

LA DEFINICIÓN DEL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853

Ricardo Manuel Rojas

En las últimas décadas se ha hecho evidente el avance de la reglamentación legal de los derechos en la Argentina. El Congreso se ha inmiscuido hasta tal punto en los asuntos particulares, que quienes buscan revertir de algún modo esa intervención proponen volver al Código Civil, añorando la plena vigencia de un reglamento que, al menos, “permite” una importante participación a la voluntad contractual.

Pero no muchas voces se escuchan en defensa de la ausencia de interferencia legislativa en los derechos, es decir, de un orden jurídico en el cual no puedan dictarse leyes de contenido positivo. La decisión de implementarlo es política: basta con que el Congreso derogue algunas leyes, se abstenga de dictar otras y garantice la libertad contractual. Lógicamente, parece más fácil derogar leyes que dictarlas.

La inmediata derogación de leyes de signo positivo tendría en el campo del derecho las mismas consecuencias que la eliminación de las trabas al mercado en el de la economía.

La idea del orden espontáneo aplicada a cuestiones económicas indica que, en ausencia de interferencia gubernamental, las personas acomodarán sus actos a lo que les resulte más conveniente sobre la base de la división del trabajo y las señales indicadores de las valoraciones individuales en el proceso de mercado. En estas condiciones, cada individuo debería preocuparse por desarrollar su actividad de la manera más eficiente posible, pues nadie velaría por sus intereses ni resolvería sus problemas. Los éxitos y fracasos de cada uno serían la demostración del esfuerzo y el talento, o de la dejadez y la torpeza. Esta concepción del fundamento de la economía responde a la aceptación de la naturaleza de la acción humana.

La traslación de estas ideas al campo del derecho es una consecuencia lógica, pues el derecho es el marco que permite el desenvolvimiento de las relaciones humanas, entre ellas, las económicas: de no existir una ley que obligue a la gente a celebrar sus contratos con determinadas cláusulas preestablecidas, se podría contratar libremente, y el éxito o fracaso de cada uno dependería del modo en que realice sus acuerdos. La ley, general y compulsiva, sería reemplazada por el contrato, individual y voluntario, y por la intervención de jueces para dirimir los conflictos en el caso en que éstos se produzcan.

En un sistema de derecho codificado, en el que el margen de la voluntad tiende a reducirse a la decisión de celebrar el contrato o no, pero no influye en su contenido, el talentoso y el inepto alcanzan el mismo resultado. No hay premio para

el mejor ni castigo para quien hizo una mala elección, precisamente porque ya no es posible realizar elección alguna respecto del contenido del acuerdo.

La reglamentación de los derechos tiende a proteger al inepto, pero castiga al talentoso. Para una especie de seres que no son omniscientes, que viven en un mundo que, para comprenderlo, deben utilizar su propio cerebro y analizar racionalmente las manifestaciones de la realidad, la libertad de decisión y acción es vital. La consecuencia natural de la libertad es el éxito de unos y el fracaso de otros en la prosecución de sus fines. Gracias a los éxitos de quienes tomaron las decisiones correctas, la humanidad ha sobrevivido y evolucionado.

Los códigos con normas de contenido positivo son sancionados con el objeto declarado de “proteger” a las personas y darles “seguridad” a sus relaciones jurídicas, del mismo modo que los precios máximos se establecen para “proteger” al consumidor y darle “seguridad” al mercado. Las consecuencias de ambos son las mismas.

Los derechos económicos –la propiedad y la libertad de comercio- son la fuente de los derechos políticos. Sólo después de que una persona pueda ejercer plenamente su derecho a usar y disponer de su propiedad y celebrar acuerdos voluntarios con otras personas libres de coacción, tendrá sentido hablar de su derecho a elegir a los funcionarios del gobierno. Pero si un hombre es impedido por el gobierno de usar y disponer de su propiedad o asociarse del modo que él decida, ¿podría afirmarse que es libre porque periódicamente tiene la oportunidad de elegir por voto mayoritario a quienes volarán sus derechos en los siguientes años?

Existe una secuencia lógica que hace que quien es libre de disponer de su propiedad, organice una sociedad libre. Pero la secuencia no funciona a la inversa: en una sociedad en la que las personas no gozan de los derechos de propiedad no podría haber una organización política libre. A lo sumo, habrá una dictadura renovada periódicamente por la mayoría.

El propósito de este trabajo es tratar de demostrar hasta qué punto el orden político liberal organizado por la Constitución de 1853 no alcanzó los resultados esperados como consecuencia de la organización jurídica heredada del sistema colonial.

I. Incompatibilidad entre el orden político y el orden jurídico

En 1853 Argentina adoptó una Constitución muy parecida a la de Estados Unidos, que organizaba un gobierno separado en tres poderes controlados entre sí, con funciones análogas a las de su par norteamericano.

Pero mientras que en los Estados Unidos el sistema funcionó aceptablemente durante mucho tiempo, en Argentina podría decirse que jamás terminó de asimilarse.

¿Por qué ha sucedido esto?

En un trabajo anterior intenté demostrar que los principios del orden jurídico inglés (*common law*) nutrieron a los constituyentes norteamericanos, y, en buena medida, la Constitución de los Estados Unidos es la aplicación del derecho inglés en el ámbito de la organización política¹. Ello se advierte especialmente en las primeras diez Enmiendas a la Constitución norteamericana, que sancionaron los derechos que desde algunos siglos atrás los tribunales ingleses reconocieron como parte de su orden jurídico.

Pero en la República Argentina, la tarea de cambiar el sistema se hizo a medias. Los constituyentes de 1853 enfocaron sus esfuerzos en el reemplazo del sistema político por uno similar al de los Estados Unidos, pero posiblemente no advirtieron –con honrosas excepciones– la estrecha relación existente entre el orden político y el jurídico.

La independencia norteamericana de 1776 produjo una revolución a medias. Se rompió la dependencia de la Corona, y en su lugar se adoptó un sistema político novedoso y brillante. Pero la declaración de independencia no significó un cambio radical en las costumbres jurídicas y económicas de los norteamericanos, en la forma de celebrar sus tratos, en la de proteger sus derechos. Ese cambio no sólo no se produjo en los hechos, sino que el propio derecho “revolucionario” se cuidó de reafirmar la vigencia del *common law*, basado en las costumbres de Inglaterra².

Argentina es un caso similar al norteamericano en cuanto a que no sufrió modificaciones sustanciales en las costumbres sociales y jurídicas después de cambiar su organización política. Pero mientras que en los Estados Unidos esas costumbres estaban basadas en el respeto al derecho de propiedad, la libertad de contratación y el individualismo, en Argentina estaban íntimamente vinculadas al intervencionismo, la reglamentación, el monopolio, la burocracia y la represión.

De este modo, mientras que para los norteamericanos el orden constitucional fue en gran medida la aplicación práctica de sus costumbres sociales y jurídicas, para los argentinos fue un orden impuesto en forma más o menos forzada, y contradictoria con la tradición local.

Ello tuvo como consecuencias que ambas constituciones no fuesen exactamente iguales. Una diferencia importante, surgida de la distinta tradición jurídica, radica en la facultad de dictar códigos que nuestra Carta otorga al Congreso (art. 67, inc. 11).

En el sistema norteamericano no se aceptó que el gobierno federal reglamentase las relaciones particulares. Además, las cuestiones de ese tipo tampoco hubiesen sido objeto de reglamentación por leyes escritas en el derecho interno de cada estado. Aun hoy, el derecho de la mayoría de los estados norteamericanos continúa siendo el *common law*.

Por el contrario, en la Constitución argentina la cláusula contenida en el artículo 67, inciso 11, se basó en dos presupuestos muy ligados con la filosofía del

¹ “El orden jurídico espontáneo”, *Libertas* N° 13 (octubre de 1990); págs. 187-238.

² Véase el trabajo mencionado en la nota anterior, pág. 207.

régimen jurídico heredado; la necesidad de una legislación de signo positivo escrita y codificada, y que esa legislación rigiese uniformemente en todas las provincias.

Así, las ventajas obtenidas con un sistema político que limitaba el poder del gobierno y lo dividía en tres departamentos independientes y recíprocamente controlados se desvanecieron por obra de una cláusula que otorgó al Congreso la facultad de hacer lo que todo el sistema constitucional había sido diseñado para evitar: inmiscuirse en las relaciones particulares.

Alberdi alertó, inmediatamente después de sancionarse la Constitución, sobre el inconveniente que traía esa legislación reglamentarista cuando, tras decir que “el enemigo más fuerte de la constitución no es el derecho venidero, sino el derecho anterior”, vinculó la necesidad de la reforma legislativa con lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución:

“Esta *reforma* constituye la porción más importante de la organización de la Constitución y del país. No es un trabajo de lujo, de ostentación, de especulación administrativa: es el medio único de poner en ejercicio las libertades consagradas por la Constitución, el único medio de que la Constitución llegue a ser una verdad de hecho. Para llevar a cabo nuestra organización de libertad en materia económica, es menester destruir nuestra organización de colonia. Nuestra organización de colonia se conserva entera en la legislación que debemos a los monarcas españoles (...). El espíritu de esa legislación de prohibición, de exclusión, de monopolio, es la antítesis de la Constitución de libertad industrial que nos hemos dado últimamente (...)”³.

Sin embargo, lejos de lo que Alberdi había soñado, los gobiernos siguientes a 1853 sancionaron códigos que, en mayor o menor grado, siguieron los postulados de la anterior legislación colonial⁴.

II. Los tribunales argentinos no tuvieron en cuenta la diferencia fundamental entre la reglamentación de un derecho y la reglamentación de su “ejercicio”.

En sus primeros años de trabajo, la Corte Suprema de Justicia casi no se ocupó de los derechos individuales sancionados en la primera parte de la constitución, salvo para legitimar su restricción y sostener que no son absolutos, sino que deben adecuarse a las leyes que los reglamentan. De este modo abrió la

³ Juan Bautista Alberdi, *Sistema Económico y Rentístico de la confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Obras Escogidas*, Ed. Luz del Día, Buenos Aires, 1954, t. IV, pág. 67.

⁴ Ello ocurrió aun independientemente del contenido de esos códigos. Seguramente el Código Napoleón, que fue una de las fuentes principales de nuestro código civil, era mucho más “liberal” que la Recopilación Castellana o las Siete Partidas. Pero el hecho de aceptar que el contenido de los derechos debía ser definido y reglamentado por la ley, aun cuando fuese para “permitir” la libertad contractual, significó disponer, ni más ni menos, que la existencia y contenido de los derechos dependen de la voluntad del legislador. A partir de esta aceptación, el sistema de controles recíprocos que la Constitución estableció para limitar los poderes del gobierno pasó paulatinamente a convertirse en letra muerta.

puerta a la violación legal de los derechos individuales, que ha venido creciendo en el país prácticamente sin límites⁵.

Entiendo que existen tres cláusulas constitucionales vinculadas con esta cuestión, de cuya interpretación sistemática depende el reconocimiento o desconocimiento de las facultades del Congreso para imponer conductas positivas a los individuos. Por una parte, el artículo 14 establece que todos los habitantes gozan de los derechos “conforme a *las leyes que reglamentan su ejercicio*”. El artículo 28 dispone que esos derechos “*no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio*”. Finalmente, el artículo 67, inciso 11, faculta al Congreso a dictar los que se denominan códigos de fondo (civil, comercial, penal, de minería).

¿Cómo ha de definirse la reglamentación del ejercicio de los derechos, a la luz de estas cláusulas y del espíritu de la Constitución?

Veamos esta cuestión a través del siguiente ejemplo: Una persona tiene derecho a su propiedad y a comerciar libremente. En ejercicio de esos derechos celebra un contrato con otra que no cumple con lo pactado. Por más que la Constitución reconozca el derecho de propiedad, si no existen jueces que resuelvan controversias definiendo dichos derechos, ni policías que los protejan, si la única forma de hacer cumplir ese contrato es usar personalmente la fuerza, el goce en el ejercicio de los derechos se torna prácticamente ilusorio.

Pienso que la reglamentación a la que se refiere la Constitución debe entenderse como *aquellas normas necesarias para organizar la acción del gobierno tendiente a garantizar que cada derecho pueda ser ejercido en plenitud*. En este ejemplo, ¿cómo se reglamenta el ejercicio del derecho de propiedad que emerge del contrato no cumplido?:

1. Con un sistema jurídico que le permita a la víctima canalizar sus reclamos de satisfacción por los perjuicios padecidos.
2. Organizando un sistema para resolver los conflictos individuales a través de un órgano objetivo que proteja los derechos (el juez).
3. Estableciendo un procedimiento que permita llevar adelante los juicios garantizando la igual protección de los derechos ante jueces imparciales.
4. Canalizando el uso de la fuerza física al servicio de los jueces, para hacer cumplir sus decisiones.

Pero el *contenido* de los derechos involucrados en el contrato, en este contexto, no está en discusión. Siempre estará librado a la decisión de los contratantes.

⁵ Precisamente una de las funciones más importantes que la Constitución encomienda a los jueces -para que funcione el sistema de balances recíprocos de los poderes y se alcance el objetivo del gobierno, que es la protección de los derechos- es el control de constitucionalidad de las leyes, que prácticamente no ha existido en Argentina por esta errónea interpretación del significado que ha de asignarse a “reglamentar el ejercicio de los derechos”.

El artículo 14 no habla de reglamentar “los derechos”, sino su “ejercicio”, y aunque parezca evidente, entre ambas cosas existe una diferencia abismal. Sin embargo, desde el inicio de su labor nuestros tribunales han convalidado leyes que limitan el contenido de los derechos, so color de reglamentar su ejercicio, en clara violación a lo dispuesto por el artículo 28 y a la finalidad para la cual se constituyó el gobierno.

El propio Alberdi explicaba en las *Bases* el alcance que debía darse a la cláusula contenida en el artículo 28:

“No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete”⁶.

A este problema se agrega una cuestión adicional con la introducción de la potestad codificatoria. Si lo que el gobierno puede hacer se circunscribe a reglamentar el mecanismo por el cual los individuos van a ejercer sus derechos, parece un contrasentido facultar al Congreso a dictar códigos que alteren el contenido de esos derechos. En consecuencia, sólo serían compatibles con el espíritu de la Constitución las leyes destinadas a reglamentar aquellos aspectos que hacen al ejercicio de los derechos (como la capacidad, el consentimiento contractual, etcétera), pero no su contenido⁷.

La lectura del Código Civil, por ejemplo, va a mostrar la existencia de muchas cláusulas que alteran y restringen el derecho de propiedad, limitando la libertad contractual, la disponibilidad de bienes por sucesión *mortis causa*, el alcance de los derechos reales. Todas estas cuestiones escapan a la “reglamentación del ejercicio” y se vinculan estrictamente con la “reglamentación del derecho”, algo prohibido por la propia Constitución.

En defensa del código de Vélez Sársfield se afirma se afirma que es un código “liberal”, mucho mejor que sus posteriores reformas, pues deja un amplio margen de validez a la voluntad contractual, sin estorbar demasiado el contenido de los contratos. A ello podría responderse que si un código es bueno porque es inofensivo, entonces es innecesario, y si es intervencionista, es inconstitucional. Si

⁶ Véase Jorge M. Mayer, *Las Bases de Alberdi*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969, pág. 418.

⁷ Vale la pena recordar aquí una vez más que la facultad de sancionar los códigos de fondo (artículo 67, inciso 11, C.N.), no se halla en la Constitución de los Estados Unidos, y constituye un agregado basado en la tradición jurídica local.

su virtud radica en que estorba poco, mejor sería que no estorbase nada, es decir, que no existiese.

Es importante puntualizar que en ese código coexisten normas que interfieren en los derechos individuales con otras que sí hacen a la reglamentación de su ejercicio, tales como las que se refieren a la capacidad para contratar o a los vicios del consentimiento contractual, que de no existir ese código estarían contenidas en leyes procesales.

Resulta difícil conciliar la idea de derechos insusceptibles de ser reglamentados, propia del espíritu de nuestra Constitución liberal, con códigos civiles o comerciales, o de minería, cuya inclusión en la Constitución de 1853 considero una pesada herencia de nuestro orden jurídico colonial; y precisamente, en la lucha filosófica que se planteó como consecuencia de esa incompatibilidad, la codificación feudal se impuso, en gran medida, merced a la pasividad de los jueces.

III. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia antes de la sanción del Código Civil (1863-1871).

La Constitución de 1853 facultó al Congreso a dictar los códigos. Una vez consolidada la unidad nacional tras la reforma constitucional de 1860, la ley 48, del 14 de septiembre de 1863, organizó la justicia federal, y ese año la Corte Suprema comenzó su trabajo. Ya estaba vigente desde el año anterior el Código de Comercio, y el mismo 14 de septiembre se sancionó la ley 49, que tipificaba los delitos federales.

Pero los jueces se encontraron con el problema de no tener un cuerpo orgánico de leyes para resolver las cuestiones de naturaleza civil. El Código Civil entró en vigencia recién el 1° de enero de 1871, de modo que durante ocho años los tribunales nacionales tuvieron que resolver juicios civiles con un código que aplicar.

Básicamente podían seguir dos caminos:

1. Admitir que la Constitución Nacional había roto con el antiguo orden jurídico heredado de la legislación romana y española y, en consecuencia, resolver las controversias sobre la base de los principios de la constitución, la lógica y lo alegado por las partes.

2. Aplicar la legislación colonial, supletoriamente, hasta que se sancionasen los nuevos códigos.

Optaron por el segundo camino, y ello demostró que la tradición jurídica codificatoria y reglamentarista estaba tan incorporada en la mentalidad de los jueces que les impidió comprender que la naturaleza del nuevo sistema constitucional era incompatible con la antigua legislación.

El estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia durante ese período (1863-1871) muestra un buen ejemplo de cómo la formación jurídica de nuestros jueces les hacía buscar leyes escritas de signo positivo que dieran la respuesta a los casos que debían resolver.

Los primeros tomos de la colección de fallos de ese tribunal ilustran sobre la gran cantidad de casos resueltos por aplicación de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, la Recopilación Castellana, la Recopilación de Indias, el Fuero Juzgo, el Digesto y las Glosas de Gregorio López, además de otros códigos españoles adoptados por varias provincias argentinas antes de 1853.

Sobre la base de esas leyes se resolvieron, por ejemplo, cuestiones relativas al procedimiento arbitral⁸, el consentimiento contractual⁹, las agravantes en materia penal¹⁰, cuestiones de jurisdicción y competencia¹¹, autenticidad de firmas¹², obligaciones de los tripulantes de buques¹³, apelaciones¹⁴, efectos de las sentencias¹⁵, fianzas¹⁶, pagarés¹⁷, acciones reales¹⁸, procedimiento concursal¹⁹, pago²⁰, inmunidades de los jueces²¹, prueba²², atribuciones de cónsules extranjeros²³, enriquecimiento ilícito²⁴, excarcelación²⁵, créditos hipotecarios²⁶, régimen de vales²⁷, cosa juzgada²⁸, prisión por deudas²⁹, indemnización por daños³⁰, contrato de compraventa³¹, reconvencción³², arrendamiento³³, notificaciones³⁴, costas³⁵,

⁸ Fallos: 1:224; 8:202; 9:234, 272 y 453; 10:180.

⁹ Fallos: 1:259; 9:417 y 495.

¹⁰ Fallos: 1:386.

¹¹ Fallos: 2:80; 8:168; 9:102 y 350.

¹² Fallos: 2:103.

¹³ Fallos: 2:143.

¹⁴ Fallos: 2:148.

¹⁵ Fallos: 2:220; 4:291.

¹⁶ Fallos: 2:330.

¹⁷ Fallos: 2:444.

¹⁸ Fallos: 3:31; 4:372.

¹⁹ Fallos: 3:55.

²⁰ Fallos: 3:167 y 357; 9:127.

²¹ Fallos: 3:257.

²² Fallos: 3:282, 361 y 383; 5:223; 8:15, 244, 372 y 446; 9:290; 10:320 y 338.

²³ Fallos: 3:484.

²⁴ Fallos: 4:247.

²⁵ Fallos: 4:285; 5:321; 7:368.

²⁶ Fallos: 4:322; 9:562.

²⁷ Fallos: 4:473; 8:389.

²⁸ Fallos: 5:70; 8:325.

²⁹ Fallos: 5:248; 6:455.

³⁰ Fallos: 5:373.

³¹ Fallos: 6:173.

³² Fallos: 6:199.

³³ Fallos: 7:64 y 319; 9:134 y 470.

³⁴ Fallos: 7:109.

prescripción³⁶, derecho sucesorio³⁷, locación de obras³⁸, pena de muerte³⁹, excepciones⁴⁰, acusación calumniosa⁴¹, interdictos⁴², y muchos más.

La necesidad de contar con leyes escritas que contuviesen soluciones para resolver las controversias está reflejada patentemente en algunos fallos dictados meses antes de que entrase en vigencia el Código Civil, en los que la Corte Suprema aplicó sus disposiciones pues, según las palabras del Tribunal, “aún antes de la época de su vigencia, debe mirarse como una autoridad decisiva, después que ha recibido la sanción del Congreso”⁴³.

Esta identificación del derecho con la ley escrita y codificada se observa también en los propios legisladores que sancionaron el Código de Vélez Sársfield, al leerse los artículos 2 y 3 de la ley respectiva:

“Artículo 2: La Suprema Corte de Justicia y Tribunales federales de la Nación darán cuenta al Ministerio de Justicia, en un informe anual, de las dudas o dificultades que ofreciere en la práctica la aplicación del Código, así como de los vacíos que encontraren en sus disposiciones, para presentarlo oportunamente al Congreso.

“Artículo 3: El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia por conducto de los respectivos Gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior”.

Estas disposiciones permiten advertir hasta qué punto se buscaba un cuerpo de leyes de carácter positivo y general, que no dejase duda alguna respecto de cómo los individuos podían ejercer sus derechos, y de qué manera los jueces debían resolver sus causas.

Podría cuestionarse que si la Corte no aplicaba la legislación española y el sistema jurídico heredado, ¿de qué modo hubiese preservado la estabilidad y certeza del orden jurídico? ¿Cuál hubiese sido el parámetro para establecer el criterio de los tribunales, y evitar que hubiese cientos de decisiones contradictorias dictadas por otros tantos tribunales?

Considero que existen dos circunstancias que hubiesen sido de decisiva importancia para resolver estas cuestiones, de haberse pretendido producir un cambio del orden jurídico que acompañase al cambio político:

³⁵ Fallos: 7:130; 8:15.

³⁶ Fallos: 7:471; 8:45.

³⁷ Fallos: 8:429.

³⁸ Fallos: 8:446.

³⁹ Fallos: 9: 18 y 95.

⁴⁰ Fallos: 9:401.

⁴¹ Fallos: 9:503.

⁴² Fallos: 10:23.

⁴³ Fallos: 9:365 y 577.

a) Los principios del derecho civil están establecidos en la propia Constitución.

b) La jurisprudencia hubiese adquirido un valor relevante para darle cohesión al orden jurídico.

a) Los principios del derecho civil están establecidos en la Constitución Nacional.

Esta afirmación parece de Perogrullo pero, como señaló Alberdi, el propio Vélez Sársfield, al proyectar su Código, se basó en todas las legislaciones del mundo, menos en la que daba sustento al legislador argentino, es decir, la Constitución⁴⁴.

De haberse comprendido la real dimensión de los principios que nutrían al nuevo sistema político, los tribunales hubiesen encontrado en sus disposiciones una guía insustituible para dirimir las controversias. Por el contrario, en los primeros años críticos del nuevo orden político, la Corte no hizo mención de los artículos constitucionales que sancionan los derechos civiles, salvo para decir que esos derechos no son absolutos, y que deben ser reglamentados⁴⁵, o invocando razones tales como la conveniencia pública, el progreso y la tranquilidad, para desconocer el derecho de propiedad⁴⁶.

El propio Alberdi había alertado sobre la importancia de esos artículos constitucionales algunos años antes de la codificación, al explicar que el nuevo sistema económico exigía romper con la antigua legislación española que alteraba la libertad económica:

“La Constitución, en cierto modo, es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre”⁴⁷.

Años después, cuando criticó el Código de Vélez Sársfield, hizo una completa enumeración de los *derechos civiles*, a la luz de las disposiciones constitucionales:

“Todo el cimiento, todo el fondo del derecho civil argentino está definido y dado clara y completamente por las palabras de la Constitución o ley fundamental de la Nación.

⁴⁴ Juan Bautista Alberdi, *Escritos Póstumos*, Imprenta Cruz Hermanos, Buenos Aires, 1899, tomo VIII, pág. 30.

⁴⁵ Fallos: 3:468; 7:150; 11:5.

⁴⁶ Fallos: 4:311.

⁴⁷ Juan Bautista Alberdi, *Obras Escogidas*, t. IV, pág. 67.

“El derecho civil, según ella, es la colección o conjunto metódico de las leyes que reglamentación el ejercicio de estos *derechos civiles*, que la Constitución (art. 14) garantiza a todos los habitantes de la Nación, y son los siguientes:

“1) De trabajar y ejercer toda industria; de navegar y comerciar; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino: es decir, el derecho civil de trabajar, o adquirir, o crear o producir bienes de fortuna por el trabajo industrial.

“2) El derecho de usar y disponer de esa fortuna creada por el trabajo garantido en su libertad, y considerada *propiedad* del hombre que la ha creado.

“3) La inviolabilidad de la propiedad (art. 17)

“4) La propiedad del servicio productor de que todo hombre es capaz (ibid).

“5) La propiedad intelectual o de todo invento y descubrimiento (ibid).

“Eso en cuanto al *derecho civil personal del hombre en las cosas*.

“En cuanto al derecho de *la persona para con las personas de la misma familia*, y de la misma *sociedad civil de la Nación*, la Constitución no es menos celosa en definir y dar los cimientos del *derecho civil argentino*, por estas garantías reglamentarias del estado civil o social de las personas:

“1) El derecho de asociarse con fines útiles (comercio, cultos, ciencias, industrias, familia, matrimonio, iglesia, etcétera); de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (sin este derecho civil de publicidad es impracticable el derecho civil de asociación, siendo la publicidad una condición elemental del *orden social*, tanto como del *orden político*) (art. 14).

“2) El derecho civil de ser todos iguales en libertad ante la ley social; es decir, la ausencia de toda esclavitud civil o social en la Nación Argentina; la de todas las prerrogativas de sangre y de nacimiento; la de fueros, privilegios y títulos de nobleza (arts. 15 y 16 de la Constitución).

“3) El derecho civil de seguridad personal por el cual ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (es decir, la no retroactividad de toda ley); es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos; el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados (artículo 18 de la Constitución).

“4) El derecho civil personal por el cual todo hombre en su vida privada está exento de la autoridad de los magistrados, y es libre de hacer lo que la ley no prohíbe (art. 19).

“La prueba de que todos estos derechos naturales de todo hombre en sociedad, que la Constitución consagra, son *derechos civiles*, es que la Constitución los asegura también al *extranjero*, por su artículo 20, cuando dice terminantemente: ‘Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano’.

“Y en seguida de declara resto, menciona y especifica esos derechos civiles del ciudadano, que son siempre los ya citados, *de ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes*. Así, en este artículo 20, están de nuevo definidos y establecidos todos los cimientos del *derecho civil argentino*, por la Constitución o ley fundamental de la República”⁴⁸.

De este modo, Alberdi sintetizó nuestro Derecho Civil. Esas disposiciones constitucionales debieron ser la fuente de cualquier sentencia dictada por los tribunales argentinos. Sin embargo, no existe referencia alguna a ellos, a no ser para limitarlos⁴⁹.

El análisis de lo discutido en los casos concretos a la luz de los principios emanados de la Constitución hubiese permitido a los jueces encontrar soluciones adecuadas para resolver los conflictos.

b) El valor de la jurisprudencia

El *common law* tiene resuelto el problema de la certidumbre del derecho, de acuerdo con el principio *del stare decisis*, que dispone la obligatoriedad moral de la jurisprudencia elaborada por los tribunales superiores, aun cuando esa obligatoriedad no tiene un contenido estricto, sino que permite la evolución del derecho en la medida en que los jueces, al apartarse de dichos precedentes, invoquen la inconveniencia de su aplicación.

Había puntualizado, en un trabajo anterior antes mencionado, que la tarea de determinar la solución de los aspectos teóricos de un caso, en los tribunales del *common law*, radica en gran medida en encontrar el precedente adecuado. La ventaja del precedente sobre la ley es su carácter de decisión singular, que resuelve una

⁴⁸ Juan Bautista Alberdi, *Escritos Póstumos*, t. VIII, pág. 26 y ss.

⁴⁹ Alberdi no se opuso a la codificación o legislación positiva en materia civil. El no aceptaba que tuviese un contenido intervencionista, pero no alcanzó a explicar por qué justificaba la existencia de códigos.

No era la legislación civil positiva lo que hubiese permitido “reglamentar” el ejercicio de los derechos. Si se hubiese reparado en el significado del concepto de reglamentación del ejercicio, a la luz de la filosofía de la Constitución, se hubiese visto la contradicción entre la codificación de los derechos individuales y el nuevo orden político.

cuestión puntual y concreta, y acota el margen del principio subyacente en esa decisión.

Como señala Cueto Rúa, citando a Chamberlain:

“Según el principio del *stare decisis* una decisión deliberada y solemne de un Tribunal o de un juez, dictada luego de discusión, sobre un punto de Derecho planteado correctamente en un caso, y necesaria para su decisión, es una autoridad (*authority*) o precedente obligatorio en el mismo tribunal o en otros tribunales de igual o inferior rango, en casos subsiguientes, cuando el mismo punto se vuelve a litigar; pero el grado de autoridad que corresponde a tal precedente depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación del derecho real o vigente, y la compulsión o exigencia de la doctrina es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitraria e inflexible”⁵⁰.

Ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos que “el *stare decisis* corporiza una importante política social. Representa el elemento de continuidad jurídica y tiene sus raíces en la necesidad psicológica de satisfacer las expectativas razonables”⁵¹.

Es muy importante destacar que en el sistema anglosajón la discusión de las cuestiones jurídicas se planteaba en casos concretos, reales, específicos, a diferencia de lo que ocurrió luego en los países con tradición continental europea en los que, como consecuencia de la intervención del parlamento en la definición del derecho, las discusiones jurídicas normalmente se llevan a cabo en terrenos teóricos, hipotéticos, que muchas veces están totalmente divorciados de la realidad.

Dentro del sistema del common law, los jueces tenían la posibilidad de examinar empíricamente los resultados de decisiones o criterios anteriores, y cuando demostraban su inconveniencia en casos concretos, se podían apartar de ellos. Por otra parte, la especificidad que se da al contenido del principio extraído de un fallo hace que los tribunales tengan una amplia gama de variantes para valorar los detalles distintos, al punto de considerar inaplicable el precedente.

Todo ello permite una evolución del derecho, que va siguiendo distintos caminos, profundiza las soluciones consideradas adecuadas y abandona las inadecuadas. De este modo permite, al mismo tiempo, que el juez goce de suficiente libertad como para decidir el caso concreto sin ataduras, de acuerdo con sus

⁵⁰ Julio C. Cueto Rúa, *El Common Law*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1957, pág. 123.

⁵¹ “*Helvening, Commissioner of International Revenue vs. Hallock et al.*” 309 U.S. 106.

particularidades, y que cuente con un cuerpo sólido y coherente de precedentes judiciales que le sirva de guía para resolver las cuestiones jurídicas involucradas⁵².

En Argentina, la codificación del derecho no ha permitido que la jurisprudencia tenga la misma importancia. Las líneas jurisprudenciales elaboradas minuciosamente durante décadas, habitualmente son inutilizadas en un día por una ley del Congreso que resuelve lo contrario a la jurisprudencia, y esa disposición legal –en la medida en que los jueces no la consideren violatoria de la Constitución Nacional-, es obligatoria para ellos. La tradición codificadora y reglamentarista acabó minimizando la importancia de la jurisprudencia, relegada a llenar vacíos legislativos⁵³.

Pero aun dentro del restringido marco de acción que ha quedado a la jurisprudencia, nuestra Corte Suprema estableció las reglas que rigen el acatamiento a la doctrina de sus fallos. El principio general es que los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina de la Corte aun al decidir casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional, en virtud de su independencia de criterios⁵⁴; principio al que cabe hacer excepción en los supuestos en que se produce un desconocimiento de lo resuelto en el mismo caso, en violación al principio de obligatoriedad de las decisiones judiciales⁵⁵.

Sin embargo, ese apartamiento no puede ser arbitrario e infundado, pues no obstante que los jueces sólo deciden en los procesos concretos que les son sometidos, y que los fallos de la Corte Suprema no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos. “De esta doctrina emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar *nuevos argumentos* que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”⁵⁶.

“Este deber de los tribunales inferiores no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la

⁵² Lo fundamental, según entiendo, es que existan ciertos principios que dan fundamento a las sentencias, para que las decisiones judiciales tengan una finalidad determinada. Esa finalidad, de acuerdo con los principios enunciados en nuestra Constitución y tan claramente descriptos por Alberdi, consiste en la protección de los derechos individuales.

⁵³ Recuérdese, en contraposición con esto, que en el antiguo derecho inglés era más importante la jurisprudencia que la ley del Parlamento, al punto de considerarse inválida toda ley que estuviese en contradicción con el *common law*. Al respecto, véase mi trabajo en *Libertas* N° 13, antes mencionado, página 202 y siguientes.

⁵⁴ Fallos: 280:430; 296:610; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1.575 y 2.561, entre muchos otros.

⁵⁵ Fallos: 255:119; 270:325; 291:479; 307:1.948; causa: “Borthagaray, Carlos R.”, del 14 de noviembre de 1989, y muchos otros.

⁵⁶ Fallos: 307:1.094; Causas: “Rolón Zapa”, del 25 de agosto de 1988, y “Suárez Parvas”, del 15 de agosto de 1989.

autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento”⁵⁷.

De estos precedentes se desprende que la doctrina de los fallos de la Corte Suprema, también en la Argentina, tiene una autoridad moral que justifica la obligación, para los tribunales inferiores, de fundamentar suficientemente sus sentencias cuando se apartan de aquélla; pero al mismo tiempo no veda en forma absoluta tal apartamiento. De este modo, se permite un crecimiento ordenado de la jurisprudencia, sin convertir al tribunal supremo en una suerte de nuevo legislador, tal como ha ocurrido más tarde, al introducirse legalmente la facultad de las Cámaras de dictar fallos plenarios con el objeto de unificar la jurisprudencia.

En realidad, sólo puede hablarse de “jurisprudencia” como la doctrina que emana de un conjunto de fallos judiciales dictados con independencia de criterios por otros tantos tribunales que al buscar la solución del caso no se han visto atados por soluciones ya establecidas. Mil sentencias idénticas dictadas como consecuencia de la orden de un tribunal superior emanada de un fallo plenario, no es “jurisprudencia” en su sentido estricto. Esas mil sentencias no tienen mayor valor que la única orden dictada por el superior. Desgraciadamente la mentalidad reglamentarista de nuestros legisladores y jueces ha entendido que sólo a través de este tipo de resoluciones obligatorias se puede alcanzar la certidumbre en el derecho⁵⁸.

En un interesante precedente fallado en el período crítico al que me he referido anteriormente (1863-1871), la Corte confirmó por sus fundamentos una sentencia de primera instancia que decía:

“Que los juzgados seccionales deben ajustar sus procedimientos y resoluciones a las decisiones de la Suprema Corte, que en casos análogos dicte haciendo jurisprudencia (...). Que siendo este juicio idéntico al del señor de la Peña y su esposa Elena Eyra (...), por cuanto se trata de una cuestión entre los cónyuges, sobre disposición y administración de bienes llevados al matrimonio estando pendiente una demanda de divorcio, debe resolverse el caso del mismo modo, subordinándose a las declaraciones de la Suprema Corte”⁵⁹.

⁵⁷ Doctrina de Fallos: 212:51; Causa: “Pulcini, Luis B.”, del 26 de octubre de 1989.

⁵⁸ En este sentido, es bueno recordar las enseñanzas de Bruno Leoni, al explicar que la certidumbre jurídica no se alcanza a través de leyes escritas que traten de resolver a priori todas las cuestiones posibles (lo que se aplica también a los fallos plenarios), sino permitiendo una evolución jurisprudencial auténtica, tal vez más lenta, tal vez con algunas contradicciones internas, pero que es la única que permite un establecimiento real y seguro del orden jurídico (ver en este sentido, “La libertad y la Ley”, Ed. del Centro de Estudios sobre la Libertad, 1961, pág. 117 y siguientes)..

⁵⁹ Fallos: 9:53.

De no existir los códigos, los tribunales hubiesen podido mantener el principio que emana de este fallo, y de los antes mencionados, y los tribunales hubieran ensayando distintas soluciones, contando siempre como norte con la jurisprudencia orientativa de la Corte Suprema. De este modo, la Corte se hubiese convertido en el órgano encargado de limar la disparidad de criterios respecto de los lineamientos generales del derecho, reconociendo al mismo tiempo a los jueces la suficiente libertad como para evaluar las características propias de los casos concretos, y aún para apartarse de su doctrina invocando nuevos argumentos. De este modo, el problema relativo a la certidumbre jurídica se hubiese resuelto de manera similar a como se hizo en el derecho anglosajón.

De no haberse sancionado leyes de contenido positivo en cuestiones de derecho privado, la revalorización de la jurisprudencia hubiese otorgado solidez al sistema jurídico, con varias ventajas adicionales sobre la codificación:

1. Respeto de la voluntad humana, al permitir que sean los propios individuos los que discutan y resuelvan las condiciones de sus acuerdos, en lugar de someterlos a imposiciones establecidas en leyes generales.

2. Posibilidad de que la evolución del derecho sea el producto de la comprobación empírica de cambios en el contexto de las relaciones en la sociedad.

3. Que sean los jueces, aplicando los principios de la lógica y la justicia al examen de los hechos de la causa, los que resuelvan conflictos concretos, desvinculando el concepto de derecho del de ley del Congreso.

4. Estabilidad, toda vez que los principios del derecho sólo podrían variar en aspectos muy concretos y específicos de los asuntos puntuales sometidos a la decisión de los jueces, y que éstos modifiquen luego de una justificación razonable. En contraposición a esto, un Código Civil, que regula hasta los más mínimos detalles de las relaciones particulares, puede ser cambiado completamente en un día, por la decisión por sí o por no, de la mitad más uno de los miembros de una asamblea legislativa.

5. Mejor protección de los derechos individuales frente al poder del gobierno, al separar tajantemente la facultad legislativa de la judicial, que en los sistemas codificados parece desdibujarse al disponer los legisladores la forma en que los jueces deben resolver los casos sometidos a su jurisdicción.

IV. Excepciones al afán legislador: cómo la Corte Suprema resolvió algunas cuestiones sin necesidad de basarse en leyes de signo positivo.

En contraposición con aquellos casos decididos por aplicación de la antigua legislación española, hubo algunos en los que la Corte aplicó el sentido común, el

sentido de justicia y los principios generales del derecho para resolver cuestiones no previstas legalmente. A título ilustrativo considero interesante recordar algunos de esos fallos.

1. La Corte intervino en 1866 en un caso en que dos vecinos discutían la propiedad sobre un muro medianero. Ambas propiedades habían pertenecido originalmente a una misma persona, quien posteriormente vendió una, sin especificar nada en el contrato respecto de la propiedad del muro divisorio. Aparentemente, la legislación española no tenía respuesta para este problema. La Corte lo resolvió diciendo:

“Que (...) no habiéndose declarado en la escritura del contrato que todo el muro divisorio se comprendía en la venta, debe entenderse que este muro quedó de propiedad común, y que la línea que pasa por su centro es el límite de ambas propiedades; pues ésta es la interpretación más *natural* de la voluntad de los contratantes, la más conforme a los *principios del derecho* que en los casos dudosos reducen la obligación a su menor término, y la que también ha adoptado la jurisprudencia, apoyándose en varias disposiciones de las leyes romanas (...)”⁶⁰.

Si bien hay una última referencia a las leyes romanas, traída solamente como un fundamento *ex abundantia*, la Corte ponderó especialmente la búsqueda de la solución justa sobre la base de lo que más naturalmente pudiese entenderse como la voluntad de las partes y lo menos gravoso para ambos.

2. En un caso en el que se discutía la validez del reconocimiento de una deuda no comprobada, hecha por el albacea sin el consentimiento de los herederos, para decidir que ese reconocimiento no obliga a la testamentaria, la Corte desechó la abundante cita de leyes españolas que traía el fallo de primera instancia, y todo el fundamento de su resolución fue que “(...) es un *principio* que la confesión de deuda perjudica a su autor solamente y no a sus acreedores”⁶¹.

3. En el caso de “Domingo Mendoza y hermano c/ Provincia de San Luis”⁶², que fue la primera vez que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley, para hacerlo se basó en las disposiciones de la Constitución Nacional y en los “*más sanos principios de la razón*”.

4. Algo similar sostuvo al decidir que la confesión calificada no debe dividirse, pues es la “doctrina admitida en la práctica como la *más conforme a la razón y al derecho*”⁶³, y que ése es un “*principio de nuestra jurisprudencia, enseñado por los jurisprudencistas más notables*”⁶⁴.

⁶⁰ Fallos: 3: 90. Véanse también: Fallos: 4:456 y 485; 5:251.

⁶¹ Fallos: 3:103.

⁶² Fallos: 3:131

⁶³ Fallos: 3:160.

⁶⁴ Fallos: 3:200.

5. En otro caso, la Corte resolvió una tercería de oposición interpretando un contrato de arrendamiento de acuerdo con lo que consideró más *razonable*⁶⁵.

6. Una mujer había sido impedida de nombrar procurador a su marido, pues de conformidad con la Glosa 2 de Gregorio López a la ley 10, Título 5 de la Partida 3, no tenía capacidad para hacerlo. La Corte revocó ese fallo, sosteniendo que la prohibición mencionada había caído en *desuso*, y que negar la posibilidad de designar procurador al marido sería *injusto*⁶⁶.

7. Para resolver el reclamo de varios vecinos de Mendoza, que pedían que se considerasen pagados impuestos que habían entregado bajo amenazas a un gobierno de facto instalado temporalmente en la Provincia, la Corte sostuvo:

“Que no existiendo una disposición legislativa que comprenda directamente este caso, debe ocurrirse para resolverlo a los *principios de justicia y equidad*, que son los fundamentos del derecho”⁶⁷.

8. Para aplicar el beneficio de la duda en materia penal, la Corte no se basó originalmente en ninguna ley, sino que dijo “que es *doctrina de los criminalistas, digna de ser adoptada como razonable y justa* que para absolver, bastan las presunciones que hacen vacilar el ánimo del juez, respecto de la verdad del cargo”⁶⁸.

9. Para enmendar un agravio que no había sido introducido por ignorancia o desidia de la defensa, la Corte se remitió a “razones de *equidad y aun de justicia*”⁶⁹.

Las referencias a la razón, la justicia, la equidad, la costumbre, la naturaleza, la doctrina y la jurisprudencia, hacen recordar a los fallos de los tribunales ingleses en los tiempos de Sir Edward Coke. Posiblemente la similitud no sea producto de la coincidencia o copia, sino la consecuencia de que, sin soluciones obligatorias preestablecidas en leyes, los jueces no tuvieron más remedio que utilizar las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, y el sentido de justicia para “pronunciar sentencias apreciando el valor jurídico que tenga lo alegado y probado por las partes”⁷⁰.

De este modo, en los casos reseñados, los jueces adecuaron el derecho a la realidad, teniendo en mira su finalidad de hacer justicia protegiendo derechos individuales, en lugar de actuar como meros aplicadores de una ley general y de signo positivo, lo que en muchos casos significaba violar derechos.

⁶⁵ Fallos: 4:43.

⁶⁶ Fallos: 4:399.

⁶⁷ Fallos: 5:74 y 155.

⁶⁸ Fallos: 5:88.

⁶⁹ Fallos: 5:459.

⁷⁰ Fallos: 9:40.

V. Las ideas evolucionistas de Alberdi debieron inclinarlo hacia el orden jurídico espontáneo.

Alberdi no estaba en contra de los Códigos: reconocía esta potestad del Congreso, aunque señalaba que no era conveniente utilizarla con profusión. Fue posteriormente un acérrimo enemigo del Código de Vélez Sársfield, al que criticó en su contenido y en su forma, pero no en su existencia misma.

Los siguientes párrafos de Alberdi, escritos contemporáneamente con el comienzo de la vigencia del Código Civil, exponen, según mi parecer, cierta contradicción en su pensamiento, pues siguiendo su visión evolucionista notoriamente influida en esa época por Herbert Spencer, al que cita varias veces, la conclusión lógica debió ser una posición contraria a cualquier codificación de los derechos civiles.

Escribió Alberdi:

“Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una *evolución natural*, como lo es todo organismo animado (...) un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible e indefinido porvenir.

“Eso fueron los códigos romanos, que el mundo ha copiado más tarde, como modelos; fueron el testamento de la sociedad romana, no el punto de partida, no el programa de su vida imposible de prever en el curso que su desarrollo recibió del medio y de las influencias bajo las cuales se produjo.

“Los códigos sancionados por vía de programa obligatorio para el crecimiento, estructura y desarrollo de una sociedad nueva, o que se establezca de nuevo con independencia de toda otra, pueden tener la capacidad de embarazar el programa natural del organismo social; pero no de anticiparlo y abreviarlo por medios artificiales (...).

“(...) Deducir un código social o civil (...) de los principios y reglas en que descansa la sociedad, como cuerpo orgánico y viviente, no era obra para los que han encontrado más fácil y cómodo copiar la constitución social que recibió Roma, pieza por pieza, durante el curso de vida de diez siglos de la *evolución natural* a que todas las sociedades, como todos los individuos, deben su creación, estructura, desarrollo y funciones. Sin embargo, un código social no puede tener otros principios que aquellos en que descansa la sociedad misma. *Su legislación civil o social, es la expresión de su constitución natural*; porque las sociedades tienen su *historia natural*, la ciencia de su organismo social, como la tiene el organismo de todo ser viviente.

“Es decir, que para constituir artificialmente una sociedad, es preciso empezar por estudiar las leyes naturales según las cuales esa sociedad se ha

producido, ha crecido, ha recibido su estructura u organización, y cada órgano su función y papel respectivo.

“Es una de esas leyes –la primera tal vez y más fundamental-, que las sociedades no son obra de los legisladores, no son hechas por decretos de gobierno, sino *el producto de una evolución natural*, como el común de los seres orgánicos (...).

“(…) Es otra regla que preside el organismo social, la de que *las propiedades y caracteres de las unidades, determinan las unidades y caracteres del conjunto social*. Es decir, que nada hay en la sociedad que no esté en el hombre o unidad de que se compone. Y como nada es más variable y variado en la naturaleza que el tipo de hombre, las sociedades tienen que seguir en sus propiedades y caracteres que las distinguen, las propiedades y caracteres del tipo de sus unidades elementales.

“Es otra verdad de sociología que en materia de sociedad, *agregación o aglomeración de hombres es inseparable de organización*. En una sociedad rudimentaria, no hay subordinación ni centro de autoridad. ‘Sin una estructura gubernamental fuerte y durable, de la cual seguirá la evolución, jamás una sociedad alcanzará un gran grado de desarrollo’ –dice Herbert Spencer, en su *Ciencia Social...*

“Los gobiernos y los estadistas de Sud América, que creen dar a sus sociedades como de un golpe una organización del tipo más alto y perfecto, con sólo copiar y sancionar nominalmente los códigos civiles que resumen la organización de sociedades llegadas a su más alto progreso y desarrollo en el espacio de siglos, usan de un charlatanismo sin conciencia, sin ciencia, sin probidad, para hacerse atribuir la instrucción y saber que no tienen (...)”⁷¹.

En estos párrafos, Alberdi sostiene que una sociedad evoluciona naturalmente, del mismo modo que lo hacen los individuos que la componen, pero al mismo tiempo justifica la existencia de un código en algún momento de esa evolución. Alberdi señala que el Código de Vélez Sársfield es una copia del código romano, que era el producto final de diez siglos de evolución, que se había producido sobre la base del derecho pretorio, es decir, el derecho elaborado en sentencias judiciales a lo largo de los siglos. Justificar la existencia de un código, en este contexto, significa justificar que esa sociedad puede llegar a un punto más allá del cual su derecho ya no podría evolucionar. Aceptar un código, en los términos de la teoría evolucionista seguida por Alberdi aquí, es aceptar el estancamiento.

Tal vez una explicación a estas afirmaciones de Alberdi esté dada por la circunstancia de que él veía en la reforma legislativa la única salida para abandonar el antiguo derecho colonial y, en consecuencia, consideraba los códigos como los

⁷¹ Juan Bautista Alberdi, *Escritos póstumos*, t. VIII, pág. 35 y ss.

medios de reemplazar las reglamentaciones monopólicas y autoritarias heredadas de Roma y España por una legislación elaborada para proteger los derechos.

Esto es lo que se advierte en algunos párrafos escritos en su *Sistema Económico y Rentístico*:

“(…) cuando el artículo 64, inciso 11, ha dado al Congreso la incumbencia de dictar los códigos civil, comercial y de minería, no ha hecho otra cosa que imponerle el deber de reformar nuestra legislación realista y colonial de origen y destino, para ponerla en armonía con los nuevos principios de la Constitución republicana, que encierra el código de nuestra nueva existencia nacional”⁷².

De todos modos, parece claro que lo que Alberdi tenía en mente al hablar de un código dista mucho de lo que finalmente se sancionó. Ello no sólo se advierte en sus críticas a Vélez Sársfield, sino en varios pasajes de sus obras contemporáneas con la Constitución, entre los que puede citarse el siguiente:

“Ninguna Constitución se basta a sí misma, ninguna se ejecuta por sí sola. Generalmente es un simple código de los *principios* que deben ser base de otras leyes destinadas a poner en ejecución esos principios”⁷³.

Poner en ejecución los principios de la constitución, en los términos de Alberdi, implica legislar sobre lo necesario para ejercer los derechos, y no regular el contenido de esos derechos. Puede usarse el nombre de “código” para hablar de una ley procesal, de una ley que organiza la justicia o la policía, de una ley sobre capacidad para contratar o sobre el consentimiento contractual. Posiblemente algo de esto es lo que Alberdi tenía en mente al hablar de “código”, algo muy distinto de lo que sancionó el Congreso posteriormente.

VI. Cómo los peligros de la codificación finalmente se concretaron en los hechos

Al principio mencioné que muchos autores consideran el Código de Vélez Sársfield como un código “liberal”. Señalé que, de acuerdo con mi opinión, más peligroso que el contenido del código es el hecho de su propia existencia, pues ello haría suponer que la existencia de los derechos depende de su reconocimiento legal.

Si bien tal suposición no se desprende del código original de Vélez Sársfield, la subsiguiente costumbre de identificar al derecho con el código tuvo su coronación con la reforma del 1968⁷⁴.

⁷² Juan Bautista Alberdi, Obras Escogidas, tomo IV, pág. 41. Alberdi menciona el artículo 64 de la Constitución, pues su obra fue contemporánea a la Constitución de 1853, es decir, anterior a la reforma de 1960 que supuso algunos agregados y alteración en el articulado. Se está refiriendo, en definitiva, al actual artículo 67.

⁷³ Ibid, pág. 42.

Entre muchas otras cláusulas intervencionistas y violatorias de la voluntad contractual, esta reforma le ha agregado al artículo 1.071 del Código Civil el siguiente párrafo:

“La ley no ampara el *ejercicio abusivo* de los derechos. Se considerará tal al que contraríe *los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlos* o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Más de un siglo de reglamentación legal de los derechos logró que se violase el espíritu de la Constitución Nacional -según el cual los derechos existen con anterioridad a la organización jurídico-política, y ésta tiene por límite su respeto- y se llegase a sostener explícitamente que los derechos deben adecuarse a la voluntad del legislador.

Hablar de “abuso del derecho” es un contrasentido, a menos que se defina al derecho como el conjunto de facultades que la ley le otorga a una persona. Pero si se parte de la base de que los derechos son anteriores a la organización política y jurídica, se llegará a la conclusión de que una persona puede actuar dentro o fuera de su derecho, pero no “abusar” de él.

Yo tengo derecho a comprar una escopeta, pero no tengo derecho a disparar a otra persona si no me agrede previamente. Si lo hago, no estaré abusando de mi derecho, sino que sencillamente estaré fuera de él.

La teoría del “abuso del derecho” es un claro ejemplo del peligro de la codificación. Cuando el Código Civil original de Vélez Sársfield proclamó la “autonomía de la voluntad”, en realidad estaba proclamando la “voluntad del legislador” de que los individuos hagan sus acuerdos contractuales según sus propios designios. Pero ello duró hasta que el “legislador” cambió de opinión.

Esta sujeción de los derechos individuales a la ley contradice los principios sobre los cuales se elaboró la Constitución de 1853, que consideraba tales derechos como anteriores al orden jurídico, y expresamente prohibía que fuesen alterados por las leyes (artículo 28).

VII. Conclusiones

1. Existe una estrecha vinculación entre el orden político y el jurídico, de modo tal que la tarea de un gobierno organizado para proteger los derechos individuales puede verse empañada si la legislación impide el pleno ejercicio de tales derechos.

⁷⁴ Ley 17.711, sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968.

2. En la Argentina se intentó combinar un sistema político basado en el reconocimiento de los derechos del individuo con un orden jurídico intervencionista, lo que culminó por tornar ilusorios a aquellos derechos.

3. La formación jurídica de nuestros jueces les impidió advertir aquella incompatibilidad, y por ello continuaron aplicando la antigua legislación colonial a pesar de ser contraria a los principios que nutrían al nuevo sistema político.

4. Por eso aceptaron la reglamentación del contenido de los derechos como una facultad normal de la legislatura, y prácticamente ninguna ley atentatoria contra los derechos individuales fue declarada inconstitucional.

5. Una cabal comprensión y aceptación de los principios constitucionales del sistema establecido en 1853 hubiese impedido continuar con una legislación intervencionista y planificadora propia de la codificación española, y posiblemente originado una legislación tendiente exclusivamente a reglamentar el “ejercicio” de los derechos, es decir, todo aquello que fuese necesario para permitir que los derechos se ejercieran plenamente.

6. De haber sucedido tal cosa, el derecho hubiese sido, al igual que en el sistema anglosajón, el producto de la decisión de los jueces en la resolución de controversias particulares.