otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo”, *op. cit.*

recurso a la discrecionalidad —sin perder de vista su carácter científico,⁽⁴⁹⁾ defendible a través de argumentos dotados de intrínseca plausibilidad—; se trata esta de una dimensión plena de sentido que se “legitima” en el esforzado trabajo de ponderación de cada caso, a partir de considerar las exigencias universales de la persona (que el racionalismo y el positivismo, al positivizarlas, las creyeron pétreas y concluidas) para, recién desde ahí y en diálogo con las particularidades de la vida, arribar a la justicia material concreta, esto es, al *ius suum* de cada quien.⁽⁵⁰⁾

Recuérdese que la expansión del derecho romano más que a su *potestas* fue debido a su *auctoritas* que reflejaba la racionalidad, la ductilidad, la equidad, la sutileza y, en fin, su intrínseca bondad como creación del espíritu humano.⁽⁵¹⁾ Pues, “el derecho romano, carente de normas propiamente dichas, nutrido del múltiple casuismo de lo concreto, sirvió de base a una jurisprudencia dogmática eminentemente formalista”.⁽⁵²⁾

Debe desandarse el camino que, sobre la base del culto al derecho romano y el culto a la lógica erigió en dogmas universales los conceptos arrancados del derecho romano⁽⁵³⁾ y, lejos de despreciar el evidente valor actual de esa notable etapa del pensamiento jurídico, rescatar el método en función del cual se pudo elaborar ese conocimiento.

Desde esa perspectiva, resulta provechoso proyectar que la educación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incluya, aparte de una dimensión integral del fenómeno jurídico (ver punto 3), la consideración de un método más apropiado a una disciplina llamada a dar respuesta a la

.....

(49) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, señala que “lo que resulta racional en el campo del conocimiento, es el entramado de conceptos, prácticas y elaboraciones que responden a ciertos fundamentos epistémicos”. Ver “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, *op. cit.*

(50) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica”, en Rabbi Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural; perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Bs. As., Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, pp. 197/220.

(51) ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, “Fuentes del Derecho”, en *Teoría del Derecho. Una visión crítica*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 114.

(52) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *op. cit.*, vol. III, p. 19.

(53) *Ibid.*, vol. I, p. 156.

necesidad social de dar a cada uno lo suyo⁽⁵⁴⁾ que el meramente “lógico-deductivo”, supuestamente “avalorativo” que caracterizara al tiempo de la “primera” codificación.⁽⁵⁵⁾

5 | La filosofía del nuevo Código Civil

Hasta aquí, hemos intentado poner de manifiesto cómo la concepción de derecho de los “primeros” codificadores determinó la implementación de una forma de enseñanza coherente con esa cosmovisión, reseñamos algunos de los hitos significativos de esa visión de la disciplina y su crisis (ver punto 2) y, frente a la pervivencia de sus efectos en las aulas, propusimos un modo de enseñar el derecho que parta de un enfoque más amplio de la realidad jurídica (ver punto 3) que, superando el mero método lógico deductivo, se sirva del método problemático, tópico y dialéctico como un mecanismo apto para dar respuestas eficaces a los problemas o planteamientos concretos (ver punto 4).

Ahora bien, llegados a este punto es necesario analizar en qué medida el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación representa una oportunidad susceptible de permitir una modificación en la enseñanza del derecho como la insinuada o si, por el contrario, nos encontramos frente a una suerte de reedición de los ideales que llevaron a la elaboración de los Códigos de los siglos XVIII y XIX y, consecuentemente, nos encontramos frente a un Código que deba ser enseñado, también, al modo dogmático.

Para la realización de tal empresa destacaremos en particular tres aspectos de la reforma que resultan, a nuestro juicio, relevantes considerar: la regulación atinente a las fuentes del derecho, la función atribuida al juez como intérprete jurídico y la constitucionalización del derecho privado.

Los temas se encuentran fundamentalmente regulados en el Título Preliminar cuya función, según lo expuesto por los autores del proyecto, está constituida por aportar reglas que confieran una significación general a todo el articulado, proponiéndose un sistema que lo caracteriza y que

(54) HERVADA, J., *op. cit.*, p. 16.

(55) Cabe aclarar que la expresión “primera” se refiere, en realidad, a los códigos del siglo XIX que propagaron su influencia hasta nuestro país y constituyeron fuente insoslayable de nuestros primeros Códigos Civil y Comercial.

sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas.⁽⁵⁶⁾

Respecto de tan significativo fragmento del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación puede señalarse que "se ubica bajo un paradigma teórico-metodológico alejando del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como 'principalista' o de la 'razón práctico-prudencial'".⁽⁵⁷⁾

Cabe señalar que el tercer tema constituye una de las razones expresamente consideradas para proyectar la elaboración del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuérdese que en ese momento se señala entre los fundamentos la necesidad de elaborar un Código a la luz de la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos tratados de derechos humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.⁽⁵⁸⁾

5.1 | La regulación atinente a las fuentes del derecho

El nuevo Código comienza por distinguir a "la ley" de "el derecho".⁽⁵⁹⁾

La aludida distinción se concreta a través del tratamiento diferenciado de ambos conceptos: el Capítulo 1º del Título Preliminar lleva por título "Derecho" y está compuesto por tres artículos en los que se regulan las fuentes y aplicación del derecho (1º), la interpretación (2º) y el deber de resolver (3º);

.....

(56) LORENZETTI, R., "Aspectos Valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", en *LL*, 23/04/2012, pp. 1/5.

(57) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, en prensa.

(58) Decreto 191/2011, BO 23/02/2011.

(59) Este aspecto ha sido destacado en HERRERA, D., *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Bs. As., Educa, 2012, p. 20. Asimismo, por VIGO, R. en "Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: 'El Derecho y la Interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial'", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2012-2, t. I, p. 43; por LIMODIO, GABRIEL F., "Luces y Sombras" del Título Preliminar" en la obra citada al comienzo de esta nota, en su p. 57, por Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, en su comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación, *op. cit.*

el Capítulo 2° se titula “Ley” y contiene cinco artículos atinentes al ámbito subjetivo (4° y 7°) y temporal (5°, 6° y 7°) de aplicación de las leyes.

En materia de fuentes se establece que los casos alcanzados por el Código deberán ser resueltos según las leyes, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte y, asimismo, que en esa tarea debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma.

También se prescribe que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos (*secundum legem*) o en situaciones no regladas legalmente (*praeter legem*), siempre que no sean contrarias a derecho (*contra ius*). El régimen en este caso pareciera coincidir con el vigente con una diferencia digna de mención: no se habla de costumbre *contra legem* sino *contra ius*. Ya no es “la ley” la pauta que autorizaría a desprestigiar el valor de la costumbre en estos casos sino “el derecho”.

5.2 | La función atribuida al juez como intérprete jurídico

La interpretación jurídica se presenta como una acción ineludible cuando en el art. 2° se prescribe que “la ley **debe** ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” y se impone al juez el deber de “resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente* fundada” (art. 3°) —el énfasis es añadido—.

El contraste con las disposiciones del Código de Vélez salta a la vista. Mientras que en el art. 15 citado en el comienzo de este trabajo se imponía a los jueces el deber de juzgar sin que puedan valerse del pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, el nuevo código impone la misma obligación pero en condiciones marcadamente diferentes: mediante una decisión **razonablemente** fundada.

Aun cuando no puede desconocerse que la ley conserva el rol de fuente principal del derecho, a la luz del propio art. 1° (ver, asimismo, de los arts. 4° y 7°), merece destacarse la referencia a una ineludible instancia

interpretativa (art. 2º), el cambio sustancial que representa que el deber de fallar solo se encuentre sujeto a la necesidad un pronunciamiento **razonablemente** fundado y la explicitación de la consideración a normas de la amplitud de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, los principios y valores a los que expresamente se refiere el propio art. 2º como pauta hermenéutica a tener en cuenta en esa tarea.

5.3 | La constitucionalización del derecho privado

Tal como señaláramos, la meta de "constitucionalizar" el derecho privado fue expresamente destacada en el decreto por medio del cual se dio comienzo a la redacción del nuevo Código.

Es este, probablemente, uno de los aspectos de mayor trascendencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El objetivo es inequívoco: dotar de una mayor operatividad a los derechos fundamentales que integran nuestra Constitución Nacional desde 1994 de modo de superar las limitaciones de su consideración en un plano meramente enunciativo, como era propio cuando a la mayor parte de esos bienes eran considerados en el marco de las "declaraciones de derechos", a menudo restringidas a una función programática.

Esta anhelada operatividad exige, para comenzar, que los derechos fundamentales impriman su sello a todo el ordenamiento, lo que redundará en su rol preponderante en la determinación del contenido de los textos normativos, y en un protagonismo expansivo como informador de las decisiones judiciales.

En tal sentido, el carácter de fuente del derecho atribuido en el art. 1º y la pauta interpretativa expuesta en el art. 2º del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación buscan imprimir a todo el derecho privado de ese signo característico.

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional adquieren así, dentro de nuestro orden jurídico, un rol **principal**, en su triple función integradora (que inspira las soluciones en los casos de cuestiones no regladas), informadora del ordenamiento al que imprimen "forma sustancial", e interpretativa, constituyendo una herramienta insoslayable de la hermenéutica jurídica. Pues "no son los principios generales consecuencia

de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de un conjunto inorgánico en unidad vital (...), determinan como resolver las cuestiones primarias del derecho (...) señalan el método de interpretación de las normas [e] (...) indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir".⁽⁶⁰⁾

Es que, los tratados de derechos humanos,

contienen de modo caracterizado disposiciones atinentes al resguardo de bienes fundamentales de las personas y de la comunidad (derecho a la vida; a la integridad física; la igualdad; la libertad; la protección del orden democrático, etc.). De ahí que, entrañando tales bienes, como expresa Alexy, 'las formas principales del derecho racional de la modernidad', asumen la estructura normativa de los 'principios', en tanto constituyen mandatos de optimización que ordenan realizarlos, en la mayor medida posible.⁽⁶¹⁾

Así, los principios generales que la Constitución define como grandes columnas del plan político del Estado: sistema republicano de gobierno, forma de vida democrática, respeto de la personalidad del ser humano y contribución a su pleno desarrollo, fuentes de las cuales emanan los derechos y garantías concretos que la Constitución reconoce, constituyen principios que penetran en la estructura más íntima del derecho privado y exigen su adecuación a ellos, invitando a una permanente relectura del derecho privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción de ese derecho privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aun implícita (art. 33 CN).⁽⁶²⁾

(60) DE CASTRO y BRAVO, FEDERICO, "Derecho Civil de España, Parte General", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, t. 1, p. 474.

(61) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit.

(62) RIVERA, J. C., "El Derecho Privado Constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. En torno a la importancia del art. 33 de la CN ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, "Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)", en *Anuario de Derecho* n° 4, Universidad Austral, AbeledoPerrot, 1998, pp. 197/224.

La parte general del derecho civil sufre, de ese modo, un cambio profundo derivado de los denominados "derechos personalísimos", recibiendo del ámbito público las declaraciones de derechos humanos incorporadas a los tratados y luego a las Constituciones y los derechos individuales-fundamentales que han nacido en el mundo jurídico con la nota de universalidad, indiferentes a las ideologías, las creencias, las religiones, o las nacionalidades, que se tienen por el solo hecho de ser persona: su titular es el "ser humano", y el concepto es: "derechos humanos", porque todos los individuos son legitimados activos, con independencia de las cuestiones de raza, nacionalidad, edad, creencia, etc. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 se advierte el uso indistinto de "seres humanos" (art. 1º), "persona" (art. 2º) y "todo individuo" (art. 3º). Este sujeto "persona" es universal y está ubicado antes de las de la regla nacional-estatal de derecho.⁽⁶³⁾

De modo que, a luz de lo expresado, el nuevo Código enfatiza una concepción según la cual a las relaciones jurídicas de carácter privado le son efectiva, operativa e inmediatamente aplicables las normas constitucionales que tutelan la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Tal concepción constituye una pauta hermenéutica cardinal en la estructura del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.⁽⁶⁴⁾

6 | Conclusiones

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comenzará a regir el próximo el próximo 1º de enero de 2016.

La reforma del régimen vigente resulta significativa y es preciso disponerse a aprender y, naturalmente luego, a enseñar el alcance de las nuevas disposiciones.

.....

(63) LORENZETTI, R. L., "La influencia del derecho constitucional en el derecho privado", en *Revista de Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot, 1998-355.

(64) Aparte de las normas generales citadas, encuentran también referidos otros arts., por ejemplo el art. 1097, según el cual en las relaciones de consumo "los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos".

Según el análisis realizado (ver punto 5), el nuevo Código posee notables diferencias de aquellos que caracterizaron a la codificación del siglo XIX y que dieran lugar a la dogmática jurídica primero y a la enseñanza del derecho al modo dogmático después.

Por medio de este trabajo hemos esbozado algunas propuestas tendientes a que el flamante cuerpo normativo sea objeto de un modelo de enseñanza superador de viejos esquemas que redujeron el estudio del derecho al estudio de la ley y la tarea de los operadores a su aplicación.

Se trata, sucintamente, de pensar el derecho y sus fines bajo un prisma más amplio y, al mismo tiempo, más concreto; de asumir un modo de pensar la disciplina como una ciencia social dotada de un método en el que las fuentes del derecho constituyan el material para la construcción de soluciones verdaderamente eficaces para personas concretas y, en definitiva, de procurar que aquella máxima según la cual “todo el derecho fue establecido por causa de los hombres”⁽⁶⁵⁾ que recibe hoy el empuje dado por la búsqueda de una mayor operatividad de los derechos fundamentales nos permita, con estas nuevas herramientas construir un país mejor, más justo, para todos los habitantes de la Nación.

.....

(65) *El Digesto del Emperador Justiniano*, Libro I, título Vº, apart. 2. Hermogeniano, Libro I del Epítome del Derecho, Bartolomé A. Rodríguez Fonseca (trad.), Madrid, imprenta de Ramón Vicente, 1872.