

CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO, UN CLARO EJEMPLO DE MARGINACIÓN DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Pilar Romero

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

Fundamentación: Teniendo en cuenta que lo relevante a considerar como meta del conocimiento jurídico es la vida humana, la cual constituye una realidad que vale la pena conocer en todos sus despliegues posibles, en el presente trabajo se intentará demostrar que para desenmascarar la hipocresía de las normas es necesario saltar a la realidad social de los repartos, y que solo conociendo la Historia es posible saber cual es la realidad sobre la que ellos se constituyen. Lo cual nos llevará a la comprensión de que la falta de conciencia histórica y la marginación de la historicidad del Derecho, lleva a repartos autoritarios, a ordenamientos rígidos, y sobre todo a la interrupción de los procesos de maduración profunda de los pueblos logrado con un mayor respeto a la ejemplaridad.

Mas allá del riesgo que implica fraccionar el tiempo o los procesos, el tema elegido para desarrollar el presente trabajo es la Codificación del Derecho Privado Argentino, más concretamente la culminación de este proceso con el Código Civil de 1869, no sólo por considerar que es un tema relevante para la comprensión del proceso posterior a el y por la riqueza de hechos que presenta su acontecer social, económico y político, sino porque

es un proceso en el cual podemos discernir el *proyecto* llevado a cabo por el grupo codificador, el cual con una total falta de sentido de la historicidad de los argentinos, logró el trasplante de derechos receptados del Derecho Francés, lo que condujo al fracaso del funcionamiento de muchas de sus normas. Intentaré para ello brindar una visión sintética de los acontecimientos coetáneos a nivel mundial, aprehender la complejidad del conjunto de influencias ideológicas de la época, y comprender a partir de ello la concepción del Derecho que expresaron aquellos que pretendieron fundar una nueva Argentina.

Marco Teórico- Filosófico: Para la comprensión del fenómeno jurídico y de la historicidad del Derecho, he seguido las líneas de la concepción tridimensional de la cultura y el derecho, con una orientación específica, de la cual –sin pretender en este caso una declinación trialista del tema- he tomado el aporte de sus categorizaciones, concibiendo la realidad como dotada intrínsecamente de una conformación tridimensional, en cuya dimensión sociológica se identifican distribuciones o repartos de potencia o impotencia, pudiendo estos últimos ser realizadores de distintos valores naturales relativos tales como poder, cooperación, previsibilidad o solidaridad, según se efectúen de modo autoritario, autónomo, como producto de un plan de gobierno en marcha o de la ejemplaridad. Concebiré en nuestro caso al Código Civil de 1869 como la captación lógica y neutral de todo un reparto proyectado, siendo ambos- repartos y normas- valorados a través de la Justicia.

Es en esta última dimensión donde partiendo del supuesto de la existencia de un plano axiológico que hace a la esencia del derecho y por ende integra su noción, donde se plantea el desafío de indagar con que valores se ha integrado el valor supremo del derecho: la Justicia. Para en

última instancia a la luz de todos estos planteos, reconocer en nuestro derecho la presencia o no de un consenso histórico que le brinde legitimidad a nuestras instituciones.

Otros aportes teóricos conceptuales son los que provienen de la llamada “Historia Social”, corriente historiográfica que aborda como objeto de estudio todas las manifestaciones y realizaciones humanas y que nos aporta conceptualizaciones para analizar la complejidad de la causalidad en la historia, planteando un abordaje analítico de factores económicos, políticos, sociales y mentales; una concepción del pasado que mas allá del cúmulo de datos, nos permita descubrir las articulaciones significativas para hacer inteligible la realidad, tendiendo al desarrollo de una conciencia histórica, valorando de esta manera las posibilidades formativas y éticas de su enseñanza.

I. La revolución tecnológica inaugurada en Europa a fines del siglo XVIII y la industrialización de los países mas avanzados del viejo mundo, hizo que la economía contemporánea creciera de manera insospechable a la par del desarrollo del capitalismo industrial. El despliegue de esta capacidad económica provocó una expansión de los imperios coloniales, desarrollándose un sistema imperialista económico que superó al colonialismo, y que no se agotó dentro de las fronteras nacionales y las distintas regiones sino que se extendió al ámbito internacional.

Este período, caracterizado por una absoluta fe en la ciencia, y especialmente por la tendencia a convertirla en técnica- un *hacer* del saber- llevó a descubrimientos realizadores de los valores relativos imperantes de la época, elevando el marco de los objetos repartibles hasta lo antes inimaginable- a modo de ejemplo podemos recordar en la primera mitad del

siglo XIX, en el ámbito de salud, Pasteur crea la microbiología, Fleming descubre la penicilina, en 1845 se descubren los rayos X y años mas tarde el uso del cloroformo como anestésico; en otros ámbitos la invención del barco a vapor, y luego de la locomotora, de la fotografía, del teléfono-; se produjo en general una explosión de la capacidad técnica al servicio de la humanidad que le permitió al hombre controlar su propio ritmo vital , ampliar sus fronteras e inclusive fabricarse su propio mundo, cambiando de esta manera la percepción que hasta ese momento tenía del tiempo y del espacio.

El valor dominante de la época fue la Utilidad, dentro de un complejo axiológico de valores mas amplio integrado por la verdad, la justicia, la salud y coronado con una alta proyección a la humanidad. El avance de un valor superficial, permitía que las tablas de valores de las personas se expresaran con mayor libertad.

La teoría Utilitarista de Bentham es la descarnada expresión de este valor culminante. Desde el punto de vista jurídico y económico es el exponente de la mentalidad racional del Estado y la ideología burguesa mercantilista inspirado en un individualismo ilustrado económico práctico. Su visión ontológica acerca del hombre es la mirada ética de un ser que sufre y goza, pero que fundamentalmente sus actos deben producir no el sufrimiento, sino el placer, el bienestar, y en consecuencia, la felicidad. Esta solo se logra en la medida que se accede a la riqueza y al dinero; y es a esta hacia donde el Estado, las leyes y la economía deben orientar su función. A punto que en su obra “Filosofía de la Ciencia Económica” expresa: *“Que nadie se sorprenda o escandalice si me encuentra en el curso de esta obra, valorando todo en dinero. De este modo únicamente es como podemos tener partes alícuotas para medir”*.

Ahora bien, ¿cómo se propone el Utilitarismo proteger al hombre? Es en este punto donde Bentham presenta un amplio punto de contacto con el racionalismo en cuanto considera inadmisibles la ausencia de sistematicidad y de claridad en el derecho, su necesaria formalización, el monopolio de su creación en el legislador y la máxima limitación de los poderes de los jueces, para garantizar la certeza del derecho, y asegurar los derechos de los individuos.

La mira utilitaria de una clase social en vertiginoso ascenso, ansiaba la precisión y claridad del Derecho como garantía de sus negocios, no solo en relación con sus pares, sino también frente al Estado. Por otro lado las transformaciones en los sistemas políticos de Europa occidental, que transferían la soberanía del Rey a la Nación, establecieron entre los distintos órganos de poder un principio de división de tareas que confería al legislativo la función de crear leyes, apareciendo estas como la expresión de la voluntad general. El derecho consuetudinario entonces, devino innecesario, y el Derecho escrito fue el resultado racional de la voluntad general canalizada a través de los mecanismos de representación.

En este contexto, en 1804 se dictó en Francia el que por su plenitud sistemática, fue considerado el primer verdadero Código del mundo: el Código Civil. Esta obra, realizadora de un espíritu burgués de “propiedad privada y libertad de contratación”, estuvo inspirada en el pensamiento liberal inglés y en la fisiocracia y expresó los ideales del capitalismo liberal. Siguiendo a grandes líneas el método de las Institutas, el Código combinó ideales de libertad con elementos romanos, principios del Derecho Canónico y las costumbres locales, por lo que podemos decir sin temor a equivocarnos, que el código Civil Francés pudo sintetizar la temporalidad del pasado, del presente y el porvenir de Francia.

II. Retomando el tema del impresionante progreso técnico que caracterizó a esta época, mas allá de los descubrimientos e invenciones que a modo de ejemplo hemos mencionado, cabría resaltar que éste tuvo un carácter esencialmente integrador, y la manifestación de este carácter fue la formación de un mercado mundial, que se canalizó esencialmente por tres vías: el movimiento internacional de capitales, las corrientes migratorias y la expansión del comercio mundial. Es en este contexto donde las 6.000.000 de hectáreas de la zona pampeana argentina, de características ecológicas excepcionales aptas para la producción ganadera y agrícola se constituyó en uno de los principales centros de atracción del flujo migratorio y del movimiento internacional de capitales.

Mientras en Europa occidental se fomentaba de esta manera la expansión comercial mediante la política del Laissez-faire, Argentina adoptó la decisión política primaria a favor de la expansión económica y de la integración del país en el mercado internacional, tratando de responder de esta manera a un ritmo acelerado de desarrollo que se estaba verificando del otro lado del Atlántico. Ahora bien, ¿cuál era la realidad social en nuestro país?, ¿qué condicionantes existían y cuales fueron los instrumentos para llevar a cabo tal decisión política?, ¿cuáles fueron las influencias ideológicas y la formación jurídica de quienes llevaron el proyecto adelante?...

III. En tanto en Argentina la dirigencia política se desempeñó desde la hegemónica Provincia de Buenos Aires, tomando decisiones con carácter nacional y debiendo dar solución inmediata a cuestiones de las que dependía la unidad política en ciernes: la integridad territorial, la identidad

nacional y la organización de un régimen político que contara con la necesaria legitimidad de sus instituciones. Era preciso “ordenarse para ordenar”, regular el funcionamiento de los instrumentos que permitieran la integración de los diversos planos de interacción social, a las exigencias de un régimen de producción que se insinuaba con fuerza avasalladora. Al carácter segmentario de la organización social se superpuso una dimensión jerárquica, y el centro de la escena política fue ocupado por una coalición de fracciones de una burguesía en formación implantada fundamentalmente en las actividades mercantilistas y agroexportadoras que conformaban la aún aldeana pero pujante economía bonaerense.

Pero conquistar el orden también suponía para el gobierno nacional apropiarse de ciertos instrumentos de regulación social hasta entonces legados por la colonia o sumidos por instituciones como la Iglesia. Su centralización en el Estado permitía aumentar el grado de *previsibilidad*, uniformar prácticas y crear nuevas pautas de interacción social. La variedad de ámbitos operativos en los que el gobierno reclamaba jurisdicción señalaba un pragmatismo, reñido quizá con la filosofía “antiintervencionista” del liberalismo que inspiraba su acción en otros campos. De alguna manera el proceso de organización necesitaba desarrollar además de la estructura constitucional, los principios de normas contenidos en ella a través de la actividad legislativa que les diera valor operativo, tal como mandaba el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional. Cumplir con esta actividad significaba poner en el orden del día el delicado tema de si se legislaba siguiendo la costumbre y antecedentes históricos, o si por el contrario, se buscaría la imitación de los modelos europeos.

Cuando se inicia el proceso de codificación del Derecho Privado, que culmina con la sanción del Código Civil de 1869, el legislador contaba con

una experiencia que en cierta medida mantuvo las formalizaciones en prudente proximidad a las fuentes materiales. Esto se explica porque la crisis y el cambio operado a nivel de los supremos repartidores a partir de la Revolución de Mayo no se correspondió con una modificación en la composición de las relaciones de producción, en la apropiación de los bienes ni en las técnicas o métodos de trabajo. Por ello la copiosa formalización que afectó al Derecho Público, fue manejada con más prudencia en al ámbito del Derecho Privado.

Esto dejará de parecernos extraño si observamos que por ejemplo, en el ámbito de los derechos reales, la subsistencia del “régimen hispánico” fue natural en una comunidad que a pesar de las prédicas y los intentos progresistas de los protagonistas del Proceso Revolucionario, no había logrado transformar las estructuras económicas y sociales, consolidadas progresivamente sobre el predominio de la explotación pecuaria, actividad hegemonizada por un grupo cerradamente conservador, que perpetuaba sin innovar los métodos de trabajo exigentes desde la colonia. Por lo tanto la aparente imagen feudal de la normatividad hispana no fue un obstáculo al desarrollo de las fuerzas de producción, escasamente desarrollada en capacidad expansiva.

En el ámbito de los derechos personales, las formalizaciones que se llevaron a cabo se limitaron a aquellos sectores que sufrieron alteraciones en el ámbito de las fuentes materiales, tales como la “Ley de aprendices de artes o fábricas” de 1821 que reguló la sustitución de mano de obra esclava por el trabajo asalariado, o la abundante actividad legislativa destinada a regular la actividad del peón rural, necesidad acaecida debido a que, la supresión de entradas de nuevos contingentes de esclavos, trajo aparejada

una apremiante falta de mano de obra, por lo que la explotación ganadera también necesitó recurrir a la mano de obra asalariada.

En síntesis, no se hizo más que reflejar una realidad que comenzaba a imponerse en la estructura productiva de la sociedad rioplatense.

Por lo tanto la disyuntiva al momento de la codificación era si se continuaba la tendencia sintetizable en el respeto a las fuentes materiales o si se tomaba el camino inverso.

IV. No podríamos avanzar en el análisis sin comprender que los círculos intelectuales rioplatenses, venían desde fines del siglo XVIII contagiándose de racionalismo y utilitarismo. El grupo de jóvenes que en 1837 se reunió en torno a Esteban Echeverría estuvo imbuido de una mentalidad romántica en boga, criticando las rigideces del racionalismo e intentando develar los principios rectores de la nacionalidad siguiendo los principios de la Escuela Histórica de Savigny. Sin embargo, aún en el seno de este romanticismo se entreveían ideas claras de racionalismo iluminista; y fue esta tendencia ecléctica la que conquistó el predominio a mediados de la centuria. Es ilustrativo el ejemplo de Alberdi, quien en su “Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho”, si bien por un lado confiesa haber dejado de concebir al Derecho como una colección de leyes escritas, concibiéndolo como *“elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social”*, por otro lado al preguntarse cuál es el espíritu de las leyes escritas, afirma *“la razón, ley de las leyes, ley suprema y divina, es traducida por todos los Códigos del mundo”*.

Cabría citar también el pensamiento de Esteban Echeverría, hondamente arraigado en la época, como un indicio más para aprehender la complejidad ideológica del momento histórico.... *“La razón colectiva solo es soberana,*

no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional: la voluntad quiere, la razón examina, pesa, decide. La parte ignorante queda bajo la tutela y salvaguardia de la ley dictada por el consentimiento uniforme del pueblo racional. La democracia no es el despotismo absoluto de las masas ni de las mayorías: es el regimiento de la razón. La soberanía es el acto mas grande y solemne de la razón de un pueblo libre...” .

Las notables y profundas contradicciones de Echeverría y en especial de Alberdi durante el período de reafirmación romántica, pueden comprenderse debido a la permanente dificultad de conciliar la revalorización del elemento histórico, con el racionalismo y la “hispanofobia” que heredaron de la generación ilustrada.

Una de las expresiones más claras y profundas de la bifronte y escindida cultura argentina, son las obras literarias de Sarmiento, “*Facundo*” y de José Hernández, “*Martín Fierro*”, no solo por su exactitud respecto de los datos de la realidad, sino por su fidelidad a los contenidos de la voluntad jurídica de los distintos sectores de nuestro pueblo. En tanto “*Facundo*” propone una “civilización” y la incorporación de argentina al orden europeo con miras a un despliegue de vida económica y de progreso -civilización que es marco de una justicia simétrica, preocupada en la solución de cuestiones jurídicas patrimoniales que defiende el estilo de vida capitalista-, el “*Martín Fierro*” por su parte, desde la perspectiva del antiguo hombre rural y referido a un marco nacional, manifiesta el deseo de preservar la ejemplaridad de las costumbres gauchescas, poseedoras de caracteres mas feudales y preocupado por protegerse contra el afán civilizador.

Ambas lograron ser una importante propaganda de los ideales y los fines de sus autores, poniendo de manifiesto los anhelos de dos sectores de la sociedad. Dos realidades de un mismo país.

Dalmasio Velez Sarfield, no obstante haber manifestado en muchas oportunidades (tales como en el mensaje de elevación del proyecto del Código de la Pcia. De Bs. As., o en sus dictámenes como Asesor del Gobierno Nacional durante la Presidencia de Mitre, entre otras), la necesidad de revalorizar el valor de la costumbre y plantear por ende que toda formalización debía descansar en las fuentes materiales, en el Código Civil adoptó una postura sumamente restrictiva en torno a la vigencia o validez del derecho consuetudinario. La posición que las fuentes materiales recibieron en el Código, ha sido extremadamente desventajosa, ya que cuando el codificador reguló la inserción del derecho consuetudinario en el funcionamiento del sistema del Derecho Privado, deja la indudable impresión de sobreponer la ley escrita a la creación espontáneas de las fuerzas sociales, propia del individualismo racional.

En el art. 17 del C.C. no solo se priva de efectos al Derecho Consuetudinario cuando se enfrenta con el escrito, sino también en aquellos casos que no están previstos en la ley. A esta falta de valor “integrador” de la costumbre, se le suma el disfavor con que esta es ubicada en la escala de las fuentes del art. 16, el cual nos conduce de la analogía, directamente a los principios generales.

Mas allá de que en específicos supuestos legislados, debe decirse que el legislador ha tenido en cuenta la realidad material (aunque un análisis pormenorizado de ellos escape al objetivo de este trabajo), podemos afirmar que el lugar que el legislador asigna a la costumbre en el funcionamiento y especialmente en la integración del ordenamiento, revela un excesivo apego a influencias racionalistas que impedía abrir el sistema a la riqueza del derecho consuetudinario. Este formalismo revela en el fondo ser un elemento estratégico de un plan de gobierno, que necesitaba ofrecer aunque

sea en las normas, una imagen no siempre acorde con la realidad o un alarde de cambio más que una efectiva voluntad repartidera.

A modo de corolario quisiera agregar que pocas reflexiones han sido tan reveladoras de la idiosincrasia de esta generación como las del filósofo español Ortega y Gasset, quién visitó por esos años dos veces nuestra tierra y realizó un análisis del hombre argentino que él conoció, teniendo en cuenta que sólo alternó con representantes de círculos intelectuales, lamentándose de no haber tenido el tiempo para conocer a los “hombres de las pampas”. Estas fueron algunas de sus reflexiones... *“Los argentinos están inmersos en un futurismo concreto de cada cual. Viven sus ilusiones como si fueran ya realidad. El argentino cree ser algo que en realidad no es pero puede ser. Quiere serlo con tanta intensidad que termina convencido de que es nomás lo que cree. En vez de estar viviendo activamente lo mismo que pretende ser, en vez de estar sumido en su oficio o destino, se coloca fuera de el y nos muestra un monumento. Se ocupa la mayor parte de su vida en impedirse a si mismo vivir con autenticidad...Postulan reformas en lo económico y en lo institucional, pero lejos de reformar nada, se limitan a aplicar aquí las supremas que importan desde Europa. Se declaran altamente demócratas, pero están convencidos de su hidalguía y de que por consecuencia tienen privilegios heredados. Hacen gala del todo floreciente de su hacienda, cuando solo muy contados miembros del círculo lo alcanzan. Declaman sobre la igualdad social delos hombres, pero entienden que solo ellos son gente de bien...”*

V. El proceso de codificación que pretendió lograr una nueva argentina, significó la puesta en marcha de un plan de gobierno, que interrumpió el

curso de la historicidad y la maduración profunda lograda a través de los años. La finalidad subjetiva de los autores de las nuevas leyes quedó manifiesta en un Derecho concebido como una invención, en la que no se advirtieron los intereses que benefician o gravan el reparto codificador. La insistencia en trasplantar un Código liberal, no permitió advertir la resistencia de un sector hispánico tradicional ni la dificultad de lograr una sociedad industrial, con una economía feudal.

Fue un tiempo de creciente importancia de la planificación gubernamental con una tendencia a radicalizar el carácter económico del poder.

Con miras a barrer los restos del antiguo régimen y alcanzar las aspiraciones racionales y liberales, se dio a la normatividad una perfección formal inédita. Sin embargo las diferencias entre los contenidos de la voluntad de los autores y su cumplimiento se hicieron frecuentes, por los fracasos del racionalismo desconocedor de las posibilidades de la realidad social.

Si bien el desarrollo de la moral utilitaria puede ayudar a desbloquear la justicia de criterios orientadores falsos, *integrándola* y dinamizándola –así como también es necesaria la *contribución* de valores naturales relativos tales como poder, previsibilidad u orden con los que se establezcan vínculos *coadyuvantes* que apoyen la realización de la Justicia como valor absoluto-, cuando se presentan vinculaciones de *oposición* y estos valores se alzan contra la Justicia arrogándose el material estimativo que solo le correspondía parcialmente, se convierte en *subversiva* la pretensión del monopolio del derecho con la planificación gubernamental que jerarquiza en demasía la importancia de las leyes y la previsibilidad. También es

subversiva la búsqueda excesiva de coherencia y el positivismo normológico que pretende ceñir el mundo jurídico a las normas.

Merced al avance del capitalismo y de la expresión monetaria como denominador común de todo lo existente, la justicia se caracterizó por su *simetría*; sus objetos de reparto contaban con el auxilio de la moneda “que lo mide todo”, con el inmanente riesgo de la *cosificación del valor*. La Utilidad, expresada en la idea de “ingeniería social”, termina por ocultar el sentido de la Justicia, pudiendo llegar a eclipsarla.

El tango “Cambalache” de Enrique Santos Discépolo, años mas tarde, fue una clara expresión popular de manifestar el rechazo a esa simetrización impuesta.

Si bien injusticias hubo y habrá siempre, no tiene que ser imposible que superando la conducción humana y la referencia conciente a los valores, se pueda gestar un mundo mas valioso. Sin embargo, y adueñándome de una reflexión de Miguel A. Ciuro Caldani, “...*para valorar la justicia del proceso histórico, hay que remitirse al respeto a la dignidad humana, y entonces como ocurre con frecuencia en la historia, el interrogante sigue abierto...*”.

Bibliografía consultada:

- CIURO CALDANI, Miguel Angel. “*Estudios de Historia del Derecho*”. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. “*Ubicación de la Justicia en el Mundo de los valores*”, y “*Perspectiva Trialista de la axiología Dikelógica*”. En Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política.

- CIURO CALDANI, Miguel Angel. *“Notas de un Diálogo del Facundo y el Martín Fierro”*. En Filosofía, Literatura y Derecho. F.I.J. Rosario, 1986.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel *“Comprensión Jusfilosófica del “Martín Fierro””*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1984.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *“Introducción Filosófica al Derecho”*. 6ed. Depalma. Bs. As. 1996.
- *“Fuentes formales y materiales en la Historia del Derecho Privado Argentino hasta la Codificación”*. En Revista de la Facultad de Derecho de Rosario.
- *“Pensamiento Económico: Jeremy Bentham”*. En Revista de Ciencias Humanas N° 20.
- OZLACK, Oscar. *“La formación del Estado Argentino”* Planeta. 1999.
- LACLAU, Martín. *“Etapas de la evolución de la Filosofía Jurídica Argentina”*. En *“La Historicidad del Derecho”*
- PEREZ AMUSCHATEGUI. A.J. *“Mentalidades Argentinas (1860-1930)”*. Eudeba. 1989