

FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA

PROFESOR TITULAR DE OBLIGACIONES, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNSTA, TUCUMÁN

SE PRESENTA POR DERECHO PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE SU FACULTAD DE DERECHO

## PONENCIA ANTE LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA: AUDIENCIA PÚBLICA CONVOCADA EN TUCUMÁN

### I.- GRAVES ERRORES DEL TÍTULO II, ARTS 9 A 11 DEL PROYECTO DE LEY ELEVADO<sup>1</sup>

#### 1.- La escasa significación histórico - política que representaría un nuevo Código, no alcanzaría para compensar los graves trastornos que habría de acarrear

Como se intentará examinar en esta ponencia con ánimo de alertar a nuestra primera mandataria sobre aspectos en los cuales no ha sido debidamente asesorada, un nuevo Código ha de traer una serie de graves trastornos de distinta índole, que no se habrán de compensar con la escasa significación que ello habrá de representar desde un punto de vista histórico y político.

Por ello, un primer equívoco que conviene aclarar es que, de sancionarse este proyecto, va a ser muy improbable que pase a la historia como el Código de Cristina Fernández de Kirchner, pues, a la luz de nuestros antecedentes y tradición cultural, resulta mucho más plausible suponer que habrá de ser conocido como el Código "Lorenzetti, Highton, Kemelmajer, y otros", o "Lorenzetti, y otros". Pues no obstante que durante el acto de apertura de Sesiones ordinarias, nuestra Presidente afirmó ante el Congreso de la Nación, "medio en serio y medio en broma", que se sentía un poco como Napoleón, pensamos – con el debido respeto que nos merece su persona e investidura- que yerra en su apreciación. En nuestra humilde opinión, de sancionarse el texto actualmente elevado al Congreso, ese papel le ha de caer más al Dr Ricardo LORENZETTI, pues – a diferencia de Francia y debido a peculiaridades de nuestra idiosincrasia- en nuestro país nadie habla del Código de Mitre, o Sarmiento, sino del de don Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD.

Pero incluso más: aunque la anterior apreciación resultase a la postre errónea, creemos sin embargo encontramos en condiciones de afirmar que – de sancionarse este proyecto- de todos modos resultaría altamente improbable que la Presidente pudiera pasar a la historia como una nueva Napoleón. Y ello, por motivos muy sencillos, que incluso se pueden apreciar ya desde una primera lectura, y sobre los cuales posiblemente la titular del P.E.N. no ha sido debidamente asesorada: a diferencia del francés, este texto jamás podrá tener el significado histórico de aquél.

En el contexto histórico de su sanción, el Código francés fue un verdadero monumento legislativo, porque su estilo claro, preciso, y coherente vino entonces a demostrar las ventajas de la codificación civil, sobre el estado anárquico de la legislación anterior.... Ese Código representó un verdadero avance frente al

---

<sup>1</sup> Hemos abordado estas cuestiones con mayor detalle en nuestros artículos: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez y su sustitución por uno nuevo. A modo de amigable respuesta a una opinión*, publicado en ED, 2 de Julio de 2012, y en *Apuntes sobre algunos errores de procedimiento observados en el proceso de derogación del Código Civil de los argentinos*, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/apuntes-sobre-algunos-errores-de-procedimiento>

estado preexistente...<sup>2</sup> E incluso, para llegar a ello, Napoleón – a quien, dicho sea siquiera de paso, no puede calificarse precisamente como un auténtico demócrata- se vio obligado a retirar el proyecto originario, y acceder a todas las reformas que surgieron de la acerba crítica del Consejo de Estado, y del Tribunalado.

Como puede comprobarse, a través de su obligado estudio, no puede decirse que este proyecto represente un verdadero y significativo “avance”, frente al estado anterior de cosas; por el contrario, las más de las veces no habrá de aportar nada de realmente nuevo, y en muchos aspectos habrá de significar un retroceso....<sup>3</sup>

Pero sobre todo – y prescindiendo aquí de abordar aquél debate que nos obligaría a ingresar en cuestiones de contenido- porque a diferencia del Código francés, este proyecto quiere erigirse a contramano de la historia. Vivimos en efecto, inmersos en lo que Natalino IRTI ha denominado “*L’età della decodificazione*”, un movimiento histórico de tal magnitud y características que – como probablemente nunca ocurriera antes- hacen hoy mucho más atendibles los argumentos de SAVIGNY que los de THIBAUT.

Para colmar males, ello ocurre en un contexto en el que lo se está buscando es una unificación legislativa a nivel internacional (v.g. el MERCOSUR), y la sanción de un nuevo Código – carente durante los muchos años que habrá de esperar para su elaboración, de una doctrina y jurisprudencia que tornen explícitos sus reales alcances- va a dificultar ese movimiento<sup>4</sup>.

En ese contexto, un nuevo Código, es un hecho anacrónico, que no guarda sintonía fina ni gruesa, con todo lo que está ocurriendo a nivel global en materia de derecho privado.

## **2.- No es el Código de Vélez el que se quiere derogar, sino el de varias generaciones de argentinos**

Un segundo error que conviene disipar de entrada, es que – en rigor- lo que habrá de ser objeto de derogación y sustitución por uno nuevo, no será ya el Código de don Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, sino el Código Civil de los argentinos, como genuino producto histórico cultural resultante de las sucesivas reformas operadas a lo largo de sus más de 140 años de vigencia.

Y es que, hablando con propiedad, el Código de VÉLEZ dejó de ser tal desde el momento mismo de la segunda ley Fe de erratas, n° 1196<sup>5</sup>; pero ese distanciamiento del modelo originario se fue acentuando todavía más con las sucesivas reformas parciales que fueron objeto de sanción legislativa, tan numerosas que hasta el año 2006 la obra de LLAMBIÁS enumeraba, **entre las principales** y más dignas de mención, nada menos que **sesenta y cuatro leyes modificatorias**<sup>6</sup>, y ello sin contar las reformas posteriores, entre las que cabe citar la operada en virtud de la ley 26.618, y aquellas que podría calificarse de incidentales, por la influencia de leyes dictadas con propósitos varios que dejaban de lado algún principio general del Código

---

<sup>2</sup> BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 2004, n° 89

<sup>3</sup> Por ejemplo, en materias tales como responsabilidad del estado y de funcionarios públicos, ó en el de obligaciones dinerarias en moneda extranjera; o, muy especialmente en la violación de derechos fundamentales de verdaderos individuos de la especie humana prescripta en su art. 19, o en el retorno a las categorías de hijos con diferente status y derecho, derogadas por la ley 23.264, que viene a reaparecer de la mano de los proyectados artículos 561, 562, 565, 575, y 577; sobre esto último: ver más adelante, sub II.

<sup>4</sup> Ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

<sup>5</sup> Que introdujo las primeras variantes a la doctrina inicial de aquél texto BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 106; LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 2007, T I, n° 256

<sup>6</sup> LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 259, p. 180 a 185; adviértase que la sola enumeración de esas reformas, demanda nada menos que cinco páginas.

Civil<sup>7</sup>.

De allí que, en realidad, no habrá de ser el Código de VÉLEZ, sino el de las varias generaciones de argentinos que le sucedieron, el que habrá de ser objeto de derogación; un texto sobre el que se han escrito bibliotecas enteras de doctrina y jurisprudencia, que quedarán virtualmente convertidas en basura, de sancionarse un nuevo Código<sup>8</sup>. Desde un punto de vista cultural, no es ciertamente poco aquello que perdería el país reduciendo gran parte del pasado y la tradición a virtual ceniza por un mero acto legislativo impuesto desde arriba a la sociedad civil, lo que no puede discutirse que habrá de empobrecer nuestra cultura jurídica con la forzosa amputación de todo aquello que *ipso facto* habrá de pasar a ser “tejido muerto”. Resulta, en efecto, muy difícil no pensar en todos esos años que maestros de la talla de MACHADO, LLERENA, SEGOVIA, SALVAT, LAFAILLE, COLMO, FORNIELES, ORGAZ, MOLINARIO, LLAMBÍAS, BORDA o SPOTA - por citar sólo algunos de nuestros grandes civilistas- dedicaron a estudiar concienzudamente el Código Civil, años de valioso y sacrificado estudio que quedarán reducidos a polvo, y ello torna difícil encontrar una necesidad real y de peso que lo justifique<sup>9</sup>.

Por ello, resulta en verdad muy poco feliz la cita del mensaje de elevación de la ley n° 340, en especial del párrafo que literalmente expresa que “*Dos son los medios que se presentan desde luego, para llegar a este resultado. O someter el proyecto a una revisión detenida, o darle inmediata vigencia, confiando su reforma a la acción sucesiva de las leyes, que serán dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad*”, para justificar la apresurada metodología que hoy se pretende implementar, precisamente porque esas modificaciones, fruto de “*la acción sucesiva de las leyes*”, que serían “*dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad*”, ya se han operado a lo largo de 140 años, y deviene totalmente arbitrario pretender volver atrás el reloj de la historia, para recomenzar desde “0”, como si nada hubiera ocurrido en el interin.

Por el contrario, ha de empeñarse toda prudencia a fin de que – entre la prisa y el entusiasmo- por inadvertencia no terminemos repitiendo el gravísimo error histórico reflejado en aquél célebre episodio del Emperador Shi Huang Ti<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 260, p. 185 a 186

<sup>8</sup> Sin olvidar los grandes tratados, cabe destacar que solamente la colección del Diario de El Derecho tiene actualmente 245 tomos, y la Revista Jurídica La Ley lleva impresos más de 350 volúmenes.

<sup>9</sup> Detrás de la “biblioteca” profesional de cada letrado, muchas veces existen verdaderas historias de vida; de ilusiones y esfuerzos, de sacrificios, y privaciones, empeñados en edificarla, y – por su dimensión existencial- esas historias merecen algún respeto y consideración. Obviamente, ello no es un argumento de peso para resistirse a una reforma legislativa cuando ella es generalmente sentida como necesaria, pero sí una invitación a reflexionar con honestidad intelectual cuándo ella habrá de revestir realmente el carácter de lo necesario. Y una reflexión que nos debiera llevar a planteamos sinceramente si acaso no nos habremos acostumbrado tanto a devaluar nuestra moneda, y nuestras instituciones todas, hasta el extremo de sentirnos también habilitados a devaluar – sin necesidad real que lo justifique- los títulos universitarios de miles y miles de profesionales del Derecho –en particular en los pueblos, y pequeñas ciudades del interior de la República- de quienes no resulta descabellado pensar que sus ocupaciones laborales o profesionales les habrán de dificultar – cuando no directamente impedir- actualizar sus conocimientos.

<sup>10</sup> Este monarca quiso que su pueblo olvidara cuanto había sucedido antes de que él fuera Emperador, y por eso decidió llamarse Shi Huang ti, esto es: el Primer Emperador. Su propósito era que la historia empezara con él, ya que pretendía fundar una dinastía inmortal y que sus herederos se llamaran Segundo Emperador, Tercer Emperador, así sucesivamente hasta el final de los tiempos. Shi Huang Ti se percató muy pronto de que los libros eran un gran obstáculo para poner en práctica su idea, pues había libros en los que se hablaba de lo acontecido antes de él, y cualquiera que abriera un libro sabía que habían existido otros emperadores anteriores. Había además otros libros y documentos, en los que los antiguos habían dejado escritas también sus observaciones de las estrellas y de la luna, las clases de flores que alegran los campos en primavera, las cuentas aritméticas, las canciones que cantaban los campesinos cuando llegaba la cosecha del arroz, y las amargas quejas de las mujeres cuando sus hijos y esposos iban a luchar por sus emperadores contra los enemigos de China. Todas estas cosas y muchas más se contaban en miles de libros y documentos. Pero al Emperador Shi Huang Ti no le importó para nada todo ese depósito cultural, y luego de mucho cavilar llegó a la conclusión de

### **3.- También se han de convertir en virtual basura, los títulos de miles de abogados que ejercen en la República**

Pero no solamente las bibliotecas, esas que a veces demandaron vidas de sacrificios y privaciones edificadas, se habrán de convertir en basura; también los títulos universitarios de miles de abogados y jueces en toda la República, quedarán virtualmente devaluados, y reducidos casi a aquella misma condición. Ello habrá de traer dos consecuencias sumamente graves:

3.1. Por un lado, habrá de aumentar las diferencias comparativas entre abogados ricos, y abogados pobres, pues a estos últimos, no resulta descabellado pensar que sus ocupaciones laborales o profesionales les habrán de dificultar – cuando no directamente impedir- actualizar sus conocimientos. Y no está de más apuntar aquí, que los déficits de formación académica de los profesionales del derecho, los terminan pagando normalmente las partes litigantes requirentes de sus servicios, y por lo tanto “devaluar” sus saberes científicos, no contribuye precisamente al bien común

3.2. Por el otro, se habrá de paralizar nuestro ya colapsado sistema de administración de justicia, pues los jueces deberán estudiar el nuevo Código y, sobrecargados como ya están de trabajo, no podría pedírseles que roben horas al sueño, a ese dulce sueño que -al decir de Shakespeare- alimenta la vida. Fatalmente se producirá una disminución del tiempo empleado para sentenciar, incrementándose la del estudio del Código por venir. Ello contribuirá también al incremento de los índices de riesgo país, aspecto sobre el que luego se habrá de volver

### **4.- Las analogías empleadas para justificar la prisa, son poco felices**

Y es que, aún con hipotética prescindencia mental de lo expresado en el punto 2, en general resulta muy poco feliz trazar cualquier analogía entre el momento presente, y el de la sanción del vigente Código Civil, por varios motivos, a saber:

4.1. En primer lugar, porque la sanción de un Código Civil obedecía entonces a una necesidad impostergable, no solamente para poner fin a una legislación española muy vasta, difusa, mal conocida, y no pocas veces contradictoria, sino también por una razón de soberanía política, pues era necesario reafirmar nuestra independencia con leyes propias, distintas de las españolas<sup>11</sup>, necesidad que no se presenta en la hora actual;

4.2. En segundo lugar, porque aún a pesar de esa imperiosa, e impostergable necesidad, VÉLEZ SANSFIELD trabajó intensamente – de sol a sol, y con dedicación exclusiva<sup>12</sup>- durante unos cuatro años, tiempo que contrasta notoriamente con apenas el año que demandara la redacción del actual proyecto, no obstante tratarse de una sociedad bastante más compleja que aquella;

---

que mientras hubiera libros, él no podría llamarse Primer Emperador de la China, y por ello dispuso que fueran quemados todos los libros escritos antes de su reinado.... Desde luego, Shi Huang Ti no pudo salirse con la suya, sino que más bien produjo el efecto contrario, pues cuando murió, sus historiadores se encargaron de narrar lo acontecido; pero como el daño a la cultura ya estaba consumado, Shi Huang Ti pasó a la historia precisamente como el gobernante autoritario que, en su afán de gloria vana, había quemado todas las bibliotecas, y reducido a cenizas ese valioso legado cultural.....

<sup>11</sup> BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 92 y ss, especialmente n° 99; LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 240 a 242; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

<sup>12</sup> BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, n° 101; LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 249

4.3. En tercer lugar, porque a partir de 1865, y a medida que fue avanzando en su trabajo, su autor lo fue remitiendo al Poder Ejecutivo, que de inmediato dispuso la impresión de las partes pertinentes del proyecto y su distribución entre los legisladores, magistrados y abogados "y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora váyase formando a su respecto la opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado"<sup>13</sup>, de modo que antes de transformarse en ley, fue ampliamente difundido libro por libro – aspecto expresamente mencionado en el mensaje de elevación al Congreso al que en la hora actual se pretende acudir- para que fuese analizado por la apenas incipiente comunidad jurídica de entonces, donde casi no había opinión jurídica calificada, y no existían más Facultades de Derecho que las de la Universidad de Córdoba y de la Universidad de Buenos Aires<sup>14</sup>;

4.4. En cuarto lugar, porque la reclamada unidad y coherencia del sistema, estaba entonces en cierto modo garantizada por el trabajo exclusivo de un único autor, cosa que no acontece en la hora presente donde se dice que trabajaron más de 100 juristas, pero no consta que se hubieran reunido, o que todos hubieran tenido conocimiento del texto íntegro;

4.5. Y en quinto lugar – y esto debiera configurar un muy serio llamado de atención- porque no puede decirse que las clases gobernantes de entonces estuvieran precisamente inspiradas de ideales democráticos, en una sociedad donde ni siquiera existía sufragio universal; por el contrario, se trataba de elites aristocráticas, alentadas de fuertes dosis de "racionalismo constructivista"<sup>15</sup>, que pretendía imponer al orden social, el "plan" o programa transformador de la razón.

Todas estas razones hacen que pretender trazar cualquier analogía entre el momento presente, y el de la sanción del vigente Código Civil, resulte en verdad muy desafortunado.

## **5.- El manifiesto fracaso del proyecto racionalista. Los peligros inmanentes que éste entraña**

Puede decirse que la Codificación fue tributaria de un racionalismo al modo de LEIBNIZ, pues los Códigos debían asemejarse a libros de geometría, siempre buscando cristalizar ese orden eternizable. Desde este punto de vista, la historia misma se ha encargado de poner al desnudo el rotundo fracaso del proyecto del racionalismo constructivista, pues los hechos posteriores han dejado suficientemente en claro las siguientes enseñanzas: a) en primer lugar, que los Códigos no pueden contener de manera estable la regulación de las materias allí contempladas; b) y en segundo lugar, que ni siquiera pueden abarcar la totalidad de los contenidos que integran el derecho civil, o el Derecho Privado. De allí que, hoy por hoy, vivamos inmersos en lo que Natalino IRTI ha denominado "*L'età della decodificazione*", razón por la cual este proyecto pretende erigirse a contramano del curso de la historia, y por ello representa un hecho anacrónico

---

<sup>13</sup> Decreto del P. E. del 23 de junio de 1865, suscripto por Marcos Paz, vicepresidente, y Eduardo Costa, ministro, citado por LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 250

<sup>14</sup> LLAMBIÁS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 250 y 251; MOISSET DE ESPANÉS, Luis; *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

<sup>15</sup> Pese a que – por múltiples motivos, que sería imposible sintetizar siquiera en estas líneas- el de don Dalmacio VELEZ SARSFIELD escapaba en buena medida a dicha calificación cabe destacar, a todo evento, que los excesos de racionalismo terminan a la larga por ser corregidos por la vida misma, y eso fue lo que aportaron estos más de ciento cuarenta años de historia, con su cotidiana aplicación – plasmada en muy valiosa doctrina y jurisprudencia- y con sus sucesivas reformas. Toda una paciente labor de varias generaciones de argentinos, que hoy pretende pulverizarse con una inexplicable prisa iconoclasta cobijada al amparo de ideas perimidas, pues, como esperamos demostrarlo con detalle en un posterior trabajo, en nuestra modesta opinión un nuevo Código implicaría un nuevo y excesivo ejercicio de "racionalismo" jurídico, solo que – y a diferencia de los que ocurriera en el Siglo XIX- habría esta vez de nacer herido de muerte por el signo de lo anacrónico, pues – al menos en este aspecto- el programa racionalista codificador es un proyecto "fracasado", como lo demuestra la constatación efectuada por Natalino IRTI sobre el hecho cierto e innegable de que hoy estamos viviendo inmersos en la "edad de la decodificación".

que no guarda sintonía fina ni gruesa, con todo lo que está ocurriendo a nivel global en materia de derecho privado.

Pero más grave todavía es el fracaso del proyecto iluminista en otro aspecto de gran trascendencia histórico política, y que es necesario poner sobre el tapete en este proceso de reformas a fin de ejercer una eficaz colaboración con los respetables propósitos que alientan la labor del PEN, a saber: dicho proyecto filosófico encierra una ilusión que puede desembocar en una trampa harto peligrosa, y que en ese cruel laboratorio constituido por la experiencia humana se demuestra con sólo recordar que la constitución de Weimar de 1918 siguió rigiendo durante todo el período nacionalsocialista, en el cual su líder – a quien ni siquiera me atrevo a nombrar- contó con las mayorías parlamentarias necesarias para reformular todas las leyes que quiso<sup>16</sup>; o que la Italia fascista también contó con los “consensos institucionales” para hacer otro tanto, como que el Código italiano de 1942 fue obra suya<sup>17</sup>.

Esa “trampa totalitaria”, nace de una ilusión, que a su vez configura uno de los mayores fracasos del proyecto político y filosófico de la “ilustración”<sup>18</sup>, la ilusión de creer que el mero funcionamiento formal de las instituciones republicanas, sería suficiente para garantizar legitimidad en las decisiones; pero basta la lógica,

---

<sup>16</sup> Dice bien Gabriel ZANOTTI: «Como todos los alemanes de su generación, y antes también, Habermas queda horrorizado por la experiencia de la segunda guerra. Muchas cavilaciones filosóficas se hicieron entonces –y se siguen haciendo- sobre qué es lo que culturalmente condujo a dicha situación. Muchos postmodernos ven en la segunda guerra la caída total del paradigma de racionalidad que guiaría a Europa después de la Revolución Francesa. Pero no es ese el camino de Habermas, quien se considera heredero de la modernidad» (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, Febrero de 2008, n° 370, p. 26)

<sup>17</sup> Y su ideología terminó “contagiando” e impregnando ese texto, monumental en otros aspectos, como lo ha demostrado SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, incluido en ps. 70 a 113 de la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Lima, 2002, p. 81. El trabajo del autor italiano, cuya lectura íntegra recomendamos calurosamente, configura un sólido, brillante y valiente intento por desenmascarar ciertas perspectivas teóricas *non sanctas* subyacentes en la doctrina y legislación italiana de los años fascistas. Del mismo autor, en colaboración con Pier G. MONATERI, puede consultarse también *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, en Cardozo Electronic Law Bulletin. Accepted Paper – Serie 2009.

<sup>18</sup> Ilusión y fracaso, que, a modo de síntesis, reflejan muy bien los siguientes pasajes: «Si en la época liberal la individuación de una parte de la población era necesaria para la adaptación de la sociedad en su conjunto al estadio alcanzado por la técnica, hoy el funcionamiento del aparato económico exige una dirección de las masas que no se vea ya perturbada por la individuación. La tendencia —determinada por la economía— de la sociedad compleja, que se ha impuesto siempre en la constitución espiritual y física de los individuos, atrofia los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de éste [...] La irracionalidad de la adaptación dócil y solícita a la realidad llega a ser para el individuo más racional que la razón. Si en otro tiempo los burgueses habían introyectado —en sí mismos y en los trabajadores— la constricción como deber de conciencia, el hombre entero se ha convertido, entretanto, en sujeto-objeto de la represión. En el progreso de la sociedad industrial, que pretende haber exorcizado la ley —por ella misma engendrada— de la depauperación creciente, parece ahora la idea misma que justificaba todo: el hombre como persona, como sujeto de la razón. La dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura [...] Esta locura caracteriza a la actual realidad política [...] La incompatibilidad misma de las ideologías, proclamada por los políticos de los partidos adversos, no es ya más que una ideología de la ciega constelación de poder. El estilo de pensamiento según *Tickets*, producto de la industrialización y de su propaganda, se adapta a las relaciones internacionales. El que un burgués elija la lista comunista o la fascista se decide ya según que le impresione más el Ejército Rojo o los laboratorios de Occidente. La reificación —gracias a la cual la estructura de poder, hecha posible únicamente por la pasividad de las masas, se presenta ante éstas como una realidad indestructible— es ya tan acabada que toda espontaneidad, e incluso la simple idea del verdadero estado de cosas, se ha convertido fatalmente en utopía excéntrica, en sectarismo marginal [...] La apariencia – la ilusión- se ha hecho tan densa que el hecho mismo de penetrar en ella y desenmascararla adquiere objetivamente el carácter de alucinación. Elegir una lista significa en cambio cumplir la adaptación a la apariencia petrificada como realidad, que a su vez se produce indefinidamente gracias a dicha adaptación. Justamente por ello, quien vacila es marcado como desertor. Desde Hamlet, la duda ha sido para los modernos, signo de pensamiento y de humanidad. El tiempo perdido representaba y mediaba a la vez la distancia entre lo individual y lo universal, lo mismo que en la economía la circulación media entre el consumo y la producción. Hoy los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas. Sentido de la realidad, adaptación al poder, no son ya resultado de un proceso dialéctico entre el sujeto y la realidad, sino producidos directamente por el mecanismo industrial [...] Si los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, no es porque lo hayan satisfecho plenamente, sino en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura» (HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248)

y lo corroboran los ejemplos históricos dados, para concluir que ese juego institucional solamente puede otorgar validez formal, es decir “legalidad”, pero no legitimidad política a las decisiones. No es el “consenso” de los órganos investidos de poder estatal lo que otorga legitimidad, y no advertirlo es caer en una peligrosa trampa<sup>19</sup>.

Es la trampa del sueño de la razón transformado en pesadilla, por la que «la dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura», pues conduce a atrofiar «los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de éste». En virtud de dicha racionalidad instrumental<sup>20</sup> devenida en locura, hoy «los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas»; y los derechos y libertades del individuo ceden a la imposición de unas estructuras de dominación política, económica, y especialmente científico tecnológica, que constituyen nuevas formas de alienación pues convierten a los hombres en meras ruedas del engranaje social; todo ello determina que «los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, [...] en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura»<sup>21</sup>

Y es la trampa de la “metafísica estatal” que Habermas rechaza, con sólo considerar que al vivir en la época postmetafísica, ya no hay explicación que justifique seguir considerando al estado como el eje absoluto de la actividad humana, lo que no implica que deje de ser un importante elemento en las sociedades complejas<sup>22</sup>. A ello Habermas ha de contraponer la siguiente idea:

«Sospecho, sin embargo que el malestar y la inquietud tienen una raíz más profunda, a saber: el presentimiento y sospecha de que, bajo el signo de una política completamente secularizada, el estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical. Convertir este presentimiento en una idea es la meta de la presente investigación»<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> «[...] la experiencia de los regímenes del socialismo real ha mostrado que la supresión revolucionaria del régimen de producción capitalista no trae consigo de forma necesaria la emancipación de los individuos [...] A estos hechos se añadió muy pronto un tercero: la creciente colaboración y posterior integración tanto de la oligarquía capitalista como de las masas trabajadoras en el estado nacionalsocialista. La teoría crítica ve en este desarrollo, no un acontecimiento contingente sino la consecuencia del proceso de racionalización desencadenado por la Ilustración, que de forma necesaria lleva a la administración total de la sociedad en forma de un estado autoritario. De este modo la teoría crítica se convierte en una crítica total de la razón ilustrada, que de la defensa de los derechos y libertades del individuo pasa a la imposición de unas estructuras de dominación tecnológica que convierte a los hombres en meras ruedas del engranaje social» (BENGOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, Herder, Barcelona 1992, p. 127). Y a propósito de la cita, piénsese que todo el problema de la “dominación tecnológica” se introduce en el Proyecto con el problema del embrión – verdadero individuo de la especie humana, reducido a mera *res* biológica hasta la implantación en el útero- incluso para favorecer y proteger ese auténtico “negocio” del dominio tecnológico – y a costa de la dignidad humana- con normas tales como el anonimato de los donantes de gametos, que violan el derecho a la identidad de aquellas personas “producidas en masa” mediante dichas técnicas de laboratorio.

<sup>20</sup> Desde la perspectiva de análisis de la teoría crítica, racionalidad instrumental, por oposición a racionalidad emancipadora, no es otra cosa que la razón humana misma, deliberadamente puesta al servicio del dominio, sea de la naturaleza, de la economía, o de los hombres. En ese sentido, ha dicho ZANOTTI: «Modernidad es igual, para esta escuela, a control [...] La racionalidad de la modernidad es una racionalidad instrumental: la eficiencia de los medios respecto a los fines. Esto es, dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial y la ganancia capitalista [...] En este sentido, se podría decir que para esta escuela la modernidad, al identificarse con la racionalidad instrumental, se identifica con la dominación, con la explotación y, en ese sentido, ha fracasado» (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, Febrero de 2008, nº 370, p. 26). Nuevamente, adviértase que todo el problema biotecnológico es racionalidad instrumental desplegada como medio al fin del “dominio” de la vida, y que muchos de los aparentes problemas que propone son “falsos problemas” desde una perspectiva ética y jurídica, derivados de permitir que sea la técnica quien dicte la “agenda” al Derecho, y no a la inversa.

<sup>21</sup> Ver las tres notas anteriores.

<sup>22</sup> BOTERO BERNAL, Andrés: *Aproximación al pensamiento lusofilosófico de Habermas*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, 2001/2002, pp. 9-29.

<sup>23</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998. p. 61

## **6.- Salvar la verdadera democracia, exige otros mecanismos de participación y decisión política**

Frente al horror del sueño de la razón transformado en pesadilla que describen sus predecesores, Habermas<sup>24</sup> va a intentar salvar a la razón, y al proyecto de la ilustración, corrigiendo aquellas fallas que objetivamente terminan desembocando en su crisis y fracaso. Para este autor dicho proyecto no ha fracasado, sino que se encuentra incompleto e inacabado, por no haber dado a la razón su cauce natural de expresión que, según se ha de ver, va a encontrar en la acción comunicativa humana.

6.1. Para Habermas, la legitimidad del ordenamiento jurídico, y por tanto la superación de la permanente tensión entre facticidad y validez, no es otra cosa que un juego del lenguaje, un resultado de la acción comunicativa humana desplegada a fin de perseguir una conciliación de variadas representaciones del mundo y su significado<sup>25</sup>; ese juego exige la articulación mental (articulación espiritual), de un espacio público de múltiples voces, donde todas y cada una pueda hacerse oír<sup>26</sup>, todo ello a fin de alcanzar «una “conciliación” del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral –“conforme a una ley general de la libertad”- merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios»<sup>27</sup>.

En su célebre *Teoría de la acción comunicativa*<sup>28</sup>, Habermas ha de presentar al debate en el ámbito del espacio público como la verdadera posibilidad de superar las tensiones y conflictos sociales, mediante la búsqueda de consensos que permitan el acuerdo y la cooperación, a pesar de los naturales y comprensibles disensos<sup>29</sup>. Para el autor, la opinión pública, es un elemento central de su propuesta de política deliberativa, la verdadera alternativa para superar los déficits democráticos de los sistemas políticos contemporáneos que se denuncian desde la escuela crítica de Frankfurt. Esa opinión pública, puede ser manipulada y deformada,

---

<sup>24</sup> Pensamiento que habremos de glosar, sin que ello implique, obviamente, aceptar todos los puntos de vista y conclusiones del agudo autor – ni la de sus glosadores que aquí se habrán de citar- sino tan sólo aquellas que hacen al objeto central de esta exposición.

<sup>25</sup> «La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular, o a un macrosujeto estatal- social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa [...] Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen, desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de los imperativos sistémicos» (HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 65- 67)

<sup>26</sup> *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los librerías alemanes]

<sup>27</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 91

<sup>28</sup> Taurus, Madrid, 1992

<sup>29</sup> «La racionalidad comunicativa, por lo tanto, es una acción dialógica, implica un diálogo con el otro, para lo cual existen por ende tres condiciones de diálogo: verosimilitud, rectitud, sinceridad. A lo cual habría que agregar una cuarta: que el que dialoga con nosotros acepte nuestras intenciones de diálogo mediante una consideración crítica, analizada racionalmente (“racionalmente motivado”) y no por otros motivos, como son los premios o castigos, donde entonces se termina el diálogo y comienza nuevamente la dominación [...] Quisiera que detrás de estos tecnicismos no se olvide la intención de este autor: rescatar la racionalidad, y con ello, la modernidad. La libertad de la cual hablaba la Revolución francesa no se ha perdido del todo en la alienación de la racionalidad instrumental. Queda aún la libertad en el diálogo, la comunicación con el otro, que debe ser aquello que alimenta de fondo a una vida democrática. El diálogo es, por ello mismo, esa instancia donde se encuentran todas las personas que piensan diferente en temas religiosos y metafísicos, pero que se encuentran libres e iguales en una acción dialógica. Acción dialógica que es la norma básica, la ética del discurso fundamental en la cual todos deben coincidir precisamente por lo que difieren, una especie de imperativo categórico donde se salva la racionalidad del otro y su libertad, y debe ser base de toda vida democrática [...] La racionalidad de la modernidad, por ende, no ha fracasado, porque ella no es un proyecto con resultados palpables, sino la ética del discurso que debe imperar en una sociedad de personas libres e iguales, una vez que las diferencias religiosas y metafísicas han sido superadas por esta racionalidad post-kantiana. La modernidad no ha fracasado en la medida que la modernidad sea igual a la ética del discurso. Una democracia constitucional moderna no es más que un intento de plasmar políticamente ese ideal» (ZANOTTI: *Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, Febrero de 2008, n° 370, p. 26)

pero pagando altísimos costos, pues constituye el verdadero e insustituible eje de la cohesión social, de la construcción y legitimación (o deslegitimación) política<sup>30</sup>. Las libertades individuales y políticas dependen de la dinámica que se suscite en dicho espacio público, que Habermas ha caracterizado del siguiente modo, a lo largo de los años:

«Por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos. En cada conversación en la que los individuos privados se reúnen como público se constituye una porción de espacio público. [...] Los ciudadanos se comportan como público, cuando se reúnen y conciertan libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar y publicar libremente su opinión, sobre las oportunidades de actuar según intereses generales. En los casos de un público amplio, esta comunicación requiere medios precisos de transferencia e influencia: periódicos y revistas, radio y televisión son hoy tales medios del espacio público»<sup>31</sup>

«La esfera o espacio de la opinión pública es, ciertamente, un fenómeno social tan elemental como la acción, el acto, el grupo, o el colectivo; pero escapa a los conceptos tradicionales del orden social. La esfera o el espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos»<sup>32</sup>

«El *commonsense* democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él»<sup>33</sup>

6.2. Desde estos presupuestos, Habermas ha de discurrir sobre caminos ya trazados por Kant, para quien las leyes y las decisiones políticas requieren una justificación que sólo pueden encontrar en la fuerza de la razón, una razón que se hace manifiesta en el debate de la opinión pública. El uso público de la razón tiene el poder de la fuerza coactiva de la no coacción<sup>34</sup>:

«La verdadera política no puede dar ni un paso sin rendir antes tributo a la moral, y aun cuando la política es por sí misma un arte difícil, de ningún modo es su asociación con la moral arte alguno; porque ésta atajaría gordianamente el nudo que aquélla fuera incapaz de desatar tan pronto como ambas comenzaran a disputar»<sup>35</sup>

Sin embargo, desde la crítica neomarxista ejercida por la escuela de Frankfurt, Habermas tiene frente a su horizonte intelectual una constatación efectuada por sus predecesores, a saber: que la discusión parlamentaria muchas veces no manifiesta la razón de todos los afectados por la legislación, de todos los

---

<sup>30</sup> BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001, P. 51-70.

<sup>31</sup> HABERMAS, J.: *Kultur und Kritik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 6, citado por BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

<sup>32</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 440

<sup>33</sup> HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del "premio de la paz" de los libreros alemanes]

<sup>34</sup> BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001

<sup>35</sup> KANT, *Werke*, vol. VI, E. CASSIRER (ed.), Berlín: Cassirer, p. 467, citado por J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G. Gili, 1981, p. 136

ciudadanos teóricamente representados, sino la voluntad del grupo o de los grupos socialmente dominantes<sup>36</sup>. Hay un dominio de determinados sectores sociales en la vida parlamentaria y en las decisiones del ejecutivo, con lo cual se pone en cuestión la legitimación política del orden burgués<sup>37</sup>:

«Como es natural, el *consensus* fabricado tiene poco en común con la opinión pública, con la unanimidad final resultante de **un largo proceso de recíproca ilustración**; porque el “interés general”, sobre cuya base [...] podía llegar a producirse libremente una coincidencia racional entre las opiniones públicamente concurrentes, ha ido desapareciendo exactamente en la medida en que la autopresentación publicística de intereses privados privilegiados se lo iba apropiando»<sup>38</sup>

6.3. Los ciudadanos son verdaderos «portadores del espacio público» y en él dialogan en **un largo proceso de recíproca ilustración**. Tal es la interacción comunicativa, es decir, la práctica comunicativa cotidiana que se produce a partir de la inteligibilidad general de los lenguajes, sean estos seculares o religiosos. El autor llega a reprochar a la fenomenología el no haber todavía «comprendido plenamente que el lenguaje es la telaraña de cuyos hilos cuelgan los sujetos, y en los cuales llegan a formarse como sujetos»<sup>39</sup>.

Este intercambio comunicativo produce argumentos, influencias y *opiniones*. La opinión pública puede manipularse e instrumentalizarse, pero a costa de perder su fuerza de eficacia para proporcionar una legitimación racional. Cuando el espacio del juego lingüístico no permite la sinceridad en las expresiones y las críticas abiertas, se pierde la capacidad de interacción entre los agentes sociales y la articulación necesaria entre ellos (integración social); la coacción puede reprimir y enmascarar, pero no elimina las contradicciones, sino que, por el contrario, las incrementa<sup>40</sup>

De la buena salud, de la espontaneidad del espacio de opinión pública, y la verdadera autonomía de la voluntad de los ciudadanos, dependen la legitimación de las decisiones políticas y la regulación de la cohesión social. Por ello, el autor entiende necesario distinguir entre poder comunicativo y poder político<sup>41</sup>; el primero pertenece a la opinión pública y consiste en la posibilidad de producir discursivamente motivaciones y convicciones compartidas, que se concretan en una voluntad común; el segundo concierne a la pretensión de dominio sobre el sistema político y el empleo del poder administrativo. De allí que Habermas proponga:

«considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código «poder», al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de

---

<sup>36</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 42. Por ejemplo, en Francia, la legislatura que aprobó el Code, representaba apenas el 6% de la población.

<sup>37</sup> BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001

<sup>38</sup> HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*....., p. 222, el destacado me pertenece

<sup>39</sup> HABERMAS, J.: *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, p. 124, citado por BENGIOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, p. 133.

<sup>40</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 444-445.

<sup>41</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 216-217; glosando su contenido, se ha dicho: «En este capítulo cuarto son centrales la reformulación que se hace del principio de “división de poderes” en términos de “teoría del discurso” y el concepto que se introduce de “poder comunicativo”, en el que se funden, como en una única fuente, poder y derecho; es el punto en el que Habermas lleva hasta sus últimas consecuencias la idea democrática de autonomía política y, por tanto, de la posibilidad de disolver el poder de la razón, haciendo derivar del “poder producido por la voluntad en el que deliberativamente muchos se ponen de acuerdo” [...] el poder político-administrativo encargado de imponer el derecho introduciendo con ello una fundamental diferenciación en el concepto de poder político, y por tanto, en el concepto de lo político» (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 11)

la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados»<sup>42</sup>

Para Habermas el auténtico y verdadero motor de la política democrática, no solamente en un sentido real empírico, sino incluso también en sentido normativo, es el espacio del libre juego de la opinión pública. Por ello, el modelo a seguir, a fin de superar y no agravar debilidades del sistema democrático, es el de política deliberativa. En este modelo, «la soberanía popular» equivale a la libre formación de la opinión pública, y ocupa un lugar central en los requisitos procedimentales que *deben* exigirse para la legitimación de las prácticas y las decisiones políticas:

«Los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho [...] permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos. Sin duda, [...] el presupuesto de un espacio público político no hipotecado, es un presupuesto carente de realismo; pero bien entendido, no se le puede calificar de utópico en sentido peyorativo. Pues podría cumplirse a medida que surgiesen sociedades formadoras de opinión en torno a las que pudiesen cristalizar espacios públicos autónomos, y, resultando estos perceptibles como tales, introdujesen cambios en el espectro de los valores, los temas y las razones que en los medios de comunicación de masas, en las organizaciones formales, y en los partidos solo se canalizan a través de relaciones de poder, deslimitando innovadoramente ese espectro, a la vez que filtrándolo críticamente»<sup>43</sup>

## **7.- Significado actual de los Códigos históricos, como auténticos modos de expresión de la cultura de un pueblo**

Con prescindencia de los hechos que les dieran origen, y del juicio crítico que ello merezca, al día de hoy los códigos históricos – enriquecidos con sucesivas reformas, y por la paciente labor de aplicación de frondosa doctrina y jurisprudencia- forman parte del depósito cultural de los pueblos donde han regido, y a fuer de tales configuran verdaderos hitos de carácter democrático, porque allí se encuentran plasmados tácitos consensos acerca del sistema de representaciones sobre la vida en común.

Su espontáneo acatamiento por parte de la comunidad, es prueba del acuerdo social sobre los valores allí reflejados, y por lo tanto representan verdaderas “piedras vivas y angulares” en un sistema democrático, que deben ser tratadas con sumo respeto.

No es que no pueda hacerse, pero – a fin de evitar una auténtica avalancha- ha de tenerse extremo cuidado, máxima precaución a la hora de remover esas “piedras vivas”, tal como lo señala la mejor tradición filosófica y jurídica de occidente.

Es que el derecho no se reduce a la ley. La voz del legislador, genera un coro de voces en la doctrina, en la jurisprudencia, y en las conductas espontáneas de los ciudadanos; todo ese entramado de múltiples voces, de distinto tono y volumen, tiene el sello de la juridicidad, y olvidarlo configura el anacrónico ejercicio de un racionalismo excesivo para nuestros tiempos<sup>44</sup>. Cuando se suprime la voz del legislador, ese

---

<sup>42</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 217-218

<sup>43</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op. cit., p. 614

<sup>44</sup> Bien expresa ORTEGA y GASSET (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13): “En las revoluciones intenta la abstracción sublevarse contra lo concreto; por eso es consustancial a las revoluciones el fracaso. Los problemas humanos no son, como los astronómicos, o los químicos, abstractos. Son problemas de máxima concreción, porque son históricos. Y el único método de pensamiento que proporciona alguna probabilidad de acierto en su manipulación es la «razón histórica». Cuando se contempla panorámicamente la vida pública de Francia durante los últimos ciento cincuenta años, salta a la vista que sus geómetras, sus físicos y sus médicos se han equivocado casi siempre en sus juicios políticos, y que han sabido, en cambio, acertar sus historiadores. [...]”

coro polifónico se desvanece, porque las restantes voces – las pertenecientes a la Asamblea, si se me permite la analogía litúrgica- quedan retumbando en el vacío, como un eco muerto y carente de sentido.

Pues como enseñaba el maestro Guillermo Borda:

«Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código —si se nos permite el término— ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquéllos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos»<sup>45</sup>

Es una respuesta que se aproxima muchísimo a la que proporcionaba Santo Tomás:

«**Objeciones** por las que parece que la ley humana debe modificarse siempre que se encuentra algo mejor [...] **En cambio** está lo que se dice en el *Decreto*, dist.12: *Es una vergüenza ridícula y abominable que toleremos la violación de las tradiciones que desde la antigüedad recibimos de nuestros mayores* **Solución.** Hay que decir: Según ya vimos (a.1), en tanto es legítimo cambiar una ley en cuanto con su cambio se contribuye al bien común. Ahora bien, por sí mismo, el cambio de las leyes comporta ciertos riesgos para el bien común. Porque la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso, cuando se cambia una ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre. De aquí que la ley humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por éste. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial. Por eso dice el Jurisconsulto que *la institución de nuevas leyes debe reportar una evidente utilidad que justifique el abandono de aquellas otras que durante mucho tiempo fueron consideradas equitativas*»<sup>46</sup>.

Tales enseñanzas, mantienen toda su actualidad en la hora presente donde, con “tres palabras rectificadoras del legislador”, podríamos estar a punto de convertir “bibliotecas enteras en basura”, para emplear la conocida fórmula de Julius Von Kirchmann, y producir un hecho de características “revolucionarias”, según incluso lo ha definido un vocal de la Excm. CSJN.

Pero toda revolución implica una verdadera ruptura en la lógica de los antecedentes, y por lo tanto ha de sopesarse con extrema prudencia su conveniencia, pues, tras sus banderas, no pocas veces en la historia se han enmascarado actos de características antidemocráticas impuestos autoritariamente a la mayoría, por una minoría. Vaya, si no, la siguiente cita de Ortega y Gasset – a quien, ciertamente, no podría acusarse de tomista- coincidente con Tomás de Aquino acerca de la necesidad de una continuidad en el plano del derecho, y de lo peligroso de las revoluciones: «Las revoluciones, tan incontinentes en su prisa, hipócritamente generosa, de proclamar derechos, han violado siempre, hollado y roto el derecho fundamental

---

Tres siglos de experiencia «racionalista» nos obligan a recapitular sobre el esplendor y los límites de aquella prodigiosa *raison* cartesiana. Esta *raison* es sólo matemática, física, biológica. Sus fabulosos triunfos sobre la naturaleza, superiores a cuanto pudiera soñarse, subrayan tanto más su fracaso ante los asuntos propiamente humanos e invitan a integrarla en otra razón más radical, que es la «razón» histórica. [...] Ésta nos muestra la vanidad de toda revolución general, de todo lo que sea intentar la transformación súbita de una sociedad y comenzar de nuevo la historia, como pretendían los confusionarios del 89. Al método de la revolución opone el único digno de la larga experiencia que el europeo actual tiene a su espalda”

<sup>45</sup> BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Vol I, nº 124.

<sup>46</sup> SUMMA: I – II, q 97, a 2.

del hombre, tan fundamental, que es la definición misma de su sustancia: el derecho a la continuidad. La única diferencia radical entre la historia humana y la «historia natural» es que aquélla no puede nunca comenzar de nuevo [...]»<sup>47</sup>.

Por esta razón es que, en puridad, los grandes códigos históricos como el francés, el alemán, el español, o el chileno, (¿por qué no incluir al nuestro en esa lista, o qué extraño complejo de inferioridad lo impediría?) se modifican en función de las nuevas necesidades que se van presentando, pero no se sustituyen<sup>48</sup>, porque allí se trata con mucho respeto su legado cultural; una herencia que no pertenece a un grupo de académicos con aspiraciones de grandeza, sino a todo un pueblo en el que no solamente hay simples abogados, escribanos y procuradores sin pretensiones de docencia universitaria, sino también médicos, ingenieros, contadores, comerciantes, agricultores, etc., que han llegado a incorporar esas grandes leyes a sus sistemas de representaciones sobre la vida en sociedad, y no tienen por qué ser víctimas de las especulaciones doctrinarias de un puñado de intelectuales a quienes para nada les importa dar las espaldas a esa inmensa mayoría<sup>49</sup>, que ha de terminar sufriendo las consecuencias de sus "brillantes" – y, en algunas ocasiones, impracticables, cuando no directamente trasnochadas- ideas<sup>50</sup>.

## **8.- Si pretendemos que nos tomen en serio, debemos actuar como lo hacen los países serios**

Pero aún en aquellos supuestos en los que – por múltiples razones que no es del caso examinar en este lugar<sup>51</sup>- se decide encarar procesos de reforma integral, cabe aclarar que en los países serios y con verdadera cultura democrática, esos procesos de derogación y sustitución por códigos completamente nuevos requieren, para emplear palabras de HABERMAS, **un largo proceso de recíproca ilustración**.

Es un proceso que se mide en años, y no en meses, como parecería estar en mente de ciertas autoridades en el orden nacional, y de algunos de los actores privados promotores de la reforma. Y es que no se pueden hacer "a las apuradas" cosas de esta envergadura.....

---

<sup>47</sup> Y continúa nuestro autor, del siguiente modo: «Köhler y otros han mostrado cómo el chimpancé y el orangután no se diferencian del hombre por lo que, hablando rigurosamente, llamamos inteligencia, sino porque tienen mucha menos memoria que nosotros. Las pobres bestias se encuentran cada mañana con que han olvidado casi todo lo que han vivido el día anterior, y su intelecto tiene que trabajar sobre un mínimo material de experiencias. Parejamente, el tigre de hoy es idéntico al de hace seis mil años, porque cada tigre tiene que empezar de nuevo a ser tigre, como si no hubiese habido antes ninguno. El hombre, en cambio, merced a su poder de recordar, acumula su propio pasado, lo posee y lo aprovecha. El hombre no es nunca un primer hombre: comienza desde luego a existir sobre cierta altitud de pretérito amontonado. Éste es el tesoro único del hombre, su privilegio y su señal. Y la riqueza menor de ese tesoro consiste en lo que de él parezca acertado y digno de conservarse: lo importante es la memoria de los errores, que nos permite no cometer los mismos siempre. El verdadero tesoro del hombre es el tesoro de sus errores, la larga experiencia vital decantada gota a gota en milenios. Por eso Nietzsche define el hombre superior como el ser "de la más larga memoria". [...] Romper la continuidad con el pasado, querer comenzar de nuevo, es aspirar a descender y plagiar al orangután. Me complace que fuera un francés, Dupont-Withe, quien, hacia 1860, se atreviese a clamar: « La continuité est un droit de l'homme: elle est un hommage à tout ce qui le distingue de la bête ».... » (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13/14)

<sup>48</sup> Para escándalo de algunos de sus oyentes, lo señaló en Tucumán Christian LARROUMET durante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en oportunidad de recibir su doctorado "Honoris Causa" de la UNT

<sup>49</sup> Refiriéndose al problema de la unificación europea, ha dicho Christian LARROUMET (*La unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa*, en Revista de Derecho Privado, nueva época, año V, n° 13-14, México 2006, pp. 69-80): «El Derecho es el producto de una civilización con su comportamiento, su manera de pensar [...] No se puede reducir el Derecho a un puro fenómeno técnico de tipo económico y olvidar el aspecto cultural [...] los proyectos de textos de unificación han sido o son elaborados sólo por profesores de facultades de Derecho, los cuales han privilegiado el aspecto técnico de los conceptos y de los mecanismos jurídicos, los cuales no corresponden necesariamente a la tradición cultural nacional»

<sup>50</sup> Ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss., donde se habla de las «soluciones "milagrosas" propuestas por sólo alguno de los redactores, y repudiadas o desconocidas en el resto del mundo, o por toda la doctrina nacional»; en idéntico sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119

<sup>51</sup> En líneas generales, puede decirse que se ha producido en aquellos países que no habían tenido códigos propios; ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.

Para formarse una muy pálida idea acerca del tiempo y estudio que debe llevar un proceso de reformas, nos permitimos recordar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y de prescripción data del año 2005, y todavía no ha sido sancionado, y que el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de España es del año 2008, con idéntico resultado negativo<sup>52</sup>. Con mayor razón ese tiempo es mucho más extenso, cuando se trata de la derogación de códigos históricos, y su sustitución por otros completamente nuevos. Una vez más, y sólo a fin de formarse una idea, vayan los siguientes ejemplos, suficientemente ilustrativos:

8.1. El proceso de reformas de la legislación civil de Quebec demandó 36 años hasta su sanción, y 39 hasta su entrada en vigencia. En 1955, el Gobierno de Quebec emprendió una reforma del Código Civil con la aprobación de la *Ley sobre la revisión del Código Civil*. Se creó la *Oficina de Revisión del Código Civil*, para dirigir el proyecto – y se formaron una serie de comisiones para hacer recomendaciones sobre la reforma de varias áreas del derecho civil- que produjo informes, celebró consultas, y presentó un Proyecto de Código Civil, con sus comentarios, a la Asamblea Nacional de Quebec en 1978. Tras nuevas consultas durante la década de 1980, las partes del libro de Derecho de Familia fueron adoptadas. El proceso de consulta continuó hasta la década de 1990, y el proyecto de nuevo Código Civil de Quebec se presentó en la Asamblea Nacional el 18 de diciembre de 1990. Fue aprobada el 8 de diciembre de 1991, y entró en vigor en 1994<sup>53</sup>.

8.2. Un tiempo todavía mayor demandó la reforma en Holanda: 30 años hasta su aprobación, y 45 hasta su definitiva entrada en vigor. Ya con anterioridad a dicho proceso, en 1928, el Profesor MEIJERS hablaba de 100 puntos a reformar en el Código vigente, aunque por entonces no pensaba en su sustitución. Convertido en una figura de prestigio nacional tras el final de la segunda guerra, por haber sobrevivido a los campos de concentración, por Decreto real de 1947 se le encomendó la redacción de un nuevo Código, tarea a la que se avocó de inmediato. Tras su muerte, acaecida en 1954, su trabajo fue continuado por tres juristas de reconocido prestigio. Se publicó el texto del Libro 5 (Derechos reales) en 1955 y del libro 6 (De las obligaciones en general) en 1961. La publicación de libros individuales fue acompañada por extensos comentarios. En los años sesenta, los trabajos estuvieron repartidos entre un grupo creciente de personas. El 20 de abril de 1977, los libros 3, 5 y 6 fueron aprobados por la Segunda Cámara del Parlamento. La puesta en vigencia se difirió originalmente para 1984, pero a raíz de la oposición política, fue necesario esperar hasta el 01 de enero 1992 para que el derecho económico del nuevo Código Civil holandés, pudiese entrar en vigor<sup>54</sup>. De paso, repárese en los tiempos de ultraactividad de las leyes derogadas, que al igual que en el caso anterior, fueron varios años.

8.3. En Italia, el proceso de reformas demandó 17 años, hasta su entrada en vigor. La Comisión que redactara el Código italiano de 1942 entró en funciones en 1925, presidida por V. SCIALOJA, y trabajó por más de 10 años. Dicho sea siquiera al pasar, el italiano es uno de los contados "ejemplos" de códigos completamente nuevos, pues la mayoría de los países trata con muchísimo respeto su legado cultural, pero es un caso que tiene su explicación en la aspiración nacionalista de contar con un Código "propio", pues el de

---

<sup>52</sup> Ambos son mencionados en la Resolución (CD) N° 5626/09 de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la UBA, y en la presentación de la segunda edición del Código Civil sistematizado, dirigido por Atilio ALTERINI, y publicado por La Ley..

<sup>53</sup> MJQ: "A Short History of the Civil Code Reform", in *Ministère de la Justice du Québec* Web site, January 19, 2006 (<http://www.justice.gouv.qc.ca/english/ministere/dossiers/code/code-a.htm>)

<sup>54</sup> DANKERS-HAGENAARS, Diana: *Le Nouveau Code Civil Néerlandais de 1992. Aspects de la politique et de la technique législatives*, en : <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=126>; LANGEMEIJER, *La réforme du Code civil néerlandais*, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°1, Janvier-mars 1965. pp. 55-72.

1865 era, con variantes, un texto tributario del Code Napoleón<sup>55</sup>.

8.4. Otro ejemplo histórico que confirma la necesidad de **un largo proceso de recíproca ilustración** a fin de legitimar racionalmente la sustitución de un Código por otro, puede verse en el proceso codificador en Portugal. Allí, una Comisión integrada por los más destacados juristas portugueses, (Universidades de Coimbra, Lisboa y Oporto), trabajó empeñosamente durante 22 años en la elaboración del proyecto que recibió sanción en 1966. El trabajo fue paciente y cuidadoso; los miembros de la comisión, a medida que redactaban sus anteproyectos, publicaban en el "Boletim do Ministerio da Justiça" artículos de doctrina para explicar el alcance de las modificaciones que proponían. Los anteproyectos de los distintos libros fueron presentados a partir del año 1956, y sobre ellos trabajó una comisión revisora, que produjo una serie de opiniones y dictámenes, compilados en cinco volúmenes, con el título de "Primera Revisión Ministerial", que fueron publicados entre 1961 y 1963, para facilitar su conocimiento y análisis por los entendidos. Después de recibir numerosas sugerencias y críticas, se efectuó una "Segunda Revisión Ministerial", publicada entre 1964 y 1966, en siete volúmenes, que también fuera objeto de discusión, antes de arribarse al Proyecto definitivo, que se presentó en mayo de 1966, y acabó por convertirse en ley seis meses después<sup>56</sup>.

Al igual que el Código italiano de 1942, se trató de un Código nuevo que vino a reemplazar al de 1867. Pero al igual que en Italia, fue fruto de un hecho autoritario de la dictadura de Antonio Oliveira Salazar..... Y no obstante ello, en ambos casos se siguieron procedimientos formales de discusión mucho más "democráticos", mucho más sinceramente dirigidos a una búsqueda de verdadero y auténtico consenso entre los destinatarios de esas leyes (y no meramente entre los encargados de sancionarlas), que los que parecería – y digo parecería, desnudando mis temores más profundos, pero esperando de corazón estar equivocado- que hoy pretende aplicarse en nuestro país....

Y todo ello agravado porque el plazo de entrada en vigencia previsto – tan exiguo como inusual a la luz de los antecedentes examinados, especialmente en el caso holandés- ha de traer trastornos muy serios al momento de su implementación en nuestro ya colapsado sistema de administración de Justicia<sup>57</sup>, y en nuestro cada vez más desprestigiado régimen de enseñanza universitaria. Pero eso merece otro análisis específico.

## **9.- Una labor seria y responsable requiere tiempo, apertura al diálogo, debate, y mucha paciencia**

En síntesis, ningún proceso de reforma serio se efectúa hoy en el mundo civilizado, del modo que se está pretendiendo implementar en Argentina; por el contrario, si de verdad se quiere que la derogación del Código vigente, y su sustitución por otro enteramente nuevo, goce de auténtica legitimidad democrática, y de prestigio académico y político, es necesario articular un espacio público de múltiples voces en el que todas tengan el tiempo y la oportunidad de expresarse, a fin de generar **un largo proceso de recíproca ilustración**

<sup>55</sup> *Codice Civile. Comentario*, Diretto da Mariano D' AMELIO, Firenze 1940, Vol I, p. 1 a 4.

<sup>56</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El nuevo Código civil de Portugal – 1967*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXX, 1966, Nº 4-5, p, 243-245.

<sup>57</sup> Se trata de no agudizar la crisis judicial, uno de cuyos factores es el incremento de la litigiosidad, no sólo en cuanto al número de procesos, sino, también en cuanto a la multiplicación de articulaciones de todo tipo, dentro de cada proceso. Si eso acontece con leyes que han tenido la decantación de más de un siglo, con abundancia de doctrina y jurisprudencia, es fácil pronosticar lo que acontecerá con un Código nuevo, para el que cada regla deberá ser sometida a análisis. Hasta que se elabore una nueva doctrina y se asiente la jurisprudencia, pasarán años, años perdidos en devaneos jurídicos que difícilmente el pueblo comprenderá. Preguntémosnos qué ocurrirá si ahora se sanciona un nuevo Código. Jura novit curia. Los jueces deberán estudiarlo y, sobrecargados como ya están de trabajo, no podría pedírseles que roben horas al sueño, a ese dulce sueño que -al decir de Shakespeare- alimenta la vida. Fatalmente se producirá una disminución del tiempo empleado para sentenciar, incrementándose la del estudio del Código por venir. Y ni hablar de los problemas que habrán de generarse, cuando una causa hubiera tramitado íntegramente bajo la vigencia del viejo Código, pero debiere ser fallada bajo el imperio del nuevo.

entre todas ellas<sup>58</sup>.

Es imprescindible ese proceso – extendido en un tiempo que se mide en años, y no en meses- de recíproca interacción comunicativa, no solamente entre los miembros de la comunidad jurídica, sino también y muy especialmente entre todos los integrantes del espacio público, pues en definitiva serán los destinatarios últimos de la reforma.

Y, en atención a la naturaleza misma de algunas de las reformas propuestas, entre esas voces que deben ser escuchadas muchas veces, con sumo respeto y atención, reviste capital importancia la de las distintas confesiones religiosas<sup>59</sup>, en especial la de aquella que nuestra Constitución Nacional dice “sostener”, en su artículo 2.

Pues, retomando el pensamiento del conocido filósofo alemán enrolado en la escuela de Frankfurt, el diálogo y el consenso en que se fundamenta la legitimidad de la toma de decisiones en un estado pluralista y democrático moderno, no es una cuestión de meras mayorías circunstanciales, sino que supone la

---

<sup>58</sup> Ver: nuestro trabajo: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez.....* citado en nota 1

<sup>59</sup> Bien ha dicho Habermas, sobre el punto: «Tan pronto como una cuestión existencialmente relevante – piensen ustedes en la de la tecnología genética – llega a la agenda pública, los ciudadanos, creyentes y no creyentes, chocan entre sí con sus convicciones impregnadas de cosmovisión, haciendo una vez más experiencia del escandalizador hecho del pluralismo confesional y cosmovisional. Y cuando aprenden a arreglárselas sin violencia con este hecho, cobrando conciencia de la propia falibilidad, se dan cuenta de qué es lo que significan en una sociedad postsecular los principios seculares de decisión establecidos en la constitución política. Pues en la disputa entre las pretensiones del saber y las pretensiones de la fe, el Estado, que permanece neutral en lo que se refiere a cosmovisión, no prejuzga en modo alguno las decisiones políticas en favor de una de las partes. La razón pluralizada del público de ciudadanos sólo se atiene a una dinámica de secularización en la medida en que obliga a que el resultado se mantenga a una igual distancia de las distintas tradiciones y contenidos cosmovisionales. Pero dispuesta a aprender, y sin abandonar su propia autonomía, esa razón permanece, por así decir, osmóticamente abierta hacia ambos lados, hacia la ciencia y hacia la religión [...] Cuando se describe lo que una persona ha hecho, lo que ha querido hacer y lo que no hubiera debido hacer, estamos describiendo a esa persona, pero, ciertamente, no como un objeto de la ciencia natural. Pues en ese tipo de descripción de las personas penetran tácitamente momentos de una autocomprensión precientífica de los sujetos capaces de lenguaje y de acción, que somos nosotros. Cuando describimos un determinado proceso como acción de una persona, sabemos, por ejemplo, que estamos describiendo algo que no se explica como un proceso natural, sino que, si es menester, precisa incluso de justificación o de que la persona se explique. Y lo que está en el trasfondo de ello es la imagen de las personas como seres que pueden pedirle cuentas los unos a los otros, que se ven desde el principio inmersos en interacciones reguladas por normas y que se topan unos con otros en un universo de razones y argumentos que han de poder defenderse públicamente [...] Y esta perspectiva que es la que siempre estamos suponiendo en nuestra existencia cotidiana, explica la diferencia entre el juego de lenguaje de la justificación y el juego de lenguaje que representa la pura descripción científica [...] El commonsense está, pues, entrelazado con la conciencia de personas que pueden tomar iniciativas, cometer errores, corregir errores, etc. Y ese commonsense afirma frente a las ciencias una estructura de perspectivas que tiene una lógica propia y que tiene un sentido propio [...] de hecho, el reverso de la libertad religiosa fue una pacificación del pluralismo cosmovisional que supuso una diferencia en las cargas de la prueba. Pues la verdad es que hasta ahora el Estado liberal sólo a los creyentes entre sus ciudadanos les exige que, por así decir, escindan su identidad en una parte privada y en una parte pública. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular antes de que sus argumentos tengan la perspectiva de encontrar el asentimiento de mayorías. Y así hoy, católicos y protestantes, cuando reclaman para el óvulo fecundado fuera del seno materno el estatus de un portador de derechos fundamentales, hacen la tentativa (quizá algo apresurada) de traducir el carácter de imagen de Dios que tiene la creatura humana al lenguaje secular de la constitución política. La búsqueda de razones que tienen por meta conseguir la aceptabilidad general, sólo dejaría de implicar que la religión queda excluida inequitativamente de la esfera pública, y la sociedad secular sólo dejaría de cortar su contacto con importantes recursos en lo tocante a creación y obtención de sentido de la existencia, si también la parte secular conservase y mantuviese vivo un sentimiento para la fuerza de articulación que tienen los lenguajes religiosos. Los límites entre los argumentos seculares y los argumentos religiosos son límites difusos. Por eso la fijación de esos controvertidos límites debe entenderse como una tarea cooperativa que exige de cada una de las partes ponerse también cada una en la perspectiva de la otra [...] El commonsense democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él» HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la Pauskirche de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los liberos alemanes]

**articulación mental de un espacio público de múltiples voces.** Entre esas múltiples voces se encuentra «una tradición religiosa de cuyos contenidos normativos nos seguimos, sin embargo, nutriendo», y por ello «debe tomarse su objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él»<sup>60</sup>

Es imprescindible que todas las voces posibles tengan múltiples oportunidades de hacerse oír eficazmente<sup>61</sup>; que quienes tuvieron ya ocasión de hacer oír su voz, por haber contado con el privilegio de participar en la elaboración del proyecto, guarden hoy un respetuoso silencio, y se dispongan a escuchar a quienes todavía no tuvieron oportunidad de expresarse. Después habrá de venir el turno de defender lo hecho y contestar, para luego aguardar pacientemente una nueva réplica en un largo proceso dialéctico y hermenéutico hacia la búsqueda de verdaderos consensos, que en definitiva persigan capturar ese aspecto dialógico que existe en la estructura misma del aprendizaje de la verdad.

Pues la verdad no puede imponerse por la fuerza física, pero tampoco por la fuerza lingüística, esto es, por recursos lingüísticos emocionales, o persuasivos; de allí «cada vez que tratamos de explicar y enseñar la verdad, por más certeza que tengamos sobre ella, el otro tiene derecho a interpelarnos [...] Por ende, toda verdad propuesta es un camino hacia un diálogo implícito. Y ese diálogo es, a su vez, el camino humano hacia la verdad [...] Por supuesto, todo esto es así en caso de que el ser humano esté cumpliendo con el deber de buscar la verdad, concomitante al deber de proponer, no imponer y dejarse interpelar [...] De lo anterior se desprende que estar abierto a la crítica del otro no es fruto de dudar de lo que uno dice, sino de reconocer en el otro su condición de persona, que sólo puede ver la verdad mediante argumentos y evidencias que dejan de lado toda coacción [...] Se debe desconfiar moralmente, por ende, de cualquiera que esté en condición de hablar sin tener la posibilidad de ser interpelado de algún modo»<sup>62</sup>

Todo ello requiere un largo proceso, un extenso tiempo que no pueden proporcionarlo los procedimientos de debate parlamentario, a fin de que decanten los argumentos, y maduren las ideas.

Y sobre todo, un tiempo necesario a fin de que se apacigüen las ambiciones, se aquieten las pasiones, y puedan brillar las ideas. Las pasiones de quienes pusieron su fuerza espiritual en la elaboración del proyecto, y es humanamente comprensible que quieran ver materializada en la realidad esa obra de su espíritu. E igualmente, las pasiones de quienes no hubieran sido llamados a participar en dicha labor, y puedan – con razón, o sin ella- sentirse preteridos, desplazados, u olvidados, pues ello también es humanamente atendible.

Pues únicamente el tiempo posee esa virtualidad de generar los necesarios espacios vitales que conduzcan a purificar las intenciones, diluir las pasiones, y clarificar las ideas....

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen: *Fe y Saber*, antes citado

<sup>61</sup> «El segundo paso, luego de la aprobación de la ley de “bases”, es la elaboración de los anteproyectos, que deben someterse también a un adecuado debate de toda la opinión jurídica con tiempo suficiente, haciendo llegar copias de esos anteproyectos -para que analicen sus posibles virtudes o defectos-, a todos los Tribunales de Justicia del país, a todas las Asociaciones Profesionales vinculadas con el Derecho (es decir, Colegios de Abogados, Colegios de Escribanos, Asociaciones de Magistrados), a las Universidades, a las dos Academias Nacionales de Derecho e incluso a instituciones sociales que pueden verse afectadas en su funcionamiento por la sanción de estas leyes que alcanzan al tejido íntegro social del país, para que se expidan con tiempo y formulen las observaciones pertinentes» (MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.); en el mismo sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119

<sup>62</sup> ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, Julio de 2000

No pretendamos que nos tomen en serio, si no actuamos con seriedad; no reclamemos inversiones, si creyéndonos más listos que el resto de los países, estamos dispuestos a tirar al cesto de desperdicios 140 años de historia, porque intentamos hacer en apenas año y medio, lo que a otros les demanda 45, 39, 22, y 17 años respectivamente. No es de esperar que los actuales y los potenciales inversores extranjeros -por no hablar de los nacionales- vean sin preocupación tales cambios, porque éstos afectan a las reglas de juego con las que se mueven o se moverán. La estabilidad jurídica es un factor decisivo en la estabilidad económica.

Solamente después de años de debate, de muchas Jornadas y Congresos convocados para discutir su contenido, únicamente luego de haberse cumplido ese **largo proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones**, el anteproyecto debería tomar estado parlamentario, para recoger un consenso previo<sup>63</sup> obtenido informalmente en el espacio público – tanto en la comunidad jurídica, como en la opinión pública- y fuera del juego formal de las instituciones<sup>64</sup>. Deben correr ríos de tinta, escribirse muchas obras de análisis del Proyecto, como la recientemente editada por la Facultad de Derecho de la UCA, antes de que este alcance sanción legislativa<sup>65</sup>.

Años de debate, que serán también de estudio, para que jueces y abogados puedan actualizar sus conocimientos a un ritmo razonable, y para que estudiantes universitarios completen el cursado de todas las materias de Derecho Privado bajo el imperio del mismo Código; todo ello a fin de evitar que los déficits de formación académica de los profesionales del derecho, los terminen pagando las partes litigantes requirentes de sus servicios, pues ello no contribuye precisamente al bien común.

De no ajustarse a estas pautas, el final de la historia – y recordando aquella sabia máxima de COUTURE, para quien “*el tiempo se venga de las cosas que hacen sin su colaboración*”- es también bastante previsible, pues un proceso de reformas que trate con tan poco respeto el Código vigente – que habrá de derogarse en muy breve plazo, y sin el debate amplio que merecen esos ciento cuarenta años de vigencia- está destinado a sufrir su misma suerte en el futuro; y por lo tanto importa afrontar el peligro de introducir la inestabilidad e inseguridad jurídica en un sector del derecho que requiere lo opuesto, y que hasta aquí lo ofrecía.

Ello representa asumir riesgos muy serios para la actividad económica, pues en la actual encrucijada histórica no parece prudente introducir cambios legislativos significativos, en momentos de grave crisis económica y financiera a nivel global, en el que todo esfuerzo debiera dirigirse a superarla, cuidando de no

---

<sup>63</sup> En realidad fue esa prisa la que, en buena medida, terminó por frustrar los intentos anteriores de reforma integral. De no haberse ella interpuesto en este proceso, probablemente hoy nos encontraríamos en condiciones de convertir en ley, alguno de esos proyectos. En ese sentido el ex diputado nacional y profesor salteño Osvaldo CAMISAR, en el matutino La Nación del Martes 13 de marzo de 2012 ha invitado a no desestimar el valioso aporte representado por el proyecto Sancionado como ley 24.037, luego vetado por el PEN. A dicho texto me permito agregar, por haber recibido sanción legislativa, el elaborado sobre la base del anterior por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación que redactó otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor ALEGRIA, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel Carlos ARAYA, María ARTIEDA de DURÉ, Alberto Mario AZPEITIA, Enrique C. BANCHIO, Alberto J. BUERES, Osvaldo CAMISAR, Marcos M. CÓRDOBA, Rafael MANÓVIL, Luis MOISSET DE ESPANÉS, Jorge MOISSET ITURRASPE, Juan Carlos PALMERO, Ana Isabel PIAGGI, Efraín Hugo RICHARD, Néstor E. SOLARI, Félix Alberto TRIGO REPRESAS y Ernesto C. WAYAR.

<sup>64</sup> Ver: MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Codificación*, en Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.; en idéntico sentido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reflexiones sobre técnica legislativa*, en Zeus, T. 99, D-135 y en Zeus Córdoba, año III, T. 5, N° 119; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando José D.: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez...* citado en nota 1

<sup>65</sup> Ver: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>

introducir factores irritativos que agraven el riesgo país<sup>66</sup>. Si ello ha de ser así aunque se trate de un Código ampliamente debatido y consensuado, con mayor razón todavía lo será con un texto inestable, y llamado de antemano a su reforma permanente hasta alcanzar el consolidado histórico del que hoy gozamos, intención que se induce de la “apelación” al mensaje de elevación de la ley n° 340 para justificar la prisa. Pero ello también merece otro análisis por cuerda separada.

## **II.- GRAVÍSIMOS VICIOS DE CONTENIDO EN LOS LIBROS I, TTULO I, y II, TITULO V**

Hemos abordado estos aspectos en la parte II de nuestra ponencia presentada para la Audiencia pública convocada en la ciudad de Buenos Aires<sup>67</sup>, a cuyo texto remitimos en homenaje a la brevedad<sup>68</sup>.

## **III.- OTROS ERRORES DE CONTENIDO VOLCADOS EN LOS LIBROS I A VI**

Existen además, muchísimos errores de contenido en todos los libros. Algunos ya han sido señalados en la recientemente editada obra preparada por la Facultad de Derecho de la UCA.

Pero delimitar sus justos alcances excede no solamente los límites de esta ponencia, sino incluso de aquella obra, pues ello debería ser el resultado del tiempo, de muchas obras de similares características y contenido, en otras palabras de aquél **largo proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones**, al que hemos aludido en el apartado I de esta ponencia.

---

<sup>66</sup> En realidad, en el actual contexto nacional y global, un nuevo Código puede representar una "jugada" peligrosa que incremente el riesgo país, incluso con independencia de su contenido. Por ello, las reformas que pueda parecer conveniente sancionar deben ser puntuales. Pero derogar el Código Civil y el Código de Comercio que nos rigen, para reemplazarlos por un nuevo texto, es incidir en la columna vertebral del orden jurídico del país, en todos los temas del Derecho Patrimonial. No es de esperar que los actuales y los potenciales inversores extranjeros -por no hablar de los nacionales- vean sin preocupación tales cambios, porque éstos afectan a las reglas de juego con las que se mueven o se moverán. La estabilidad jurídica es un factor decisivo en la estabilidad económica.

<sup>67</sup>[http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/162\\_Lopez\\_de\\_Z\\_avalia\\_Facultad\\_Austral.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/162_Lopez_de_Z_avalia_Facultad_Austral.pdf)

<sup>68</sup> Hemos abordado estas cuestiones con mayor detalle en nuestro artículo: *Las técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de Código Civil. Una gravísima violación a derechos humanos fundamentales a la persona*, en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-el>, publicado también, con importantes añadidos, en La Ley del 23 de Agosto del corriente año.