

LA CODIFICACIÓN DEL *IUS COMMUNE* ROMANO EN LA ARGENTINA

*The codification
of Roman ius commune
in Argentina*

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ

Universidades de Buenos Aires y de Flores

Resumen: en el presente trabajo haremos referencia a la recepción del *ius commune* romano en la legislación argentina.

Nos proponemos indagar si, así como el artículo 16 del Código de Vélez establecía el reenvío a los principios generales del Derecho, para integrar el ordenamiento jurídico argentino con los principios de todo el sistema jurídico romanista, la redacción del actual artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica un apartamiento de la tradición romana e hispánica.

Palabras clave: *Ius commune* romano. Legislación argentina. Principios.

Abstract: in the present work we will refer to the reception of the Roman *ius commune* in the Argentine legislation.

We intend to investigate whether, just as article 16 of the Vélez Code established the referral to the general principles of law, to integrate the Argentina legal system with the principles of the entire roman law system, the wording of the current article 2 of the Civil and Commercial Code of the Nation, implies a deviation from the roman and Hispanic tradition.

Keywords: Roman *ius commune*. Argentine legislation. Principles.

SUMARIO: I. Introducción. I.1. *Ius commune. Mos italicus. Mos gallicus*. II. Recepción del *ius commune* en Latinoamérica. III. El subsistema latinoamericano o iberoamericano. IV. La legislación argentina. IV.1. El Código de Vélez y sus notas. IV. 2. El Código Civil y Comercial de la Nación. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. *Ius commune. Mos italicus. Mos gallicus*

Como sostiene Serna de la Garza, «el *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa,¹ que

1. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, p. 205, sostiene que

vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrolladas por glosadores y comentaristas». ²

Y agrega: «El *ius commune* fue decantándose como principios generales de derecho que permitían su aplicación directa en la práctica judicial y que podía servir para informar la legislación de los estados en particular». ³

Como sostiene Torrent ⁴, desde finales del siglo xv se comenzaron a perfilar dos modos o tendencias en el estudio del Derecho romano.

El *mos italicus*, o bartolismo, comenzó a desarrollarse a fines de la Edad Media por la escuela de los glosadores hasta que esta, por tratarse de un método que se limitaba a la letra del texto estudiado, comienza a agotarse. El método utilizado a continuación se denominó «comentario», que continúa el trabajo dejado por los glosadores. Es debido a lo anterior que el *mos italicus* se transforma, a inicios de la Época Moderna, en «un saber científico altamente sofisticado transformándose en un Derecho Jurisprudencial que regía con bastante autoridad, sobre todo en Italia, Alemania, España y Países Bajos». ⁵

Silva Araya explica: «El método aplicado por la corriente de pensamiento del *mos italicus* para desarrollar el estudio del Derecho romano, y así, del derecho común, es de una aplicación directa del mismo a la realidad social de su tiempo, sin mayor preocupación de las diferencias temporales, políticas e históricas de ambas épocas. Se caracteriza por la prevalencia de la actividad docente sobre la forense, siendo la exégesis la actividad más importante». ⁶

«Se puede, en líneas generales, formular dos críticas principales a esta doctrina. En primer lugar, se les acusa de tergiversar los textos

«el gran fenómeno del renacimiento jurídico medieval a finales del siglo xi y sobre todo en el xii (según Maitland el más jurídico de todos los siglos) se condensa en la portentosa elaboración del *ius commune*: no hay duda que éste ha sido el hecho más relevante en la historia de la jurisprudencia europea de los últimos mil años».

2. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune Latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 212. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx> (última consulta: 8 de febrero de 2022).

3. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune...*, cit., p. 213.

4. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del derecho europeo...*, cit., p. 262.

5. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático del concepto de *ius commune*. Su origen y evolución», *Revista de Estudios Ius Novum*; 13, 1 (2020), pp. 446-495, p. 472.

6. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», cit., p. 473.

legales romanos, a través de la multiplicidad de comentarios que se les adherían, como también por dejar de lado determinadas materias como el derecho procesal y penal». ⁷

«El Humanismo Jurídico o *mos gallicus* nació en el siglo XVI y es difundido desde Francia por toda Europa, aunque con diversos grados de aceptación». ⁸

Sintetiza el *mos gallicus* afirmando: «El *mos gallicus* aparece como crítica al *mos italicus* por su falta de competencia para tratar el Derecho, así como por su falta de interés en tratar temas que, al parecer de los humanistas, eran fundamentales para estudiar el Derecho, tales como, por ejemplo, el latín. Sin embargo, la real diferencia entre ambos no es la superación de la reverencia a la antigüedad clásica, sino que se presentan como direcciones metodológicas distintas para abordar su estudio». ⁹

En síntesis, «Los autores del *mos gallicus* no ven al Derecho romano como atemporal ni universal, sino como Derecho propio de Roma. El nuevo método de trabajarlo implicaba su depuración para distinguir los elementos que podían permanecer vigentes en un plano, esta vez, nacional». ¹⁰

II. RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN LATINOAMÉRICA

Serna de la Garza sostiene «El *ius commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que preparen al jurista para una más recta comprensión del derecho propio». ¹¹

«Una primera afirmación sobre el caso del “Nuevo Mundo”, a modo de contextualización histórica, es que éste, aún antes de haber sido descubierto, queda sometido bajo la corona castellana y recibe de forma íntegra el Derecho de la misma, tal como aparecía en las Siete Partidas.

El tratamiento de los territorios americanos como mera extensión de Castilla muy pronto debió enfrentarse a la notable diferencia étnica, social, cultural y económica entre ambas realidades».

7. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 473.

8. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 473.

9. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 474.

10. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 474.

11. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune...*, *cit.*, p. 216.

Y Serna de la Garza sintetiza: «Se mantiene el esquema europeo, en el que se reconoce un derecho propio y un derecho común dentro del mismo sistema. La diferencia más significativa radica en que el derecho castellano, que era *ius proprium* de Castilla frente el *ius commune* medieval europeo, se convierte en *ius commune* frente al *ius proprium* indiano». ¹²

El profesor Alejandro Guzmán Brito postula la idea de una continuidad en las líneas esenciales de dicho sistema. Asegura, a propósito de las codificaciones, que «resultaron ser derecho común reformulado, abstraído, generalizado y sistematizado de acuerdo con ciertos cánones técnicos formales que nosotros podemos ver plasmados en cualquier código moderno». El jurista lo denomina *mos latinoamericanus*. ^{13 14}

El Derecho común, y con particularidad el Derecho romano, continúan su influencia en los ordenamientos de occidente, brindando las bases y las instituciones jurídicas para su desarrollo, y debido a esto, es posible afirmar la continuidad, si bien hasta cierto punto, del *ius commune*.

III. EL SUBSISTEMA LATINOAMERICANO O IBEROAMERICANO

Guzmán Brito afirma: «Por su propia tradición jurídica de los tres siglos anteriores a la independencia, mantenida después, y por los modelos

12. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 479.

13. SACCOCCIO, A., *Il sistema giuridico latinoamericano: Storia di una storia*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 37, define al sistema jurídico latinoamericano, de esta manera: «Per (sotto) sistema giuridico latinoamericano intendo quell'insieme di principi, istituti e norme che accomunano i popoli che vivono dal Rio Bravo ad Ushuaia e che, prendendo le mosse dal Corpus giustiniano sopra descritto, attraverso diverse tappe, che partono dal Liber iudiciorum, e poi dal Fuero Juzgo e dalle Siete Partidas, incamminandosi lungo un ricchissimo percorso giuridico, trovano un punto di arrivo (invero tutt'altro che insuperabile) nei Codici e nelle Costituzioni dei moderni Stati che occupano oggi questa area geografica». Y menciona la revalorización del sistema a través de la obra, entre otros, del argentino Agustín Díaz Bialek.

14. SACCOCCIO, A., *Prefacio Europa y America Latina: Dos continentes un solo derecho*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 13 y ss., sostiene: «Así se afirmó un papel diferente del jurista que, en el nuevo continente, a diferencia de Europa, devino casi un nuevo *formante*, gracias también al papel fundamental que han desempeñado las universidades en la formación de la *cupida legum iuventus*. De ahí también un *mos latinoamericanus iura legendi*, que diferencia claramente a Europa de América Latina, donde el sentido de universalidad del derecho romano parece menos sofocado por las fronteras nacionales».

que tomaron en consideración al codificar, los países iberoamericanos renovaron su derecho a lo largo del siglo XIX en el interior de la secular tradición romanística y pasaron a ser parte de la familia o sistema universal de naciones con derecho codificado, que los comparatistas denominan precisamente familia o sistema romano (-germánico). En el interior de ella, empero, se ha reconocido existir una suerte de subfamilia o subsistema, constituido por el grupo de naciones ibero o latinoamericanas». ¹⁵

Si bien los derechos codificados de los países de tal grupo recibieron muchas influencias europeas, los europeos no las han recibido de ese grupo, más que en casos excepcionales; y sus miembros, en cambio, también las han intercambiado entre sí. Esto es suficiente para conformar las condiciones de un subsistema.

Coincidimos con Chamíé, en que «La República Argentina es considerada como parte integrante del subsistema jurídico latinoamericano. Los ordenamientos que integran el subsistema jurídico latinoamericano han sido plasmados con base en el derecho romano y el reenvío a los principios garantiza la integración de los códigos latinoamericanos con los principios de todo el sistema jurídico romanista del que forman parte». ¹⁶

IV. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

IV.1. El Código de Vélez y sus notas (1871)

Con relación a este tema, seguimos a Abasolo, ¹⁷ quien sostiene que «La más o menos pacífica admisión de las notas veleznas por parte de los operadores jurídicos argentinos contemporáneos a la sanción del

15. GUZMÁN, A., *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica*, 2000, p. 187. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/71612422.pdf> (última consulta: 7 de marzo de 2022).

16. CHAMIE, J., «Principios Generales del Derecho, Derecho Romano, codificación y armonización: Una perspectiva hacia la nueva fijación del Derecho en el siglo XXI», en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 93 y ss. y ESBORRAZ, D., «La referencia a los “principios y valores jurídicos” en el Proyecto argentino de Código civil y comercial de 2012», *Roma e America, Diritto Romano Comune*, 34, 2013, pp. 229-265, pp. 254 y ss.

17. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield como expresiones del “ius commune” en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico

código civil, derivó en la curiosa situación de que, a despecho de su frecuente empleo, no se advirtiese que lo que genéricamente se identificaban como notas eran, en realidad, distintos tipos de apuntes. En efecto, como bien lo explica en nuestros días Luis Moisset de Espanés, el mismo codificador no se redujo a hablar de notas, sino que distinguió entre concordancias, citas y notas. Así, bajo la primera denominación cabía comprender la alusión a normas del derecho romano, del español o de los códigos contemporáneos vigentes, análogas a las del código argentino; bajo la segunda, las reflexiones de la doctrina –representada mayoritariamente por los exégetas del código civil francés–; y bajo la tercera las opiniones propias de Vélez Sarsfield, que bien podían referirse a un artículo o a todo un libro, sección, título o capítulo del código, y reforzarse, por añadidura, con citas y con concordancias» (en el mismo sentido, García Goyena denomina a su proyecto «Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español» de 1851).

«De este modo, y siempre hablando de su método más que de su contenido, las notas veleznas no vendrían a ser sino una de las más tardías expresiones del saber glosado, impulsado desde siglos atrás por los cultores del *mos italicus*». ¹⁸

«Considerado, pues, un “derecho de juristas”, y respetuoso, además, de la tradición y de la experiencia, el indiano resultó ser, por natural inclinación, un derecho “disputado” y fecundamente abierto a las controversias doctrinarias, razón por la cual sus cultores se vieron precisados a invocar, expresamente y con cierto detalle, los basamentos de sus opiniones. La abundancia de citas y de notas resultaba clave para concitar el respeto de colegas y de magistrados». ¹⁹

«En este sentido, la “modernidad” del código de Vélez respecto de antecedentes como el que brindó el proyecto de Marcelino Ugarte, no debe hacernos olvidar que el codificador fue un jurista que estuvo a caballo entre dos épocas, o, en las agudas palabras de Nicolás Avellaneda, que fue un hombre “nuevo, sin haber dejado de ser viejo”. Cabal expresión, pues, de la simultaneidad de elementos conservadores y reformistas

pudo no ser la mejor manifestación de la “Cultura del Código”», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26, 2004, pp. 423-444.

18. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

19. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

que impregnan todo el código, de la contemplación de las notas, surge la actitud ambivalente de un codificador que, como abogado formado en una varias veces secular tradición jurídica, paradójicamente no pareció compartir plenamente los ideales de la codificación». ²⁰

Y concluye Abasolo, sosteniendo «que, impregnado intensamente de tardías expresiones de una cultura jurídica varias veces secular, tras poco más de una década de su sanción, el código civil argentino terminaría siendo interpretado, de manera más o menos monolítica, de acuerdo con el baremo de una nueva cultura jurídica, esencialmente incapaz de advertir y de asimilar aquellas formas abiertas y permeables del *ius commune* que se cobijaban en los pliegues de la no tan apretada malla de la codificación». ²¹

El artículo 16 del Código Civil Argentino (en adelante CC) disponía que «si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso». ²²

Esborraz afirma que «La doctrina argentina no se ha puesto de acuerdo acerca de cuál habría sido la fuente inmediata del CC en esta materia, para lo cual no es de ayuda —en este caso— la nota puesta por el Codificador argentino a la versión definitiva de la norma comentada (y habitualmente publicada junto con el texto de la misma), pues en ella se cita el § 7 del ABGB/1811, el cual no hace referencia a los “principios generales del derecho” sino a los “principios naturales del derecho”». ²³

Y sostiene que la hipótesis más acreditada sobre la fuente inmediata del artículo 16 del CC sería aquella que la identifica directamente con el artículo 15 del Código Sardo de 1837, pero no en su idioma original, sino en la versión francesa, que el codificador argentino habría podido consultar en su biblioteca personal. ²⁴

Por su parte, Rinaldi afirma que se ha sostenido que las verdaderas fuentes del texto del artículo 16 del CC pueden encontrarse en el

20. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

21. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

22. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

23. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 240.

24. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 241.

artículo 7 del proyecto de Código Civil Uruguayo de Eduardo Acevedo y en el Código Sardo –inspirador del anterior– que modifica sustancialmente el texto austríaco al reemplazar el último párrafo incluyendo: «Cuando el caso permanezca aún dudoso deberá decidirse por los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso». ²⁵

Según el Código Velezano, si se le presenta a un juez un caso para el que no encuentra respuesta en el texto expreso de la ley, debe acudir a las leyes análogas, pero si aun así la cuestión le resulta dudosa tiene que resolver conforme los principios generales del Derecho. Son, entonces, solo tres pasos y no hay más alternativas: la letra de ley, las leyes análogas y los Principios Generales. ²⁶

Los Principios Generales del Derecho los define Rinaldi como «normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión». ²⁷

Tal como nos enseña el profesor Schipani, «con la locución “principios generales de derecho” empleada por el artículo 15 del Código Sardo de 1837 –que como hemos visto constituiría la fuente inmediata del artículo 16 del CC– se trató de satisfacer una exigencia propia de la primera generación de Códigos modernos, consistente en garantizar la relación vital y sistemática de estos nuevos textos legales con la totalidad del *ius Romanum commune* (es decir, con el *ius Romanum* contenido en el *Corpus iuris civilis* y sus sucesivos desarrollos), el que había regido hasta sus respectivas entradas en vigor y del cual los mismos

25. RINALDI, N., *En busca de una definición (...del concepto y contenidos de los «Principios Generales del Derecho»)*. Documento publicado el 19 de marzo de 2019 en *Docer Argentina*. Disponible en: <https://docer.com.ar> (última consulta: 22 de febrero de 2022).

26. RINALDI, N., «La desvalorización de los Principios Generales del Derecho en el “nuevo Código”», en *Actas del I Congreso de Principios generales y Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad de Flores, 2015, p. 158.

27. RINALDI, N., *En busca...*, *cit.*

derivaban, proponiéndose así una relación interpretativa dinámica entre el Sistema (de Derecho romano) y los Códigos nacionales».²⁸

Una interpretación similar de la fórmula final del artículo 16 del CC fue propuesta por la doctrina argentina reunida en las «XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil» (Buenos Aires, 1987), en las cuales se aprobó a modo de conclusión de los trabajos de la Comisión n.º 9 («Principios generales del Derecho: sistema jurídico latinoamericano») que «la referencia del legislador a los principios generales del Derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la *iurisprudentia*, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista».²⁹

Es que, como bien ha observado el profesor Schipani, «este re- envío representa la respuesta de la América Latina al riesgo de fragmentación del Derecho común americano como consecuencia de la división territorial, y la consiguiente formación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales, a que diera lugar la independencia del Nuevo Mundo, tratando así de garantizarse la heterointegración de los Códigos latinoamericanos con los principios de todo el Sistema jurídico romanista del que forman parte».³⁰

IV.2. El Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

Se señala en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: «Como se expondrá de manera harto sintética en el próximo apartado, referido al lugar que se le otorga a la jurisprudencia regional –en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)–, otro de los aspectos valorativos es que el CCyC es un “Código con identidad latinoamericana”». En tal sentido, se advierte que «existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la

28. SCHIPANI, S., *La codificación del Derecho romano común*, Traducción de José Félix Chamie, Bogotá, Editorial de la Universidad del Externado de Colombia, 2010.

29. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 254.

30. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 257.

historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región». ³¹

Siguiendo el modelo italiano, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), distingue en su Título preliminar entre un Capítulo 1.º sobre el «Derecho» (referente a sus fuentes y aplicación, a la interpretación y al deber de resolver) y un Capítulo 2.º sobre la «Ley» (ocupándose de su ámbito subjetivo y de su vigencia, del modo de contar los intervalos del Derecho, de su eficacia temporal y del principio de inexcusabilidad). Además, se agrega un Capítulo 3.º sobre el «Ejercicio de los derechos» (donde se trata del principio de la buena fe, del abuso del Derecho y de la posición dominante, del orden público y del fraude a la ley y de la distinción entre derechos individuales y de incidencia colectiva) y un Capítulo 4.º sobre «Derechos y bienes» (el cual se ocupa de las nociones generales sobre la titularidad de los derechos individuales, la distinción entre los bienes y las cosas, los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes y los derechos de las comunidades indígenas). ³²

Artículo 1.º «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

Artículo 2.º «Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las

31. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 4.

32. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 233.

disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Ahora bien, es precisamente el empleo de la expresión «principios y valores jurídicos», sumada a la exigencia de la coherencia de la decisión tomada mediante la aplicación de los mismos con todo el «ordenamiento», lo que alimenta las dudas acerca del verdadero alcance de la fórmula final del artículo 2 y su relación de continuidad o discontinuidad con la expresión empleada por el artículo 16 del CC y con la tradición jurídica argentina. Estas dudas no se verían dilucidadas por la aclaración que la misma Comisión redactora hace en sus «Fundamentos» de que la «referencia al ordenamiento jurídico [...] permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema». ³³

Es que, como enseña Catalano, «una cosa son los “ordenamientos” (estatales o nacionales) y otra muy distinta el “Sistema” (que los comprende y supera), el que a su vez puede articularse en “Subsistemas” (con base en la distinción entre “áreas jurídicas” y “áreas socio-culturales”). Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico argentino –como el de los demás países de América Latina– formaría parte del “Subsistema jurídico latinoamericano” (cual desarrollo interno propio del “Sistema jurídico romanista”), cuya base socio-cultural ha sido identificada en el bloque “romano-ibero-precolombino”». ³⁴

En los considerandos del Decreto por el cual se designó la Comisión redactora del CCC, se indicaba que se debía buscar la armonización del Derecho privado latinoamericano, tomando en consideración de manera particular las codificaciones de la Región, con las que –en esta materia– la legislación argentina ya se encontraba en perfecta sintonía. ³⁵

Lo que sucede con lo dispuesto por el artículo 2 del CCC, que se refiere a los «principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento» (con el que se propone sustituir el artículo 16 del CC que reenvía a los «principios generales del derecho»), empleándose una

33. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 262.

34. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 263.

35. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 264.

fórmula que recuerda en mucho la del artículo 12 de las Disposiciones preliminares italianas del Código de 1942, que habla de los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» (cuya finalidad ha sido la de cerrar el ordenamiento italiano sobre sí mismo).³⁶

«Mediante esta sustitución se pretendió cerrar el ordenamiento jurídico italiano sobre sí mismo, evitando en consecuencia [...] que para la integración y/o interpretación del derecho nacional, se pudiese recurrir a los principios presentes en otros ordenamientos del sistema jurídico romanista. De ser este el significado que correspondería atribuir a la locución final del artículo 2 del CCC, se operaría en el derecho argentino un cambio de la misma magnitud que el llevado a cabo en el derecho italiano con la sanción del Código de 1942, pero sin que se den en Argentina –al menos aparentemente– las mismas circunstancias socio-culturales y políticas que entonces habían inspirado y justificado la reforma italiana»³⁷ (el régimen fascista).

Esborraz ilustra «Con el cambio de régimen político en Italia, el significado de la referencia al “ordenamiento jurídico del Estado” también se amplió: o mediante la particular consideración asignada a la Constitución y al Derecho internacional o supranacional como fuente de principios generales, o por medio del reconocimiento de eficacia jurídica a otros ordenamientos autónomos al del Estado italiano. Todo ello se vio reflejado, asimismo, en el aumento de las funciones atribuidas a los principios generales, a los que ya no solo se les reconoció un papel interpretativo e integrador sino también “directivo”, “correctivo”, “limitativo”, “propulsor” y, más genéricamente, el de “fundamento del ordenamiento” o, en aquellas ramas del Derecho aún no codificadas, el de “marco normativo de referencia”». ³⁸

Los redactores del CCC nos explican en la fundamentación de su contenido que: «De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley», lo que no trae ninguna novedad; pero a continuación continúan diciendo

36. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

37. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

38. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 248.

que «También, (*sic*) incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador». ³⁹

En los Fundamentos se consigna: «También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales tienen no solo un carácter supletorio, sino que son normas de integración y control axiológico».

Conviene tener en cuenta la manifestación respecto de que los principios «tienen no solo un carácter supletorio» pues, de ser así, se está reconociendo que los principios son fuente de Derecho y no solo reglas interpretativas. Rinaldi afirma: «Esta manifestación en la fundamentación no es congruente con el texto normativo expresado en el artículo 2 y esa falta de congruencia no podemos adjudicarla a la ignorancia ni a la improvisación sino a que, evidentemente ha habido dos plumas distintas interviniendo en la redacción: alguien escribió la fundamentación y algún otro redactó el texto normativo». ⁴⁰

Lo concreto es que los Principios Generales no han quedado establecidos como fuente de Derecho sino como reglas de interpretación, lo que merece, por cierto, como afirma el profesor Rinaldi, «no solo nuestra crítica sino la crítica de los mismos redactores a la luz de lo apuntado respecto de las contradicciones entre el texto y sus fundamentos». ⁴¹

«Esas normas son solo supletorias de las normas escritas vigentes en cada sistema nacional. Al decir que son normas supletorias nos pronunciamos claramente a favor de que los Principios Generales del Derecho no están por sobre las constituciones nacionales ni son normas a las que deba atenderse cuando entren en conflicto con las leyes de cada país. Sirven para los casos de ausencia de ley, no pueden entrar en conflicto con ellas». ⁴²

Luego de referirnos al análisis realizado por los profesores Esbarras y Rinaldi, aludiendo a las fuentes del Derecho y a la interpretación de la ley y a las contradicciones entre los fundamentos y el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, avanzamos con el análisis de lo

39. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 158.

40. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

41. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

42. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

que establecen los Fundamentos acerca del Capítulo Tercero del Título Preliminar denominado «Sobre el ejercicio de los derechos».

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCC, se afirma: «nos inclinamos por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente».

Y más adelante se consigna: «Del ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley».⁴³

El título referido al ejercicio de los derechos tiene, de acuerdo con los Fundamentos del Anteproyecto, por destinatario principal a los ciudadanos.

Y continúa: «Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado. Esta calificación como principios generales que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone incluirlos en el título preliminar.

Como se dijo, nuestra propuesta es regular principios generales en el título preliminar, que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros

43. SACCOCCIO, A., «Il Sistema Giuridico Latinoamericano a Brescia», *Roma e América, Diritto Romano Comune*, 38, 2017, pp. 3-22, pp. 14 y ss., afirma: «*Ma anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali non si fatica a percepire forti ragioni di congiunzione. I principi e i valori veicolati nel sistema latinoamericano dal diritto romano (solidarietà; anti-individualismo; favor debitoris; fides; bona fides; humanitas, ruolo della persona umana ecc.), mediante un'opera di "transfusione", o di compenetrazione di reciproche influenze, si sono infiltrati all'interno delle singole legislazioni dei Paesi latinoamericani, saldandosi con i diritti dei popoli indigeni in un blocco coeso e unitario, che giustamente è stato definito "bloque romano-ibérico-precolombino"*».

aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tendrá sobre las leyes especiales». ⁴⁴

V. CONCLUSIÓN

Si existían dudas acerca de si el sistema jurídico argentino se cerraba sobre sí mismo o se mantenía una situación similar a la que regulaba el Código Velezano en el artículo 16, entendemos que la incorporación de varios Principios Generales del Derecho, incluidos en el título preliminar para que impacten en todo el Código, nos permitiría encontrar algo de luz en el tema y revalorizar los Principios Generales del Derecho, que garantizan la relación vital y sistemática de estos nuevos textos legales con la totalidad del *ius Romanum commune*, como señalara Schipani.

44. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Pautas para interpretar el nuevo Código Civil y Comercial Argentino», *Roma e América, Diritto Romano Comune*, 36, 2015, pp. 367-378, p. 373, afirma: «Dado el método explicado en el párrafo anterior, llama la atención que se haya dicho que el Código civil y comercial desvaloriza los principios generales, convirtiéndolos en meros instrumentos de la interpretación, eliminándolos como fuente del derecho. No es así. Los principios generales operan como vías del propio razonamiento [...] El título preliminar contiene verdaderos principios generales, como son el abuso del derecho, no solo a través de la prohibición general (arts. 10 y 11) sino al señalar en el artículo 14 que «la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general», principio que evita tener que incorporar al código fórmulas cuyo contenido es excesivamente indeterminado como el de «función social de la propiedad».