

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

LENGUAJE E INTERPRETACION NORMATIVA

**Orden público y autonomía de la voluntad en el derecho
privado**



Alumno: Bruno VERCESI

Legajo: VABG38846

Año: 2018

RESUMEN

El presente trabajo aborda la introducción de la figura del orden público al derecho privado en el marco de un contexto intelectual y político específico: la filosofía liberal, la Revolución Francesa y el Código Civil de Bonaparte. En contraste al libre despliegue de la voluntad individual como único fundamento regulador de las relaciones particulares, el orden público dispuso el reguardo de los intereses generales, principios estructurales y valores colectivos.

La relación entre fines y técnicas que subyace las regulaciones normativas, las dicotomías internas del orden público, el amplio espectro hermenéutico ligado a los conceptos jurídicos indeterminados y los caracteres modernos del derecho privado, modelan las preguntas y respuestas para comprender la función que cumple esta figura como principio limitante de la libertad individual.

El proceso de adecuación del orden público a la codificación nacional, en el marco de un sistema dinámico e integral de interacción entre las fuentes del derecho, proyecta un amplio espectro hacia la instancia de interpretación judicial para dotar de sentido a este concepto.

Palabras Clave: Orden publico /autonomía/ liberalismo/ interés general/ lenguaje jurídico/ interpretación normativa.

ABSTRACT

The present work addresses the introduction of the public order figure to private law within a specific intellectual and political context: liberal philosophy, the French Revolution and the Civil Code of Bonaparte. In contrast to the free deployment of the individual will as the sole regulating foundation of particular relationships, public order provided for the regulation of general interests, structural principles, and collective values.

The relationship between ends and techniques underlying normative regulations, internal dichotomies of public order, and the broad hermeneutical spectrum linked to indeterminate legal concepts and the modern characteristics of private law, model the questions and answers to understand the role of this figure as a limiting principle of individual freedom.

The process of adapting public order to national codification, within the framework of a dynamic and integral system of interaction between the sources of law, projects a broad spectrum towards the instance of judicial interpretation to give meaning to this concept.

Keywords: Public order / autonomy / liberalism / general interest / legal language / normative interpretation.

ÍNDICE

• Introducción.....	p. 5
• Capítulo I: EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO PRIVADO	
1. Las doctrinas liberales y el Código Francés de 1804.....	p. 11
2. Filosofía liberal: orden público y autonomía de la voluntad.....	p. 14
3. Evolución doctrinal del orden público.....	p. 18
4. Las buenas costumbres y el orden público.....	p. 25
5. Los principios esenciales del derecho privado.....	p. 28
6. Dimensión social y constitucionalización del derecho privado.....	p. 34
• Capítulo II: EL ENFOQUE DICOTÓMICO	
1. Breve análisis de las dicotomías como método analítico.....	p. 39
2. El orden público en el marco de la dicotomía Público – Privado.....	p. 40
3. Criterios de distinción entre Derecho público – Derecho Privado.....	p. 44
4. El orden público y su alcance: Criterios: <i>Praeter legem/Secundum legem</i> p.	48
5. La dicotomía interés general – interés particular.....	p. 50
6. Ley imperativa – dispositiva.....	p. 53
• Capítulo III: CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS	
1. Notas sobre el lenguaje jurídico.....	p. 58
2. La semántica de los enunciados normativos.....	p. 60
3. Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.....	p. 62
4. El concepto de orden público.....	p. 63

**• Capítulo IV: FUENTES DEL DERECHO PRIVADO E INTERPRETACION
NORMATIVA.**

1. La noción de orden en el Estado.....p. 68
2. Fuentes del derecho.....p. 69
3. Las fuentes en El Código Civil y Comercial de la Nación.....p. 72
4. El juez y la interpretación normativa.....p. 76
5. Límites de la creatividad jurisdiccional en torno al orden público.....p. 81
6. El orden público en la jurisprudencia nacional.....p. 84

• Capítulo V: EL ORDEN PÚBLICO EN LA CODIFICACIÓN NACIONAL.

1. El orden público en el Código de Vélez Sarsfield.....p. 89
2. Recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación: Artículo 12.....p. 91
3. Efectos prácticos del instituto.....p. 92

• CONCLUSIONES FINALES.....p. 95

• BIBLIOGRAFIA.....p. 98

INTRODUCCION

El análisis de la noción de orden público, sea para dilucidar aspectos sustanciales o meramente instrumentales, supone armonizar múltiples y dispersos elementos. La construcción teórica de esta fórmula encierra un largo proceso recorrido desde su introducción en la esfera del derecho privado. Múltiples académicos que han pretendido definir al orden público, han sido descalificados mediante acusaciones de imposibilidad o abstracción; por ello, en vez de ahogar sus efectos en audaces generalizaciones, hay que orientarlos hacia un fin acertado. Si se pretenden deducir del concepto rasgos estables de interioridad, o no se encuentran, o si se encuentran tienen variado relieve. Puesto que la forma no ofrece nada, se amplía todo el esfuerzo hacia el contenido, por ello, el propósito de este trabajo no es meramente descriptivo, sino además, constructivo. La (re)construcción -más o menos-sistemática de los elementos que alberga esta noción, así como el sometimiento a criterios extraños a ella, serán las guías para abordar algunas de las propiedades de esta figura e intentar dilucidar ¿cuáles son los argumentos e instancias de interpretación que determinan el alcance de la noción de orden público como límite a la autonomía de la voluntad?

En primer lugar, es preciso recordar que el concepto moderno de orden público, introducido al Código Civil francés de 1804, no puede ser concebido como una creación *ex nihilo* de la Comisión Redactora encargada por Napoleón -si bien hasta entonces la expresión era jurídicamente desconocida- por el contrario, la génesis de este instituto se remonta hasta el derecho romano. Lo anterior resulta útil para comprender que no se está precisamente ante una novedad en el plano del pensamiento, mas sí, frente a un recurso instrumental para atender determinadas necesidades prácticas del ordenamiento jurídico.

La elaboración moderna del concepto remite a la filosofía individualista que penetró las bases de la codificación francesa. La estructuración de un sistema cuyo centro de gravitación se hallaba en el individuo, se materializó en el celo por la protección de su propio espacio frente a la autoridad y en la convicción de que la vasta amplitud de la voluntad individual para diagramar y regir sus relaciones, era el principio adecuado para desplegar la libertad en todas las direcciones. Esta idea no sería adoptada en el código a modo de principio absoluto; la figura del orden público fue concebida como un instrumento tendiente a dosificar los

virtuales efectos indeseables del voluntarismo, dentro de un complejo normativo que anhelaba la universalidad. La regla, cristalizada en el artículo 6 del Código Civil francés de 1804, establece que los convenios particulares no pueden derogar las leyes que afecten al orden público. Textualmente dice: “No se pueden derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres”. (*On ne peut derogar, par des conventions particulieres, aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs*).

Una oposición surge clara del texto: la libertad creadora de los sujetos debe ceder cuando el objeto del acto -o sus efectos- entren en conflicto con una ley que interese al orden público. Ahora bien, distinguir una ley calificada por ese atributo, conduce a traducir la noción orden público a un conocimiento especulativo que trascienda los problemas de trabajar con abstracciones. Las elaboraciones puramente dogmáticas que se poseen son poco satisfactorias; de ahí que en su lugar, resulte más conveniente moverse rigurosamente en el plano empírico, a los fines de evitar una mezcla de conceptos que derive en definiciones confusas y arbitrarias. Ello importa abandonar una impresión inmediata para seguir los acontecimientos, sus consecuencias y relaciones, de un modo adecuado para comprender con más seguridad la función del orden público en el ámbito del derecho privado.

Además de los intentos para definir bajo que circunstancias una ley es de orden público, la doctrina ha cuestionado si esta figura debe estar ceñida a lo estrictamente positivo, o si, por el contrario, debe considerarse en sentido amplio y abarcar reminiscencias metajurídicas enlazadas con la moral, la ética o las costumbres. El orden público -en tanto noción integral- remite a la forma de la sociedad, a su organización, a los principios que la inspiran e incorpora normas consuetudinarias y de práctica social. Ahora bien, sea cual fuere la posición que se adopte, debe considerarse el problema de la identificación de los procedimientos y fuentes a las que debe sujetarse esta figura en el acto de la interpretación.

Discurrir en la actualidad sobre el orden público, en un contexto asaz disímil al de su incorporación al código francés, en el marco de ideas sociales, económicas y culturales que han transformado el paradigma jurídico, implica sortear obstáculos de naturaleza conceptual que dificultan la comprensión de una figura que de continuo se enriquece con nuevos contenidos. El hecho de que el orden público permanezca operando en buena parte de las codificaciones occidentales -casi en los mismos términos- sugiere al menos dos ideas: que la abstracción de esta noción es tal que permite su continua vigencia en el sistema de derecho

privado y, a su vez, que el aspecto *funcional* es prácticamente idéntico en las legislaciones que lo incorporan: el orden público es un límite a la autonomía de la voluntad.

Esta identidad práctica contrasta con la falta de consenso alrededor de su alcance y significado. No puede desconocerse que la desazón obedece a los caracteres propios del término y a las múltiples dificultades que se presentan para atribuirle un sentido específico; el carácter práctico que asume se halla preparado para acoger en sí concepciones políticas y sociales heterogéneas. El proceso de creación y recreación conceptual ha derivado la inercia original de especulaciones puramente teóricas hacia la contemplación de los modos en los cuales, en amplia extensión y según varias circunstancias, el orden público puede ser invocado para desandar los efectos de los convenios que desoigan su mandato.

En lo sucesivo se tratarán de manera independiente los elementos que conforman la estructura del concepto para, finalmente, sintetizar conclusiones parciales y describir el alcance y las vías adecuadas de interpretación en el contexto normativo actual. Con el fin de evitar una inacabable colección de citas doctrinales, donde la exhuberancia de las combinaciones importe más que el contenido, se trasladará parte del estudio hacia el plano del lenguaje jurídico y su relación con la tarea hermenéutica.

La importancia de abordar este estudio radica principalmente en el intento de comprender el fundamento de una regla jurídica que irradia sus efectos sobre el conjunto de las relaciones privadas y que, por ende, establece un límite real pero difuso a la autonomía de la voluntad. De manera que el objetivo general se dirige al análisis del desarrollo histórico y conceptual, tanto como a las condiciones de aplicación en el ámbito del derecho privado argentino.

Para materializar este objetivo, el primer capítulo se enfocará en el contexto histórico-filosófico y se expondrán las bases de la filosofía individualista haciendo énfasis en el fenómeno de la autonomía de la voluntad. Se repasarán las doctrinas que han abordado el problema, recurriendo también a elaboraciones teóricas previas que se remontan al derecho romano y que coadyuvaron a su configuración moderna. Se tratará la noción de buenas costumbres y su interacción –interna o exógena- con el concepto de orden público. Por último se repasarán las transformaciones que han configurado al derecho privado del siglo XX: la dimensión social y el proceso de constitucionalización.

Otro orden de investigaciones, que contrasta igualmente con la índole del tema tratado, es aquella que refiere al estudio de los pares de opuestos que se bifurcan en el seno del orden público. El principal contraste se encuentra en la configuración del espacio público y privado, centros de intereses –ambos- que se advierten en la dicotomía ya atribuida a Ulpiano entre derecho público y privado. Esta polarización en dos esferas del derecho es la más general en un tema que resulta estar signado por las explicaciones antagónicas. Mientras más se exploran las ideas que se han esgrimido en torno al orden público, se encuentran nuevos pares de términos –binomios- expresados como explicaciones excluyentes. Ciertamente este recurso responde a necesidades analíticas y se manifiesta principalmente en las siguientes dicotomías: público y privado; derecho público y privado; *praeter* y *secundum legem*; interés y particular; ley imperativa y dispositiva.

En el capítulo tercero se abordarán las notas esenciales del lenguaje jurídico, en particular, las nociones o conceptos jurídicos indeterminados. El enfoque estará puesto, no sólo en explicar los principios de este lenguaje -a medio camino entre el tecnicismo y el sentido común- sino también en las consecuencias prácticas al momento de la interpretación en un caso concreto. En suma, se tratarán problemas tales como la vaguedad, la polisemia y la llamada neutralidad del lenguaje jurídico en general. Al alto grado de abstracción que caracteriza a los conceptos jurídicos indeterminados, se adhieren clases heterogéneas o demasiado generales cuyos sentidos son innumerables y dan ocasión a la interacción de un conglomerado de elementos que dificulta -si no impide- una limpia adecuación deductiva del precepto normativo al caso particular.

El capítulo cuarto, se destinará al estudio de las fuentes del derecho privado, para una posterior, subsidiaria y complementaria consideración de la tarea hermenéutica judicial. Para ello se analizarán aspectos relacionados a la ley como fuente del derecho -anquilosada y dogmatizada por alguna doctrina- frente a teorías que la acogen con matices de eclecticismo y relatividad. No se debe perder de vista que una posición estrecha de las fuentes, tanto como un criterio amplio e integrador, repercute directamente en los fundamentos y alcances de la tarea de interpretación judicial.

Por último, en el capítulo quinto, se analizará la noción de orden público en el marco del derecho privado nacional, comenzando por Código Civil de Vélez Sarsfield, luego

considerando algunos matices prácticos producto de la reforma de la ley 17.711 hasta llegar a su reciente incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación.

CAPITULO I

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO PRIVADO

1. Las doctrinas liberales y el Código Francés de 1804.

La sanción del Código Civil francés a comienzos del siglo XIX sintetiza un complejo proceso de interacción entre factores históricos y culturales, vinculados por una parte a la extensa e intrincada red de instituciones provenientes de la Edad Media y, por la otra al desarrollo de las ideas del *ius* naturalismo racionalista, promotor de la simplificación del universo jurídico mediante la sanción de leyes asequibles a la generalidad de los destinatarios, incorporadas a un único cuerpo superador de la dispersión normativa. Basta mencionar que desde el siglo XVI al siglo XVIII, el antiguo derecho privado francés estaba signado por el fraccionamiento territorial y la pluralidad de fuentes; esto como consecuencia “*no sólo de la yuxtaposición de grupos socialmente diferenciados, sino de una multiplicidad de organizaciones políticas independientes y en constante lucha por el predominio (...)*” (Guaglianone, 1969, p. 284). Henry Sumner Maine (1893), en la obra *El Derecho Antiguo* hace notar que:

Francia estaba condenada al sistema de derecho más incoherente y malo de todos los países. Por de pronto estaba dividida en país de derecho escrito y país de derecho consuetudinario (*coulumier*), reconociendo los primeros como base de su jurisprudencia el derecho romano escrito y no admitiéndole los segundos sino para apoyar en el reglas generales y razonamientos jurídicos conciliables con los usos locales” (p.31).

Simultáneamente, junto a estas dos fuentes fundamentales de derecho privado, “*actuaba en todo el reino el derecho canónico en ciertas materias (como el matrimonio) y la influencia de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales*” (Halpérin, 2008, p. 7). En suma, se presenta un contexto donde conviven los particularismos medievales -y el sistema de jurisdicciones especiales- con el surgimiento de la moderna vocación unificadora que proponían los pensadores del Derecho Natural; el encuentro entre dos realidades que hasta la Edad Moderna habían vivido una vida independiente: el Estado y la Nación. El contraste entre perspectivas no puede ser mayor.

En este punto pueden identificarse dos asuntos esenciales que subyacen la ideología del Código: uno, lograr la uniformidad normativa en todo el territorio; el otro, la adopción de las

nuevas ideas sociales y políticas, mediante las cuales se pretendía acabar con los vestigios del antiguo régimen. Pero en contraste a este sistema, al que precedía un largo desarrollo histórico, los nuevos postulados resultaban demasiado firmes y demasiado fijos para que pudieran responder a las necesidades prácticas y adaptarse al nuevo estado de cosas. La universalidad del estado burgués aspiraba a la universalidad de la razón, o más precisamente, a la pretensión de universalidad del racionalismo. En palabras de Hayek (1973), a diferencia del liberalismo evolucionista anglosajón, en el continente “*se utilizaba un punto de vista constructivista o racionalista que exigía una reconstrucción deliberada de toda la sociedad de acuerdo a los principios de la razón*” (p. 2).

La Ilustración, supuso una ruptura del equilibrio que hasta entonces había sostenido la concepción teocéntrica del mundo y a sus instituciones: el feudalismo y las monarquías absolutas. El liberalismo es una crítica del orden antiguo y simultáneamente un proyecto de pacto social. Esta irrupción condujo a la proyección del principio de la razón hacia todos los ámbitos del conocimiento, conformando un ideal universalista como solución para toda la humanidad. La atención se dirigió hacia una filosofía del cambio, a un pensamiento dinámico y transformador, progresista, capaz de romper con todos los factores que tienden a inmovilizar el pensamiento y la sociedad. En el ámbito jurídico, las consecuencias de esta teoría –junto a la tenaz iniciativa napoleónica- constituirán el impulso necesario para materializar los intentos de codificación hasta entonces interrumpidos. No obstante el intenso flujo intelectual que arrastraba el movimiento renovador, debe advertirse que las especiales circunstancias en que tuvo lugar el proceso de codificación, no permiten reducirlo simplemente al impulso del Derecho Natural; Jean Louis Halperín (2008) ha advertido que:

Las orientaciones ideológicas de los codificadores no son suficientes para explicar todas las disposiciones del Código Civil. Junto a las concepciones entonces dominantes sobre la naturaleza del hombre y la organización de la sociedad, debe tenerse en cuenta el rol creciente de un Estado napoleónico que cultivaba la ambigüedad y la cultura tradicional de juristas, quienes transmitían un legado que se resistía a todas las formas de pensamiento” Y agrega: “Para comprender el Código Napoleón hay que evaluar el aporte de los teóricos del derecho natural, y considerar las complejas relaciones entre éste y el derecho de la Revolución, a pesar de las omisiones o desmentidos de sus redactores” (p.89)

Las teorías de los codificadores toman materia de las épocas anteriores y las particularidades que ofrecen responden generalmente a una conciliación entre la tradición, el propio estado de cosas y la necesidad de armonizar la normativa para darle un valor duradero.

En primer lugar, conviene decir que en relación al elemento *tradicional*, si el mundo a comienzos del siglo XIX se transformaba radicalmente, el derecho no lo hacía al mismo tiempo. El Estado francés tuvo interés en conservar los fundamentos del derecho romano en el cual encontraba un buen modelo para servir a las corrientes incipientes del mercantilismo. Norberto Bobbio (1989) señala:

El derecho privado romano, aunque originalmente fue un derecho positivo e histórico (codificado en el *Corpus iuris* de Justiniano) se transforma en un derecho natural, mediante la obra secular de los juristas, glosadores, comentadores, sistemáticos, para luego transformarse de nuevo en un derecho positivo con las grandes codificaciones de principios del siglo XIX, especialmente con la codificación napoleónica. (p.23)

De los elementos restantes que debían ser conciliados, el mayor esfuerzo radicó en la protección de una comunidad de ideas y sentimientos conquistados en la Revolución -plenamente vigentes al momento de la codificación- y la necesidad de proveerse de una normativa que descansara en supuestos generales -que rijan y liguen de continuo a sus destinatarios- evitando limitar su alcance a lo transitorio y perecedero de todas las formas sociales. Por ello y por la necesidad de despegarse de los excesos de la Revolución el Código adoptaría, en palabras de Jean-Étienne-Marie Portalis (2014) en el Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil, una *“filosofía de la moderación en materia legislativa: el legislador debía ser sobrio en novedades, aprovechar la experiencia del pasado (tranzando entre el derecho escrito y las costumbres) y abandonar la ambición de todo querer regular y prever.* (p.11)

En suma, la tarea de los codificadores estaría guiada por la necesidad de dotar al orden jurídico de una esfera segura y estable, mediante la conciliación de las contradicciones que mueven constantemente a los fenómenos sociales y amenazan siempre con dispersarlos. En realidad, no se trata de causas y efectos, sino de un complejo de reacciones y tendencias que se penetran mutuamente; movimientos fundamentalmente diversos que, en ocasiones, devienen en contradicciones insolubles.

En este contexto, debe hacerse una mención especial al papel de jurisprudencia. El transcurso del tiempo le propiciaría un rol no solo como necesario complemento interpretativo de la ley, sino en instancias con gran poder creativo. Ya subrayaba Portalis (2014) que *“en materia civil; es necesaria la jurisprudencia porque resulta imposible regular todas las cuestiones civiles mediante leyes y es necesario acabar con conflictos entre particulares que*

no pueden dejarse sin decidir, salvo que se obligue a los ciudadanos a ser jueces de sus propias causas olvidando que la justicia es la primera obligación de la soberanía (p16). Cada nueva institución no es echa en un solo acto y para siempre. Por el contrario necesita generar las condiciones para su propia supervivencia aún en la sucesión de rupturas históricas; para ello es necesario permitir la elucidación y la creación sobre la base original. Es en este sentido que rol de la interpretación judicial se erige como un instrumento esencial a los fines de la conservación del Código:

Junto a la doctrina, la obra de los jueces ha sido otro factor dinámico de supervivencia del código. Por una parte, la Corte de Casación, que recogió en fallos memorables todas las inquietudes, todos los problemas sociales que los años fueron suscitando, contuvo los excesos de los idealistas a ultranza, frenó las interpretaciones demasiado libres, “contra el código”, pero también animó el progreso, usó prudentemente de la equidad, y desechó los escrúpulos abusivamente individualistas de quienes han querido extraer privilegios personales de una ley imaginada contra todo privilegio. (Guaglianone, 1969, p.294)

En este orden de ideas Halperin (2008) hace notar que los codificadores estaban *“convencidos de que los detalles debían ser obra de jurisconsultos y jueces, los redactores del Código Civil dejaron un margen bastante amplio a la interpretación jurisprudencial”* (p.23). Así, el derecho entra en el campo de lo mudable de las cosas para ganar en comprensión y elasticidad. A través de la labor de la jurisprudencia se verificaran profundas transformaciones en los conceptos normativos y en la valoración de la ley. El derecho no puede fundarse de otro modo que por medio del ejercicio en la actualidad viviente y, por ello, la actividad judicial no esta circunscrita ni minuciosamente ceñida a la aplicación de la ley; por el contrario ésta puede atraer hacia sí amplias facultades y no solamente acompañar la labor de aplicación, sino informarla.

2. Filosofía liberal: orden público y autonomía de la voluntad

La idea de liberalismo es difícil de tratar y apreciar adecuadamente ya que puede entenderse en un sentido más o menos amplio y, además, sus diversos matices a menudo se prestan a confusión. Debido a que la cuestión se halla precedida de un gran prologo teórico, no se intentará desarrollar detalladamente el tema, por el contrario, se expondrán las bases generales y algunas de sus consecuencias prácticas.

Uno de los principales asuntos que ocupó al pensamiento liberal fue el de establecer las bases de la autonomía de la voluntad individual y el derecho natural como factores estructurantes del orden social. La realización estricta de esta concepción se cristaliza en la exigencia de desarrollar todas las relaciones políticas y sociales partiendo del individuo. André Piettre lo explica en estos términos:

Una novedad auténtica surge, sin embargo, en el siglo XVIII: la conciencia, y más aún la ciencia que el individuo, esta vez, adquiere de su emancipación. Sin duda, los griegos habían recibido de los sofistas una filosofía individualista. Los juristas romanos, por su parte, también habían trabajado para liberar al individuo de tradiciones caducas. Pero esta vez la filosofía se hace ciencia; el Derecho se convierte en régimen, la economía política se alza como disciplina autónoma, racional, "física"; es la fisiocracia, es el liberalismo. Con ello, según nos parece, se rebasa la curva cíclica de las civilizaciones para desembocar en la historia de la humanidad; se reanuda el contacto con el largo esfuerzo de la razón humana por adquirir la inteligencia y, si es posible, el dominio de su destino. (Cárdenas Sierra, 2014, p.13)

De las relaciones y combinaciones del pensamiento liberal nacen, poco a poco, imágenes más complicadas. Llegar hasta él es particularmente difícil si se intenta explicarlo como un todo y por no por sus partes: si se observa como unidad la idea se dispersa sin concierto. De ahí que a través de la consideración de sus manifestaciones aisladas, surja el liberalismo más fácilmente como un solo complejo estrechamente asociado. A pesar de que la elaboración detallada de las ideas liberales es muy desigual, el desarrollo se traduciría en una edificación mayor y una composición más fuerte capaz de ejercer una gran influencia tan pronto se ofreciese ocasión para ello.

La instrumentación de estas ideas en el espacio jurídico ocuparía, en lo sucesivo, una clara manifestación del ideal liberal. Por esta vía, se fomenta la libre celebración de acuerdos para regir el contenido de las relaciones; la voluntad creadora de las partes, mediante la sujeción a sus propias reglas, será el único elemento necesario para perfeccionar y en última instancia, hacer exigible el compromiso que de aquel surja. Luis Díez Picazo (1998) recuerda que la libertad contractual:

Significaba, pues, la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. (p. 10)

Díaz Sierra (2002) citando a Blengio, profundiza esta idea y agrega:

Las ideas de la escuela del Derecho Natural inspiradas fundamentalmente en Grotius, el adecuado ambiente de la prevalencia del liberalismo económico y las ideas políticas que hacían del hombre el centro del sistema, inspiradas en las teorías de Hobbes y Rosseau sobre el contrato social, que concebía a los hombres esencialmente libres e iguales, que no entendía una posible restricción de la libertad que no tuviera su origen en la voluntad del hombre, por lo que solo se veía como admisible una sociedad organizada sobre la base del acuerdo voluntario, determinaron casi naturalmente, que surgiera como un verdadero dogma, el principio de la autonomía de la voluntad. (p120)

Como se explicó anteriormente, dentro del flujo de ideas que inspiraron a los redactores del código francés, la teoría liberal ocuparía un lugar privilegiado. Pero esta afirmación no debe tomarse con todo rigor; la propia evolución de la teoría ha suprimido la rigidez de muchas cosas, dando unidad a otras y generado múltiples contrastes. Lo cierto es que sería peligroso generalizar bajo pena de caer en profundas contradicciones. Basta una observación para reducir a sus verdaderas proporciones a este principio: el Código Civil francés introdujo la figura del orden público para establecer el continente dentro del cual podía tener eficacia la proyección autorreguladora de la voluntad individual. Se manifiestan aquí con claridad las oposiciones que nacen de la esencia más profunda del Código. Pues en él están reunidos dos elementos: el movimiento moderno hacia una mayor autonomía e independencia de la vida y un principio que estima necesario el resguardo de lo que interesa a lo público y se reserva la facultad de determinar ese espacio. Halperín (2008) recuerda la afirmación de Albisson según la cual *“los redactores del Código Civil asignaron al legislador el objetivo de someter a los individuos a límites útiles para la sociedad, una sociedad que había que reconstruir o poner en orden luego de “la tormenta que había desorientado a tal punto nuestras cabezas” (p.93)* y agrega la sentencia de Portalis: *“Ante el derecho, el individuo no es nada, la sociedad lo es todo” (p.93).*

De este modo se enlazan dos conceptos fundamentales que, en la actualidad, interactúan en todo el proceso de configuración especulativa: libertad y democracia. De ahí nacen dos formas opuestas, una de las cuales se ocupa principalmente del individuo y la otra de la sociedad. Pero al examinarse detenidamente la relación, enseguida caen todas las fronteras, pues el individuo depende tanto de los demás que sin ellos no puede existir; el individuo está ligado a su medio social. En suma, no se trata de una relación de identidad pero sí, de una

completa dependencia que liga el valor y el derecho de la individualidad al reconocimiento de una razón general.

Esta interacción descubrirá en lo sucesivo relaciones complejas allí donde el asunto parecía ser más simple. El núcleo de la teoría liberal, se configura mediante el concepto de libertad como prioridad axiológica, en tanto, en el ideal democrático subyace el principio de igualdad. El proceso de este movimiento puede conciliar aproximaciones pero siempre quedará una separación que, según los momentos, puede ser mayor o menor, acentuada, encubierta o casi invisible. Lograr la interacción de estos principios supone amoldarlos sin abolir sus respectivos espacios.

Eduardo Nolla (2007) en su artículo “Teoría y práctica de la libertad en Tocqueville”, recuerda los términos en que el autor francés concebía estos espacios sobrepuestos: “*La libertad, base del principio liberal, es un sentimiento individual, particular, imposible de comunicar, que representa lo humano por ser indefinible, incompleto*” (p.197). En contraste consideraba que “*la igualdad, principio supremo de la democracia, es abstracto, racional, siempre idéntico a si mismo. Deductivo, mientras que la libertad es inductiva. Tan accesible, evidente y comprensible, como la libertad es complicada y fugitiva.*” (p.197). Si se estrecha más y más el campo de la acción del individuo y el cuidado por la libertad, la igualdad dentro del Estado puede hacer olvidar la independencia frente de él.

La figura del orden público constituye un instrumento útil para afirmar nítidamente este punto teórico y extraer de su interior algunos elementos de la relación ente estas esferas en tensión. Ante el principio de libertad -materializado en el contrato- se edifica una valla legal tendida para preservar del imperio de lo público los dominios de las relaciones privadas. El orden público posee una acentuación negativa o limitante, exige de la coordinación de la creatividad voluntaria de los individuos, el sacrificio por un fin general; y esta relación se distiende y retorna sucesivamente en circunstancias cambiantes.

Henri Capitant (1901), recuerda el pensamiento de Pillet cuyas afirmaciones resultan muy ilustrativas de la concepción temprana de la doctrina francesa, frente a la figura del orden público:

Mientras se ha podido sostener que el derecho era una concesión graciosa del soberano, se pudo pensar también que la consideración del orden público era la base general de los derechos individuales: hoy que la opinión contraria prevalece, la libertad humana es la regla; y las limitaciones puestas á esta libertad en nombre del orden público, no se justifican sino en tanto que se reducen á lo estrictamente necesario, y confinadas á su papel de excepciones (p.19)

En suma, la interpretación que recaiga sobre los principios de libertad e igualdad será siempre *histórica*, una recreación del contenido de dos términos que solo son verdaderos en su síntesis. La relación no puede ser captada considerando uno de los extremos si se elimina al otro, sino por la resolución de uno en el otro. Sobre este punto importa insistir: determinar de lo que corresponde al orden público repercute directamente sobre el contenido de lo que es propio de la libre determinación intersubjetiva y lo que es materia de la esfera social. La interpretación recae así sobre esta forma indirecta de la dependencia, estableciendo su punto de gravedad si alguna oscuridad resta en la aprehensión.

3. Evolución doctrinal del orden público.

A modo de introducción, es necesario hacer unas breves consideraciones sobre el carácter general de las teorías elaboradas sobre el orden público. En primer lugar, definirlo importa encerrar un gran complejo en un concepto simple, esto es, reunir la pluralidad bajo una idea principal y de este modo estimar su sentido y valor. El peligro radica en arribar a una noción demasiado sumaria, en la que la variedad se sacrifique en honor de una sola idea dominante, que borre la particularidad por medio de conceptos y formulas abstractas. Por ello, se propone principalmente hacer resaltar la inagotable complejidad que alberga esta figura.

En segundo lugar, debe destacarse de cuan diversos modos puede entenderse el concepto y qué orientaciones tan diferentes pueden nacer de él. En efecto, si bien con fines didácticos se pueden agrupar a los autores en una u otra corriente de pensamiento, lo cierto es que resultan confusas las categorizaciones que unifican posturas, principalmente porque a menudo se toma como punto de partida un aspecto particular del fenómeno y se lo explica en función de éste. El ejercicio es similar –aunque menos profundo– que realizado al estudiar los pensadores presocráticos. Si Tales identifica el *Ser* con el agua, Heráclito lo hace con el fuego y Anaximandro con lo indeterminado (*ápeiron*). De esta manera, se escoge un elemento

particular del todo y a partir de éste se procura explicar su *existencia*. Análogamente, con el objetivo de contrastar las ideas surgidas en la doctrina a propósito del orden público, se pueden distinguir diversas posiciones recurriendo a los elementos que cada una de ellas pone de relieve como determinante del *ser* del instituto.

Es preciso recordar que la noción de orden público, vista como una limitación al principio de la libertad contractual, *“fue introducida hace más de doscientos años y tiene su origen en lo que resultó siendo el quinto de los proyectos del Código Civil Francés: el Código Civil de 1804”*. (Betancourt, 2012, p.7). El artículo 6 del Código francés establece que: *"No se puede derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden publico y a las buenas costumbres;"* (Capitant, 1901, p 25).

Los miembros de la Comisión Redactora adhirieron a la idea de asimilar el orden público con el concepto de derecho público. Así Portalis (2014), en ocasión del Discurso preliminar sostuvo que *"no hay cuestión privada en la que no entre alguna mira de la administración pública; como tampoco existe ningún objeto público que no afecte más o menos a los principios de esa justicia distributiva que regula los intereses privados"*. (p. 19). En consecuencia, para esta doctrina el orden público se confunde con el derecho público. Esta relación de analogía ha de ser conectada con la tradicional distinción romana que sostenía la inderogabilidad del Derecho público por los pactos o convenios de los particulares. No obstante, Espín Canovas (1955) recuerda que:

Ni está admitido unánimemente, que los fragmentos de los jurisconsultos romanos alusivos a la inderogabilidad del derecho público, empleen esta expresión en el sentido de la distinción entre derecho público y privado definida en el célebre texto de Ulpiano, ni por otra parte, con independencia de esta cuestión romanista, cabe restringir la aplicación y limitación que el principio del orden público impone, al campo del Derecho público, ya que son numerosas las materias del Derecho privado, que han de ser respetadas por los particulares sin posibilidad de alteración o derogación, como acontece en muchos aspectos del Derecho de familia, como sin duda fue ya reconocido por los mismos romanos. (p.16)

Aquí reside una dificultad que en un principio parece insuperable. El derecho privado también contiene normas a las cuales los particulares deben sujetar su voluntad, ya que carecen de la posibilidad de modificarlas o de sustraerse a su mandato; como se verá más adelante, la ruptura de la unidad del derecho en la dualidad público y privado, no está exenta de reparos. La jurisprudencia nacional se ha manifestado al respecto afirmado que *“el orden*

público no se confunde necesariamente con la materia del derecho público". (C. Nac. Com., sala D, fallo del 1 de marzo de 1996, en autos "Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.").

Esta determinación, por las razones enunciadas más arriba, no podía sujetarse en la dualidad derecho público y privado por lo que, en lo sucesivo la interpretación se expandirá, ensanchando el concepto. Julio César Betancourt (2012) remite al pensamiento de Planiol para quien "*los juristas franceses, al preguntarse qué era una disposición de orden público, concluyeron que se trataba de una disposición contenida en cualquiera de las leyes de Derecho Público o en las leyes de Derecho Privado que interesan al orden público*" (nota p. 12)

El célebre autor francés intentó darle una base más amplia al concepto, no circunscribiendo sus efectos a las disposiciones del derecho público, sino identificando el orden público con el interés general o esencial de un país. En este sentido afirma que "*son de orden público las disposiciones motivadas por consideraciones de interés general*". (Llambias, 1997, p.159). Diego Espín Canovas (1955), recuerda las ideas de Julliot de la Morandière, quien profundiza este aspecto al sostener que "*la noción de orden público marca precisamente la supremacía de las reglas generales, de las reglas legales que protegen los intereses generales, el orden en el Estado, sobre las reglas convencionales, inspiradas en los intereses particulares. La convención tiene valor de ley en principio, salvo cuando choca contra una regla de orden público*". (p. 17). Y en similar sentido Hémard afirma que "*el orden público consiste en el conjunto de reglas establecidas por el legislador en el interés vital de la sociedad*". (Figuerola, 2007. p12).

Es conveniente resaltar que la simbiosis entre el orden público y el interés general, no implica necesariamente extraer del ámbito de lo positivo el alcance del primero. En efecto, la doctrina ha recurrido a la distinción entre leyes imperativas y dispositivas, observando que el interés general informa a las primeras, en contraposición al interés particular o privado que subyace en las normas dispositivas. El orden público se materializa en las leyes imperativas, que a su vez son aquellas que representan el interés general.

En el ámbito de la doctrina nacional, Guillermo Borda (1950) ha sostenido una plena identificación entre orden público y ley imperativa. Dice este autor:

Una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales sólo juega un interés particular. Por eso las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras (...) "leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos" (p.3).

Las cuestiones que se suscitan en este punto son otras, no planteadas en las primeras especulaciones y si, oscuramente advertidas, no formuladas. La categoría interés general es única e indivisible, por lo tanto, aunque sean infinitas sus manifestaciones singulares y éstas puedan individualizarse empíricamente, la dificultad radica en arribar una apreciación uniforme. Al tratarse de una clase general y abstracta, por mucho que el orden público se acerque al concepto evocado nunca coincide con él y subsiste una distancia. De lo contrario se repetiría tautológicamente, con una variación conceptual, que el orden público es el orden público.

Resulta claro que una ley imperativa no puede ser soslayada por las partes, pero el interrogante recae en determinar cuando una ley tiene ese carácter. Cualquier definición resulta entorpecida y detenida por conceptos que obstaculizan la aprehensión de lo que subyace por debajo del complejo de ideas. Al definirlo con una fórmula próxima, tiene lugar un paso de lo uniforme a lo distinto, a una diferenciación y especialización progresiva. Como se sugirió anteriormente, en este punto convergen dos variables que no deben confundirse. Por un lado, parte de la doctrina asimila el orden público a las ideas (igualmente abstractas) de *interés público* o *interés general*. Por el otro, se realiza una clasificación –no exenta de críticas- entre leyes imperativas y dispositivas. Pero esto no significa que todos los autores que definen al orden público en función del interés general, sostengan que éste se reduce a las leyes imperativas.

La relación entre el interés general y lo imperativo como modo de completar el rasgo fundamental del orden público, si bien constituye una base estable y presente en toda consideración teórica, no logra describir al instituto en toda su dimensión. No se alcanza una explicación, sino la identificación de elementos regulares que se dejan describir, pero que se sustraen a la exactitud del concepto. Henry Capitant (1901) plantea el problema en estos términos:

Para que una ley sea de orden público, es preciso no solo que sea conforme al orden público, sino indispensable a su conservación, esto es, que su desaparición pusiese en peligro la existencia misma del orden público. En efecto, supuesto que la ley de orden público es una traba a la libertad de las partes, ella no puede ser dictada sino en cuanto es necesaria esa limitación para asegurar el respeto del orden público.

Y concluye:

Tenemos ya, gracias a las explicaciones precedentes, un medio para determinar cuales son las leyes de orden público: en efecto, poseemos dos fórmulas cuya combinación nos dará la solución buscada:

1º No todas las leyes imperativas son de orden público;

2º Para que una ley sea de orden público, se necesita que sea indispensable para la conservación del Estado.
(p19)

Cuando esos dos términos son profundizados y elaborados con sentido especulativo, el carácter propio se acentúa y adquiere una fuerte parcialidad. Por ello es esclarecedor el argumento de Llambias (1997) cuando al criticar la postura de Borda, arguye:

Pensamos que no hay identidad conceptual entre ley imperativa y ley de orden público, que son calificaciones que trasuntan una formalidad lógica diferente. La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter de orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuajes se comunica esa imperatividad a la ley. (p.162)

Si hasta aquí la cuestión parece compleja, Frédéric Mourlon da un paso más cuando opta por abordar el asunto a través de un recorrido epistemológico alternativo. Ante la imposibilidad de alcanzar el concepto de orden público mediante el conocer discursivo, lógico e inferencial, recurre a la intuición como medio de conocimiento. Y así se pregunta “¿*que es el orden público? ¿Con que criterio distinguir las costumbres buenas de las malas?*” Y responde: “*estas cosas más que definirse se sienten. Es por ello que el código se ha abstenido de dar reglas sobre el particular: él remite a la sabiduría de los tribunales. Apela a la intuición jurídica y a la sabiduría de los tribunales*”. (Figuerola, 2005, p. 11).

En efecto, con este método se aspira a pasar del concepto abstracto a la intuición intelectual, de una falsa sabiduría de palabras a una inspiración que permita evocar la sustancia del concepto. Mas un equivalente lógico de lo intuitivo contrasta con la naturaleza lógica del juicio, porque anularía uno de los términos de la relación, que es el que debe definirse. Esta libertad, significa a su vez, un desligamiento de la ley. En consecuencia Roger

Houin sostiene que el orden público es “*ante todo un medio puesto a la disposición de los jueces para completar las lagunas de la legislación escrita. Es un medio de hacer del juez un legislador*” (Figueroa, 2005, p. 8). A esto se refiere Francios Geny al sugerir la idea de un orden público “*no solo de origen legal sino, sobretudo, de un orden público jurisprudencial*” (Figueroa, 2005, p. 9).

En la doctrina nacional la tesis intuitiva ha sido adoptada por Arauz Castex. Llambías, (1997) describe las ideas de este autor de la siguiente manera:

La noción de orden público no tiene un contenido concreto y constante; no hay leyes de orden público, por si mismas. Lo que cuadra es hacer una estimación, o balance, en términos de justicia, confrontando el contrato, el derecho adquirido o la conducta pasada en el extranjero con la ley para apreciar cuál es el factor cuya aplicación arroja un resultado más valioso, es decir, más justo” (p. 161).

Con ello adquiere ancho campo el relativismo. El punto de vista no esta en el orden público sino en el observador, fundándose toda la conceptualización en la propia impresión. Esta idea contradice la tendencia especulativa, esperando hallar apoyo en imágenes mentales para captar lo que fuera de su nexo aparece como separado y abstracto. Este nuevo método, emparentado con los anteriores solo por la materia de estudio, se crea para dar unidad y consistencia a impresiones singulares que no pueden ser capturadas mediante el recurso discursivo. Ya no se contemplan las cosas desde el punto de vista del todo sino desde lo particular, brindando al orden público un contenido vivo y movable, aunque pueda dilucidarse mediante argumentos que excedan lo estrictamente normativo.

Se presenta ahora una noción de orden público que perfora el ámbito de lo positivo, para transformarse en un concepto *metalegal* (*praeter legem*). Esto último es lo que señala Louis Josserand cuando, a propósito de los contratos, afirma que la causa es ilícita no “*solamente cuando choca con un texto legislativo [sino también] cuando va contra el interés público, e independientemente de toda condena pronunciada expresamente por el legislador*”. (Betancourt, 2012, nota p.11)

Finalmente se presenta una de las cuestiones principales que orbita sobre todo el asunto. Por un lado, las leyes que introducen el orden público al derecho privado dejan un vasto espacio a la tarea integradora -que ante la vaguedad del concepto y la falta de consenso en la

doctrina- invita a que se introduzcan en él criterios naturaleza meta legal. Por otra parte, si ese margen se acota estrictamente a las normas escritas, se promueve la seguridad jurídica pero se refuerza un formalismo deductivo que limita el sentido de *justicia*. Ante esta situación el problema medular del orden público se manifiesta en un conflicto entre la interpretación legal y la interpretación extra normativa.

En relación a ésta última, además de las teorías que se han destacado, cabe recordar que se ha identificado también a la moralidad como materia propia del orden público. Señala Aletrini (1998) que en las notas al Código Civil se leen afirmaciones propias de la concepción clásica de un orden público moral: "*los hechos contrarios al Derecho y a la moral [...] no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para lograr su ejecución*" (nota al art. 953); "*sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara*(nota al art. 3136). (p. 47)

Hasta aquí se ha considerado un solo aspecto del problema, que es el de la conceptualización del orden público por parte de la doctrina. Éste es solo un primer intento de exposición y clarificación, ya que luego entran en juego los aspectos prácticos, los efectos de estas normas y finalmente la determinación del alcance de la autonomía de la voluntad. Es pertinente destacar que todas las posturas que se han considerado han sido objeto de críticas desde múltiples aspectos. Para analizar en profundidad las consecuencias funcionales y el alcance del orden público dentro del ámbito del derecho privado, es necesario abordar con profundidad el tema de la indeterminación del lenguaje jurídico, más aún cuando se trata un concepto que lleva al límite esta cualidad.

Otro aspecto insoslayable para contextualizar el estudio, es identificar el contexto actual en el que se desenvuelve el instituto, el cual será desarrollado especialmente en el punto 5 del presente capítulo.

4. Las buenas costumbres y el orden público:

El artículo 21 del Código de Vélez Sarsfield –réplica del artículo 6 de Código francés- establecía que: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”*. El nuevo Código Civil y Comercial en el artículo 12 -equivalente a las normas citadas- suprime definitivamente la remisión a las buenas costumbres. No obstante, el tema no ha perdido todo el interés debido a que la noción de buenas costumbres ha sido considerada por algunas teorías, como materia propia del orden público.

Bentancourt (2012) señala que el código francés *“llevó a cabo la incorporación de ambas unidades léxicas como parte de un mismo grupo semántico, cuestión que, finalmente, culmina por darle entrada a las expresiones: “normas de orden público” y “actos contrarios a las buenas costumbres”* (p 10). La doctrina tradicional, ha enfatizado la distinción entre ambos conceptos mediante la adjudicación de esferas particulares de actuación. Espín Canovas (1954) recuerda que en el Curso de Colín y Capitant, *“se define el orden público por referencia al interés general del Estado y las buenas costumbres por referencia a la moral”* (p.22). Henry Capitant (1901) en su libro *Introducción al Derecho Civil* sostuvo que:

Los motivos que determinan al legislador a dictar reglas colocadas por encima de la voluntad de los particulares, pueden ser de dos clases: en primer lugar, como acabamos de decir, conviene asegurar el mantenimiento del orden público, es decir, del orden general que forma el sostén de la organización social, y el respeto de la moral pública, prohibiendo todos los actos cuya naturaleza puede turbar la economía, la armonía de la sociedad o atacar las buenas costumbres. (p. 25)

De esta manera conviven dos ideas inconciliables que serán tratadas por fuera de cualquier asimilación contemplativa y teórica. La construcción de los conceptos deberá hacerse por sí misma. Para esta corriente el orden público remite a los principios estructurales de la sociedad, a los pilares sobre los cuales se sostiene la existencia de una determinada organización. Las buenas costumbres, por su parte, representan el desarrollo continuado de un tipo medio de ideas e instituciones, cuya influencia es continuada por la costumbre. Las costumbres buenas no serán sino las costumbres que sirven de formación a nuestro criterio moral. Henry Sumner Maine (1893) ha señalado que *“los usos que una comunidad determinada adopta en su infancia y en su territorio primitivo, son generalmente los más propios para favorecer el desarrollo de su bienestar moral y físico; y si se les conserva en*

conjunto hasta que nuevas necesidades sociales hayan enseñado una práctica nueva, la marcha progresiva de la sociedad se asegura poco a poco". (p 24).

Como en las otras formas hasta aquí indagadas, el curso del proceso constructivo se proyecta en distinta direcciones. Así, en la doctrina francesa se han ensayado múltiples y curiosas definiciones: Valette considera la expresión costumbres del artículo 6 como *"la manera general de conducirse"*; Hudelot y Metman estiman que es contrario a las buenas costumbres *"todo lo que ofenda al sentimiento general del deber, de la honestidad, del pudor público"*; para Hémard: la ilicitud de un acto jurídico *"puede provenir de la ilegalidad (atendiendo al orden público) o de la inmoralidad (atendiendo las buenas costumbres)* (Figuroa, 2007, p.18). Francesco Messineo arribó a una conclusión similar al señalar que *"la expresión "buenas costumbres" no tenía carácter normativo alguno, sino más bien un carácter estrictamente ético social, pero sobre todo muy amplio. Caso distinto ocurría con la expresión "orden público", pues esta sí tenía un carácter estrictamente jurídico, de allí que podía ser reducida, directa o indirectamente, a una norma concreta"* (Betancourt, 2012, p10). En el ámbito nacional, la nota al artículo 530 del código de Vélez Sarsfield, reza que *"en el lenguaje del derecho se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas, o sea, en la expresión clásica, el honeste vivere (vivir honestamente)"* (Alterini, Atilio, 1998, p 31).

Hasta aquí la mirada se dirige con preferencia a los casos extremos, de manera que estos dan al cuadro un gran contraste. Más es precipitado formular tesis fatalistas. En la práctica, no resulta sencillo distinguir con claridad entre los modelos y principios que estructuran la vida en sociedad -y que no ofrecen tendencia alguna hacia el mejoramiento del estado de cosas (sino a su conservación)- y los dictados de la moral, nuestra moral, que actúa como una especie de filosofía o especulación de la inteligencia en un tipo particular de sociedad.

En esta línea de pensamiento, afirma Betancourt (2012) hay quienes señalan que en realidad *"los intentos que se han hecho para tratar de diferenciar a estas nociones son del todo estériles, pues no existe un estándar capaz de fijar una línea divisoria entre las nociones de orden público y buenas costumbres (p.11)* Para los hermanos Mazeaud *"la noción de buenas costumbres es un aspecto particular del orden público,* en el mismo sentido Marty y Raynaud sostienen que *"la de buenas costumbres es una noción difícilmente separable de la de orden público"* (Figuroa, 2007, p19)

Sea que se le conceda autonomía o se la considere bajo el espectro del orden público, la noción de buenas costumbres permanece de algún modo ligada al desarrollo conceptual del aquél. Hasta el momento se han analizado y señalado varios modos de conceptualizar y ubicar a las buenas costumbres en el ordenamiento jurídico; la tentación de anudar esta noción al ámbito de la moralidad y considerarla, a su vez, al interior del orden público, corre el riesgo de expandir exageradamente el alcance de este último. En una sociedad pluralista, estructurada en base a una laxitud moral cuyo impulso incesante asciende sin descanso, el problema debe ser atendido desde un plano rigurosamente empírico. No se trata, entonces, de hallar nexos entre formas abstractas y contenidos abstractos. La noción de buenas costumbres, tiene por objeto la aprehensión de una determinada regularidad históricamente existente, que quedaría disgregada e inerte, si no se diese la condición fundamental de incorporarla al universo jurídico. En consecuencia, la conceptualización siempre refiere a un momento histórico y, de tal relación deriva su utilidad práctica, en cuanto vale para reclamar y revelar según la necesidad, este o aquel rasgo de la sociedad y ponerlo en contacto con la tradición jurídica. El punto que conviene advertir es que la unidad conceptual y la multiplicidad están aquí absolutamente coordinados por la mediación de la interpretación judicial. No se trata solo de separar vocablos, esquemas, nexos sintácticos y demás, ni de acumular una serie de fragmentos con los cuales no se puede hacer otra cosa que describir pero de ninguna manera explicar estas nociones. Meditar sobre sus distinciones, oposiciones y dialéctica, importa actualizar sus elementos en juicios que obedecen a influencias indefinidas. Esta tarea se complementa necesariamente con la existencia de un caso que reclame esta especificación de sentido.

Por último existe otra dificultad que sobrepasa las consideraciones hasta aquí realizadas, y que ha sido puesta de manifiesto por Montaigne (2011) en sus Ensayos:

Pues la costumbre es una maestra de escuela violenta y traidora. Poco a poco establece en nosotros, sin que nos demos cuenta, las bases de su autoridad; pero pese a este comienzo dulce y humilde, una vez instalada y plantada con la ayuda del tiempo, nos descubre luego un rostro tiránico y furioso, contra el cual ya ni siquiera tenemos la libertad de levantar los ojos. La vemos forzar de continuo todas las reglas de la naturaleza: *Usus efficacissimus rerum ómnium magister* (en todas las cosas, el uso es el más eficaz de los maestros, Plinio el Viejo). (p.110)

Si, en general, parece que la tradición comunica un mejor entendimiento, aquí se despierta la duda de si realmente nos aporta solamente las mejores creaciones del pasado.

5. Los principios *esenciales* del derecho privado.

Caracterizar la situación del derecho privado y el curso de su evolución histórica, implica adentrarse en un tema tan extenso del que no puede sino generalizarse vagamente. No obstante, convergen al menos tres puntos de interés que se relacionan estrechamente; estos son ¿Que tipo de relaciones comprende? ¿Cómo ha sido el proceso de elaboración y recepción normativa? Y, por último ¿que dimensión ocupa dentro del ordenamiento jurídico? Ahora bien, debido a la propia fluidez y mutabilidad del derecho, es preciso responder estas cuestiones bajo el barniz una perspectiva histórica.

La primera cuestión, esto es, qué tipo de relaciones constituyen el objeto del derecho privado, ha sido largamente desarrollada en el pensamiento romano. Efectivamente, “*son los únicos, entre todos los pueblos antiguos, que elaboraron manuales elementales llamados instituciones, donde se exponen brevemente, de forma sencilla y fácil, según un orden y una distribución sistemática, los institutos de derecho privado, y se sintetizan principios generales, conceptos y definiciones.*” (Martín, 2011, p 18). Las Institutas sirvieron de fuente al jurisconsulto Ulpiano para “*marcar la oposición entre el Estado y los particulares, al establecer que derecho público es el que se refiere al estado de la cosa romana (ad statum rei romanae septat) y derecho privado “el que concierne a la utilidad de cada individuo” (ad singularum utilitatem pertinet)*” (Argüello, 1998 p.9).

Esta distinción a dado forma a todo tipo de especulaciones teóricas y constituye el germen de la separación del derecho en dos grandes esferas. El *tipo* de relaciones que comprenden parece ser para el pensamiento romano, el elemento diferencial para la determinación del carácter propio de cada una de ellas. Norberto Bobbio (1989) resalta la importancia de un fragmento de Cicerón en el que afirma que “*el derecho público consiste en la lex (ley), en el senatus consultus (decreto del senado), y en el foedus (tratado internacional); el derecho privado, en las tabulae (códigos), en la pactum conventum (pactos o acuerdos) y en la stipulatio (estipulaciones)*” (p. 18). Y de esta definición infiere que a diferencia del derecho público, que es impuesto por la autoridad política y asume la forma de ley, “*el derecho privado o, mejor dicho, el derecho de los privados, es el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, entre las cuales las más importantes son las relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza vinculante reposa*

primordialmente y naturaliter (por naturaleza), esto es, independientemente de la reglamentación pública, en el principio de reciprocidad (do ut des). (p18)

En este punto se inserta la segunda cuestión -irremediablemente ligada a la primera- que atañe al proceso de elaboración y adecuación del derecho privado. En la sociedad romana, va surgiendo gradualmente la fuerte necesidad de dar una unidad superior al tejido inmenso de relaciones particulares y de incorporar lo individual en la vida del todo. Carlos Guariglia (2005) señala que *“en su aspecto teórico e histórico, en el derecho romano la distinción surgió como una manera de justificar la propiedad privada, en virtud de necesidades propias de la sociedad romana que reconocía, como instituciones principales según todos sabemos la familia, la propiedad y los testamentos”*. (p.23). Niklas Luhmann (2003), en su obra *El Derecho de la Sociedad* profundiza este punto y aclara que *“con frecuencia se imagina que el derecho limita las posibilidades del comportamiento. Pero, de la misma manera, el derecho puede adoptar la función de habilitar un comportamiento que sin el derecho no tendría posibilidades de existir. Piénsese en las posibilidades que resultan en el derecho privado a partir de la propiedad, del contrato e incluso de la figura jurídica de la responsabilidad limitada.* (p. 94)

Lo que el nuevo sistema desenvuelve en ideas, hunde sus raíces firmemente en la regularidad de prácticas de interacción social, fuertemente ligadas al comercio. Los romanos *“entendieron que había un derecho de gentes, aquel que usan todos los pueblos humanos y que regía el comercio, las compraventas, los arrendamientos, las obligaciones* (Barros, 2001, p 17). Coexistirán entonces dos espacios jurídicos superpuestos; uno se desarrolla a partir movimientos orientados a dirigir y organizar la sociedad; el otro, tiende al reconocimiento de prácticas regulares cuya fuente radica en las relaciones entre particulares. Lo anterior no debe generar confusión en relación a la fuente –escrita o no- de la cual emana el derecho:

La diferencia del derecho escrito con el no escrito no radicaba fundamentalmente en la circunstancia de que las normas estuvieran o no redactadas por escrito, sino en el hecho de que hubieran sido elaboradas por órganos del poder estatal con facultad de hacer derecho -comisos, senado, magistrados, emperadores- aunque, como era natural; normalmente se fijaban por medio de la escritura; por su parte, el derecho surgido de la costumbre (mores; maiorum consuetudo), que fue la primera manifestación de derecho privado Roma, constituye el derecho no escrito. (Argüello, 1998, p14)

Las fuentes romanas aportaron un material de capital importancia para el desarrollo del derecho civil francés. Sin embargo, el proceso de asimilación de un derecho foráneo y sometido a los cambios del tiempo, origina perspectivas imprevistas y cierra otras más antiguas, de modo que fuentes deben ser actualizadas e interpretadas permanentemente. Paul Ricoeur (2015) enseña que:

El problema hermético se plantea ante todo dentro de los límites de la *exégesis*, es decir, en el marco de una disciplina que se propone comprender un texto, comprenderlo a partir de su intención, sobre la base de lo que quiere decir. Si la exégesis ha suscitado un problema hermenéutico, es decir, un problema de interpretación, es porque toda lectura de un texto, por más ligada que esté al *quid*, a “aquello en vista de lo cual” fue escrito, se hace siempre dentro de una comunidad, de una tradición o de una corriente de pensamiento viva, que desarrollan presupuestos y exigencias. (p.9)

No debe olvidarse entonces la labor de la doctrina francesa para interpretar y adecuar las fuentes romanas a la particularidad de su sistema. En efecto, no puede hablarse de una simple implantación sino de un ajuste o una fusión de las disposiciones romanas a las necesidades y posibilidades de asimilación en el sistema francés. A pesar de estar concebidas e incorporadas claramente, no debían considerarse como literalmente reales, sino mediatizadas por la interpretación doctrinal. Roberto Batiza (1990) citando al romanista Paúl Girard señala que:

La enseñanza que se recomendaba no conduciría al conocimiento del autentico derecho romano que la investigación moderna trataba de extraer e identificar de la enorme masa que nos había llegado de la antigüedad, sino que más bien llevaría al conocimiento del derecho romano según se había entendido por los autores del *Ancien Régimen*. Por ejemplo, decía Girard, cuando Pothier interpretaba incorrectamente una teoría romana, no era la autentica teoría elaborada en Roma la que pasaba al código civil, sino la interpretación errónea de Pothier. (p. 456)

La fragmentación y dispersión normativa que antecedió al proceso de codificación en Francia fue otro factor condicionante para la incorporación del derecho romano. Recuérdese que el derecho escrito regía en el sur del país y el derecho consuetudinario estaba vigente en el Norte y ambos se conectaban intensamente con las fuentes romanas, el derecho escrito de manera directa y el consuetudinario de modo indirecto ya que operaba supletoriamente.

En Francia, dividida jurídicamente en dos zonas norte y sur se vivió también el proceso de la recepción. El sur, que formaba parte del Imperio Romano desde la conquista de Julio Cesar aplicó el derecho romano después de la caída del Imperio de Occidente por intermedio del Breviario de Alarico, en tanto el norte, con gran población germánica, persistió en reconocer valor legal a la costumbre territorial, fuertemente influida por el derecho

consuetudinario germánico. Francia tuvo, pues, dos sistemas-jurídicos: el meridional, llamado del derecho escrito; y el septentrional, del derecho consuetudinario o de la costumbre. La Separación subsistió hasta la sanción del Código Napoleón de 1804. (Argüello, 1998, p123)

Si se vuelve la mirada atrás y se especula como estas categorías romanas han logrado perpetuarse, debe considerarse con atención el proceso de elaboración de este derecho vasto y remoto que subyace aún en las leyes modernas. El haberse perpetuado se debe, entre otros atributos, a un elaborado complejo de abstracción a cuyo influjo casi nadie pudo sustraerse:

El procedimiento lógico de los juristas romanos (...) tiene un innegable paralelismo con el procedimiento seguido en el campo matemático. Y se ha puesto de relieve muchas veces como su *forma mentis*, que tiende, desde los tiempos antiguos, a la concepción y a la formulación del principio y de la norma (aunque los romanos se muestren distantes de las especulaciones teóricas y, aparentemente, de la abstracción sobre todo si se les compara con los juristas modernos); a la definición y a la construcción del sistema, que responde a la que era propia de los filósofos y científicos griegos. (Martín, 2011, p 9)

Más, si través de todos los cambios la elaboración romana ejerce aún su influencia, es porque sus concepciones lograron descender de aquella altura a la existencia inmediata; por ello ha bastado ampliamente este sistema para todos los propósitos prácticos, que han sido a su vez la propia fuente inspiradora para la elaboración del derecho privado. A través del código francés, la influencia romana se propagó a gran parte de la codificación occidental y Argentina, naturalmente, no fue ajena a tal conexión. La recepción del derecho romano es notablemente anterior a la sanción del Código Civil y se remonta al siglo XVI. En consecuencia, se da en forma gradual, por lo que resulta difícil la búsqueda de influencias definidas. En este sentido Díaz Bialét enseña que:

La sanción del Código Civil en el año 1869 y su consecuente proyección sobre el derecho civil argentino viene a significar la nota más destacada del proceso de transfusión del derecho romano en la Argentina. En efecto, si códigos, leyes y obras de doctrina sirvieron de fuentes a nuestro Código Civil, la principal de ellas fue, sin lugar a dudas, el derecho romano, que tiene decisiva influencia en la mayor parte de las legislaciones modernas en materia de derecho privado. (Argüello, 1998, p 136)

El tercer interrogante, comprendido implícitamente en los dos anteriores, es el más complejo de considerar. Visto desde la actualidad, resulta imposible decir dentro de que límites exactos se expande el derecho privado como tal y cómo se delimita del derecho

público. La elucidación del problema tiene gravitación directa en la noción de orden público que depende, en última instancia, de la calificación que se dé a esta división superior. Las relaciones de dirección –ordenación- y las de coordinación –entre iguales-, han servido a la doctrina moderna como criterios de guía para este propósito: *“La sociedad natural, como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuanto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación”* (Bobbio, 1989, p.14). Esta distinción, la clara diferenciación del derecho privado en relación a las regulaciones administrativas, ha sido el esquema sustentado por pensamiento liberal:

Hayek entendió que esa diferencia se plantea entre la lógica de la organización, del orden creado mediante decisiones regidas por el propósito de influir en la realidad social, y la lógica característica de un orden espontáneo, en que las reglas no tienen otro sentido que regir conductas según principios de justicia aplicables a cada tipo de relación, de modo que no responden a un plan preconcebido de autoridad pública alguna. (Barros, 2001 p. 15).

La incorporación de estas nociones diferenciales –ordenación y coordinación- ha contribuido a especificar un resto de conceptos abstractos y teorías absolutas de épocas anteriores, pero no ha logrado superarlas. El interrogante surge desde el propio punto de partida, en el sistema romano:

La delimitación de la esfera de aplicación de los principios del derecho público y los del derecho privado no viene a ser tan sencilla como lo sugiere la definición de las fuentes. En efecto, existen normas que, aunque regulan relaciones entre los particulares, entran en el ámbito del derecho público cuando a la par de un interés individual persigue un interés social o colectivo. Así, está permitido en las relaciones contractuales convenir que las partes no respondan por la culpa, pero no es posible liberarse, de la responsabilidad de una actitud dolosa de los contratantes, ya que atañe al interés general no admitir el fraude en las relaciones interindividuales (Argüello, 1998, p 30)

El propio origen de la distinción conduce a aplazar toda respuesta dogmática. No obstante, en la primera mitad del siglo XIX la labor de la doctrina francesa contribuyó a afirmar la antinomia, fundando el sistema jurídico en la voluntad del sujeto y estableciendo como base y justificación del orden, los derechos subjetivos individuales. Mediante la ley, el ordenamiento interfiere las relaciones privadas con mandatos propios; los particulares, a través del contrato, deciden con autonomía cuándo y cómo constituir cualquier relación que

tenga por objeto una prestación y qué contenido darle. El desarrollo de la subjetividad como base del orden coincidía con el fundamento de su eficacia histórica. Naturalmente con la Revolución francesa “*se afirma la autonomía de la voluntad como un principio que domina todo el derecho privado, siendo la manifestación más perfecta en el campo jurídico de la libertad en general, motivo por el cual se le ha llamado también a este principio, la libertad jurídica*” (Llanos Medina, 1944, p.56). Se procura hacer resaltar la distancia en relación a los extremos, se expone el carácter particular de la voluntad y se parte de ella como principio de ordenación del tejido social. Rudolf Von Ihering escribiría que “*el principio de la autonomía de la voluntad debe dominar toda la materia del derecho privado. Todo lo que quieren los individuos debe ser permitido, salvo si el orden público y las buenas costumbres se oponen a ello*”. (Figuerola, 2007, p.21).

En la noción de orden público converge la tensión entre estos principios jurídicos de distinta naturaleza, la fluctuante relación entre ambos y su propia movilidad interior. Por ello el abordaje de este concepto y el estudio sobre los principios del derecho privado constituye – teóricamente- la misma tarea. Las variaciones ocurren al interior, pero considerado objetivamente, el orden público ha servido continuamente para demarcar línea divisoria más abstracta, entre lo que concierne a lo público y lo privado.

Henry Capitant (1901) ha descrito la relación en estos términos:

Por su naturaleza misma las leyes civiles de orden público deben ser la excepción, toda vez que el derecho civil está destinado a reglamentar las relaciones de los individuos entre sí, esto es, intereses puramente privados; estas leyes no afectan al orden público sino en la medida en que establecen el límite de libertad de los individuos, a fin de impedir que esta libertad se convierta en una causa de desarreglo, de perturbación para el orden social y la seguridad general. Solamente en el caso en que pueda haber conflicto, oposición entre el interés privado y el interés general, es cuando el legislador tiene derecho de dictar disposiciones, que aun cuando arreglen relaciones de particulares, se impongan a su voluntad. (p. 18)

Pero los obstáculos se profundizan cuanto más moderna es la consideración. Analizadas por separado, estas esferas no dicen absolutamente nada sobre sí mismas, de ahí que no pueda considerárselas pasivamente, sino dentro de una continua interacción. El resguardo de las relaciones privadas como un ámbito exclusivo de libre interacción entre voluntades, que tan fértil ha resultado para iluminar uno de los términos de la relación, a partir de los albores del siglo XX, resulta una empresa prácticamente irrealizable. Un pasaje gradual -aunque

discontinuo- hacia un estado de mayor indiferenciación entre lo individual y lo social, dificulta en la actualidad discernir con nitidez hasta donde se proyectan y como interactúan estos principios entre sí.

El siglo XIX sentó las bases de un sistema que muy pronto sería objeto de severas críticas. El desbordante crecimiento de la industria y el comercio, la complejidad de las relaciones sociales y económicas y la proyección de sus efectos en la composición del tejido social, no podían dejar intactos los fundamentos del derecho natural y el individualismo. En lo sucesivo tienen lugar notables transformaciones que definen en términos prácticos las relaciones de necesidad e interdependencia entre los individuos y orden social.

6. Dimensión social y constitucionalización del derecho privado.

En retrospectiva pueden observarse claramente dos fenómenos que han contribuido al proceso de transformación del derecho privado. Por una parte, el desarrollo económico generalizado trajo como consecuencia una intervención cada vez más activa del Estado en la regulación del flujo de intercambios y en las relaciones laborales. Los ejemplos de todo esto son tan abundantes y obvios que es casi superfluo profundizar en ellos. Por otra parte, se ha esgrimido una crítica severa a la escuela del derecho natural, principalmente a la noción de derecho subjetivo. Esta construcción jurídica ha resultado demasiado vaga y poco descriptiva para satisfacer las exigencias modernas. Sus postulados inducen a pensar que los individuos significan realidades preexistentes a lo social, pero el más ligero ejercicio de reflexión hace ver que en lugar de principios, son resultados. León Dugit (1987) lo expresa en estos términos:

Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta esos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura, ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad (...) Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. Y como, por otro lado, hemos visto que en realidad el hombre social no puede tener derechos subjetivos, todo el sistema jurídico fundado en la noción de derecho subjetivo y sobre la concepción individualista, se derrumba, arruinado por su misma base. (p.31)

Para analizar la sensible proximidad entre lo individual y lo social no caben cómodas composiciones de ninguna clase. La ribera de identidad que sostiene la teoría que parte del individuo, por estrecha que sea, es aún demasiado extensa para no ser inestable. Ya en el siglo XIX, en pleno auge del positivismo, Augusto Comte expondrá uno de los mayores contrastes:

El individuo es una abstracción, la sociedad es la verdadera realidad. El positivismo nunca admite más que deberes por parte de todos y frente a todos, porque su punto de vista siempre es social no puede admitir ninguna noción de derecho constantemente fundada sobre la individualidad. *Tous droit humain est absurde e immoral.* Todo derecho humano es absurdo e inmoral. (Cfr Diez del Corral, 1985).

La transformación que ha experimentado el derecho privado de individual a social ha modificado el paradigma sobre el cual éste se ha sostenido tradicionalmente. Una noción realista, ajustada a lo social como fundamento y parámetro de relación, ha substituido a la noción metafísica de derechos subjetivos. Louis Le Pur ha sostenido que "*el derecho se ha socializado*" y que "*puede sostenerse hoy día que todo derecho es social, como se habría podido decir en el siglo XVIII y principio del XIX que todo derecho era individual*" (Llanos Medina, 1944, p.125). En este sentido Mosset Iturraspe (2008) enseña que "*desde una contemplación que no se limita a los celebrantes, podemos sostener que un contrato útil y justo beneficia a toda la sociedad y también al mercado; mientras que otro, desequilibrado, injusto, origina perjuicios para la sociedad y el mercado*". (p. 230).

La concepción moderna del derecho privado -que niega la justificación metafísica del individuo- ha repercutido notablemente en la noción de orden público. Este instrumento, abstraído de la experiencia y siempre permeable a la realidad sensible, será en lo sucesivo orientado tanto hacia la actividad estatal dirigida a intervenir en la configuración económica de la sociedad, como hacia la propia relación intersubjetiva originaria. Se desarrolla entonces una nueva acepción que entra en un modo directo en relación con esta nueva realidad: el concepto de orden público económico. Atilio Alterini (1998) reseña las principales clasificaciones de la siguiente manera:

Dentro del orden público económico se distingue: a) El de dirección, por el cual los poderes públicos se proponen "realizar ciertos objetivos económicos" (WEILL-TERRÉ), a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos a autorizaciones estatales, y "es menester una apreciación previa de la situación concreta por una autoridad competente" (FARJAT), dándose la "aprobación cuando el Estado no se opone al contrato,

pero quiere controlarlo" (SANTOS BRIZ); y b) El de protección, que tiende a resguardar "a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato" (GHESTIN). (p 48)

Luis Diez Picazo (1996) considera en toda su amplitud este principio al sostener que:

No solo constituyen el orden público económico las actividades del Estado dirigidas a conformar económicamente la sociedad. También son orden público económico las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento dado históricamente, se asienta la estructura y el sistema económico de esta misma sociedad. Así, el orden público económico puede consistir en que no haya ninguna actividad del Estado para configurar a la sociedad (*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*). (p.43)

Esto último demuestra el carácter variable del orden público económico de dirección; en cambio, sostiene Lorenzetti, el orden público económico de protección es permanente, *"porque le interesa la justicia conmutativa"* (Alterini, 1998, p 48). En este orden de ideas Conte-Grand (2009) advierte que *"en la esfera patrimonial, es pertinente recordar que el Código Civil, con la reforma operada en 1968 mediante ley 17.711, instauró el imperio del equilibrio en las relaciones contractuales, a tal punto que bien podría afirmarse que las otrora relaciones meramente contractuales, sustentadas en la manifestación de la voluntad, devinieron relaciones conmutativas, ordenadas a partir de la noción de justicia correctiva (p.266).*

En relación al segundo aspecto dentro del cual se desenvuelve el debate contemporáneo - la constitucionalización del derecho privado- se deja atrás la clásica pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales. No se busca especificar el contenido por fuera del texto constitucional, sino reunir ambos en una relación estable de contenido y continente. Marcelo Alegre (2012) señala:

La constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. La idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica, y sus propios principios. Una consecuencia de esta postura es la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia "horizontal") de los derechos fundamentales. (p.57).

En el Código Civil y Comercial Comentado de Herrera, Caramelo y Picasso (2015), se subraya este vínculo entre los principios constitucionales y la codificación, recordando el pensamiento de Alberdi, quién sostuvo que *"si la democracia es la mente de la Constitución,*

la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho” (p.6).

Esta postura ha proliferado en la doctrina nacional, así en el Anteproyecto al Código Civil y Comercial de la Nación (2012) se expone lo siguiente:

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”. (p.4)

Esta reciprocidad entre el derecho privado y los principios constitucionales, cambia de un modo notable las bases y fundamentos sobre los que tradicionalmente se ha asentado esta relación. Por ello, parece erróneo todo intento de penetrar en la noción de orden público ignorando estos cambios y explicar su estado por otro camino.

Capítulo II

EL ENFOQUE DICOTÓMICO

1. Breve análisis de las dicotomías como método analítico.

El interior del orden público cuenta con diferentes dimensiones tratadas preferentemente por la doctrina, a través de bifurcaciones entre pares de opuestos. En general, se ha preferido la utilización de demarcaciones estrictas entre polos esquemáticos que absorben todas las posibilidades analíticas. Notar la diferencia entre dos elementos o estadios que coexisten contemporánea o sucesivamente –y que de tal modo contribuyen a la constitución de la identidad diferencial de cada uno de ellos– permite, desde un punto de vista puramente didáctico, acercarse al contenido que subyace a esta construcción jurídica. La causa de estas desviaciones interiores viene de fuera y se origina en la necesidad de distinguir fases parciales y antagónicas en el seno de un mismo fenómeno. La acentuación de aspectos diferenciales, retrotrae el análisis a la etapa originaria, esto es: la existencia de una extensión interior que impide la expresión de un contenido en manifestaciones aisladas; el resultado final, esto es, la conceptualización del orden público, desconoce estos los límites, los sobrepasa.

Si por una parte el pensamiento de oposición hace notar claramente el contraste entre atributos, por la otra, no logra atrapar aspectos que requieren ser tratados mediante graduación, en escala y atendiendo a dimensiones flexibles; esto último, conduciría a oscurecer el matiz dilucidado en la misma operación dicotómica. En virtud de ello, la identificación de oposiciones puede tratarse como un dualismo entre opuestos polares irreductibles, o bien, como dualismo de opuestos complementarios, de naturaleza necesaria y creativa. Este último método será el utilizado para desarrollar las dicotomías interiores al concepto de orden público, entendiéndolas como términos recíprocamente dependientes, cuyos significados –en continuo movimiento- son susceptibles de fundirse.

Abordar de este modo el carácter peculiar de cada diferenciación implica también reconocer sus límites. No se trata de acometer el análisis inconducente de minuciosas distinciones, sino de hacer notar que el modelo dicotómico debe ser reducido a un papel auxiliar, como un instrumento analítico que permite diseccionar el interior del orden público en particularidades artificiales. Como recuerda Carrió, (1973): *“Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables* (Gordillo, 2000, VI p.15).

La dicotomía crea, con la solución, el problema, con la forma, el contenido, que no es materia informe sino formada en esta misma operación. Si en algún punto lo mudable y disperso se torna inmutable, si se conserva una unidad firme, incapaz de elevarse por encima de toda perentoriedad y causalidad, todo el proceso regresa al punto de partida y, no perdiéndose ni ganándose nada en el camino, amenaza con degenerar en una inútil ficción. Mas si la clasificación resulta valiosa y adecuada no produce una dispersión, sino la unión mutua de la diversas partes y con ello, un fuerte impulso para desarrollar por completo sus fuerzas y aplicarlas en su provecho.

2. El orden público en el marco de la dicotomía Público – Privado

De las múltiples dualidades que coexisten al interior del *orden público*, la más general es la que contrapone lo público a lo privado. Si hay un orden que se califica como público, debe existir una fuerza capaz de perturbarlo, un espacio sometido a un orden de distinta naturaleza que, bajo ciertas circunstancias, pueda afectar reglas o principios que exceden su propio ámbito. Es decir, la distinción de lo público y privado remite a la configuración de espacios donde gobiernan distintos principios. Como refiere Bobbio (1989) “*los dos términos de una dicotomía se condicionan mutuamente, en cuanto se reclaman continuamente uno a otro: en el lenguaje jurídico el léxico público remite inmediatamente por contraste al léxico privado y viceversa*”. (p. 13)

Por su parte, la idea un *orden* calificado como público presenta un aspecto positivo y otro negativo, según sea analizado desde un punto de vista interno o externo respectivamente. El aspecto positivo contiene los principios y reglas que han ser protegidos de los efectos de los acuerdos privados, pero que a su vez, paradójicamente, los contiene; no se puede dudar que este *orden* protege la viabilidad de celebrar acuerdos y garantiza la estabilidad de reglas que hagan posible las relaciones privadas. El Estado moderno no solo condujo a delimitar un ámbito para las relaciones privadas, sino que procura garantizarlas. Ahora bien, el segundo aspecto supone directamente un espacio de exclusión. Así, los acuerdos privados deben ajustarse de tal manera que sus efectos no trasciendan negativamente al orden público protegido.

Expuestas estas características particulares, se ha de abordar brevemente el asunto desde un punto de vista histórico. Resulta inconducente a los fines del presente estudio abarcar la inmensa extensión y complejidad de este campo tan vasto, en consecuencia, la labor se limitará a destacar algunos aspectos particulares que permitan situar la naturaleza particular de cada esfera determinada.

La distinción proviene del mundo griego “*con la experiencia en el establecimiento de la ciudades (...) la cual consistió en separar la sociedad doméstica (oikos) y ciudad o sociedad-ciudad (polis, Koinonia politiké), la cual se tradujo más tarde mediante la fórmula civitas sive societas civile y se mantuvo sin muchos cambios como la sociedad civil del siglo XVII* (Vargas, 2008, p. 28). Mas es necesario abandonar esta cuestión para detenerse concretamente en el pensamiento romano, que es la fuente de la cual surge la dualidad en un sentido más adecuado a este estudio. Sobre la clave de la distinción romana, como explica Bobbio (1989), subyace un criterio utilitario: “*no debe olvidarse la celebre definición ciceroniana de res pública, de acuerdo con la cual es una “cosa del pueblo” cuando por “pueblo” no se entiende cualquier agregación de hombres sino una sociedad que se mantiene integrada no solo por los vínculos jurídicos, sino por la utilitatis comunione (utilidad común)*” (p.14). En palabras de D'Ors:

No es pueblo cualquier agregado humano, sino sólo aquella ciudad con un Derecho común que sirve a todos, sin prejuzgar su estructura interna, equilibrada o no. Así hay que entender las expresiones iuris consensus y utilitas communis. Sólo así cobra sentido la expresión res publica, siendo inadmisibles traducir este término, como a veces se ha hecho, por Estado, que es no sólo un término moderno (Maquiavello), sino que responde a un concepto posterior, "producto del pensamiento político estimulado por la necesidad de superar la anarquía de las guerras religiosas del siglo XVI (Bodino)". (Carrasco García, 2004, nota p.9).

Este sentido utilitario de lo público, materializado en un “*derecho común que sirve a todos*” remite al punto central del desarrollo de la dicotomía entre lo público y lo privado. El individuo y el grupo luchan simultánea y contradictoriamente por ocultarse y revelarse, y este fuerte contraste se manifiesta en la tensión entre el sacrificio de los intereses particulares a las exigencias superiores por un lado, y por el otro, en el resguardo de un ámbito exento de la influencia de lo general.

Tal modo de enfocar el desarrollo de la antinomia dista de corresponderse con una evolución lineal; el contenido que informa a lo público o a lo privado, se tiene por transitorio, sujeto a la amplitud y movilidad del desarrollo histórico. Según los momentos lo público o lo privado puede afirmarse de una u otra manera:

Los historiadores del derecho romano reconocen que las amplias atribuciones que posee el pater familias en el mundo arcaico -la que propiamente es el *ius privatum* original- van paulatinamente disminuyendo y transfiriéndose al campo de competencia del *ius publicum*, al mundo de la *res publica*, hasta llegar un momento en que de todo este conjunto que correspondía a la potestas (el poder del padre), sólo quedan reservadas los llamados cuatro delitos privados, que son el *furtum*, la rapina, la iniuria y el *damnum iniuria datum*, y éstos sujetos todavía a compensación legal (Herrera Cajas, 1977, p. 3)

Como se pone de manifiesto, la contradicción conceptual no consiste en un antagonismo rígido e invariable, por el contrario, lo que en un momento pertenece al espacio privado puede mudar y ser absorbido por lo público -lógicamente el contrario es igualmente posible- producto de azarosas transformaciones sociales. Con ello se pretende iluminar el hecho de que los términos de una dicotomía no son aprehensibles como manifestaciones aisladas y solo adquieren cohesión relacionándolos con el sustrato que esta detrás de ellos.

A su vez, es preciso aclarar que los diversos matices que presenta la oposición entre público y privado. Uno de ellos es el relativo a la zona de inmunidad destinada a lo íntimo, es decir a la conservación de un círculo especial protegido, que remite a un estado subjetivo destinado al libre despliegue de lo individual. Más lo que importa al orden público no es fundamentar psicológicamente los vaivenes de la sensación de lo íntimo, sino abordar esta dualidad desde un punto de vista objetivo, en concreto, se trata de un asunto relativo al alcance del poder público. Enrique Aguilar (1992) recuerda la distinción de Ortega y Gasset en dos grandes bloques: la libertad romana y la libertad europea:

La primera preocupada por que sólo mande la ley hecha en común por los ciudadanos, es decir, preocupación por el agente del poder público (aunque frente a él no exista una efectiva libertad privada, acotamiento o barrera). La segunda, dirigida a asegurar las limitaciones del mando y con ello la inviolabilidad de la persona individual, desde aquellas primeras franquicias y privilegios que recabaran para sí las aristocracias feudales (p.4).

De la misma manera Jean Gaudemet afirma:

La libertad romana, incluso en épocas de la república, no fue jamás concebida como un poder atribuido socialmente a la voluntad del individuo. Incluso los filósofos y juristas antiguos más sensibles a la filosofía de la virtud, conciben la libertad a la luz del orden de la sociedad. La libertad aparece indisolublemente unida a la idea de *res publica* (república o cosa pública), entendida como aquello que afirma la solidaridad interna de los ciudadanos⁴¹. (Barros, 2001, p. 19)

Esta dualidad concebida en el proceso del surgimiento del Estado moderno se expresa de otra manera. Habermas, explica que:

Los elementos de la dominación estamental se desarrollan hasta convertirse en órganos del poder público, devienen parlamentos (y, por otra parte, judicaturas); los miembros del estamento profesional, así como aquellos que participan en las corporaciones estamentales y ciertas diferenciaciones feudales, se desarrollan en dirección de la sociedad civil, que resulta el espacio genuino de la autonomía privada frente al Estado. (Habermas p.126).

Aquí se pone de manifiesto nuevamente la tensión elemental de esta relación dicotómica, consistente en la paulatina diferenciación entre ámbitos que, según el momento, propenden a la expansión o la retracción en un mismo espacio de actuación. Con el advenimiento de la Revolución industrial y la gestación de las modernas formas de socialización, la dicotomía se despliega en el sentido en que ha sido incorporada a las codificaciones decimonónicas:

La fuerza del mercado suponía un espacio de intercambio “libre” entre individuos privados y a la vez era necesario –para garantizar ese espacio mercantil- cierto ordenamiento político que propendía a intervenir en el espacio libre de los individuos (...) así se invierte la situación respecto de la polis o res publica, el reino de la libertad pasa a tener su realización en el mercado mientras que el Estado pasa a ser el lugar de la dominación. (Retamozo, 2006)

El contraste entre lo público y lo privado es causa de una diferenciación inevitable, no hay desbordamiento formal posible, lo que varía es el contenido, la dicotomía es una pura forma, por ello es inconducente concebir a ninguno de los extremos como una unidad indisoluble, mas bien cada uno de ellos, se desenvuelve libre y abiertamente, en una relación de reciprocidad. Público y privado son conceptos relativos sometidos a una constante transformación interior producto de continua transformación de las sociales. En definitiva, cabe resaltar que la aparente distancia se resuelve en una proximidad sensible de contenidos,

íntimamente unida a la desaparición de todas las diferencias de carácter absoluto y, en consecuencia, a la admisión de múltiples atenuaciones sustanciales en puntos fundamentales.

3. Criterios de distinción entre Derecho público – Derecho Privado

La instrumentación de la dicotomía tratada anteriormente, la materialización de este par de opuestos aplicada ahora al mundo jurídico, se traduce en la distinción en derecho público y privado. A la doble raíz corresponde un doble camino jurídico para incorporar los elementos que insuflan cada principio. Esto implica abarcar diversas esferas de ideas y compaginarlas en lo posible en uno u otro de los espacios normativos, sin llegar nunca, sin embargo, a una unificación total de criterios.

Doctrinalmente se han expuesto diversas posturas, desde aquellas que encuentran elementos internos a cada esfera y justifican el contraste hasta las que lo niegan categóricamente. Tal es el caso de Kelsen quien partiendo de los supuestos de jerarquización normativa e identificación entre derecho y Estado, suprime el dualismo, “*así, lo público va escalón por escalón, norma por norma, hasta llegar a lo que se reputa privado; pero al encontrarlo comparte con él la voluntad estatal, por lo que un acto privado también lleva, a la manera kelseniana, ingredientes del estado*” (Rabasa, 1951, p. 84). En este sentido se pronuncia De Castro para quien la “*la unidad interna del Derecho, desconoce la conexión entre los principios de personalidad y comunidad*” (López Muñiz, 2011, p 10). No se pretende desarrollar en lo sucesivo la vasta e inacabada discusión sobre el tema, ni siquiera la exposición sucinta de las principales teorías, sino poner de relieve nuevamente la dificultad de sentar criterios rígidos orientados a diferenciar elementos sustanciales en un extremo u otro.

Propiamente, la clasificación del derecho en público y privado se estableció en las Instituciones de Justiniano (1.1.4.), particularmente en el Digesto, donde Ulpiano señaló:

Dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del derecho: el derecho público y el privado: es derecho público el que contempla la condición del pueblo romano; privado, el que atiende a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados; el derecho privado es tripartito, porque se haya integrado por preceptos del derecho natural, de gentes y el civil. (Quintana Adriano, 2005, p11)

La distinción se funda entonces –como se señalara anteriormente- sobre un criterio utilitario. No obstante, no es pacífica la interpretación del pasaje de Ulpiano; Diego Espín Cánovas (1955) formula una advertencia en estos términos:

Sin embargo, ni está admitido unánimemente, que los fragmentos de los jurisconsultos romanos alusivos a la inderogabilidad del derecho público, empleen esta expresión en el sentido de la distinción entre derecho público y privado definida en el célebre texto de Ulpiano, ni por otra parte, con independencia de esta cuestión romanista, cabe restringir la aplicación y limitación que el principio del orden público impone, al campo del Derecho público, ya que son numerosas las materias del Derecho privado, que han de ser respetadas por los particulares sin posibilidad de alteración o derogación, como acontece en muchos aspectos del Derecho de familia, como sin duda fué ya reconocido por los mismos romanos (p.8)

Una de las consecuencias de esta división es la relativa a la posición que ocupa una esfera respecto de la otra, esta reciprocidad publico-privado no está exenta de un sustento jerárquico, de la necesidad de establecer una prelación; Bobbio (1989) destaca que *“la diferenciación original entre el derecho público y el privado es acompañada por la afirmación de la supremacía del primero sobre el segundo, como la prueba de uno de los principios fundamentales que rigen todo orden en el que la validez de la gran división, el principio de acuerdo con el cual “ius publicum privatorum pactis mutari non potest” (el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados).* (p.14). Según lo anterior, aquella independencia se ejerce dentro de una sumisión y la separación de esferas supone una relación de tensión entre ambas. Resulta natural, entonces, que la consecuencia de la prioridad de lo público en el derecho romano, se proyecte en la prohibición de celebrar acuerdos que contravengan normas consagradas a su utilidad. Lo inferior ha de circunscribirse a sus límites y no invadir la esfera de lo superior.

Esta escisión jurídica resultaría fácilmente asequible si se partiese de presupuestos sólidos que iluminen a cada esfera, pero la realidad es que se trabaja sobre tendencias que se relacionan unas a otras y que provocan una dependencia que la arrastra, irremisiblemente, a un estado de fluctuación ininterrumpida. Al intentar deslindar claramente los campos -cuyos contenidos no se compensan interiormente ni se relacionan de manera pacífica o regular- cada vez se acentúa más la dificultad. Esta es una de las razones por las que Ennecerus -quien restaba importancia a la distinción- la califica de *“históricamente condicionada, pero no lógicamente necesaria”*. (Quintana Adriano, 2005, p.422).

Esta contradicción puede ciertamente atenuarse, pero no suprimirse por completo. Como se observó anteriormente, los pares dicotómicos actúan como formas, mas concretamente como categorías, como lo describe Radbruch cuando afirma que: *“los conceptos de Derecho público y Derecho privado no son conceptos jurídico-positivos que pudieran faltar sin inconvenientes en un orden jurídico positivo determinado, sino que preceden lógicamente toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta, de donde son pues, conceptos jurídicos apriorísticos.* (Guariglia, 2005, p. 24).

Retomando la evolución de esta relación, en lo sucesivo el debate rompe los resultados de la especulación romana, rebasa sus fronteras y abre nuevos caminos. La diferenciación irá así en cierta progresión hasta revertir la posición jerárquica inicial, consagrando al sujeto como presupuesto del sistema jurídico:

El gran movimiento de confianza en la capacidad de la razón natural y de afirmación de la dignidad personal del ser humano que emerge ya con vigor a partir del siglo XIII en las nacientes universidades del Occidente europeo, irá sentando las bases para una renovada percepción de la diferencia, avanzando sensiblemente en la afirmación de la centralidad del hombre, de toda persona de su dignidad y de sus derechos y libertades, y en la comprensión servicial del Poder público, como única razón de su legitimidad (Martínez López Muñoz, 2011, p 2).

Por supuesto, no puede hablarse de una única tendencia en dirección hacia la protección de la esfera individual, pero sí de que cuanto más gana en fuerza alguno de los extremos, tanto más claro se hace que no pueden compaginarse los elementos diferenciales de las tendencias en pugna. En este punto, resulta interesante la perspectiva de Habermas aludiendo al desenvolvimiento de dicotomía:

Desde el punto de vista dogmático se parte de la premisa de separación del Estado y la sociedad y se continuó con la referida distinción expresando que el objeto del derecho privado es organizar y despolitizar la sociedad económica e impedir la intervención del Estado, garantizando la libertad negativa de los sujetos jurídicos así como el principio de la libertad jurídica. En tanto el derecho público, al contrario fue el producto de una división de trabajo en la esfera del Estado autoritario perteneciente al Ancien Régime estableciendo un freno sobre la Administración que aplicaba prácticas de intervención. Pero al mismo tiempo, el derecho público actuaba para garantizar por esa vía la protección jurídica de los individuos. (Guariglia, 2005, p. 26)

Ahora bien, a pesar de las serias dificultades teóricas para deslindar claramente los campos, la instrumentación práctica de estos principios resulta bastante más fácil de aprehender si se la analiza en un momento particular. Esta dependencia de lo histórico

produce que los cánones de valoración de lo público y lo privado den lugar a cambios de dirección de gran trascendencia, sin implicar una rotura con el carácter general ni una supresión de la dicotomía. En este sentido, el aspecto especulativo y el aspecto práctico aparecen separados por una sima profunda.

Finalmente es preciso abordar el sentido moderno de la escisión, desarrollado a partir de la base de movimientos orientados al deslinde de actuación de cada espacio normativo dentro de la órbita estatal. Morton Horwitz, citado por Niklas Luhmann (2003) expone el movimiento hacia el que deriva el planteo de lo público y lo privado con el advenimiento del Estado:

La conformación de los derechos de propiedad y de la libertad contractual podía hacerse cargo únicamente de una parte de los problemas de una sociedad que se modernizaba, podía proporcionar irritaciones solamente en el ámbito de lo que después se llamará derecho privado. La relación entre el sistema político y el sistema jurídico plantea problemas completamente distintos. En consonancia con ello y una vez que se ha impuesto el Estado territorial moderno, se empieza a distinguir -mucho más claramente que antes-, entre derecho privado y derecho público (p.337)

Martínez López Muñoz (2011) describe otro aspecto del fenómeno y señala:

Ha sido, sin embargo, la eclosión del constitucionalismo, que dio nueva forma al Estado a partir de la revolución independentista americana y la ulterior revolución francesa, lo que, en el orden operativo, llevó a cambiar más radicalmente las cosas. Fue con él como se pasó a enfatizar más inequívocamente la importancia de distinguir más netamente Derecho público y Derecho privado, mientras se trataba de construir el nuevo Derecho público del Estado de Derecho (p 2).

Lo anterior sugiere que a pesar de las dificultades para cristalizar elementos diferenciadores de cada espacio, la existencia misma de la distinción es altamente eficaz cuando se la relaciona a un contexto histórico concreto. En este sentido Ricardo Lorenzetti (2008), se ha manifestado respecto a la situación general entre las esferas del derecho público y privado en el dinámico contexto del ordenamiento jurídico contemporáneo: *“En la actualidad existe evidencia suficiente de un cierto desorden de la frontera entre ambas, la que se ha tornado móvil, en algunos casos confusa, y en numerosos supuestos atravesada por problemas y principios que establecen un nuevo sistema de comunicación entre lo público y lo privado”* (p.29)

4. El orden público y su alcance. Criterios: *Praeter legem* – *Secundum legem*

Uno de los aspectos que ha ocupado a la doctrina es precisar si el orden público implica una transgresión *secundum legem* o *praeter legem*; en suma, si supone la violación de leyes positivas o si puede extenderse hacia normas no escritas. Las consecuencias prácticas de aceptar que el concepto traspase el ámbito positivo, repercute directamente en la extensión de la labor judicial, ya que de esta manera se deposita en el juez la potestad de dar vida a esta figura.

Devís Echandía (1946) se refiere a las primeras prácticas hermenéuticas que siguieron a la sanción del Código francés:

Naturalmente, dada la concepción filosófica de la autonomía de la voluntad y su capacidad inmanente, coexistiendo con la teoría económica de la libre competencia y con la política de la no intervención del Estado en las actividades particulares, los autores del código no podían usar aquella noción sino con una marcada timidez. Ya se dijo que para la escuela individualista las excepciones a la autonomía de la voluntad debían ser rigurosamente limitadas, ya que el bienestar general y la justicia, según ella, se cumplían cabalmente en el libre acuerdo de voluntades particulares. Luego era lógico que se considerara la noción del orden público como rigurosamente legal; es decir, para que un acto pudiera ser violatorio del orden público y en consecuencia anulado, era menester que con él se violara una disposición legal a la cual el legislador le hubiese asignado expresamente el carácter de orden público. Tal era la interpretación que se daba al artículo 6 del código. (p.1)

La terminología *-secundum legem/praeter legem-* pertenece, en sentido estricto, a la esfera de la costumbre. Las costumbres *praeter legem*, es decir, las prácticas regulares de sociedad civil, han servido de complemento a la interpretación judicial en tanto resultan de gran utilidad para suplir lagunas o deficiencias normativas. Domenico Barbero lo resume en estos términos: “*La doctrina ha denominado a la costumbre secundum legem, a aquella que acude a la ley para llenar algunos vacíos, o le deja la determinación de algún aspecto. Por el contrario la costumbre praeter legem tiene vida propia sin que una ley determinada le haga llamado alguno para que rija*”. (Oviedo Alban, 1999. p 7)

En la doctrina francesa, Valette ha considerado que el orden público no solo es *secundum legem* sino también *praeter legem*: “*los convenios son contrarios al orden público y caen bajo el dominio del artículo 6 no solamente cuando tienden a afianzar un hecho sancionado por la ley sino, sobre todo (mais aussi) cuando ellos están dirigidos contra un orden de cosas que la*

ley establece y busca proteger” (Figueroa, 2007, p 11). Por su parte Luis Diez Picazo (1996) se refiere al alcance del orden público en el sistema privado español de la siguiente manera: *“Lo que el Código llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares”*. (p. 64).

Remitiendo el problema al ámbito nacional, es preciso recordar que el Código Civil de Vélez Sarsfield establecía en el artículo 17 que *“los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos”*. De esta manera, se excluía explícitamente cualquier validez a estas como fuentes dentro del ordenamiento privado. Mas como sostuvo Llambías (1997) *“no será el legislador de 1869 quien pueda agotar el contenido de la materia jurídica del futuro y destituir anticipadamente de toda eficacia las fuentes de derecho que hubieren nacido ulteriormente o germinasen en el futuro. Ese legislador sólo podía mandar para su tiempo, pero no pretender un imperio sobre las fuentes de derecho futuras*. (p. 170). La ley 17.711 vino a salvar esta situación mediante un agregado al artículo citado, en el que establecía la eficacia de usos, prácticas y costumbres *“en situaciones no regladas legalmente”*. En la actualidad, el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que *“los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”*.

Ahora bien, para aplicar estas nociones a la figura del orden público es necesario formular algunas precisiones. En primera instancia, lo dicho en relación a la incorporación de las fuentes auxiliares a la ley, pareciera no tener relación con el orden público, puesto que el concepto tiene su uso, y bien circunscripto refiere a la imposibilidad de los particulares de celebrar convenciones que contraríen *“leyes en cuya observancia esté interesado el orden público”*. Como se ha visto, esta fórmula –reproducida casi literalmente en decenas de codificaciones- ha sido entendida de diversas maneras. El debate ha girado en torno a las circunstancias que permiten calificar a una ley como de orden público, más aún si ella no lo prescribe expresamente. En base a esta intelección han surgido las teorías que apelan, ya a los principios fundamentales de una determinada organización social, a la imperatividad, la casuística y hasta la intuición intelectual, para atribuir a una ley los efectos del orden público. Pero fuera de este sentido y de este uso, puede tener otro, o (lo que es lo mismo) puede tener muchos, según que se defina de un modo u otro a este instituto. Concretamente, la pregunta

ronda a cerca de si un convenio puede contravenir al orden público, considerando a éste último en sentido laxo, ya no ligado una ley positiva, sino teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en toda su dimensión. Esta hipótesis será abordada en capítulos posteriores, luego de analizar parte de las reformas introducidas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vinculadas al sistema de fuentes del derecho, a los principios que guían la interpretación judicial y, concretamente, a la figura del orden público.

5. La dicotomía interés general – interés particular

No se necesita más que continuar la senda del problema conceptual para encontrar nuevamente en los términos de interés público y privado otra gran vacilación para lograr una comprensión sobria y precisa. A pesar de toda acentuación de las propiedades diferenciales que hacen a cada uno, tal como se ha hecho notar hasta el momento, la dicotomía esta sujeta a una multiplicidad inagotable de matices, fluctuaciones y mutuas influencias.

Lo verdaderamente distintivo en relación al concepto de orden público, radica en que una parte considerable de la doctrina ha identificado a éste último con la noción de interés general. Se ingresa entonces en el campo de una posible solución al problema del orden público, que en adelante -para ciertos pensadores- se va a corresponder con la idea de interés general o interés público. Pero esto, tan sencillo en sus líneas generales, exige para llevarlo al detalle una ardua labor.

Aquí confluyen muchas teorías, aunque el origen común de todas ellas proviene del interior del binomio derecho público y privado. Como remarca Martínez López Muñiz (2011):

Sobre todo a partir de las doctrinas del iusnaturalismo racionalista de cuño protestante y de algunas de las corrientes más influyentes de la Ilustración, que darían también nueva expresión a las teorías del pacto social, llegaría a ser muy común en los dos últimos siglos cifrar la diferencia entre el Derecho público y el privado en el diverso interés, general y social o particular e individual, a que una u otra grandes ramas del Derecho servirían respectivamente. Se haría así una lectura teleológica y utilitarista del conocido texto del *Digesto* atribuido a Ulpiano, según el cual *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim* 12. (p 7)

Se recurre entonces al concepto de *interés* para dar más transparencia a una esfera que antes estaba confusa mediante la demarcación de límites y propiedades específicas. Este intento procura distinguir de manera intrínseca elementos que nacen de la mencionada relación, dotándola de un nuevo significado. Este desplazamiento conceptual se verifica en parte de la doctrina francesa. Planiol, como se mencionó oportunamente, sostuvo que “*son de orden público las disposiciones motivadas por consideraciones de interés general* (Llambías, 1997, p159). Jossierand por su parte, fijó dos categorías de relaciones “*según que estén orientadas hacia los intereses públicos, o bien hacia los intereses privados: en la primera eventualidad, hacen parte integrante del derecho público, el cual, decía Ulpiano, ad statum reí romamae spectat; en el segundo caso pertenecen al derecho privado, el cual, de acuerdo con el mismo jurisconsulto, ad Singulorum uiilitatem pertine.* (Devis Echandia, 1946, p.6). Julliot de la Morandière participó del desdoblamiento para aplicarlo al orden público, expresando que éste “*marca precisamente la supremacía de las reglas generales, de las reglas legales que protegen los intereses generales, el orden en el Estado, sobre las reglas convencionales, inspiradas en los intereses particulares. La convención tiene valor de ley en principio, salvo cuando choca contra una regla de orden público*” (Espín Canovas, 1954, p 9). Y análogamente dice Hémard, que “*el orden público consiste en el conjunto de las reglas establecidas por el legislador en el interés vital de la sociedad*”. (Espín Canovas, 1954, p 9).

Por su parte, Henry Capitant (1901) recurrió a la noción de *interés* para establecer el límite dentro del cual la cláusula de orden público cobra plena vigencia: “*Por su naturaleza misma las leyes de orden público deben ser la excepción, toda vez que el derecho civil esta destinado a reglamentar las relaciones de los individuos entre sí, esto es, intereses puramente privados*” (p. 29). Finalmente Georges Ripert reflexionaría en estos términos: “*He aquí hoy día una idea nueva: El Estado interviene no solo para proteger la voluntad de los contratantes, sino también para destruir las manifestaciones de voluntad individual que son funestos al interés general*”. (Fermendois Vöhringer, 2005, p.4).

De la reseña efectuada surge que aquellas ideas están llenas de problemas, la distinción no está elaborada claramente, sino expresada como una característica general y por lo tanto, de la solución intentada al problema, nace otro más difícil. Por ello Hans Kelsen ha rechazado este recurso al considerar que “*la antítesis de interés individual e interés colectivo representa puntos de vista meta jurídicos, que deben rechazarse para solucionar un problema de la teoría o ciencia del derecho*”. (Velasco, 1979, p 13). En definitiva, para explicar las esferas

correspondientes al derecho público y privado, se mantienen estos últimos atributos y la especulación recae ahora sobre el interés que subyace a cada una. Y si bien aparece la posibilidad de diversos grados de representación, que van desde la confusión más profunda hasta la claridad más perfecta, el concepto de *interés* claramente no se halla en ninguno de los extremos.

Por tratarse de una noción dependiente del sentido de la época, a menudo se mezclan en los mismos conceptos pensamientos diversos; al carecer de sólidos puntos de partida, se abre un amplio espacio para la actividad especulativa y la apreciación subjetiva. A pesar del intento de evitar la disgregación y abordar toda la complejidad, es difícil hallar un núcleo inatacable con el cual pueda identificarse el interés general o particular; ello, sin dejar de reconocer que sobre ambas esferas habita un componente sobreentendido, producto de la simpleza de la formulación.

Para aclarar estas ideas deben distinguirse dos cuestiones sustanciales, una relativa al origen o la fuente de la cual surge el *interés* como entidad jurídica; otra es el aspecto relativo al ámbito de influencia. Messineo aporta un ejemplo notable cuando recurre a la noción de *interés* para identificar la fuente de contrariedad al orden público; sostiene que éste último resulta “*de la contradicción a los principios fundamentales y a los intereses generales - deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no sean formuladas en normas concretas)- sobre los cuales posa el ordenamiento jurídico del Estado (italiano) y que son por ello coactivos e inderogables*”. (Espín Canovas, 1955. p 9). En suma, el interés general debe deducirse de las normas imperativas aunque, nótese, no estén receptadas positivamente. Desaparece toda rigidez y el concepto se hace conciliable con principios no receptados en normas positivas. Del mismo modo Louis Josserand, al abordar el tema de la ilicitud de la causa de los contratos, señala que ésta es ilícita no “*solamente cuando choca con un texto legislativo [sino también] cuando va contra el interés público, e independientemente de toda condena pronunciada expresamente por el legislador*”. (Bentancourt, 2012, p 11)

De lo dicho importa destacar que parte de la doctrina tiende a otorgar una amplitud al concepto de *interés* que excede la mera recepción legal. En consecuencia, la justificación de su contenido intrínseco puede abreviar en principios que informan la materialización normativa pero que permanecen fuera de ella. De esta manera se profundiza el contenido, que no se ciñe solo a determinación positiva sino que se expande en un movimiento general que

abarca interpretaciones de otra categoría. Ocurre entonces que para la dualidad interés general e individual, como para las precedentes, el equilibrio de los dos órdenes se obtiene por el sacrificio del uno por el otro, en una relación de subordinación y determinación. A la luz de la relación, los contenidos se diversifican, se contraponen y se desenvuelven dialécticamente. Esto implica la recíproca limitación e indisolubilidad de las dos esferas, que hace imposible considerar una separadamente de la otra, atemperando la posibilidad de un profundo abismo entre ambas.

Bustamante Alsina brinda un ejemplo ilustrativo de la concepción de Vélez Sarsfield que contribuye a la caracterización de esta dualidad, para ello remite a la nota al artículo 2508 de Código Civil donde el codificador explica su postura sobre el carácter exclusivo del dominio. Dice allí: *“Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter si no en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”* (p. 8)

6. Ley imperativa - dispositiva

Como se ha dicho, parte de la doctrina identifica el orden público con la ley imperativa. En contraste con las teorías *abiertas*, esta tesis se presenta como un progreso en vista al esclarecimiento de la situación primitiva. La ley imperativa materializa el orden público, dándole así cierto grado de objetividad a lo que para algunos no era más que una mezcla caótica de artificiales distinciones. Pero esta identificación no puede dejarse sin revisión ni corrección, pues debe ser definida más exactamente.

¿Cuándo una ley es imperativa? ¿Quién le otorga ese carácter? ¿Debe ella misma explicitarlo? ¿El interés general puede ser fuente de la imperatividad? Sobre ninguna de las posibles respuestas puede decirse que haya un pacífico consenso; lo que hasta aquí se daba por seguro, se torna una vez más oscuro y vacilante y la duda parece vencer aún en este terreno. A pesar de estar formulado tan categóricamente, este principio no expresa realmente una exigencia de claridad, sino que ante todo transforma la imagen original mediante la transferencia de un orden de conceptos a otro diferente.

Como se ha visto, en vías de evitar la disgregación, toda la multiplicidad ha ordenarse en un sistema de conceptos que permita asir la realidad y subsumirla adecuadamente a los fines prácticos. Logrado esto, es necesario estrechar en lo posible los límites, estableciendo diferencias y gradaciones de conceptos. A través de este procedimiento de depuración, se pretende identificar al orden público con la ley imperativa. Devis Echandía (1956), en línea con los autores que proponen esta asimilación, introduce la noción de *interés* como elemento diferencial para identificar las leyes imperativas:

De manera que el criterio para distinguir las dos grandes ramas del derecho es el del interés que persiguen las normas: si miran hacia el interés público, son derecho público, y si hacia el particular, son de derecho privado. Y no puede negarse que en toda disposición imperativa se está reconociendo que su cumplimiento interesa más a la colectividad que al particular que debe cumplirla, porque de lo contrario se la dejaría a su arbitrio. (p. 6)

Parte del sustento que recibe esta teoría, proviene de la distinción romana entre derecho público y privado. En este sentido Velasco (1979) recuerda:

La teoría del *ius cogens* y el *ius dispositivum* “también arranca de textos del Digesto, a saber, los de Papiniano y Ulpiano relativos a que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest y privatorum conventio iuri public non derogat*. Pasando a lo que nos interesa se sostiene que las normas de derecho público se caracterizan por su inderogabilidad, contrariamente a las de derecho privado, que son derogables por voluntad de los particulares. Pero ni la inderogabilidad es característica exclusiva del derecho público, ni la inderogabilidad lo es del privado. (p. 19)

Salta a la vista el carácter notablemente activo - aún en especulaciones modernas- de la distinción originaria de Ulpiano. Sin embargo, no debe perderse de visita que esta clasificación inicial entre derecho público y privado, ha sido modelada mediante la noción de *interés*, con el objetivo de traducir sus palabras en otras que se presten menos al equivoco. Betancourt (2012), ha señalado algunos aspectos de importancia en torno a la incorporación de esta clasificación al derecho francés:

Dentro del sistema continental, se ha hecho uso frecuente de la locución “orden público” como equivalente de las expresiones *ius publicum* o *ius cogens*. Los juristas franceses, en particular, posiblemente al intentar sistematizar la noción “normas de orden público”, marcaron una interesante distinción entre normas supletorias “*lois supplétives*” y normas imperativas “*lois impératives*”. Las primeras, estaban destinadas a llenar el vacío que habían dejado las partes contratantes y podían perfectamente no ser aplicadas si las partes así lo deseaban, mientras que las segundas estaban vinculadas con la idea del interés general y, por esta razón, debían ser incondicionalmente aplicadas. (p 11)

En suma, para esta teoría lo distintivo de una ley de orden público es su carácter prohibitivo –irrenunciable e imperativo- cuyo fundamento se halla en la protección de intereses que afectan a la sociedad considerada en conjunto. De este modo, la autonomía de los particulares en la regulación de sus propios intereses, debe conformarse al contenido de las leyes imperativas, para no incurrir en actos que afecten a las leyes inspiradas en el interés general. En la doctrina nacional, como se ha señalado, ésta teoría ha sido defendida por Borda.

Conviene advertir, con todo, que el argumento empleado para la distinción ha sido objeto de diversas críticas. Henri Capitant (1901), en la Introducción al Estudio del Derecho Civil, relativizó esta postura mediante la superación de la noción de interés general como fundamento exclusivo para calificar una ley imperativa. Además de propiciar el mantenimiento del orden general, las leyes imperativas pueden cumplir otros fines:

Al mismo tiempo, y en segundo lugar, la ley debe asegurar ayuda y protección a las personas que su edad, su sexo, sus enfermedades, las hacen incapaces de defender ellas mismas sus intereses, y que pudieran ser víctimas de su debilidad ó de su impericia, de su inexperiencia cuando ejecutan un acto jurídico; de una manera más general ella debe proteger a toda persona contra el perjuicio inmerecido que un acto jurídico puede causarle en ciertas circunstancias. Pero esta segunda categoría de disposiciones, debe ser necesariamente imperativa, porque es evidente que las reglas dadas para proteger a una persona faltarían a su objeto, si pudieran ser hechas a un lado por la voluntad de las partes. Así las leyes imperativas en materia de derecho privado, serán de dos especies: leyes destinadas a asegurar el mantenimiento del orden público y el respeto de las buenas costumbres, leyes de protección de intereses privados. (p. 25).

Capitant examina en profundidad el contenido de las leyes imperativas y muestra que la noción de interés general no es esclarecedora en todas partes, ni tampoco se basta a si misma para calificar el orden público. Ciertamente se podría argüir que la protección de algunos intereses particulares debe considerarse de interés general; mas este argumento no haría más que advertir la insignificancia del desdoblamiento del interés en público y privado, cuando no la anulación de la antinomia. Extender de tal forma el sentido de lo general, importa una práctica inútilmente retorcida que conlleva a flotar entre contradicciones que no se pueden superar, ni tampoco se quieren salvar.

Henri De Page, agrega otros matices a la discusión al señalar que la distinción entre leyes imperativas y dispositivas *“no es más que indicativa y en el fondo ha de rechazarse, de una parte porque las fórmulas que indican la sanción («bajo pena de nulidad», «no obstante cualquier convención contraria»), no existen siempre; de otra parte porque en ciertas leyes contemporáneas, estas fórmulas existen sin que pueda por ello concluirse que la ley sea de orden público”*. (Espín Canovas, 1955, p 10).

En nuestro país también se han esbozado críticas a esta postura, principalmente hacia la teoría de Borda, que ha sido quién con más énfasis y claridad ha defendido la asimilación entre leyes imperativas y orden público. Llambías (1997) ha centrado la crítica en la confusión conceptual que implica la asimilación de ideas que responden a distintas categorías argumentales:

La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter de orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuajes se comunica esa imperatividad a la ley. En otros términos, cuando se habla de "orden público" se mira a la causa que produce la imperatividad irrefragable de ciertas leyes, mientras que cuando se contempla esa imperatividad sólo se verifica «el efecto «que aquella causa ha provocado. De ahí que aun cuando ambas calificaciones correspondan, de hecho, a las mismas sanciones legales, no es posible por esa circunstancia admitir una identificación de dos conceptos formalmente diferentes, de los cuales uno es efecto del otro. (p. 153)

En orden a los argumentos esgrimidos, no es posible identificar un punto inevitable y perfectamente definido en el cual converjan todas las críticas realizadas a la teoría de la ley imperativa. Lo que debe hacerse notar, es que la generalidad de las leyes imperativas está sustentada por intereses que atañen al orden público, mas éstas no lo agotan ni consumen toda su dimensión; porque en su propia esencia está la permanencia de una reserva de sentido lista para ser empleada cuando las necesidad del sistema lo requieran. De esta manera, la asimilación es quizá menos importante –en todo caso, menos exclusiva- y requiere ser complementada por una visión más integral y abierta a la influencia de otras fuentes jurídicas. Por tal camino el orden público puede independizarse de la ley imperativa, resultando esta asimilación más débil, la unión menos marcada y, como se ha descrito en todas dicotomías anteriores, cuando se profundiza el concepto, el vínculo con las clasificaciones resulta más tenue y menos definitorio.

Capítulo III

LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS

1. Notas sobre el lenguaje jurídico.

Un fenómeno tan complejo como el lenguaje –y en particular el jurídico- atenta contra cualquier pretensión de encausar una exposición rigurosa que contraste en detalle los desarrollos teóricos que han procurado abordarlo. Por ello, en lo sucesivo, se tratarán brevemente aspectos generales que inciden específicamente en el objeto del presente estudio. El tono fundamental lo darán algunas características inherentes al lenguaje que permiten deducir respuestas adecuadas para abordar la noción de orden público.

El lenguaje jurídico, estructurado en base a una necesidad práctica –la de regular y motivar la conducta humana en sociedad- se sirve de diversos métodos y técnicas para ordenar los hechos sensibles de la experiencia. Uno de los principales problemas de esta tarea lo constituye el carácter vago e impreciso que adolece parte del complejo normativo, pero que, simultáneamente, resulta de gran utilidad para abordar las manifestaciones sociales en toda su complejidad. El profesor H. L. A. Hart (1963) al referirse a la textura abierta del lenguaje, enseña que *“la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”* (p. 159). En el mismo sentido Genaro Carrió (1965) ha sostenido que las normas jurídicas, tienen una *“zona de penumbra, es decir, que son actual o potencialmente vagas, y que esta vaguedad “se pone de manifiesto frente al caso atípico, marginal o insólito, en algún aspecto relevante”*. (p.57)

Las consecuencias de esta indeterminación configurada en el lenguaje normativo, genera múltiples consecuencias, una de las más significativas relacionada con el proceso de interpretación y adecuación de la norma al caso concreto. En este sentido, Timothy Endicott (2003) ha señalado que *“un sistema jurídico necesariamente produce una gama significativa de «casos marginales» casos en los que la aplicación de los estándares del Derecho es objeto de duda y de discrepancia* (p.180). Giovanni Tuzet (2014), recuerda que por indeterminación de derecho *“se puede entender en general la imposibilidad de distinguir de forma precisa los casos que entran en la denotación de un concepto jurídico de los casos que no entran en ella.* (p.2).

Cuando se afirma la falta de precisión del lenguaje jurídico, se alude a la dificultad para establecer con exactitud los casos a los cuales se aplica una norma y, en definitiva, la porción de realidad que esta pretende abarcar. Tal descripción, desde luego, no es extensible a todas las disposiciones normativas; los grados o niveles de indeterminación varían, según necesidades y técnicas de legislación, desde conceptos ampliamente difusos hasta aquellos cuyo contenido se concreta de modo más específico. Sin embargo, deben evitarse los extremos al momento de abordar esta indefinición; Tiercelin enseña que *“un término absolutamente indeterminado no existe, porque un término así no significaría nada; o sea, para decirlo de otro modo, podría aplicarse a cualquier cosa y carecería de toda informatividad. (Giovanni Tuzet, 2014, p. 6)*

Por el contrario -y al otro extremo- difícilmente puedan deducirse rasgos exactos y pernees en la mayoría de los conceptos jurídicos, cuya significación no admita lugar ha interpretación alguna. Como enseña Endictott (2003) quedan excluidas de esta afirmación algunas regulaciones técnicas, como por ejemplo, la que establece estándares en la graduación alcohólica de los conductores. A su vez, tampoco se trata de averiguar la esencia de las palabras, desligada del componente histórico y sus mutaciones, ni de la propia hermenéutica. Alf Ross, ha sostenido que *“pertenece al pasado la formulación de preguntas tales como qué es lo que algo realmente es; ello se vincula a la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descrito”*. (Gordillo, 2002, p.9). Por ello, Carrió señala la necesidad de *“evitar las definiciones dogmáticas en las cuales la noción [...] responde a una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda formación jurídica y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión”*. (Gordillo, 2002, p.9)

Un análisis de esta especie lleva a considerar como punto sobresaliente del lenguaje jurídico su estrecha dependencia del proceso interpretativo. La tenacidad con que se persiste en buscar un significado dogmático a ciertos conceptos tiene en el fondo una deficiencia. Una cosa es poseer un concepto y otra tener plena conciencia de él; petrificar el sentido dinámico del lenguaje jurídico atenta contra su propia naturaleza y no solo no agrega nada necesario sino que aporta algo de superfluo que distrae la visión. La perpetua adecuación de estos

conceptos a las fluctuaciones de los hechos que regulan, implica que cada abordaje suponga redescubrirlo y definirlo de un modo adecuado a las dificultades surgidas y a las objeciones propuestas. Lo interno del lenguaje jurídico solo se encuentra y toma forma en el exterior.

Según el razonamiento análogo, el proceso hermenéutico al que se someten las normas tiene al menos dos consecuencias cuyos efectos varían según el grado de abstracción y vaguedad que presenten. Una es la propia dinámica interpretativa que continuamente genera significados diversos a las normas, enriquecidas por múltiples asociaciones y referencias. El otro se relaciona con el intérprete de la norma, quien finalmente debe adecuar sus términos a un contexto fáctico. No será superfluo advertir controversias en torno a la interpretación, ya que por el propio carácter del lenguaje que debe “traducirse”, las situaciones pueden estar frecuentemente repensadas moral y psicológicamente. Alchourrón y Bulygin (1983) se detienen en este punto:

Los problemas más frecuentes que plantea la indeterminación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos (reales o ficticios): aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen– dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta dada. Se llama vaguedad a esta característica del lenguaje. Y como todos los términos de un lenguaje tienen uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de la experiencia, son de mayor o menor medida vagos, siempre cabe la posibilidad de que surjan problemas de este tipo. (p. 16).

2. La semántica de los enunciados normativos.

Conforme lo dicho anteriormente, surge la necesidad de insistir a cerca de los nexos entre el lenguaje y los procesos de interpretación. Ya se ha abordado el problema de esta relación, acentuada en el ámbito jurídico donde no puede prescindirse de un fin práctico. Hernández Franco (2014) pone de manifiesto que *“el sentido de los enunciados o proposiciones jurídicas no dependen de la semántica ni de la gramática, sino dependen de la intención del operador de ellas para cobrar un carácter valorativo”* (p.8). Genaró Carrió expresa una idea similar en estos términos: *“Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado”*. (Gordillo, 2002, p.15). A los fines de explicar esta reciprocidad entre el lenguaje normativo y la hermenéutica, Max Weber afirma: *“La regla jurídica concebida*

como “idea” no corresponde a ninguna “regularidad” empírica o a una “regulación”, sino, a una norma que puede ser pensada como “obligatoriamente válida”. Por lo tanto, la norma no es ninguna forma determinada del ser, sino un criterio de valor, en el cual se mide evaluativamente al ser fáctico, cuando queremos llegar a la “verdad jurídica” (Hernández Franco, 2014, p. 20).

Para continuar debe precisarse que se han compuesto muchas disertaciones a cerca de la naturaleza del lenguaje jurídico y no es del caso detenerse en ese debate. La tesis hasta aquí presentada, que niega un carácter esencialista al lenguaje, ha sido objeto de discusiones y polémicas pero al ceñirse exclusivamente a los conceptos jurídicos indeterminados -cargados de vaguedad y polisemia- resulta plenamente adecuada. A fin de que este argumento defensivo fuese admisible, convendría probar la relación entre los conceptos jurídicos indeterminados y la necesidad del elemento valorativo para completar su eficacia y justificar su existencia. La introducción de esta clase de conceptos al interior de una norma tiene como base un fin práctico: son vehículos o medios para activar la tarea interpretativa. Quien se pone en relación con ellos debe sobreañadir un elemento de juicio para llenar el claro que habita en su interior; este proceso nunca es original ni se deduce de experiencias aisladas, por el contrario, responde a una tradición de asociaciones, convenciones, inferencias y equivalencias desarrolladas por la práctica y la elaboración teórica. En este sentido Hernández Franco (2014) explica:

Los contenidos objeto de subsunción no se encuentran en sí mismos ubicados como “cualidades internas” en las normas jurídicas ni en las nociones. Los contenidos están ubicados en la experiencia práctica como una especie de conocimiento estadístico práctico. Conserva lo aprendido como un bagaje de experiencia acumulada. Los griegos le llamaban *phronesis*. Y entre toda la carga acumulada de experiencia, el operador jurídico dispone de ella para imputar una situación. (p. 20).

Bajo el aspecto señalado (aunque no exclusivo) se abordará el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados y en particular la noción de orden público cuyas características exaltan la necesidad de este enlace artificial entre el concepto y la valoración del intérprete. Ahora bien, lo anterior importa *“trasladar el problema del significado/aplicación de un término indeterminado, a la doctrina jurídica y a los órganos jurisprudenciales, sean nacionales o internacionales, que son los operadores jurídicos que tendrán que concretar cuál es el significado semántico de un concepto jurídico indeterminado y, en función de lo*

anterior, en qué casos de aplicación tendrá lugar su presencia y en cuáles no". (Núñez Pacheco, 2013, p 24)

3. Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Por las razones antedichas se tiene un claro indicio del tránsito que debe recorrerse para adecuar una norma que contiene en su interior conceptos indeterminados. Ante ellos surge la necesidad de ulteriores actos de consolidación y refuerzo, esto es, de nuevas determinaciones que realicen y enriquezcan la fórmula acuñada por el legislador. A tal punto esta operación de calificar y valorar corresponde a una necesidad, que sin ella el concepto pierde toda especificación, reduciendo su sentido a vagas representaciones e imaginaciones. En efecto, las operaciones se dividen de un modo cabal; por un lado, la elaboración de conceptos dotados de una carga de abstracción y vaguedad que impide su adecuación a un contexto fáctico; por el otro, la actividad que debe llevar a cabo el intérprete, que no se limita a detectar pasivamente la correspondencia entre la norma y un hecho; por el contrario, luego de una contemplación general que puede sugerir solo vagas reglas empíricas de adecuación, valora que tal adecuación es posible. De modo que los conceptos indeterminados sin una valoración recaen en lo oscuro y con ella vuelven a erguirse en la luz.

Otro elemento a considerar es la textura abierta del derecho. Hart, quien lleva a cabo un profundo análisis del tema, distingue entre una zona de certeza del significado de cualquier concepto jurídico, cuyo contenido es clara y regularmente identificable para el operador, y una zona de incertidumbre *"en donde la significación de un término jurídico es no-clara, dudosa, indeterminada"* (Núñez Pacheco, 2013, p 28). Bien se podrá entender que ésta es la zona donde los conceptos indeterminados tienen su lugar, considerando que su propia naturaleza está motivada por la intención de ser completadas mediante un acto interpretativo. Frente a la zona de penumbra el intérprete para considerar el caso como incluido o como excluido *"se ve forzado a adjudicar a la regla un sentido en lo que hace al caso presente que hasta el momento no tenía. Sólo así puede fundar en ella la inclusión o la exclusión. Ese sentido o significado no estaba en la regla. Claramente ha sido puesto por el intérprete sobre la base de una decisión no determinada por los hábitos lingüísticos establecidos"* (Carrió, 1965, p 57)

Esta complacencia en la acuñación de nuevos sentidos a la norma ha de ser el principio conductor para interpretar a los conceptos abiertos o indeterminados en el ámbito jurídico. La reducción de lo abstracto a las condiciones particulares de aplicación, implica reconducir el disgregamiento y la disipación de sentido hacia una situación fáctica que —a juicio del intérprete— reclama ser absorbida por la norma. En consecuencia, esta práctica conlleva a conservar vivo y plástico su interior, en continuo desarrollo de ulteriores determinaciones, contrastando con la probidad de una interpretación sólida y ajustada por respeto profundo a la zona de certeza de aplicación.

4. El concepto de orden público.

Tratar la noción de orden público ha sido un trabajo siempre difícil y engorroso para la doctrina; las tentativas de calificar su contenido y proveer una indicación han arrojado resultados poco concluyentes. Federico De Castro recuerda que los civilistas “*se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público*” y a su vez recoge algunas curiosas expresiones de juristas que han desarrollado este tema: Vareilles Sommiers lo califica como “*un suplicio para la inteligencia*”; Lariccia como “*una de las nociones más atormentadoras de la dogmática jurídica*”; Aubry compara gráficamente el orden público con lo que “*se entiende en el campo de la medicina por la difusa expresión enfermedad de los nervios*”. (Acedo Penco, 1996, nota p. 325). También ha sido pasible de otras calificaciones como “*esencialmente vago y hasta misterioso*” (Japiot), “*un enigma*” (Bartin) “*inaprecible*” (Bedozzi), por último Biblioni afirmaría que “*hasta los jurisconsultos más famosos no saben que es esto del orden público*”. (Aseff, 2003, p.4)

Para ilustrar lo antedicho resulta interesante analizar un ejemplo —entre muchos que podrían ser citados— que proviene de la doctrina nacional. Aquí la definición de Salvat: “*La noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida; por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc.*” (Llambías, 1997, p. 160). En tanto Llambías (1997) afirma

compartir la concepción del orden público “*que ve en esta noción el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social*” (p.163).

Fundados sobre conceptos un tanto retóricos, en ambos casos la caracterización se esfuma en lo genérico y la idea permanece inexpresable y por ello falsificada en la expresión. Es que tales conceptualizaciones no aspiran a expresar la idea de lo que el orden público *es* sino sugerirla de una manera indeterminada por medio de un entretejido de expresiones convencionales. Al dividir en muchos puntos la definición para hacerla más persuasiva, ésta se transforma en un tejido de contradicciones cuyos miembros se separan claramente de los demás y, al mismo tiempo, tienden incesantemente a reunirse. Esto ya ha sido señalado por Karl Popper quien sostuvo que “*una definición no puede establecer el significado de un término [...] éstos, por muchas razones, serán posiblemente tan vagos y confusos como los términos con los cuales comenzáramos [...] todos los términos que realmente son necesarios son términos indefinidos*” (Gordillo, 1999, p.8). La unidad no se halla nunca en las cosas sino en la mente del sujeto y, en consecuencia, el concepto concluye por ser nada más que una unidad de imaginación.

Resulta oportuno advertir que la expresión orden público es utilizada al menos en dos sentidos claramente identificables. Uno, el propio del artículo 6 del código francés o del artículo 21 del código nacional replicado en otras disposiciones. Como se ha visto, en esta acepción el concepto se introduce en toda su amplitud operando como una válvula de cierre del sistema privado y es pasible de múltiples –aunque no ilimitadas- interpretaciones y valoraciones. Pero el sentido más frecuente que se le da a esta noción es el de *imperatividad*. Así, se dice generalmente que una norma *es* de orden público aunque el concepto no forme explícitamente parte de ella. Si bien la idea de interés general subyace en todas ellas, lo que indica en la práctica esta expresión es que la norma no puede ser renunciada o ignorada por sus destinatarios, en suma, que la norma es irrenunciable. A diferencia de lo que ocurre en la primera acepción, aquí la valoración no opera *ex post*, sino que previamente, por estar estipulado en la propia ley, la jurisprudencia o la doctrina, un determinado instituto o una norma en particular resultan indisponibles a los particulares por considerarse que obedece a intereses superiores. Esta determinación es por entero coherente con la teoría que identifica al orden público con la ley imperativa. Pero, como ya se ha expuesto con antelación, esta corriente comete el error de poner lo menos sobre lo más, lo parcial sobre lo total de su forma.

Para menguar los efectos de la abstracción es conveniente efectuar una división que considere la indeterminación desde dos aspectos: la intención y la extensión. En cuanto a lo primero no parece haber demasiadas dudas: el orden público limita la capacidad de autorregulación de los particulares en defensa de intereses que conciernen y privilegian a la organización social. Ahora bien, la verdadera dificultad se presenta al intentar determinar la extensión del concepto: ¿Qué es el orden público? ¿Qué estructuras o instituciones comprende? ¿Posee elementos constitutivos que puedan caracterizarlo? Si se pretende contestar estas preguntas teorizando, deduciendo un contenido intrínseco de la vacuidad del concepto las dificultades son insalvables y se presenta en toda su magnitud el tormento de lo inexpresable.

Bertrand Russell (1996), en el ensayo “Los elementos de la Ética” hace referencia al significado de los conceptos de *bien* y *mal* afirmando que “*estas ideas aparentemente figuran entre las que forman los constituyentes más simples de nuestras ideas más complejas, y consiguientemente no son susceptibles de ser analizadas o construidas a partir de otras ideas más simples*” (p. 14). Luego continúa discutiendo al respecto y señala “*la confusión corriente que hace que la gente crea que no puede comprender una idea a menos que pueda definirla, olvidando que las ideas se definen por otras ideas, que ha su vez han de ser comprendidas si la definición ha de tener algún sentido*” (p. 15).

No es forzada una analogía con el concepto de orden público, sin embargo las vicisitudes prácticas que presenta el campo jurídico hacen necesario interrogarse sobre las consecuencias de la utilización de conceptos indefinibles y la repercusión en una de las funciones naturales de cualquier legislación, esto es, el propósito de delinear la futura acción de los destinatarios de la norma. Muy lejano se halla el concepto de orden público del juicio que sobre el mismo pueda hacerse en un momento determinado. Tradicionalmente se ha considerado que su contenido varía según los diferentes tiempos y pueblos y se conviene por ello juzgarlo según esas múltiples ideas. Pero lo que cambia, a lo más, es el sentido del vocablo pero nunca el orden público ni su concepto, que se halla siempre como premisa sobreentendida en los ordenamientos que lo han incorporado.

Esta vaguedad no implica el abandono a sensaciones irreflexivas, por el contrario invita a participar en el proceso de asignación de contenido que se define en términos prácticos. No puede juzgarse esta figura en comparación con un modelo teórico que es incapaz de definirlo;

contra esta formula se ha procurado hasta aquí demostrar la falta de coincidencia entre una pretendida definición y los avatares prácticos que excluyen cualquier anquilosamiento. En definitiva podrán justificarse, determinarse y discernir los motivos inspiradores por los cuales se considera de orden público una norma, pero nunca describir con alguna certeza qué es efectivamente esta figura en busca de una homogeneidad.

Ahora bien, esas variaciones menoscaban en un sentido y ganan en otro. Por una parte liberar el concepto a la valoración del intérprete, cuando la elaboración teórica resulta tan débil y no ofrece sujeciones uniformes, puede afectar estándares de seguridad jurídica, además de resultar muy poco eficaz para motivar la acción de los destinatarios de la norma. Por otro lado, se provee una fórmula plástica y permeable a las continuas transformaciones del medio social que permite adaptarse a las necesidades de conservación de un determinado sistema sin dejar de admitir mutaciones radicales en su interior. Si el orden público se resiente a la caracterización teórica, en lo sucesivo deberán analizarse los fundamentos de la actividad jurisdiccional en el proceso de elaboración y adecuación de esta figura.

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO PRIVADO E INTERPRETACION NORMATIVA

1. La noción de *orden* en el Estado.

Esta investigación se liga indirectamente a la concepción de un orden vislumbrado desde el aspecto político y social. De acuerdo a lo desarrollado hasta aquí la noción de orden público, a pesar de las dificultades para ser definida, puede considerarse como un todo conforme con la sociedad de la cual es expresión. Henry Capitant (1901) lo expresa en estos términos:

De una manera general se puede decir que el orden público es el orden en el Estado, es decir, el arreglo de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables para la existencia y funcionamiento del Estado. La palabra orden público, indica, en efecto, la idea de una disposición lógica, de una subordinación que da al conjunto unidad y vida. (p.18)

Estaría fuera de lugar, y fuera del cuadro de este estudio, exponer en particular los elementos que configuran la organización del Estado moderno. En primer lugar, porque difícilmente puedan realizarse consideraciones permanentes frente a las crecientes manifestaciones de movilidad que dan lugar a transformaciones continuas. En segundo lugar, porque la tarea de analizar los elementos constitutivos del Estado y la configuración de las instituciones modernas es propia de otras especialidades –como la filosofía y la ciencia política- y significaría abordar un campo tan complejo y extenso que no conduciría sino a la desviación del objeto de análisis. En consecuencia, se abordará el tema desde una contemplación general, abstraída de manifestaciones concretas e individuales.

Lo anterior no significa que los estudios jurídicos se hayan desentendido del asunto del Estado y las instituciones, por el contrario, ha sido uno de los temas más recurrentes y álgidos en la doctrina; para ilustrarlo basta recordar los enérgicos debates entre positivistas y iusnaturalistas. Pero ligar la noción de orden público a alguna de estas elaboraciones implica optar y exponer el concepto en función de alguna de ellas, lo que resultaría parcial e inconducente al presente análisis.

En definitiva, el tema ha de considerarse de manera independiente a las teorías de justificación y existencia del Estado, desde una perspectiva diversa para un diverso fin. Lo que ha de tenerse presente es la función del derecho como instrumento configurador del orden dentro del Estado, mas esto puede presentarse con una apariencia que engaña sobre su verdadera índole. No se trata de abordar la eficacia de la ley como elemento ordenador de la convivencia social, lo que interesa al análisis es indagar si en nuestro sistema la creación normativa ha de ser una tarea exclusiva de la ley o si la labor jurisprudencial puede participar activamente en este proceso. Se trata, en definitiva, de identificar las instancias de legitimación de la creación normativa.

2. Las fuentes del Derecho:

El tema de las fuentes del derecho puede ser abordado desde enfoques diversos y sujetarse a múltiples clasificaciones; por ello, es necesario precisar el sentido que se adecua a los fines de esta investigación. El estudio de las fuentes consideradas desde un aspecto *material* responde –parcialmente- a un interés ajeno a este estudio, ya que el único análisis que puede hacerse al respecto es de índole histórica, de las necesidades sociales y culturales que han conducido a la abstracción de ciertos valores, costumbres y usos para obtener el género denominado “derecho”. Lo que interesa principalmente es abordar el estudio de las fuentes en sentido formal, es decir, como reglas jurídicas explícitas a las que debe acudir el juez para objetivar su decisión. Alf Ross lo explica en estos términos:

Por fuentes del derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas “fuentes” que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrece más que ideas e inspiración para que el propio juez *formule la norma que necesita*” (Aguiló Regla, 2005, p 1026).

Considerando lo dicho sobre la vaguedad del lenguaje jurídico, la inclusión en una norma de conceptos notoriamente abstractos impide el establecimiento de correspondencias necesarias entre lo reglado y el universo de casos sobre los que ha de proyectar sus efectos. Es decir, cuando la ley no brinda pautas objetivas de subsunción, transporta de su esfera esta actividad y la libera a la interpretación judicial. De aquí se comprende que la consideración

salga de ámbito exclusivo de la ley como fuente del derecho, siendo necesario atraer otras pautas justificativas para especificar la norma en el acto decisorio. Mas esta independencia se ejercita dentro de una sumisión, y esta separación de esferas de actuación supone una relación entre ambas. La norma no toma una forma total y genérica, sino que se especifica y no se da nunca sin este momento de unión. Sólo atribuyéndole esta dimensión se comprende el sentido de ciertas exigencias y pretensiones que recaen sobre la actividad de los tribunales con el propósito justificar las decisiones, siendo que la duda se vuelve, y con buenas razones, contra la seguridad de los destinatarios.

Difícilmente hubiera alcanzado la ley en la vida moderna la posición que ha conseguido si no hubiese hecho alianza con el pensamiento ilustrado y los postulados de la República. Díez Picazo en el estudio “La Doctrina de las Fuentes del derecho” recuerda que *“el ideal decimonónico es el de un Derecho claro, sencillo, breve y asequible, redactado por escrito y con un amplio margen de cognoscibilidad para poder predecir el resultado de los litigios o, a la inversa, para no embarcarse en una arriesgada aventura que pudiera desembocar en litigios”*. (p.949). Y luego de analizar en detalle el tema de las fuentes, agrega: *“A finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX con el triunfo de la Revolución Francesa y del estado jacobino, la ley pasa a ser, según la expresión rousseauiana, la expresión de la voluntad general y, por ende, de la soberanía. Además, cobra el papel de garantía de los derechos que modernamente se asigna a la Constitución”*. (p.950).

El punto a considerar no es el de esta obvia relación sino el modo en que se ha reaccionado contra aquel ideal, que cuanto más gana en fuerza tanto más claro se hace que no puede compaginarse con otras fuentes. Uno de los signos tangibles del cambio profundo que se viene realizando desde que el constitucionalismo democrático se impuso en el mundo, es el de la relativización del papel de la ley dentro de la esfera de las fuentes jurídicas. Carlos Aparicio (1999) lo explicita en estos términos:

Nadie va a encontrar en las constituciones, ni siquiera de los sistemas jurídicos más estrictos defensores del legalismo ni una sola disposición que insinúe que los problemas humanos deberán ser resueltos en forma exclusiva a través de un entramado legal preestablecido. Esa idea, es una idea cultural proveniente de las culturas jurídicas existentes previas a la instauración de los gobiernos democráticos (p. 30)

Pero es preciso discurrir con mucha cautela debido que a menudo se mezclan en los mismos conceptos pensamientos diversos. Solo después de una consideración superficial puede calificarse a la ley como una fuente excluyente y autosuficiente y relegar la tarea judicial a un simple acto deductivo de adecuación. Por definición los conceptos indeterminados reclaman la operatividad de otras fuentes, como la costumbre, los principios generales y remiten a los tribunales la actualización del sentido de la norma al momento de aplicación al caso particular. Así, el sistema de fuentes opera como un sistema de compensaciones, que distribuyen su peso en forma desigual de acuerdo a la tradición jurídica del sistema en que operen.

Ya en el Discurso Preliminar al Código Civil de los Franceses, Portalis (2014) exponía los riesgos de exacerbar el alcance de la ley y lo expresaba en estos términos:

Hemos evitado, igualmente, la peligrosa ambición de querer regular todo y prever todo. ¿Quién podría creer que los mismos a los que el código les parece siempre demasiado voluminoso son quienes osan ordenar imperiosamente al legislador la terrible tarea de no dejar nada a la decisión del juez? Hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás la razón natural en las cuestiones de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan abundantes y sus relaciones tan amplias que es imposible que el legislador atienda a todo.

Y luego agrega:

Es oficio de la ley afianzar con amplitud de miras las máximas generales del derecho y establecer principios fértiles en consecuencias, sin descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir sobre cada materia. Son el magistrado y el jurisconsulto, conocedores del espíritu general de las leyes, quienes han de guiar su aplicación. De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea siempre formarse, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de máximas, de decisiones y de doctrina, depurado diariamente por la práctica y por el choque de los debates judiciales, que crece sin cesar gracias al conocimiento adquirido y que siempre se ha considerado como el auténtico complemento de la legislación. (13).

En puntos fundamentales deben admitirse atenuaciones al imperio de la ley en tanto no puede sustraerse al influjo de atracción de otras fuentes más aún cuando ella misma, mediante el uso de conceptos notoriamente vagos, lo reclama explícitamente. Por lo tanto, más que proceder a resaltar la distancia, resulta más adecuado exaltar la proximidad sensible entre las fuentes de cuya reciprocidad se desprende un movimiento amplio y fructífero en el acto justificativo. Con esto no quiere relativizarse la importancia de la ley, ni dudar de calificarla

como la fuente principal y gravitante respecto de las otras; simplemente debe hacerse notar la claudicación de la idea fundamental de autosuficiencia legal. Por eso en vez de ahogar los efectos del sistema jurídico en ella, hay que orientarlos hacia un fin acertado e integral en un sistema de compensaciones y contrapesos entre las diversas fuentes que componen el derecho.

Niklas Luhmann (2003) desarrolla sintéticamente esta idea:

Con ayuda de la relación asimétrica entre legislación y jurisprudencia y con la ayuda de medios conceptuales derivados (por ejemplo la doctrina de las fuentes del derecho) se intenta evitar la circularidad que resultaría al admitir que el tribunal "crea" el derecho mismo que "aplica". La estilización de la decisión del tribunal sirve, sobre todo, como "conocimiento" del derecho -y aun la doctrina de las fuentes jurídicas piensa que éstas son principios de conocimiento-: asimetrización, pues, de una relación que, de otro modo, debería presentarse como circular. El círculo no tendría lugar si los tribunales en el momento en que no dieran con el derecho, en lugar de decidir se contentaran con aseverar que "no está claro". Esto, sin embargo no se permite desde el punto de vista del derecho (p. 218)

Estas indagaciones conducen a la revisión de la tarea de los tribunales en la construcción de sentido de normas abstractas y derivan en el análisis de las fuentes que deban ser consideradas para fundamentar una decisión. El debate en lo sustancial ha sido abordado en el ámbito de la filosofía jurídica y aquí salen a la superficie minuciosas elaboraciones. Mas para no caer en afirmaciones indeterminadas, el tema será abordado más adelante, siendo suficiente por el momento remitir el análisis a la situación actual del derecho privado nacional.

3. Las fuentes en El Código Civil y Comercial de la Nación

Los autores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial (2012) han postulado la idea de no admitir una significación irreductiblemente unívoca de la ley como fuente del derecho haciendo notar, entre otras cosas, la adhesión a la tesis que las comprende en una relación armónica con todo el ordenamiento. De esta manera se ha eliminado el obstáculo que supone la confusión de dos órdenes de problemas distintos. En consecuencia dejan explicitado que “*el Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley*”. Y que “*una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica*” (p.11).

Este cambio de criterio es, en apariencia, de una gran sencillez; mas su realización opera una renovación verdadera. A diferencia del Código de Vélez Sarsfield cuyo Título I se denominaba “De las Leyes”, el Capítulo 1 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial -que precede al articulado- se designa “Derecho”; pues éste persigue una perspectiva abierta del sistema normativo, incorporando al sistema una visión amplia y coordinada de las fuentes. El artículo 1 establece: *“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”*.

Algunas consideraciones de importancia respecto a la operatividad de las fuentes y los modos de interacción, han sido expuestas en los fundamentos al Anteproyecto (2012) en los siguientes términos:

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión “contra legem” que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción. De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes.

Así se orienta la operatividad de las fuentes hacia un sistema de primacía de la ley, que debe guiar y especificar la aplicación de justicia, más sin dejar de advertir el carácter vinculante de los usos, prácticas y costumbres en los casos en que la propia ley remita a estas fuentes o guarde silencio sobre la regla que debe absorberlo. En estos casos el sistema se desenvuelve más libre y abiertamente en tanto estas fuentes no sean contrarias a derecho. Rivera (2016) señala que *“en sentido propio no existe duda, hoy en día, que la ley es la principal de las fuentes del derecho objetivo, ya que, en definitiva, sólo la fuente legislativa produce Derecho sin límites. La costumbre y la jurisprudencia son siempre fuentes limitadas y los límites están establecidos por la misma ley, que puede dejar sin efecto una costumbre inveterada o una jurisprudencia establecida.* (p.54). Manuel Atienza (2007) describe el fenómeno en estos términos:

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de la argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho) (p 13).

Por otra parte el artículo primero de Código Civil y Comercial refiere que las leyes deben ser aplicadas “*conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*”; ello supone la conexión del articulado con el bloque de constitucionalidad y la directiva hacia una interpretación en comunidad, procurando resoluciones integrales que enmarquen el articulado en el proceso de constitucionalización del derecho privado. En este sentido, Carlos Emilio Depetris (2015) señala:

Los principios y valores constitucionales (incluyendo a la fuente internacional) traspasan en la actualidad todas las ramas del Derecho y por tanto exigen un trabajo muy distinto (y mucho más complejo) con los materiales jurídicos, con relación al modo tradicional aludido. Principios como el de pro homine, el de pro actione o el de favor debilis, de raigambre internacional pero receptados en nuestra Constitución, no pueden válidamente (o en todo caso, exitosamente) ser desatendidos ante un problema de la realidad que deba afrontarse, toda vez que en verdad "condicionan" el modo de encararlos en cualquier rol que desempeñe el operador jurídico.

Una mención especial debe hacerse respecto a la exclusión de la jurisprudencia -al menos como fuente explícita- del sistema consagrado en el Código. El artículo 1 del Anteproyecto (2012), la incluía en estos términos “*(...) Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso (...)*”.

Rivera (2016) realiza una doble crítica a esta supresión señalando que “*la jurisprudencia tiene en nuestro sistema jurídico un arraigado reconocimiento como fuente del derecho*” y que además el Anteproyecto “*disponía la utilización de la jurisprudencia en el contexto de las circunstancias del caso, como lo hacía el artículo 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield con marcado acierto al referirse a la aplicación de los principios generales*” (p.52).

Ahora bien, ello no significa la inoperatividad de la jurisprudencia como fuente, el silencio de la ley puede obedecer a otras razones. En el Código comentado de Herrera, Caramelo y Picasso (2015) se advierte que la jurisprudencia:

No está mencionada como las fuentes del derecho principales porque es cierto que la fuerza de los precedentes, a veces, es un argumento de peso para que el derecho no se dinamice sino que, por el contrario, quede rígido o estancado, con la consecuente dificultad de aggiornar y modernizar la legislación a través de interpretaciones que acompañen los cambios sociales. En otras palabras, la intención que tiene el C.C.y C. es que cada caso se resuelva según la plataforma, constancias e implicancias propias. Ello no impide que se pueda apelar a la jurisprudencia como fuente inspiradora de la solución a la cual se arribe, pero se tratará de una sentencia que será fruto y resultado de la “creación” del derecho y no una mera actividad mecánica de “aplicación” o “subsunción (p 52 y 53).

Según este razonamiento la omisión legal procura evitar interpretaciones decantadas que subsistan en el tiempo y alienta una práctica hermenéutica más dinámica y ajena a la complacencia de una exégesis anquilosada. Más por lo mismo que se mencionó anteriormente, se procura evitar las tradiciones hermenéuticas orientando el sistema sobre un principio activo que absorba por la dinámica y velocidad de las interacciones sociales.

Otro aspecto a destacar es el relativo al acto mismo de aplicación del derecho; en efecto, el artículo 1 establece que para esta actividad “*se tendrá en cuenta la finalidad de la norma*”. De esta manera se recepta legalmente un método hermenéutico, considerando desde ya que dicha *finalidad* de la norma no ha de ser entendida estrictamente como una fuente “*sino un criterio de interpretación, denominado finalista o teleológico, que por lo demás está incluido en el artículo 2*” (Rivera, 2016, p.52). Ello implica “*abandonar como criterio interpretativo el que nos remitía "al espíritu de la ley" (art. 16 C.C.), o "a los fines que aquélla (la ley) tuvo en mira ..." (art. 1071 C.C.), el cual nos imponía, para desentrañar el sentido o los alcances de una ley, un análisis retrospectivo para reconstruir el pensamiento y las motivaciones que tuvo el legislador al sancionarla*” (Depetris, 2015). De aquí la adhesión al método de interpretación histórica y a los postulados de su principal representante, Raimond Saleilles, quien proponía “*modificar el objetivo principal de la Escuela de la Exégesis, para quienes lo relevante era conseguir o desentrañar la intención del legislador; haciendo de la interpretación una labor objetiva, aplicando la ley según su propio fin intrínseco y sus objetivos históricos y sociales*”. (González, p3).

Por otra parte, artículo 2 de Código Civil y Comercial establece: “*Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

La norma procura fomentar la interacción entre las fuentes, de modo que los sentidos se imbriquen uno en otro en vistas de arribar a decisiones integrales que consideren el derecho en toda su extensión. Esta intensión se expone claramente en los fundamentos del Anteproyecto (2012):

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual 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. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (p.13).

Toda hermenéutica supone superar una distancia, una grieta entre la época cultural pretérita a la cual pertenece la norma y el intérprete, siempre ligado a las condiciones particulares de aplicación. Para superar ese alejamiento, al volverse contemporánea la norma, éste debe apropiarse del sentido. Niklas Luhmann (2003) expone este hecho de la siguiente manera:

La decisión no está determinada por el pasado (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes futuros. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones (p.220).

Ahora bien, la especificación debe realizarse dentro de ciertos límites. El texto debe ser considerado *teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades (...) de modo coherente con todo el ordenamiento*; con ello se procura evitar híbridos trabajos gramaticales, retóricos o lexicales que perviertan el sentido de una norma y se desentendían del conjunto de disposiciones, reglas, principios y valores que integran el ordenamiento jurídico.

Una vez que se ha adquirido algo de certeza sobre este asunto, resulta necesario analizar detalladamente la labor judicial.

4. El juez y la interpretación normativa.

Todos los temas que se han desarrollado hasta el momento convergen en un punto: la interpretación judicial. Aquí las teorías se unen estrechamente a la práctica, por ello entender esta labor es lo mismo que decidir sobre sus métodos y resultados. En vista de circunscribir la inabarcable extensión del asunto, se procurará evitar el tratamiento de componentes sobreentendidos dirigiendo la atención a los casos en los que la propia norma se declara en un espacio en retroceso, abriendo un amplio campo al imaginario judicial. Cuando la norma incorpora un lenguaje gris, difuso, el acto de adecuación surge de fuera, en el umbral de la creación judicial.

La tentativa de traducir el sentido de un lenguaje difuso a circunstancias particulares abre la posibilidad de una intensa actividad al conjunto de fuentes disponibles para justificar una decisión. En esa región necesariamente invisible, donde las leyes se abandonan y repliegan, las fuentes actúan en una superposición inestable que debe ser encausada en un acto de intelección que permita aplicarlas adecuadamente. Mas el derecho no puede fundarse de otro modo que como una actualidad viviente; de ahí que la coacción de las fuentes secundarias en los casos difíciles, sea quizá más eficaz que la ley.

El artículo 3 del Código Civil y Comercial establece que *“el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*. De manera que el magistrado enfrenta una doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa. *“La forzosidad de que se decida y la libertad que surge precisamente al buscar razones (cuestionables) para llegar a una decisión, resultan restringidas por los puntos de vista de la justicia. Y es esta tríada de forzosidad, libertad y restricción la que produce el derecho”*. (Luhmann, 2003, p. 217)

El cambio de paradigma en relación al contexto en que se gestó la codificación decimonónica, el abandono de la teoría liberal y de la abstracción del individuo, el influjo de los textos constitucionales en el derecho privado y la creciente dispersión legal en

microsistemas específicos han transformado los cimientos de todo el sistema legal e, indefectiblemente, de la tarea hermenéutica. Lorenzetti (2008) en “Teoría de la Decisión Judicial”, resume este estado de cosas de la siguiente manera:

La idea de ordenar la sociedad ha perimido al ritmo del decaimiento de las visiones totalizadoras; el derecho civil se presenta como una estructura defensiva del ciudadano y de colectividades antes que como el “orden” social. El Código, que comparte su vida con otros códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas, ha perdido centralidad, la que se desplaza progresivamente. Las bases axiomáticas para el razonamiento legal están situadas en un sistema que excede al Código y que debe ser desentrañado por el intérprete mediante un proceso de identificación de fuentes y normas fundamentales. (p.35)

Si lo dicho anteriormente grafica la situación general del derecho privado y las condiciones de interpretación, no hay duda que frente a los casos de indeterminación normativa la actividad hermenéutica se amplifica notablemente. Lo dicho conduce a una situación en la que debe conciliarse una suerte de desconfianza y aversión a la discrecionalidad judicial con los anhelos de una incorruptible severidad científica que garantice una razonable previsibilidad en la aplicación de la ley. Mas en los casos en que el procedimiento deductivo es insuficiente, debe recurrirse a la argumentación jurídica y por ende al sistema de fuentes para dar justificación al acto decisorio.

Ahora bien, pueden distinguirse a grandes rasgos dos corrientes de pensamiento que abordan el tema de la relación entre la discrecionalidad judicial y las fuentes del derecho. No se tratan las teorías -como el realismo americano- donde el problema se encausa hacia una crítica severa del arbitrio judicial, a los prejuicios y ciegos estímulos que impulsan a las decisiones y dificultan predecir la magnitud de los resultados. Dada la necesidad de una decisión judicial que actualice el sentido de los conceptos abstractos, se tendrán en cuenta las perspectivas que se enfocan, ya no enfáticamente en la persona del juez, sino en el origen y legitimación de las fuentes que éste debe considerar al momento de decidir un caso particular.

Resulta útil a este propósito retomar las críticas que Ronald Dworkin efectuara a las “teorías semánticas” aunque, ciertamente, no puedan unificarse los matices que habitan al interior de estas perspectivas. El punto principal de discrepancia con estas teorías – dentro de las que incluye al positivismo y el iusnaturalismo- radica en que avalan una concepción que reduce el derecho a un conjunto de normas emanadas de la autoridad política. En consecuencia, *“las cuestiones jurídicas deben ser resueltas mediante la lectura de los documentos en los que figuran tales decisiones, y su posterior aplicación. Si existe una*

laguna en ese material, el juez está legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo. (Rodríguez Puerto, 1958, p.122). De modo que para esta perspectiva, la facultad del juez de resolver *como un legislador* los casos difíciles, deriva de una delegación del propio sistema. Aguiló Regla (2009) señala:

Para concepción de las “fuentes desde el sistema”, la unidad del derecho es una propiedad “relativa”, pues hay que referirla a los casos. En los *casos regulados*, resueltos por el sistema de normas, la unidad del derecho es “real”. Por el contrario, en los *casos no regulados*, es decir, aquellos en los que, por la razón que sea, el sistema no suministra una única respuesta, la solución (la unidad) se decide discrecionalmente (libremente) (p.152).

La tesis de Dworkin sobre este punto puede resumirse sintéticamente en estos términos: los jueces no crean derecho como legisladores. Este autor entiende que el ordenamiento también está compuesto por un tipo de *standard* que es «*una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral*». Mediante la invocación y elucidación de los principios que guían y subyacen al ordenamiento “*el juez puede hallar los «derechos institucionales» que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos, no sólo en los considerados «fáciles», sino también en los «difíciles».* (Rodríguez Puerto, 1958, p.126). De manera que recurriendo a dichos estándares el juez podría dar justificación a los casos no previstos en la norma sin incurrir en una decisión arbitraria. Debido a su existencia, pronuncia la negativa de una voluntad política que coloque al juez, en los casos difíciles, en papel de legislador: “*Incluso en los casos más difíciles, el Derecho no calla*”. (Rodríguez Puerto, 1958, p.126).

No es el propósito de esta investigación analizar en profundidad problemas que han ocupado buena parte de la filosofía jurídica del siglo XX; mas bien la intensión radica en poner de manifiesto las discrepancias en los estratos más elevados de la discusión en torno a la ley, la actividad judicial y el alcance de la actividad hermenéutica. Por lo pronto bastará con indicar que la teoría de Dworkin no se complementa con la elaboración de un método que contraste el peso o la importancia de los principios que pueden ser invocados como fundamento de una decisión. Esto ha sido advertido por Raz quien ha indicado “*que los principios implican realmente la discreción de los jueces: no la evitan sino que la refuerzan. Y es que su carácter necesariamente vago reclama una intervención judicial para discernir el sentido que tendrán en el caso. Ciertamente, esto no supone que el juzgador pueda proceder arbitrariamente, sino que ha de dar razones justificadoras de la decisión*”. (Rodríguez Puerto, 1958, p. 126)

Ahora es necesario detenerse un momento y recapitular algunas ideas. Para los autores que adhieren a la teoría semántica, ante un caso difícil, es decir, cuando éste no se halla contemplado normativamente o la ambigüedad de la norma confiere una amplia libertad de interpretación, el juez –por voluntad política- se halla facultado a decidir en forma discrecional y, por lo tanto, crea derecho para el caso concreto. Ronald Dworkin propone eliminar el elemento discrecional mediante la figura de un juez –Hércules- que con la ayuda de capacidades sobrehumanas logra sopesar la importancia relativa de los principios que intervienen en un caso difícil y de este modo no crea derecho, sino que se mantiene dentro de los difusos límites del sistema.

A pesar de la importancia de los aportes de Dworkin para comprender el fenómeno jurídico integralmente y desligarlo de la reducción a la ley, la solución allí buscada resulta inadmisibles. Bien podría preguntarse qué hacer con una teoría que requiere de un juez de capacidades extraordinarias para arribar a soluciones justas. Su error ha sido demostrado más arriba: la actividad interpretativa no trata de arribar a una única solución correcta *descubriendo* los principios o estándares involucrados silenciosamente en un caso; la amplitud y vaguedad de éstos reclama una porción de subjetividad al momento de ponderar su importancia, de lo contrario se cae en contradicciones insolubles; a niveles de gran abstracción, en contra de cada si que se intenta puede oponerse enseguida un no igualmente riguroso. Valores abstractos como la libertad, la igualdad o el orden exigen de una situación concreta para actualizar su contenido; los principios formales resultan vacíos porque sin el caso particular los derechos no dicen nada y son incapaces de realizar justicia. Los principios o estándares actúan a manera de una equivalencia empleada para apartar los equívocos de la variedad, de modo que es en vano empeñarse en recuperarlos de su alejamiento y de la sombra que los rodea.

En suma, a lo que puede aspirar la práctica jurídica es a la elaboración de argumentos fundados y convincentes que tiendan a suplir la deficiencia de contenido de los principios considerados en abstracto –cuya vacuidad ha sido puesta de manifiesto- insuflándoles algún sentido particular para arribar a una solución adecuada. En efecto, más que un catálogo de derechos arquetípicos y trascendentes, lo que se tiene son interpretaciones concretas que la jurisprudencia debe desentrañar, conciliando la singularidad del caso con la virtualidad del *depósito* que proviene de la tradición hermenéutica y de las fuentes adecuadas para la

justificación. La tarea judicial no consiste en recuperar intenciones de sentido, en reanimarlas por un acto histórico de interpretación; por el contrario, su actividad se halla determinada por los incesantes cambios e influjos que modelan a toda sociedad y, en virtud de ello, la tarea hermenéutica debe combinar estas fluctuaciones para adecuarlas e inscribirlas en el contexto de una tradición continua.

Entendemos –dice Paul Ricoeur- que la interpretación tiene una historia y que esa historia es un segmento de la tradición misma; siempre se interpreta desde algún lugar, para explicitar, prolongar y, de ese modo, mantener viva la tradición misma en la cual estamos. Así, el tiempo de la interpretación pertenece, en cierta forma, al tiempo de la tradición. Pero, como contrapartida, la tradición, aún entendida como *depositum*, es tradición muerta si no se interpreta continuamente ese depósito: una “herencia” no es un paquete cerrado que pasa de mano en mano sin ser abierto, sino más bien un tesoro del que se extrae a manos llenas y que se renueva en la operación misma de agotarlo. Toda tradición vive por la gracia de la interpretación; perdura a ese precio, es decir, permanece viva. (p.31)

Para poder juzgar, el juez debe remitirse a un archivo institucional que se reconoce en la tradición jurídica, la práctica hermenéutica y la conciliación de principios y fines reconocidos por el ordenamiento; el aspecto prudencial de su actividad exige que no ejercite un mero capricho individual sino que su juicio resulte institucionalmente fundado. Ahora bien, esto se traduce en una transformación de los principios de división estricta de los poderes del Estado enfatizados en el auge del individualismo decimonónico. Roscoe Pound ha señalado que *"legislación, administración y jurisdicción no pueden estar rígidamente separadas, ni adjudicadas cada una a un órgano independiente que las tenga como exclusiva competencia suya. Existe más bien una división del trabajo en cuanto a los casos típicos y una distribución práctica e histórica de todo lo demás"* (García Ruiz, 1997, p 44)

Los derechos generales –principios- coexisten en un espacio de múltiples axiomas y sólo viven, cobran sentido y se especifican en las actualizaciones jurisprudenciales. Esta visión aligerada de la ley que se proyecta hacia la actividad argumentativa de los jueces no es ninguna novedad, ya Portalis (2014) en el Discurso Preliminar dejó sentado que *“es menos temible el arbitrio reglado, modesto y circunspecto de un magistrado, que puede ser rectificado y está sujeto a la acción por prevaricación, que el arbitrio absoluto de un poder independiente que jamás es responsable* (p 17).

5. Límites de la *creatividad* jurisdiccional en torno al orden público.

La extraordinaria elasticidad del concepto de orden público se corresponde con un amplio espectro de libertad en la operación hermenéutica de la *declaratio*. En nuestro modelo de derecho privado las leyes son escritas y codificadas por lo que la legislación aparece como la fuente primaria del Derecho; a *contrario sensu* la jurisprudencia es considerada una fuente secundaria o auxiliar; es decir que hay una relación de prevalencia de las leyes sobre la jurisprudencia. Robert S. Barker (1988), resalta la influencia de la teoría de la separación de poderes Montesquieu en los líderes de la Revolución francesa y su expansión hacia otros sistemas jurídicos:

De esta manera el Derecho Civil ingresó al siglo XVIII con un prejuicio profundamente antijudicial que se manifestó en un número de doctrinas importantes e interrelacionadas: las decisiones judiciales no son una fuente de derecho; los jueces no deben asumir funciones legislativas; los jueces no deben decidir los casos siguiendo la decisión de otros jueces. Los juristas latinoamericanos educados en la tradición legal de la Francia post-revolucionaria comprensiblemente adoptaron un punto de vista estrecho de la función judicial (p.32).

A pesar del celo en la defensa de los derechos individuales frente al arbitrio judicial, el mismo código francés se sirvió de conceptos, como el de orden público, cuya actualización estaba recomendada a la actividad interpretativa de los tribunales. Juliot de la Morandiere lo expuso de la siguiente manera:

Como es imposible que el legislador pueda prever en forma absoluta qué normas van a revestir ese carácter (de orden público) a medida que los hechos económicos y sociales se transformen, le corresponde al juez en cada caso y de acuerdo con esos hechos decidir cuando las necesidades sociales exigen que se sobreponga el interés público a la voluntad individual; lo que es más necesario aún en el caso de encontrarse en presencia de un contrato acusado como violatorio del orden público, sin que exista ninguna disposición especial violada con él. Se corre sin duda alguna el peligro de la arbitrariedad del juez, pero esto es inevitable. (Devis Echildia, 1946, p.5)

De manera que el orden público se convierte en un instrumento flexible (polimorfo) que contribuye a la racionalización *ex post* en decisiones que resultan abiertas a la tarea judicial. En consecuencia, en cada caso particular el derecho cambia aunque la ficción -de la fuente legal- no hace más que suponer que no ha cambiado. En un sentido amplio, el orden público incorpora valores que no se presentan perfectamente configurados sino que deben ser

continuamente enunciados y observados en su constante aplicación y el juez se erige como guardián. Ello se traduce en una apreciación del derecho como proceso abierto y creativo que es necesario contrastar con el principio de legalidad ínsito en las bases de nuestro sistema jurídico; de esta forma se desplaza la pregunta por el contenido del concepto de orden público y con ello todas las referencias políticas, morales y religiosas que lo integran, del ámbito de la ley a la esfera de la creatividad judicial.

Como se ha explicado en el punto anterior, la facultad modeladora del concepto que ha sido conferida a los tribunales no supone que una sentencia pueda hacer del orden público cualquier cosa. En cada caso las posibilidades creativas deberán encausarse en el marco de la Constitución, los principios y las fuentes que conforman -en sentido laxo- el ordenamiento jurídico. Ello se corresponde con la concepción de un método hermenéutico que actúa, no para hallar o descubrir soluciones, sino para justificarlas. De esta manera *“el intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas”* (Núñez Pacheco, 2013, p.23). Si el caso presenta una novedad es porque convergen varios planos del ordenamiento que la interpretación actualiza; de esta forma el juzgador *“se encuentra en la posición ambivalente: es al mismo tiempo crítico y autor de la tradición a la que pertenece; no puede desarrollarla de una forma completamente autónoma, aunque inevitablemente añade algo”*. Rodríguez Puerto, 1958, p10).

Si buena parte del estudio se ha orientado hacia el plano argumentativo y justificativo de las decisiones, éste se completa inevitablemente en la contemplación de un cierto punto crítico más allá del cual la interpretación pierde, quizás, la noción de sus propios límites. La hermenéutica aplicada a los conceptos indeterminados no es una ciencia, dado que no puede sustraerse al riesgo de interpretaciones arbitrarias –o falsas en el contexto de la tesis dworkiana- aún más, puede plantearse la hipótesis de casos donde varias interpretaciones sean igualmente válidas en tanto se circunscriban al contexto que funda sus reglas. En consecuencia, debe advertirse sobre los riesgos de manipulación del lenguaje jurídico frente a las vastas posibilidades de adecuación que ofrece el sistema de conceptos abiertos y flexibles. Si por su interior el orden público no puede distinguirse, entonces necesariamente se halla sujeto a interpretaciones y distintas inteligibilidades. La desviación, tanto como el exceso o defecto en la hermenéutica aplicada al caso concreto, constituye un riesgo ínsito de la delegación creativa al imaginario judicial. La tarea de percibir en el ordenamiento lo que aún

no se halla legalmente percibido, de conectar el caso con una multiplicidad resonante de fuentes, debe aspirar a demostrar enlaces significativos entre éste y el *archivo* de principios, normas y prácticas hermenéuticas que caracterizan al sistema. En consecuencia, la empresa argumentativa resultará absolutamente legítima, y al abrigo de toda crítica, en tanto tenga conciencia de sus condiciones de validez y, por ende, de sus límites.

6. El orden público en la jurisprudencia nacional.

La jurisprudencia nacional ha hecho uso del concepto de orden público –como es de prever- en sentidos diversos y en relación a distintas instituciones del derecho privado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que *“corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales”* (“Cacace, Josefa Erminda v. Municipalidad de Buenos Aires s/ accidente / ley 9688,1987).

En consonancia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, en Autos: “Retamar, Roberto Cristian Marcelo c/ Aseguradora Federal Argentina s/ Daños y Perjuicios” ha dicho:

A las leyes de orden público se las define como aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad. Son aquellas normas jurídicas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, no pueden ser dejadas de lado por los particulares. Destacamos esta última parte, por ser la consecuencia práctica más notable de las leyes de orden público y, por la misma razón, podemos decir que este concepto es mucho más importante para el jurista que los de derecho público y privado.

Es preciso remarcar la importancia de esta resolución, principalmente cuando alude a las consecuencias *prácticas* del orden público, alzándose éste como un principio superador de la dicotomía entre derecho público y privado. En este orden de ideas la C.S.J.N. ha expresado que *“las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias*

leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener en ella". (Autos "Martín y Cía. Ltda. c. Erazo", en *La Ley* tomo 48, pág. 330).

Un ejemplo concreto en este sentido es el que brinda la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería de San Juan, en Autos "N. N. s/ Div. Vincular - Presentación Conjunta" al resolver que *"el orden público que protegen los arts. 1218 y 1219 del Código Civil, sólo resultaría vulnerado si se pretendiera disolver la sociedad conyugal por causas distintas a las previstas por la ley; pero de ningún modo por el acuerdo sobre la forma de dividir o distribuir los bienes. Sólo podría sí, afectar los intereses privados de las partes, en cuyo caso el Juez si advirtiera situaciones abusivas, podría no homologar el convenio"*.

Es manifiesta la tendencia jurisprudencial a ver en el orden público un concepto relacionado con el espíritu que informa la ley -y que remite a argumentos que transgreden el ámbito de lo estrictamente positivo- así como su carácter flexible y coyuntural. Es lo que expresa la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de Trelew en autos: "P., M.E. c/Administración de Vialidad Provincial s/Daños y Perjuicios" al señalar que:

Es de la esencia del orden público su variabilidad y mutabilidad, de manera que en una norma de Derecho público o de Derecho privado, puede en determinado momento o época, estar presente la noción de orden público, porque su acatamiento garantiza principios comprometidos con el bienestar general y orientados a la defensa y conservación de la organización social establecida. Y también ocurre que un cambio de circunstancias económicas o políticas influya de tal modo en el aspecto jurídico, que una norma que hasta ese momento involucraba principios de orden público, afectada por el cambio operado, aparezca despojada del carácter que revestía.

Para reforzar este idea son apropiados los argumentos esgrimidos por la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba: *"Sobre el "orden público", precisamente cabe advertir que no es un concepto cerrado e inmutable, sino una categoría histórica que se debe interpretar conforme a las circunstancias de una comunidad en un momento determinado, correspondiendo, en consecuencia, una aplicación dinámica de tal concepto"* (27/7/89, LLC 1990-144).

Otro aspecto del problema es el que con profundidad desarrolla la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos: “Sequeira Rubén Delicio y otros c/ gcba s/ amparo interlocutorio”:

La regla *solus consensus obligat*, secularizada y vuelta norma jurídica de la conducta social en una última etapa de evolución de la doctrina clásica, deriva naturalmente hacia la idea de que las convenciones tienen, entre las partes, lugar de ley, y de que la voluntad de ellas puede derogar las leyes en cuya observancia no está interesado el orden público (...) Que, de esta forma y tal como queda dicho, las normas de orden público operan como límite de la libre expresión de la voluntad y, por ende, ésta debe quedar sujeta a las previsiones contenidas en aquéllas. De lo que se trata, entonces, es de establecer si -en el caso particular- la manifestación de voluntad expresada por la actora con discernimiento, intención y libertad (Art. 944, Código Civil) halla algún límite en normas de orden público (Art. 21 del mismo texto legal). En la dirección apuntada, es común en el ámbito del derecho, especialmente del privado, plantear la contraposición entre "autonomía de la voluntad" y "orden público". Generalmente, se alude a ella postulando la preeminencia de uno u otro concepto sobre el contrario. Sin embargo, impónese delimitar ambos conceptos y establecer el marco de actuación de cada uno y su necesaria coexistencia.

La Sala K de la Cámara Nacional Civil, en autos “Argenfé S.A. c. Pellet Lastra, Hugo A.” ha hecho alusión a los efectos prácticos del orden público como límite a la autonomía de la voluntad: *“Así como la voluntad de las partes carece de virtualidad para modificar por vía convencional la naturaleza de las cosas, tampoco puede alterar las bases normativas cuando aluden a cuestiones en las que está interesado el orden público”*. En suma, *“el orden público y la moral pública imponen limitaciones a la actividad individual y colectiva de las personas”*.

El efecto principal e indiscutido de una norma de orden público sobre la autonomía de la voluntad es la nulidad del acto particular que transgrede sus límites. Así la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco, Córdoba en Autos “Giordano, Evaristo Ángel y otros c/ Día Argentina SA s/ abreviado - acción declarativa de certeza” resolvió que *“es nula la cláusula que establece que el precio del canon locativo del inmueble se adecuará cada doce meses conforme a la variación porcentual que sufra la mercadería indicada en el contrato de arriendo (...) en tanto implica una renegociación que vulnera el orden público relativo a mantener las condiciones del arriendo durante el plazo mínimo de la locación”*.

En sintonía con este fallo se ha dicho que *“una de las consecuencias indiscutibles del concepto de orden público, es que no puede prevalecer respecto de este, la libertad de contratar establecida por el Art. 1197 del Código Civil, y la violación de este principio permite la intervención judicial para subsanar tal anomalía, de manera que lo que hubieran pactado los contratantes no puede primar sobre la ley de orden público vigente a esa fecha (Cámara Nacional Civil. G, 3/4/81, ED 93-477).*

Otra de las consecuencias prácticas que ha tratado la jurisprudencia es la relativa a la actuación de oficio por parte de la justicia ante un acto que viola los principios que inspiran el orden público. En este sentido la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos: *“Giralda Graciela Isabel y otros c/ Telecom Argentina SA s/ Diferencias de salarios”* dispuso que:

El control constitucional de oficio solo procede en los casos de orden público absoluto, es decir, cuando la norma es imperativa y los derechos que ella otorga, una vez adquiridos, son irrenunciables; pero no en aquellos casos de orden público relativo en los que, a pesar de la imperatividad de la norma constitucional, solo se encuentra comprometido un interés particular, pues el derecho -normalmente de contenido patrimonial- es renunciable.

En consideración a una discusión ya superada relativa al principio de irretroactividad, la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería de San Juan, en autos *“Provincia de San Juan c/ herederos de Marco Fa, Francisco Alejandro s/ Expropiación”* resolvió que *“aunque sea una ley de orden público, no es aplicable retroactivamente. El nuevo texto del Art. 3 del Código Civil no deja lugar dudas acerca del modo de aplicación temporal de la ley. En el mencionado Art. se prevé que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario”*.

Un reciente fallo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 de Tandil ha hecho alusión a la interacción del sistema de fuentes que promueve en Código Civil y Comercial:

De este modo, el pagaré se integra con la documental adicional del crédito de consumo, formando un título complejo que permite compatibilizar la legislación cambiaria con las previsiones protectorias del consumidor (fs. 12, 30/37; arts. 101 y ss. del Decr. 5965/63; arts. 1, 2, 3, 36, 37, 65 de la ley 24.240; art. 521 y ss. del C.P.C.C). Dicha pauta hermenéutica se enmarca en el cambio de paradigma que surge del Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial que consagra el denominado “diálogo de fuentes” y la constitucionalización del derecho privado, que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el

derecho privado (cfr. arts. 1, 2 y 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial; esta Sala, causa N° 58.639, del 29/5/14 “Credil c/ Orsetti”).

En resumen, la abstracción propia del concepto de orden público y su operatividad en diversos institutos del subsistema de derecho privado se ve reflejada en numerosos fallos que hacen uso de él, ya sea para darle este calificativo a una ley aplicable a un caso concreto (lo que ocurre en la mayoría de las resoluciones) o para involucrarse en el ejercicio de dotar de contenido a un principio que –dado su carácter flexible- se nutre de las sucesivas interpretaciones que los jueces plasman en sus sentencias.

Capítulo V

El concepto de Orden Público en la Codificación Nacional.

1. El orden público en el Código de Vélez Sarsfield.

Vélez Sarsfield no fue ajeno al contexto político e intelectual que había despertado en la Europa del siglo XIX; el fervor por el voluntarismo y la exaltación del individuo, así como el celo ante la intervención de la autoridad política en las relaciones particulares, marcarían las bases ideológicas en la configuración de la primigenia codificación nacional. La protección del contrato y de la voluntad libremente expresada, puede ilustrarse inequívocamente en la nota al artículo 943, donde Vélez señala que *“dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.*

Más no deben realizarse afirmaciones apresuradas y absolutas respecto de la posición del codificador frente a la teoría liberal. Bustamante Alsina ha relativizado la identificación de Vélez Sarsfield con la doctrina que responde exclusivamente a un orden metafísico e individualista; para ello sugiere que *“nada tal vez en el Código sea más significativo para valorar el pensamiento de Vélez Sarsfield en esta materia que las palabras con que explica su concepto sobre el carácter exclusivo del dominio en la nota al art. 2508”*. La citada norma dice: *“Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter si no en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual (p.92).”* En consecuencia, Bustamante Alsina resalta la labor ecléctica de Vélez Sarsfield, tanto como *“el equilibrio y la ponderación con que ha proyectado la legislación (...) proponiendo un Código que en manos*

de una magistratura inteligente y evolucionada ha permitido adaptar las teorías jurídicas de cien años atrás a las modernas exigencias de una sociedad en desarrollo y a los principios de una moral fundamentalmente humana”(p.93).

Ahora bien, en sentido análogo, el orden público fue introducido al Código a los fines de menguar los efectos nocivos que pudiesen emanar de los acuerdos privados hacia al resto de la sociedad. El manifiesto incentivo y protección del codificador a la reglamentación privada de los acuerdos, encuentra en el orden público una barrera que no puede trascender. Como se evocara oportunamente, esta figura fue adoptada en el artículo 21 en estos términos: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”*. La nota de Vélez a la norma identifica las fuentes: *“Artículo 21. L. 28, tít. 11, Part. 5ª, Cód. francés, art. 6º; de Nápoles, art. 7º; sardo, art. 3º. LL. 27 y 38, tít. 14, L. 2. Dig. y L. 5, tít. 14, lib. 1, Cód. romano”*. No debe dejarse de señalar entre las fuentes, la presencia del artículo sexto del Código Civil francés, cuyo contenido fuera desarrollado ut supra. Los fundamentos al Anteproyecto de Código Civil y Comercial hacen expresa mención de esta influencia:

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 (p.4)

Resulta interesante complementar esta idea con la siguiente reflexión de Robert S. Barker (1988):

La más grande contribución europea al Derecho Latinoamericano, es, sin lugar a dudas, el Derecho Civil. Así como la experiencia histórica y la inclinación filosófica tornaban atractiva a los latinoamericanos la Constitución de los Estados Unidos, esas mismas fuerzas volvieron irresistibles la tradición de Derecho Civil. Durante tres siglos, las colonias Americanas de España y Portugal habían vivido bajo sistemas de Derecho Civil. En el mismo momento que esas colonias estaban luchando para ganar su independencia, el Derecho Civil estaba recibiendo nueva vitalidad en Europa.

Los Cinco Códigos Napoleónicos promulgados entre 1804 y 1811 fueron aclamados por su modernidad, racionalidad y progreso. De esta manera, el Derecho Civil del continente europeo, romano en sus orígenes y francés en su manifestación contemporánea, se transformó en la base de la mayor parte del Derecho

Latinoamericano y sus instituciones jurídicas. Al lograr la independencia, las repúblicas latinoamericanas promulgaron códigos civiles, penales, comerciales y de procedimientos que diferían muy poco de sus contrapartes francesas. A medida que el tiempo transcurrió, las naciones latinoamericanas revisaron estos códigos o adoptaron otros nuevos para reflejar las distintas necesidades y políticas de cada país; sin embargo, estos nuevos códigos continuaron siendo, en estilo y contenido, códigos de derecho civil dentro de la tradición continental (p 13 y 14).

Finalmente debe advertirse que un sentido análogo del orden y las buenas costumbres había sido ya receptado en el artículo 19 del texto constitucional: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. En primer lugar la norma establece el principio de reserva. Habermas recuerda que *“en las primeras constituciones modernas, los apartados del catalogo de derechos fundamentales son un arquetipo del modelo liberal en la esfera de lo público: ellos garantizan la sociedad como esfera de autonomía privada; la plantean como un espacio frente al poder público limitado a funciones mínimas”* (Habermas, p.127). La última parte del texto constitucional provee los rasgos característicos de un sistema que identifica en la ley la principal fuente que delinea los espacios de libertad y restricción de las actividades particulares. Mas si hasta aquí el movimiento puede parecer causal y forzado, paradójicamente, esta disposición ha sido alegada -en reiteradas ocasiones- para oponerse a un criterio amplio en la configuración del orden público en el derecho privado.

2. Recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación: Artículo 12.

El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el orden público en un sentido idéntico al que ha sido desarrollado. El artículo 12 dispone: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”*.

Como se ha hecho notar oportunamente, se ha suprimido del contenido de la norma la remisión a las buenas costumbres. Mas lo verdaderamente novedoso no está en el texto sino en el contexto hermenéutico que brinda el nuevo código para tratar esta figura; la apertura del legislador a la interacción de las fuentes, el acercamiento a una concepción integral y dinámica del derecho, despeja buena parte de las inquietudes respecto de la tarea de

interpretación y adecuación del orden público al caso particular. Una aproximación simplemente semántica permanecerá siempre en el aire mientras no se muestre que la elucidación de expresiones multívocas es sólo un momento de la comprensión y carece de significado en tanto no se complemente con una situación fáctica que requiera ser dilucidada, en este sentido, el orden público no es separable o distinguible del caso.

Ahora bien, debe dejarse en claro el carácter subsidiario de esta figura. Como se ha observado anteriormente, las detalladas regulaciones legales y la multiplicación de subsistemas de normas que atienden la generalidad de las manifestaciones y vínculos privados, relegan la figura del orden público a casos excepcionales en que el silencio de la ley, su vaguedad o la complejidad de la relación objeto de interpretación, impidan al juzgador deducir una correspondencia del caso con una fuente normativa específica. Sólo en este sentido y en el contexto del ordenamiento jurídico contemporáneo, el orden público se manifiesta como principio, en tanto recurso que sólo puede tener lugar con posterioridad a la utilización de otros instrumentos específicamente delineados para contener los límites de las relaciones privadas. En este sentido, los fundamentos del Anteproyecto (2012), hacen una mención específica:

También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico. (p.13)

3. Efectos prácticos del instituto

Al abordar los efectos de una ley de orden público carece de sentido actualizar las teorías que se han avocado a interpretarlo. En este ámbito las disidencias decrecen notablemente y, por lo tanto, es posible identificar -con alguna precisión- las consecuencias que se derivan de la utilización de esta figura en el sistema normativo.

El efecto más trascendente que distingue y califica al orden público es el de actuar como límite a la autonomía de la voluntad individual estableciendo la nulidad de los actos que

contravengan sus mandatos y la actuación judicial de oficio para proveer a su resguardo. En consecuencia, las normas de orden público no pueden ser renunciadas ni derogadas por acuerdos entre partes, erigiéndose esta figura como una barrera –aunque difusa– frente a la libertad regulatoria de las voluntades individuales.

El orden público actúa como valla de contención a los designios privados de autorregulación y representa el reverso del principio que garantiza e incentiva la creatividad intersubjetiva. El artículo 1197 del Código Civil establecía que: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*. En contraste a este amplio espacio acordado al libre arbitrio de la voluntad privada y dotado, además, de eficacia normativa, el orden público insufla un oscuro espectro de prohibición que –como se ha visto– resulta difícil de identificar. El artículo 959 del Código Civil y Comercial, en el mismo sentido, estimula el enlace de voluntades así como los vínculos civiles y comerciales entre particulares, asegurando la eficacia de los compromisos en los siguientes términos: *“Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*.

En segundo lugar, y en estrecha vinculación con el efecto anterior, debe mencionarse la posibilidad de renunciar a ciertos derechos conferidos por la ley. El artículo 19 del derogado Código Civil dispuso: *“La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”*. En consecuencia, los derechos susceptibles de ser renunciados serían los disponibles por las partes –dispositivos– dejando vedado al arbitrio individual hacer lo propio con las normas en las que subyace un interés general. Llambías (1997) ha notado al respecto que *“tal renuncia queda autorizada cuando las ventajas que proporciona sólo miran al interés individual del titular. Implícitamente el precepto prohíbe la renuncia de derechos que han sido conferidos no para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que éste debe cumplir”* (p.165). El artículo 13 del Código Civil y Comercial, por su parte, dispone: *“Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”*. Como se ha visto, cuando una ley es calificada como de orden público el efecto inmediato que resulta de ello es la indisponibilidad e irrenunciabilidad de sus efectos: *“Lo prohibido es la renuncia general a las*

leyes, no a sus efectos en un caso particular. Ello, siempre que el ordenamiento jurídico no lo prohíba por vía de una norma imperativa, indisponible para las partes; o que prive de efectos a la estipulación, como expresamente prevé en el art. 988, inc. b), con relación a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas". (Caramelo, Herrera, Picasso, 2015, p.43)

Otro efecto atribuido al orden público fue el de operar retroactivamente, extendiendo su eficacia incluso sobre derechos adquiridos. El artículo 5 del Código de Vélez Sarsfield estableció, sin lugar a matices ni mayores dudas que *"ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público"*. Llambías (1997) señaló oportunamente que esta excepción al principio de irretroactividad de la ley significaba que *"cuando se trata de una ley de esta índole el juez debe dejar de lado, ante el silencio del legislador, la directiva de hermenéutica según la cual debe abstenerse de aplicar las leyes retroactivamente, y proceder a aplicarlas de esa manera, o sea también respecto de los hechos ya cumplidos"* (p 150). La ley 17.711 suprimió este efecto especificando en el artículo 3 del Código Civil que *"a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales"*. El artículo 7 del Código Civil y Comercial trata el asunto en idéntico sentido; de esta manera se aniquila el efecto retroactivo que se le otorgó al orden público en la codificación decimonónica, en vista a garantizar la plena vigencia de los derechos adquiridos, frente a las fluctuaciones e indefinidas movilidades históricas que forman la materia propia de la tarea legislativa y jurisprudencial.

Por último, debe hacerse mención a una materia propia del derecho internacional privado: la aplicabilidad de la ley extranjera. El artículo 14 del Código civil establecía que *"las leyes extranjeras no serán aplicables: 1) cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la república, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres..."*. El actual Código Civil y Comercial en el artículo 2600 establece que: *"las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino"*. La disposición no deja lugar a dudas sobre la vigencia del concepto de orden público como límite a la aplicabilidad de la ley extranjera. La riqueza

semántica de esta figura permite desplegar sus efectos en contextos sociales variables y resguardar –de modo flexible- la influencia extranjera sobre un material heteróclito de principios y reglas que se consideran indispensables para la conservación de las bases que insuflan el sistema jurídico nacional.

CONCLUSIONES FINALES

El análisis de los complejos y huidizos modos de concebir al orden público, ha sido deliberadamente encausado en el recorrido de una serie discontinua y extrínseca de explicaciones y argumentos. El tejido de relaciones que absorbe esta figura no ofrece un encadenamiento uniforme, esto es, una regularidad: todo hecho aislado no es más que un caso del fenómeno general. Hoy, mejor que de un Orden, puede hablarse de órdenes donde se hallan formas contradictorias y disímiles. Esta diferencia gramatical, el hecho de pluralizar la palabra, invierte la disposición de las ideas con que se ha trabajado tradicionalmente el tema.

El intento de imprimir sentido a esta figura mediante el método deductivo, permite formular grandes concepciones abstractas y, a través de ellas, deducir las consecuencias particulares que esta figura debe regular. El método inductivo parte de los hechos inmediatos. La interpretación relaciona una serie de fenómenos ya investigados, sin presunciones dogmáticas, con la reserva de su contingencia y a la espera de que el devenir la modifique, cercene o amplíe. En la explicación que va de lo grande a lo pequeño, del todo a la parte, la síntesis precede al análisis y como resultado se envuelve la realidad en una red de conceptos que obstruyen la apreciación comprensiva de las cosas. Esta noción tradicional del conocimiento pone todo el peso en las cuestiones de principios y aprecia a las modestas afirmaciones especiales como antesalas del gran pensamiento comprensivo. Más resulta inútil y baladí el anhelo de perseguir –y hallar- algún elemento esencial que dé al concepto un apoyo seguro y un descanso en sí mismo.

El orden público debe ser concebido como el juicio mismo sobre cada una de sus manifestaciones; si con ello se pierde un concepto esencial, lo que se gana es un significado que se desenvuelve únicamente en el trabajo mismo de hacerse. La interrelación entre el caso concreto y la tarea hermenéutica es la materia que alimenta una noción que se encuentra siempre en proceso de elaboración y nunca es evocable y comprensible en su todo. Pero aquí, en suma, las dos diversos métodos corren paralelos aún en sus entrelazamientos; en esta interacción, debe enfatizarse en los atributos dinámicos e instrumentales del orden público, claudicando a la pretensión de una idea fundamental forjada artificialmente.

Para admitir el método deductivo, debe poder separarse con precisión lo que pertenece a las particularidades de un tiempo y lugar determinado y lo que es capaz de comprender todos los tiempos; es decir elementos que puedan ser perpetuamente atribuibles al concepto. Dada esta imposibilidad, se ha optado por tomar distancia respecto del análisis de institutos o normas calificadas con el atributo orden público, ya que esta circunstancia es susceptible de mutaciones que atentan a considerar este instrumento en su faz general, constante y ajena a sujeciones históricas. La tentación de enumerar algunos principios e institutos de orden público corre el riesgo de afirmarse en lo esporádico, en lo efímero. Considérense la velocidad del movimiento histórico, los vaivenes de las relaciones comerciales, el paso de la libre actuación de intereses particulares a una economía dirigida y el retorno, a finales del siglo XX a una tendencia de reprivatización liberal, las innovaciones informáticas, la influencia de los avances de la física y la genética en el replanteamiento de principios morales, éticos y religiosos. La petrificación dogmática no aporta más que esquemas abstractos de historias concretas y de esta manera las prácticas y pensamientos se consolidan en reglas y prescripciones fijas.

No puede haber un orden allí donde no hay diversidades; la necesidad de dar unidad a todo el complejo (de ahí que el concepto deba elevarse por encima de la actualidad sensible) propicia una concepción libre y abierta para aceptar un conglomerado de elementos que provienen de todas partes. El interior antinómico del orden público también dificulta -o más bien desplaza- el problema hacia otra dimensión conceptual. Se aplica a pensar clases cada vez más próximas aunque separadas con un intervalo que no se puede salvar de otro modo que con un salto. Al señalar abstractas semejanzas y relaciones entre los términos opuestos, se

corre el riesgo de disponerlos de tal forma que faciliten la imaginación de que, mediante ellos, se ha insuflado una *vis generativa* que provea las respuestas al problema.

Como se ha visto, el encadenamiento del orden público con su objeto se encausa cada vez más decididamente desde fuera hacia adentro. El impulso de constantes cambios -exógenos al derecho- repercute en numerosas figuras jurídicas que deben ser moldeadas para adecuarse a ellos, en este sentido, el derecho provee una respuesta endógena. El orden público, como instrumento regulador del espacio de la autonomía individual no está sujeto a cambios dentro del esquema normativo. Permanece hace más de dos siglos en gran parte de los códigos civiles en los mismos términos, difundiendo una claridad difícil de determinar, pues no viene de ninguna parte, sino de un espacio que le es externo.

El orden público representa el estado contingente de la instrumentalidad en un momento dado, cuyo repertorio está hecho de residuos de construcciones y destrucciones anteriores que coaccionan de antemano las nuevas interpretaciones. En este sentido puede afirmarse que el orden público se da conjuntamente con la historia, o más exactamente, que la historia del orden público deviene en criterio judicial. Así, lo vemos recorrer una serie ascendente y adquirir un contenido cada vez más rico, compuesto de flujos y reflujos del acontecer social. En consecuencia el juicio de valor es el juicio mismo que especifica al orden público en el proceso de hacerse y por esto, como historia, es juicio histórico. De esta manera se hace más transparente el todo y sustituye la rígida valoración absoluta por otra valoración más relativa. Lo que estaba sentado desde el principio, y que, sin embargo, hasta entonces estaba en la penumbra, ha alcanzado ahora mayor claridad y penetrabilidad.

Finalmente debe considerarse la importancia de una práctica hermenéutica sujeta a las fuentes que configuran el sistema privado, adecuadas con claridad y circunspección en el empleo de los medios disponibles. Dado el amplio espectro de alternativas de adecuación de esta figura, se halla vigente en cada momento la distinción entre la materia propia de la ciencia jurídica y la argumentación judicial frente a los peligros de una reacción subjetiva y personal. Según la posición, o el punto de vista, todo puede verse hacia un lado u otro, juzgarse de uno u otro modo y entonces lo que aparece como derecho puede presentarse como injusticia. Llevada a sus últimas consecuencias, se renuncia a una valoración sujeta a la normatividad y con ello el orden público se convierte en un intolerable relativismo. La interpretación debe asirse a las normas que integralmente componen el sistema jurídico y que

circunscriben el alcance de las posibilidades hermenéuticas; éstas no pueden estar referidas a otras circunstancias, de lo contrario no sería ya el orden público sino la voluntad del interprete quien establezca los límites de la autonomía de la voluntad.

BIBLIOGRAFIA:

- ACEDO PENCO D.A. (1996) *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 0213-988X, N° 14-15, 1996-1997, págs. 323-392. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>
- AGUILAR, E. (1992) *Ortega y la tradición liberal* Revista Libertas. Recuperado de <http://institutoamagi.org/download/Aguilar-Enrique-Ortega-y-la-tradici%C3%B3n-liberal.pdf>
- AGUILO REGLA, Josep. (2000) *Fuentes del derecho y normas de origen judicial*. Barcelona. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/viewFile/22146/19740>
- AGUILO REGLA, Josep. (2005) *Fuentes del derecho* Capitulo 27 Barcelona. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>
- ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E. (1983) *El lenguaje en el derecho. Homenaje a Genero R. Carrió*, Buenos Aires. Argentina: Abeledo-Perrot (Eds.)
- ALEGRE, M. (2005) *A propósito de la reforma al Código Civil*. Facultad de Derecho UBA. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>

• ALTERINI, A. A. (1998) *Contratos civiles, comerciales, de consumo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. (Eds.)

• APARICIO C. (1999) *Fuentes del Derecho*. Versión Digital. Recuperado de: http://aparicio.edu.uy/libros/1999_fuentes_del_derecho/fuentes_del_derecho.pdf

• ATIENZA, R.M (2007) *Constitución y Argumentación*. Alicante, Madrid. Agencia Estatal Boletín Bficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id =ANU-F-2007-10019700228_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_Constituci%F3n_y_argumentaci%F3n

• ARGÜELLO, L. R. (1998). *Manual de Derecho Romano Historia e Instituciones*, Buenos Aires: Ed. Astrea

• BARKER R.S. (1988) *Constitucionalismo en las Américas: Una perspectiva Bicentenario*. Reproducción autorizada por la University of Pittsburgh Law Review, Vol.49, N° 3 Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084802.pdf>

• BARROS, B. E. (2001) *Lo público y lo privado en el derecho*. Revista Estudios Públicos N° 81 (p.17). Chile. Recuperado de: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183623/rev81_barros.pdf

• ASEFF L.M. (2003) *La noción de orden público: entre la tónica jurídica y el análisis crítico del discurso*. XVII Jornadas de filosofía jurídica y social. Córdoba. Recuperado de: <http://reconstruyendoelpensamiento.blogspot.com.ar/2008/05/la-nocin-de-orden-pblico-entre-la-tpica.html>

• BATIZA, R. (1990) *El Derecho romano en el Código Civil francés y en los Códigos Civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928*. UNAM, Mexico (p. 456) Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr23.pdf>

- BETANCOURT, J.C. (2012) *Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*. Revista para Análisis del Derecho. Barcelona. Recuperado de www.indret.com

- BORDA, G. A. (1950) *Concepto de Ley de orden público*, La Ley. T58. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/80422788/BORDA-GUILLERMO-CONCEPTO-DE-LEY-DE-ORDEN-PUBLICO>

- BORDA, G. A (1970) *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

- BOBBIO, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo Económico de Cultura.

- BUSTAMANTE ALSINA J. *El carácter absoluto del dominio. El pensamiento de Vélez Sarsfield y la reforma de 1968*. Lecciones y Ensayos UBA N° 40/41UBA. (pp. 8 -52) Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/40-41/el-caracter-absoluto-del-dominio-el-pensamiento-de-velez-sarsfield-y-la-reforma-de-1968.pdf>

- CAPITANT, Henry (1901.) *Introducción al estudio del derecho civil*. México: Editorial Morelia. El Boletín Judicial (Ed.)

- CABRILLAC, R. (2009). *El derecho civil francés desde el código civil*. Revista de Derecho Vol. XXII – N° 2, (pp. 65-76)

- CAMELO, G. PICASSO, S. y HERRERA, M. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado / - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.*

- CARDENAS SIERRA C.A. (2014). *Autonomía privada y autonomía de la voluntad: elementos para el diálogo entre Tomás de Aquino y Amartya Sen*. Revista Lex humana, Petrópolis, V. 6. doi: http://dx.doi.org/10.14195/2175-0947_6-1_2

- CARRASCO GARCÍA, C. (2004) *El camino hacia una constitución ideal, la "Res publica" romana. Descenvirato y "Res publica" como constitución mixta, Polibio y Cicerón.* Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/453/iescpA040404.pdf>

- CARRIO (1965). *Notas sobre el lenguaje jurídico.* Buenos Aires. Editorial: Abeledo-Perrot

- CONTE-GRAND, J (2009) *La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio* [Versión electrónica], Prudentia Iuris, 66-67. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/mutacion-orden-publico.pdf>

- DEPETRIS C.E. (2015) www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150652

- DEVIS ECHANDIA H. (1946) *Evolución de la noción de orden publico.* Revista de la Universidad Nacional, UAL, Nª 6 (p. 251-262) Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/view/13530>

- DIAZ SIERRA M. (2012) *Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil ¿La caída de la Doxa?* Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Diaz-Sierra-Desde-la-autonomia-de-la-voluntad-a-la-institucionalizacion-de-la-figura-del-sujeto-debil-La-caida-de-la-doxa.pdf>

- DIEZ-PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del derecho civil patrimonial.* Vol. 1. Introducción Teoría del contrato. Madrid. Editorial: Civitas

- DIEZ-PICAZO, L. (1998) *Contrato y libertad contractual.* THEMIS 49, Revista de Derecho. Recuperado de: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Escritorio/8545-33773-1-PB.pdf>

- DIEZ-PICAZO, L. *La Doctrina de las Fuentes del Derecho* Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1984-

40093300952_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_doctrina_de_las_Fuentes_del_Derecho

• DÍEZ DEL CORRAL, L. (1985) *Principios sin dogmatismo en Tocqueville* Conferencia Ciclo: *Formación intelectual y actualidad de Tocqueville*. Recuperado de: <https://www.march.es/conferencias/anteriores/voz.aspx?p1=2330>

• DUGIT, L. (1987) *Colección Juristas Perennes* N° 8. Santiago de Chile: Editorial Edeval.

• ENDICOTT, T (2003) *El Derecho es necesariamente vago*. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. ISSN: 1133-0937. VIII (12) p. 179-189 <http://hdl.handle.net/10016/3717>

• ESPIN CANOVAS D. (1955) *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*. Revista Universidad de Murcia Vol. XIII N° 1. Recuperado de: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiAxJmLsKXWAhUHjJAKHQ1Cp0QFggvMAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.um.es%2Fanalesumderecho%2Farticle%2Fdownload%2F103081%2F98061&usg=AFQjCNEUjN8W_SWwZv95JWjpvFsHRmMQSg

• FERMANDOIS VÖHRINGER, A Y FERMANDOIS, V. A (2005) *Ripert y su influencia en el concepto de orden público económico: auge y caída de una visión dirigista*. Revista Chilena de Derecho Vol. 32, No. 1 (pp. 7-18)

• FIGUEROA, L. M. (2007) *El orden público un concepto complejo*. Revista de investigación en ciencias sociales y humanidades. Cinetol ISSN 1870 -7289 Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Recuperado de: https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/revista/revista_num2_07/mauricio_el_orden_publico.swf

• Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) Recuperado de: www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/.../5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

- GARCIA RUIZ L. (1997) *Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound* Persona y Derecho, 36: 47-94.

- GONZALEZ J. *Métodos modernos de interpretación jurídica*. Universidad de los Andes. Mérida. Recuperado de:
https://introduccionalderechoeidis.files.wordpress.com/2013/06/sesion_49.pdf

- GORDILLO, A. (2002) *Introducción al derecho* (1ª edición digital) Buenos Aires. Recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_vi.pdf

- GUAGLIANONE H. A. (1969) *Napoleón y su Código Civil*. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: www.derecho.uba.ar/.../1ye/.../40.../napoleon-y-su-codigo-civil.pdf

- GUARIGLIA C.E. (2005) *Derecho público y derecho privado ¿dicotomía o falsa antinomia?* Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Guariglia-Derecho-Publico-y-Derecho-privado.-Dicotomia-o-falsa-antinomia.pdf>

- HABERMAS, J. (1973) *La esfera de lo público*. Kultur und kritik. Frankfurt Main: Editorial Suhrkam.

- HALPERÍN J. L. (2008) *Traducción de la obra “Le Code Civil” de Jean Louis Halpérin*, Santiago de Chile. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-munoz_m/pdfAmont/de-munoz_m.pdf

- HART H.L.A. (1965) *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Editorial: Abeledo-Perrot.

- HAYEK, F.A. (1973) *Liberalismo*. Reproducción autorizada Capítulo IX de New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas. Recuperado de www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev42/ar6.pdf

- HELLER, H. (1958): *Teoría del Estado*, México DF. Editorial: Fondo de Cultura Económica

- HERNANDEZ FRANCO J.A. (2014) *El Lenguaje jurídico y sus sentidos lógicos*. México DF. Serie Azul Redacción Judicial. Instituto de la Judicatura Federal. Recuperado de:

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2014/azul/2014-1%20Lenguaje%20jur%20C3%ADdico%20VF.pdf>

- HERRERA CAJAS H. (1977) *Res Privata - Res Pvblica – Imperium*. Valparaíso. Semanas de Estudios Romanos. Instituto de Historia Vice-Rectoría Académica Volumen I. Editorial: Universitarias de Valparaíso.

- LIFANTE VIDAL, Isabel (2007) “*Sobre la distinción entre lo íntimo, lo privado y lo público de Ernesto Garzón Valdés*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 ISSN: 0214-8676 pp. 129-133.

- LLAMBIAS, J. (1997) *Tratado De Derecho Civil Parte General - Tomo I*. Buenos Aires 16ta Editorial: Perrot.

- LLANOS MEDINA A., (1944) *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Santiago de Chile. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/43447/1/131318.pdf>

- LORENZETTI, R. L. (2012) *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de: http://judicialdelnoa.com.ar/doctrina.php?palabra_clave=Aspectos+valorativos+y+principios+preliminares+&autor=&Submit22=Buscar

- LORENZETTI, R. L. (2008) *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de derecho*. 1ra ed. Buenos Aires. Editorial: Rubinzal – Culzoni

- LUHMANN, N. (2003) *El Derecho de la Sociedad* Versión 5.0 Formato electrónico: Recuperado de: http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf

- MARTIN J.C. (2011) *Lecciones de derecho privado romano*. 1a ed. - La Plata: Universidad Nacional de La Plata.

- MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L. (2011) *Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el estado de derecho* Universidad de Valladolid. Revista General de Derecho Administrativo N°26. Recuperado de:
http://www3.uva.es/masterPRLCyMA/descargas/asignaturas/fundamentos/fundamentos-derecho/10_DerechoPublico&Privado_LopezMuniz2012.pdf

- MONTAIGNE M. E. (2011) *Ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada.

- MOSSET ITURRASPE, J. (2008) *El orden público y la tutela del consumidor y usuario*. Revista Latinoamericana de derecho. Año V, N° 9-10, (pp. 223-233)

- □ NOLLA E. (2007) *Teoría y Práctica de la libertad en Tocqueville*. Recuperado de:
http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20130425154810teoria-y-practica-de-la-libertad-en-tocqueville.pdf

- NUÑEZ PACHECO M. (2013) *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería controversias y soluciones*. Serie Magister Vol. 132. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito:Corporación Editora Nacional.

- ORTEGA Y GASSET, J (1996) *La Rebelión de las masas*, Barcelona: Editorial Atalaya.

- OVIEDO ALBAN J. (1999) *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>

- PORTALIS, J. E. M. (2014) *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Traducción de Adela Mora. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/90883/discurso_portalis_hd31_2014.pdf

- QUINTANA ADRIANO, E. A (1992). *Derecho Público y Privado*. México DF. UNAM
Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/26.pdf>

- RABASA E. O. (1951) *Consideraciones de Hans Kelsen sobre Derecho Público y Derecho Privado, en sus obras “Teoría Pura del Derecho” y “Teoría del Derecho y del Estado”* Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25105/22511>

- RETAMOZO M (2006) *Notas en torno a la dicotomía público - privado: una perspectiva política*. Reflexión política. Revista año 8 N° 16. diciembre de 2006, issn 0124-0781 iep - unab (Colombia). Recuperado de:
<http://perio.unlp.edu.ar/sitios/opinionpublica2pd/wp-content/uploads/sites/14/2015/09/P1.3-Retamozo.-P%C3%BAblico-y-privado-1.pdf>

- RICOEUR P. (2015) *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de Hermenéutica* 2da Ed. Buenos Aires:Fondo de Cultura Económica.

- RIVERA J. y CROVI L. (2016) *Derecho civil, Parte General* 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

- RODRÍGUEZ PUERTO M. J. (1958) *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve*, Universidad de Cádiz, Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142404.pdf>

- ROJAS, P. (2000) *La ética del lenguaje: Habermas y Levinas*. Revista de Filosofía, 3.^a época, vol. XIII, N° 23, (pp. 35-60) Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense. Madrid

- RUSSELL, B. (1996) *Ensayos Filosóficos*. Barcelona: Editorial Altaya.

- SALVAT, R. (1958) *Tratado de Derecho Civil Argentino Tomo I*, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

- SUMNER MAINE H. (1893) *El Derecho Antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas, Parte General*, Madrid. Editorial: Escuela tipográfica del hospicio.

- TUZET G. (2014) *Pragmática de lo indeterminado*. Milán. Università Bocconi.
Recuperado de: <http://www.unav.es/gep/Articulos/PragmaticalIndeterminado.pdf>

- VARGAS I.G.E. (2008) *La sociología política de Niklas Luhmann*. Mexico DF Universidad Iberoamericana.

- VELASCO G.R. (1979) *Sobre la División del Derecho en público y privado*. Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Recuperado de:
file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Escritorio/27226-24601-1-PB.pdf

Legislación

- Artículo 19, Constitución de la Nación Argentina, disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

- Artículos 6; 1131; 1133, Cód. Civil de Francia, disponible en
https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

- Artículos 6 y 1255 Cód. Civil español, disponible en:
<http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

- Artículos: 18, 19, 21, 264, 502, 794, 872, 953, 1071, 1197, 1198 Cód. Civil de la República Argentina (derogado), disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

- Artículos: 4, 12, 144, 151, 279, 386, 960, 1004, 1014, 1644, 1649, 2477, 2600, 2612, 2634, 2637, 2651 Cód. Civil y Comercial de la Nación, disponible en :
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Jurisprudencia

- CSJN, “Cacace, Josefa Erminda v. Municipalidad de Buenos Aires s/ accidente / ley 9688”, sentencia del 19 de octubre de 1995, Fallos: 318:1987, disponible en: www.saij.gob.ar
- Incom, Sala D, “Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.”, sentencia del 1 de marzo de 1996,
- CSJ de Santa Fe, “Gaggiomo, Héctor José Pablo v. Provincia de Santa Fe”, fallo del 29 de marzo de 1990, ampliación de fundamentos del Dr. Rodolfo Vigo, disponible en: www.saij.gob.ar
- CNCiv., “Argenfé S.A. c. Pellet Lastra, Hugo A.”, sala K, fallo del 30 de abril de 1990 publicado en JA 1993-III, síntesis. disponible en: www.saij.gob.ar
- CNCiv “Abrecht, Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A.”, citado, sala D, sentencia del 1 de marzo de 1996, disponible en: www.saij.gob.ar
- CSJN, “Martín y Cía. Ltda. c. Erazo”, en *La Ley* tomo 48, pág. 330.
- SCJ de Mendoza, “Consolidar AFJP S.A. c. Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada”, sala 1ª, fallo del 10 de junio de 2003, publicado en JA 2004-III-432. Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, disponible en: www.saij.gob.ar
- Juz. 1a Inst.,Mercedes, 2 de Octubre de 1984, en *El Derecho* del 12 de Noviembre de 1984, Pág. 5, disponible en: www.saij.gob.ar
- CSJN , “K. E. S. c/ B. D. y otro s/ ejecución de alquileres”, sentencia del 06 de Mayo de 2014, en LL, AR/JUR/14383/2014, disponible en: www.saij.gob.ar
- SCBA B 54327, 26/05/99, con voto del Juez Lazzari; ídem B. 53751, 26/10/99, con voto del Juez Laborde; JUBA B 87765; en similar sentido, B 55037, 31/08/99, con voto del Juez

Ghione, JUBA B 87917, disponible en Conte-Grand, J. (2009). La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio [Versión electrónica], *Prudentia Iuris*, 66-67. Recuperado el 1 de Septiembre de 2017, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/mutacion-orden-publico.pdf>

- CApel.CC, de La Matanza, “Retamar, Roberto Cristian Marcelo c/ Aseguradora Federal Argentina s/ Daños y Perjuicios”, sentencia de 27 de Junio de 2013, disponible en: www.saij.gob.ar
- CApel.CC y Minería de San Juan, “N.N. s/ Div. Vincular - presentación conjunta”, Sala 3; 12 de febrero de 2007, disponible en: www.saij.gob.ar
- CNCA y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Sequeira Rubén Delicio y otros c/ gcba s/ amparo”, Sala 02, Interlocutorio de 23 de Mayo de 2006, disponible en: www.saij.gob.ar
- C. Nac. Civ., Sala K “Argenfé S.A. c. Pellet Lastra, Hugo A.”, sentencia del 30 de Abril de 1990, publicado en JA 1993-III, síntesis, disponible en Conte-Grand, J. (2009). La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio [Versión electrónica], *Prudentia Iuris*, 66-67. Recuperado el 1 de Septiembre de 2017, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/mutacion-orden-publico.pdf>
- Juz. 1a Inst. civ. y com. de Mercedes, en *El Derecho* del 12/11/ 84, pág. 5. sentencia 2 de Octubre de 1984, disponible en: www.saij.gob.ar
- CApel.C del Trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Giralda Graciela Isabel y otros c/ Telecom Argentina SA s/ Diferencias de salarios” sentencia del 18 de Septiembre de 2012, disponible en: www.saij.gob.ar

