

Limodio, Gabriel

El derecho privado entre dos bicentenarios. A propósito de los treinta y cinco años de Prudentia Iuris

Private law between centenary. About thirty-five years of Prudentia Iuris

Prudentia Iuris N° 80, 2015

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

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

Cómo citar el documento:

Limodio, G. (2015). El derecho privado entre dos bicentenarios : a propósito de los treinta y cinco años de Prudentia Iuris [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-privado-dos-bicentenarios.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL DERECHO PRIVADO ENTRE DOS BICENTENARIOS
A propósito de los treinta y cinco años de Prudentia Iuris
Private Law between Centenary. About thirty-five years of Prudentia Iuris

Gabriel Limodio*

Hace treinta y cinco años nacía nuestra revista. Es difícil no recordar aquellos años de vida universitaria y lo que significa y ha significado que una publicación se haya mantenido con vida y siempre actualizada a través del tiempo; de allí nuestra felicitación y saludo¹.

Para homenajearla nos parece adecuado aportar un breve comentario sobre un tema que, con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial unificado, cobra fuerza, sin desconocer que todo aporte que se haga no puede sino ser provisorio. Van entonces unas palabras sobre las transformaciones del Derecho Privado entre dos Bicentenarios.

Si fijamos una mirada retrospectiva, advertimos que al tiempo del nacimiento de nuestra revista, es decir, en la década del ochenta del siglo XX, se producían dos acontecimientos, que necesariamente influyen en la cuestión que tratamos. Por supuesto que los mismos no son excluyentes, pero muchas de las cuestiones que hoy inciden en la nueva formulación del Derecho Privado tienen que ver con ellos. Nos referimos a la consolidación del Estado de Derecho Constitucional y la vigencia del tiempo cultural de la posmodernidad.

Pueden aparecer otras consideraciones, pero si se fija la mirada en los últimos acontecimientos que nos ocupan se advierte que la denominada constitucionalización del Derecho Privado puede leerse desde estos dos aportes, ya que, por un lado, en aquel momento histórico quedaba definitivamente desenmascarado el positivismo y el denominado Estado de Derecho Legal, y por otro lado, lo que pudo interpretarse como el retorno del Derecho Natural culturalmente puede malograrse al imponerse un modelo en el cual no exista reconocimiento de valores objetivos.

* Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: gabriel_limodio@uca.edu.ar

¹ Resulta ocioso recordar que *Prudentia Iuris* siempre ha dedicado espacios a estudiar la evolución del Derecho Privado. A modo de ejemplo se irán citando distintos artículos. Para comenzar, Casares, T. (1980). Extracto del libro *La Justicia y El Derecho*, C.C.C. (1945). *Prudentia Iuris*, Nro. 1, 5-7.

I. El Derecho Privado en tiempos de neoconstitucionalismo

Primero unas precisiones.

El neoconstitucionalismo nace como un nuevo paradigma ante la evidente crisis del positivismo, donde la ley dejó de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho; con esto no pretendemos afirmar que se trate de una victoria del iusnaturalismo, sino más bien ver su planteamiento como una nueva corriente del pensamiento jurídico que se encuentra en pleno proceso de formación y consolidación.

Una doctrina ha querido entender que esta corriente de pensamiento es el resultado de dos tradiciones jurídicas que históricamente han transitado por distintos caminos: la europea y la norteamericana. La europea sienta sus bases en una Constitución “que pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar”²; se caracteriza, además, por ser una garantía jurisdiccional, limitándose al respeto de la ley –reducción del Derecho a la norma jurídica–, que viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación a la propia Constitución.

En la tradición jurídica norteamericana, en cambio, la Constitución no sólo fija o limita las reglas de juego, sino que se presenta como un proyecto político articulado que pretende participar como una norma jurídica de aplicación directa y jerárquicamente superior a cualquier otra.

Una cuestión que no es menor es la ampliación al ámbito de la teoría del Derecho. Aquí el tema adquiere otros ribetes ya que esta es la manera en que obtiene una suerte de “carta de ciudadanía” que habilita a trasladar la cuestión a las distintas ramas del Derecho.

Esta teoría quiere dejar atrás al positivismo jurídico –Estado de Derecho– y a sus postulados sobre la validez, eficacia y justicia de la norma jurídica. El positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes en manos de la sociología jurídica y de la filosofía o la ética³. Se busca que la norma, además de ser válidamente dictada, respete y desarrolle los Derechos Humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos están garantizados en la práctica. La Constitución se presenta como un valor supremo y con presencia en la mayoría de las áreas jurídicas, existiendo una suerte de omnipresencia como una norma que está manifiesta en todo tipo de conflictos, ofreciendo orientaciones en las más heterogéneas esferas. Precisamente aquí es donde aparece la separación de las distintas corrientes de lo que ha dado en llamarse neoconstitucionalismo.

Otro soporte fundamental de esta nueva teoría es la rigidez de la Constitución que ya no sólo es condicionante y reguladora, ya no es más el fruto del legislador, sino que entra en una óptica de proyección jurídica sobre toda la legislación. “De esta manera, del Derecho resulta positivizado no solamente su ser, es decir, su existencia o vigor, sino también su deber ser, es decir, sus condiciones de validez; ya no solamen-

2 Sanchís, L. P. (2007). *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima. Palestra, 114.

3 Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Contribuciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons.

te los vínculos formales relativos al quién y al cómo de las decisiones, sino también los vínculos del contenido relativos al qué cosa de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales”⁴.

Los derechos fundamentales juegan un papel gravitante en el neoconstitucionalismo desde un doble sentido: el primero, que los Derechos Fundamentales establecidos por las Constituciones estatales, y que ya en el campo práctico se manifiestan en un amplio catálogo en la parte dogmática –dentro del Derecho Interno– y por las cartas internacionales –en Derecho Internacional–, deben ser garantizados y concretamente satisfechos; el segundo enfoque refiere al garantismo que según su apreciación es la otra cara fundamental del neoconstitucionalismo. A éste le corresponde la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos. En consecuencia, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador sino que lo hacen directamente ya que ella disciplina numerosos aspectos sustantivos⁵.

Esta nueva teoría tiene como base principios que son el soporte para cada precepto legal, dejando de lado, de esta forma, a la ley como referente principal para la solución de conflictos concretos; consecuentemente, el legislador pierde su protagonismo y autonomía. Estos principios muchas de las veces pueden parecer contradictorios unos con otros y hasta cierto punto ofrecen soluciones dispares a determinadas situaciones concretas; sucedería así si efectivamente las normas constitucionales apareciesen como reglas, pero al ser principios pueden ser aplicables para un caso y no para otro, difiriendo de esta forma de estas últimas que son rígidas e inflexibles.

En esta perspectiva, algunos observan que esta reacción es una respuesta al modo positivista en que se hizo Derecho Privado en los finales del siglo XVIII y principios del XIX. Al respecto, quizá una de las mayores dificultades consista en entender que el Derecho Privado como tal no es el responsable de la utilización que se hizo de él en esa época, ya que al analizar el origen del iusprivatismo en Roma se observa que la figura para su aplicación no es el silogismo jurídico subsumiendo el hecho concreto en una norma, sino un modo contrario.

Es probable que la Teoría General del Derecho del siglo XIX y, en especial, del Derecho Privado, es la que impida advertir la riqueza del mismo.

En consecuencia, lo que debe abandonarse es el modelo de la ciencia jurídica forjada en el siglo XIX, reflejada, por ejemplo, en Título Preliminar del Code Civil Francés, que pretendió asumir una función equivalente a la Constitución, con lo cual si bien se acepta que en la actualidad jueces y operadores jurídicos se encuentran con una agenda transversal que remite a las ramas del Derecho Público, ello no inhabilita una relectura del Derecho Privado, más cercana a la versión clásica del Derecho Natural que a la versión racionalista⁶.

4 Ferrajoli, L. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta, 72.

5 Herrera, D. (2010). “El Derecho Natural y el nuevo paradigma del Derecho”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 68/69, 73 y sigs.

6 Vigo, R. (28-8-15). “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”. Buenos Aires. *El Derecho*, 1 y sigs.

II. Contexto cultural. Del iluminismo a la posmodernidad

Sin duda, el término posmodernidad ha suscitado distintas interpretaciones históricas, por lo menos desde su ubicación en el tiempo. Lo cierto es que los que cultivan este pensamiento no se refieren tanto al momento de su aparición temporal sino a una lectura sobre la realidad, o, para decirlo mejor, a aceptar varias lecturas sin que ninguna sea superior a las otras.

En segundo lugar, no se puede dejar de señalar que ha variado el contexto cultural en el cual se enseña y se aplica el Derecho Privado.

El proceso de la modernidad, con sus luces y sombras, no puede leerse de una manera unívoca y si se trata de aplicarlo al nacimiento del Estado de Derecho Constitucional, es claramente el período de la Ilustración lo que debe analizarse.

Lo cierto es que si algo cabe en el pensamiento ilustrado es la consolidación del modelo según el cual la creatividad humana no es compatible con límite previo alguno. El hombre deja de considerarse como administrador de una realidad que le viene dada, y su función será la de constituirse en auténtico creador. Se tratará de desmontar la maquinaria del universo y recomponerla de acuerdo con sus necesidades. Ya no se trata de contemplar la naturaleza, sino de repensarla. Debe darse un paso a una mentalidad rigurosamente racional y científica, que convierta al saber en la eficaz antesala del poder. Es necesario recrear “provocadoramente” la naturaleza.

Cambiará también, en consecuencia, la imagen del universo. Deja de ser un todo perfectamente organizado, jerarquizado, apuntando a una distancia única. Se trabaja con un método distinto de descomposición mecanicista, que al fin y al cabo ofrece una serie de posibilidades a explotar.

La mirada ha cambiado, la razón no se encuentra ya con un previo orden presente en la urdimbre de las cosas, su función será proceder a un cálculo; hay que obtener el máximo aprovechamiento de las posibilidades que ofrece una naturaleza pasiva.

Otro tema a tener en cuenta es que los saberes se caracterizan por el grado de exactitud alcanzado. Esto influye en el conocimiento jurídico teniendo en cuenta que el derecho es un saber práctico.

El nuevo paradigma se caracteriza por la secularización (término que no debe ser tomado como contrario al dato religioso) y la immanencia. El ideal humano es el hombre universal que pretende abarcar la totalidad de la experiencia y del conocimiento posible para actuar sobre la naturaleza y el hombre mismo.

Lo cierto es que si se quiere contraponer el derecho de la época clásica con el de la moderna el tema pasa claramente por la subjetividad. Como ejemplo puede recordarse la definición de derecho que aparece en un libro de Thomas Hobbes, quien ha sido reconocido, como sostiene Bobbio, como el más “grande e inigualable constructor de la primera teoría del Estado moderno”⁷. Hobbes define al derecho como la libertad que la ley nos permite, y a las leyes como esas limita-

7 Bobbio, N. (1991). *Thomas Hobbes*. Barcelona. Paradigma, 6.

ciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas⁸.

Desde la perspectiva clásica, toda virtud se especifica por su objeto. En el caso de la justicia este objeto es el derecho, lo que es justo. Dicho de otra manera, antes de considerarse la disposición interior propia de una virtud, en este caso la voluntad, comienza su aproximación a la justicia a partir de la consideración del objeto que la determina.

Esto lleva por lo menos a aportar un dato para distinguir la estructura de la modernidad de la del pensamiento clásico. Puede al respecto citarse un texto de Lachance, haciendo un análisis de todo este proceso, cuando dice: “Convertida en regla suprema, la libertad conoció un período de hegemonía que tuvo como resultado la generación de un sistema de sentimientos, de costumbres, de opiniones, de ideas, de técnicas, de símbolos y de instituciones destinado a promover el individuo, a hacer valer sus recursos innatos, y a exaltar su libertad [...]. El deslizamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo llegó a ser general, y particularmente el derecho comenzó a confundirse con las prerrogativas de la persona, con el poder de explotarlas y de ordenar su respeto. Y este poder es a lo que se ha llamado derecho subjetivo[...]. En cuanto al ‘deber’, le costó trabajo sobrevivir; sólo se logró mantenerlo recurriendo al artificio del imperativo categórico. Dejó de ser suscitado por la necesidad de realizar un orden y unos valores objetivos, y la obligación que por él se expresaba ya no se basó sino sobre la pura fuerza del mandato, de ahí, probablemente, el origen del mito que quiere que el mandato del gobernante sea la única y la última fuente del valor coactivo de la ley”⁹.

Dentro del pensamiento moderno/ilustrado se trabaja la idea de la conciencia subjetiva como única garantía de la realidad; ésta es un orden lógico desde el hombre y de esta manera no tiene sentido que la razón se mantenga reverentemente sometida al orden natural.

Hasta aquí se ha pretendido trazar un panorama de aquello a lo que se refiere la modernidad y cómo influye en el derecho.

Corresponde ahora brevemente referirse a la influencia de esta manera de pensar en el campo del derecho privado.

III. Las transformaciones del derecho privado

Dentro de lo provisoria que puede ser una conclusión en un tema como este, cabe reconocer que el espacio que corre entre los dos bicentenarios fue intenso en modificaciones de lo que puede entenderse puntualmente como los paradigmas del derecho privado en nuestro ordenamiento jurídico.

Parece una obviedad mencionarlo pero la puesta en vigencia de un nuevo Cód-

8 Hobbes, Th. (1979). *Elements of law*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. Libro II, capítulo V (traducción de Dalmacio Negro Pavón), 364.

9 Lachance, L. (1979). *El Derecho y los Derechos del Hombre*. Madrid. Rialp, 174 y sigs. En cuanto a la noción de derecho subjetivo, ver Hernández, H. (agosto 1985). “Aproximación a la problemática del derecho subjetivo”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 16, 5-47.

go unificado ha demostrado hasta dónde se ha llegado a un cambio de paradigma. En este breve comentario nos detendremos en dos aspectos: la relación entre autonomía de la voluntad y orden público, y la relación entre orden público, Derecho Público y Derecho Privado.

A. Autonomía de la voluntad-orden público

Una de las transformaciones profundas del derecho privado es una suerte de tendencia hacia una reivindicación siempre más amplia de los derechos individuales, que esconde una concepción de la persona desligada de todo contexto social. Nuestro estudio ya no trata sobre la noción de Estado de Derecho Constitucional que suple al Estado de Derecho Legal, sino sobre un llamativo avance de la autonomía de la voluntad. En efecto, la misma es dimensión fundamental de la dignidad humana. Sin embargo, no puede ser entendida en un sentido absoluto, de tal modo que legitime acciones que agredan las bases de la convivencia social y conduzca a formas radicalizadas de individualismo que no corresponden a la dimensión relacional de la persona humana.

Para comprender esta tendencia podría pensarse en un término utilizado de manera equívoca: “ética de los derechos”, es decir, aquella ética en la que los derechos son el valor prioritario y dominante, y en la que, por tanto, la cuestión fundamental no consiste en establecer si una acción es buena o debida, sino si se tiene o no el derecho a realizarla. Por el contrario, parece legítimo hablar de una ética de los derechos cuando éstos están cargados de una connotación moral.

A este respecto ha sostenido Francesco Viola que “muy pocos de los valores e ideales del pasado pueden alcanzar el consenso universal que se les reconoce hoy en día a los derechos. No es el caso de referirse al hecho de que los derechos sean objeto de tratados internacionales o de declaraciones ‘universales’, pues los unos y las otras son a menudo ocasión para la hipocresía y la reserva mental, sino que cabe pensar en el derecho a la propia identidad individual y colectiva, defendida frente a quien tiene una identidad claramente distinta. Esto supone que en un régimen pluralista la única posibilidad de comunicación entre las distintas familias culturales, ideológicas y espirituales parezca darse precisamente en los derechos. No se comprenden entre ellas, son todavía mundos cerrados en sí mismos pero, sin embargo, pueden llegar a comprender qué significa respetar los derechos del otro, del distinto, porque saben que significa exigir y tener el respeto a los propios derechos”¹⁰.

La constatación de que los derechos se han convertido en el lenguaje para la comunicación entre individuos de distintas culturas en el régimen del pluralismo no significa, no obstante, que pueda hablarse de una ética de los derechos; es decir, de una ética alternativa a la del bien, de lo debido o de lo útil. El consenso universal en relación con la posibilidad de interpretar los derechos como la consolidación una verdadera y propia “ética” es muy problemático por muchas razones.

¹⁰ Viola, F. (1999). “La ética de los derechos”. *Doxa*, Nro. 22, 507-524.

Si hubiese que encontrar un título para ejemplificar este nuevo paradigma podría situarse en la creación de un “Estado de Derechos”, pero en verdad lo que puede colegirse es la aparición de una versión del neoconstitucionalismo desde una perspectiva constructivista de la ética¹¹.

Si se quiere analizar desde la perspectiva del iusprivatismo, otra manera de plantear la cuestión es ubicarla en la tensión entre orden público-autonomía de la voluntad.

Puede plantearse que dentro del marco del derecho privado, el orden público es aquel que asegura el funcionamiento de dicho ordenamiento. Así, autores que se especializan en Filosofía del Derecho y en Derecho Constitucional, como Rodolfo Vigo y Alfonso Santiago, encuentran en el orden del Derecho Positivo Privado, en especial en referencia al Código Civil, más allá de artículos específicos, una suerte de componente jurídico que tiende a asegurar bienes y valores en los que aparecen claramente comprometidos el bien común y el interés público. En este sentido, toda norma de orden público presupone la preservación de un determinado aspecto del bien común, sin el cual carecería de fundamento y devendría arbitraria¹².

Tal como Vigo lo ha definido, el orden público es la articulación en lo público de las personas y sociedad infrapolíticas para alcanzar el bien común político¹³.

A partir de esta definición puede arrojarse una mirada sobre lo que se denomina “orden público”, y se advierte que aquí aparece una situación muy conectada con la que puede estudiarse cuando se analiza la llamada “cuestión de los principios generales del derecho”. Es decir, la noción resulta objeto de muy diversas consideraciones según nos aproximemos a ella desde la perspectiva iusnaturalista clásica o bien desde el positivismo jurídico. En el caso de los llamados “principios generales del derecho”, los mismos difieren de los denominados “principios jurídicos”, por la influencia del positivismo jurídico, y por lo mismo, por la forma de enseñar a partir de la escuela de la exégesis¹⁴.

Cabe recordar que en materia de derecho privado, y sobre todo después de la experiencia exegética-dogmática-iuspositivista, se hace notoria la convicción de ciertas normas “evidentes y papables” que los teóricos del siglo XIX traducen por Derecho Natural, y que es “una colección de reglas que se necesario y deseable traducir inmediatamente en leyes positivas”¹⁵.

11 Vigo, R. (2012). “Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional. (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 74, 57-78.

12 Vigo, Rodolfo, trabaja sobre la obra “Orden público y orden público jurídico”, publicada en *JA*, T. IV (1985), 675, y Alfonso, Santiago, en la obra citada en notas anteriores. Además, pueden consultarse las obras de Díez Picazo – Gullón (2000). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid. Tecnos, en especial el capítulo de la autonomía privada, 373 y sigs.

13 Vigo, R. Ob. cit. No está demás citar que el número 3 de la Revista *Prudentia Iuris* fue dedicado totalmente a la noción de Bien Común, número de abril de 1981.

14 Vigo, R. (2001). “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”. *Persona y Derecho*. Universidad de Navarra. Nro. 44, 65-102.

15 Respecto a estos temas se sigue el desarrollo de Husson, L. (1972). *Analyse critique de l'école de la exégèse*. Paris, Sirey. APD, XIII, 115. Para el tema específico del Derecho Natural en la codificación resulta interesante la consulta del capítulo “El problema del Derecho Natural”, en la obra de Leclercq, J. (1965). *El derecho y la sociedad. Sus fundamentos*. Barcelona. Biblioteca Herder, 19 y sigs.

De esta manera, el problema del orden público, en la clave del positivismo, pasa a ser el de la síntesis del ordenamiento jurídico positivo. Así, los principios jurídicos son los principios generales del derecho, en cuanto son los presupuestos del derecho emanado de la razón del legislador y de allí que en muchos casos se hable de “leyes de orden público”.

Lo cierto es que el orden público de una comunidad no puede emanar de su ordenamiento positivo vigente, sencillamente porque no cabe confundir el derecho con la ley positiva, ni tampoco fundamentar el origen del mismo en la razón de la persona.

Esta manera de entender el Derecho Natural desde la perspectiva del racionalismo es la que genera la inclusión del mismo en las codificaciones del siglo XIX y la que mostrará una plenitud del ordenamiento jurídico positivo que será enseñado por los doctrinarios de la exégesis.

No es casualidad que tanto el tema de los principios generales del derecho como el de la moral y las buenas costumbres y el orden público se incluyan en la interpretación de la ley, y se enfatice la frase “interpretación de la ley”, cuando de lo que se debe hablar es de interpretación jurídica.

El orden público, en cuanto refleja el fin del derecho, que es el bien común, se funda en cuestiones objetivas que superan el relativismo de aceptar lo que piensa el legislador o una mayoría en un momento determinado. Hablar de la dignidad de la persona o del bienestar general son realidades concretas que pueden ser discernidas en la medida en que se acepte la verdad que surge de la naturaleza de las cosas.

En este marco, parece conveniente repasar cómo se define el orden público en las obras dedicadas a la enseñanza. En un breve repaso por las definiciones, se cita la que ofrece Salvat, quien sostiene: “[...] la noción de orden público es la que surge de un conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social establecida”¹⁶.

Borda, por su parte, prefiere hablar de disposiciones de orden público cuando afirma que las mismas son tales cuando “en el cumplimiento de esa ley media una cuestión de orden social colectivo o un interés público”¹⁷.

Para Arauz Castex, la expresión alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera.

Cifuentes prefiere hablar de leyes de orden público dentro del capítulo de la norma y reconoce que existe una doctrina muy extendida según la cual se identifica al mismo con un conjunto de principios eminentemente superiores, sobre cuya base se asientan la paz, la seguridad social, las buenas costumbres, la justicia y la moral. Sin embargo, a renglón seguido se interroga cuáles son esos principios, quién los establece y qué leyes los contienen, con lo cual agrega una dosis de escepticismo. Concluye que las leyes que están identificadas con el orden público son las que según la sociedad de que se trate suelen considerarse imperativas, por lo que su fuerza de imposición está vinculada al interés colectivo o general.

16 Salvat, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires. TEA. T. I, 168.

17 Borda, G. (2000). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

De alguna manera este criterio es también el que sugieren Belluscio y Zannoni al hablar de un “estándar jurídico” para la moral y para las buenas costumbres, que tenga que ver con la aceptación por parte de la mayoría de la sociedad en un momento determinado, a pesar de que estos autores, siguiendo a Brocher, identifican el orden público como “la restricción a la autonomía de la voluntad que, con sentido de equidad, ampara al interés general de la sociedad, para la realización de una idea de justicia”¹⁸.

Llambías se inclina por la definición clásica al hablar del “conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”¹⁹.

Ciertamente, la noción de orden público, tal como lo expresa Llambías, puede resultar equívoca. Sin embargo, si nos atenemos a la derivación de orden público a partir del fin de la sociedad política, el sustento de dicho orden no variará por la opinión de una sociedad en un momento determinado, sino que radicará en valores que no son sustituibles por una u otra opinión de la voluntad general.

Se advierte una vez más la importancia de identificar el orden público con principios jurídicos que no son los del positivismo, ya que radican en la naturaleza de la persona humana, que es fundante del orden jurídico. Cobra así vigencia la definición de la relación jurídica, en cuanto reconoce como causa de la misma el propio ordenamiento jurídico. Y este último consiste en una síntesis de deberes y derechos que radican en lo objetivo, porque tanto la naturaleza de las cosas, a la que se hizo referencia, como el bien común político se sustentan en valores externos a la razón del hombre.

En suma, el orden público, entendido a su vez como un límite de la autonomía de la voluntad, debe leerse en forma complementaria con la visión amplia de principios jurídicos a la que se viene haciendo referencia.

Para concluir con esta rápida mirada sobre la doctrina es importante destacar el comentario que a este instituto hace Lorenzetti, quien comentando el nuevo Código dice que el orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales²⁰. El autor se refiere a algunos ejemplos:

- El orden público como garantía procedimental al consentimiento pleno: consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada; el legislador se ocupa de que exista un consentimiento pleno, una garantía del proceso de formación del acto jurídico.
- El orden público de protección de la parte débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración pero hay una vulnerabilidad económica o cognoscitiva que lleva a proteger a la parte débil. La intervención

18 Zannoni y Belluscio (1993). *Código Civil Comentado Anotado y Concordado*. Buenos Aires. Astrea, 66.

19 Llambías, J. (1999). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 139.

20 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. T. I, 68.

tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad. Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar la voluntad. Un claro ejemplo de ello son las normas de tutela del consumidor (arts. 1092 y concs.).

- El orden público de coordinación: es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello son las propias normas sobre la sociabilidad en el ejercicio de los derechos. Se diferencia del orden público de dirección, porque lo que éste se propone es lograr objetivos económico sociales, y su límite es justamente este orden público constituido por las garantías mínimas.

B. Orden público. Derecho Público. Derecho Privado

El último tema que se debe analizar es el del orden público en su relación con el Derecho Público, y la influencia de dicho orden en el Derecho Privado.

Al escapar de la trampa del positivismo jurídico es necesario remarcar que, al hablar de derecho, se lo está haciendo desde un concepto común, que encierra las tres acepciones o analogados posibles (el principal, lo justo y los secundarios, norma y facultad). Sin embargo, es importante destacarlo porque al fundar la distinción de los sistemas público y privado del derecho se ha tendido muchas veces a hacerlo con la mirada puesta sólo en uno de sus analogados: en la norma. Esto genera confusión, ya que reducido el derecho a la ley, se entendió por Derecho Público aquel que integra las normas de orden público o imperativo, y por Derecho Privado, aquel que comprende las normas de orden privado o dispositivo. Esta visión del problema es inexacta, ya que parte de un presupuesto erróneo²¹.

Por tal razón, hay que dejar claro que no debe confundirse Derecho Público con normas de orden público, ni Derecho Privado con normas dispositivas o de orden privado.

Debe afirmarse, entonces, que las normas de orden público o imperativas son aquellas que dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares no admiten ser dejadas de lado por convenios privados realizados por aquellos que, en caso concreto, están llamadas a observarlas. El fundamento por el cual se incluyen algunas normas como de orden público resulta de un conjunto de principios, valores y tradiciones que una sociedad considera estrechamente ligadas a su idiosincrasia y a su historia. Puede advertirse que reaparece aquí la noción de orden público, tal como se la definió más arriba. Es esta la que debe tenerse en cuenta al interpretarse el artículo 12 del Código Civil y Comercial cuando éste sostiene que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

21 Limodio, G. y Barbieri, J. (2006). *Introducción al saber jurídico*. Buenos Aires. Educa, 130 y sigs.

IV. Conclusión provisoria.

Tal como se dijo más arriba, lo significativo de los cambios propuestos para esta etapa del Derecho Privado impide presentar una conclusión que no sea sino provisoria. La referencia no se vincula solamente a la realidad jurídica argentina sino que apunta a todo un proceso que se ha dado en llamar la constitucionalización del Derecho Privado.

Estos cambios tienen su aplicación en el propio Derecho Positivo y en la realidad jurídica, pues, como ya se dijo, el realismo jurídico que responde a los principios del realismo filosófico parte de la realidad de la que extrae sus principios para volver nuevamente sobre ella y entender su significado concreto²².

Si se ha insistido en esta referencia es para advertir que aquello que se analiza dentro del ámbito de los principios cobra vigencia cuando se estudian las instituciones que nutren las relaciones dentro del ordenamiento jurídico privado.

Sin embargo, una lectura desde distintas historias, como ahora se propone en esta suerte de posmodernidad jurídica, no es ya una visión marcada por el voluntarismo jurídico que dio vida al positivismo exegético²³. Una paradoja de esta posmodernidad es que si ya no parece que la razón sea fiable para acceder a la verdad, no parece que se pueda seguir hablando tampoco de un acceso al bien desde una perspectiva objetiva.

Esto es precisamente a aquello que corresponde llamar orden público, identificándolo con un verdadero *ethos* que trasciende al pensar corriente de un momento determinado.

La cultura posmoderna quiere seguir hablando de Derechos Humanos, sin tener ya fundamento para ellos.

En suma, lo que se advierte es la pretensión de modificar ese *ethos*, a partir de aquello que sostienen los derechos individuales. Llamamos *ethos* a un núcleo de valores compartidos que configuran un estilo común de vida y se expresan en instituciones y estructuras de vida y convivencia.

En cuanto al neoconstitucionalismo, hemos hecho una sintética referencia a algunas de sus características, tales como la Constitución convertida en fuente de derecho, la pregunta por la existencia de una razón práctica y un saber no meramente descriptivo, la diferencia entre reglas y principios, la justificación y operatividad de los Derechos Fundamentales. Puede pensarse en un neoconstitucionalismo descriptivo y uno normativo entre el cual está el positivista y el no positivista y, dentro de este, los constructivistas y los cognitivistas éticos.

Aparece otra vez aquí en tensión la idea de que hay un derecho superior al cual todo derecho puesto por el hombre debe conformarse, lo cual no es fruto de una especulación o abstracción, sino que tiene sus raíces en lo más hondo de la conciencia.

²² Vigo señala el tránsito “de la cultura de la ley a la cultura del Derecho” (Vigo, R.L., *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005). Ver también Vigo, R.L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.

²³ En este tema se recuerda la bibliografía citada al explicar la visión clásica y moderna del Derecho, en especial puede consultarse Villey, M. (1968). *La formation de la pensée juridique moderne. Cours de histoire de la philosophie du droit 1961 – 1966*. Paris. Montchrestien.

cia y el sentimiento humano, en tanto que es un derecho que se corresponde con la naturaleza humana. El derecho ha sido instituido para normar conductas humanas; se trata, pues, de saber a qué fines deben tender los hombres, y para averiguarlo se recurre a la naturaleza de éstos. La observación de la naturaleza del hombre muestra que si él no respeta ciertas normas de conducta, su vida pierde el sentido de la verdad y de la justicia, se vuelve incapaz de dominar sus apetitos por la razón y, si persiste, si transforma esa conducta en hábitos, llega hasta a anular –cuando no a perder– la capacidad de discernir dónde está lo bueno y dónde lo malo, en orden a su fin. Observando su misma naturaleza el hombre encuentra este fin.