

La recodificación del Derecho Civil a través del régimen del menor

Por Juan Carlos Frontera*

Recodification in Civil Law throughout the minor legal regime

By Juan Carlos Frontera

*Es Abogado y Profesor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Doctorando en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires) y en Historia (Universidad del Salvador). Secretario del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho (Universidad del Salvador) e investigador adscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente en diversas universidades (UBA, USAL, UAI, UK, y UMSA).

RESUMEN: Un nuevo proceso jurídico que se presenta ante los ojos del *iushistoriador* es la recodificación del Derecho. El siglo XIX presentó al Código como un símbolo ordenador, fundador de los Estados modernos, fijador del Derecho Común y creador de una nueva cultura jurídica. El siglo XX mostró su erosión y descodificación, y los remedios del legalismo frente a su crisis. El operador jurídico a lo largo de este tiempo buscó recuperar el *corpus* para poder resolver los casos de acuerdo a los principios en los cuales fue formado. El proceso de recodificación es muy amplio, es objeto de mi ponencia mostrar una nota de él a través del régimen del menor.

ABSTRACT: The Law recodification is the new process presented to the *iushistorian* eyes. In the 19th Century the Code was the symbol of order, that founded the Modern States, fixed the common Law and created a new juridical culture. However, the 20th Century showed its erosion and decodification and the legal remedies to face its crisis. All along this time, the law operator tried to recover the *corpus* in order to solve the cases according to the Code founding principles. The recodification process is very large but

my goal through this work is to present a note from the minor legal regime point of view.

PALABRAS CLAVES

Codificación – Recodificación – Menores

KEY WORDS

Codification – Recodificación - Minors

I

La segunda mitad del siglo XIX encontró a nuestro país en pleno proceso de formación y consolidación del Estado argentino. Los códigos constitucional, mercantil, civil, penal y de minería, expresaron el país soñado por esas generaciones de hombres.

El Derecho es un instrumento de organización y planificación gubernamental, la cristalización de las normas en *corpus* es la fijación y sistematización del proyecto político, económico, y social del Estado.

Nuestro país a partir de la década de 1850 fue paulatinamente concluyendo sus conflictos internos, consolidando los poderes del Estado, y definiendo su territorio. El proceso fue acompañado con la formación del Derecho Nacional, fundado en el anterior y actualizado con las doctrinas jurídicas más modernas.

Nacieron los códigos como ya describí pero aún no la ciencia jurídica, ella recién verá la luz en la primera década del siglo siguiente especialmente con la generación de juristas de 1910.

El siglo XX significó para los códigos decimonónicos un proceso de erosión, donde perdieron su centralidad a través de leyes extravagantes que se fundaron en necesidades nacionales e internacionales.

La actualización del orden jurídico no se dio siempre a través del remozamiento de los *corpus*, sino a través de leyes especiales que rompieron la *ratio* de los cuerpos legales.

II

El sistema de Códigos, como se dio históricamente en el siglo XIX, representó un ejercicio simplificador del fenómeno jurídico, que renuncia a la idea de complejidad y procura racionalizar la vida social con normas claras, breves y abarcadoras pero cierra la vía a otras formas de creación jurídicas que no emanan de ellos, reduciendo las posibilidades creativas de los operadores jurídicos¹.

En nuestro país desde la década de 1820 se presentaron las ideas codificadoras, las que si bien en el plano constitucional dieron sus primeros frutos, en el Derecho privado tardó hasta la mitad de la centuria decimonónica. La utilización de esta forma de presentar al Derecho influyó en la forma de concebirlo y enseñarlo.

En Latinoamérica el proceso de codificación se desarrolló bajo la guía intelectual francesa y luego bajo la alemana, ejercieron influencia en el método y en la técnica legislativa, fue la fijación del Derecho Común².

Codificar es una operación de ordenamiento simbólico. El hombre ve en el *corpus* normativo el símbolo del orden como una construcción intelectual.

Los cuerpos legales constituyen el principal punto de referencia de la idea de unidad y coherencia del Derecho, regulado por una pluralidad de códigos, en una perspectiva unida a las constituciones y a la cual se adosan las otras

¹ Víctor Tau Anzoátegui, "La "cultura del código". Un debate virtual entre Segovia y Sáez", AAVV, *La codificación raíces y prospectivas*, t. II, Buenos Aires, El Derecho, 2004, p. 205.

² Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. 1, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 192.

fuentes tales como costumbres, jurisprudencia y doctrina. La legislación se presenta como una fuente autosuficiente en la producción del Derecho³.

La “cultura del código” es uno de los rasgos dominantes del Derecho argentino en el siglo XX. Bajo esta denominación, cabe entender la concepción que hizo del código el objeto preferente, cuando no exclusivo, de estudio y que impuso un método de razonar ajustado estrechas pautas.

El régimen del menor ofrece un fenómeno complejo pues es objeto de distintas ramas del Derecho, como la civil, la penal, y la procesal.

Nuestro codificador decimonónico mantuvo en términos generales la regulación castellana – indiana en materia civil. Encontré más de una veintena de leyes modificatorias del *corpus* en materia de minoridad, temas como nombre, adopción, patronato, patria potestad. No son pocas se observa que las modificaciones integrales al código civil son unas 14 en 100 años.

Muestran éstas modificaciones la necesidad de actualizar las normas sobre menores al compás de los cambios sociales. El modelo de familia y la situación de los menores varió a los largo del tiempo, acompañado por los fenómenos inmigratorios, trabajo de la mujer, progreso y exclusión social..

III

La segunda mitad de la centuria pasada fue considerada la época de la descodificación. Después del siglo XIX dominado por el código como ideal del Derecho, el siglo XX se caracterizó por el debilitamiento y la erosión de

³ Sandro Schipani, “Los códigos latinoamericanos de la “transfusión” del Derecho romano y de la independencia hacia los códigos de la “mezcla” y “códigos tipo”, LEVAGGI, (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, UMSA 1992, p. 69.

los *corpus* legales decimonónicos frente a subsistemas jurídicos. Los cuerpos normativos perdieron su centralidad y monopolio⁴.

La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar central producida por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógica propios.

En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasa a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales. Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al Código diferentes materias para regularlas de forma diferente⁵.

No es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto ya que no se lo debe reducir sólo a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de fundamentación formal o material⁶.

El proceso implica la pérdida o erosión de la cultura y la idea de centralidad del Código. Es necesario, para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante.

En ésta materia, la normativa nueva en muchos casos produjo la erosión formal del cuerpo civil, no puedo afirmar la material pues el legislador mantuvo la *ratio* del sistema al priorizar la protección del menor y la garantía del respecto de sus derechos.

Además al análisis debe tenerse en cuenta los tratados internacionales constitucionalizados que ampliaron la normativa en la temática, y al mismo

⁴ Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. 1, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 220.

⁵ Frontera, "Cristalización vs. Dinamismo de los sistemas normativos", *Revista Jurídica "La Ley"*, 5/7/2007, Suplemento USAL, pp. 1-2.

⁶ Frontera, "Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica", Francisco García Bazán, *Temas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Leuka, 2003, pp. 157-167.

tiempo establecieron tribunales supranacionales para la resolución de los conflictos.

No observo, luego de mencionar algunas aristas del problema, una ruptura de la *ratio* ni de la cultura del código civil a través de las normas extravagantes en materia de menores.

Se incorporan al código en materia de filiación 3 modificaciones⁷, en adopción incluida legislativamente en el año 1948⁸ tuvo 4⁹, en patria potestad hubo 3, semejante en materia de tutela y curatela¹⁰.

Existió un autonomía de cuerpo legal en temas compartidos con otras ramas del Derecho como son: violencia y deberes de asistencia familiar. .

IV

Un fenómeno se presentó, junto con la descodificación, la remodificación del Derecho civil.

El jurista y el legislador intentaron en varias oportunidades remozar el cuerpo normativo, mencionó a modo de ejemplo los proyectos de Juan A. Bibiloni (1926), de la Comisión reformadora (1936), de Joaquín Llambías (1954), y de Atilio Alterini (1998).

Concluyo del análisis de la legislación, ya sea por defecto técnico o necesidad de especialización, el legislador expresó distintos criterios a la hora de incorporar o no las reformas legislativas en materia de menores.

No encuentro contradictorio observar ambos procesos, son producto de la tensión del búsqueda de cristalizar al Derecho vivo y su dinamismo.

La codificación tuvo un camino de formación y un sendero de desarrollo, en éste último las fuerzas centrífugas –descodificación- y centrípetas –

⁷ Leyes 2393, 14367, y 23364.

⁸ Ley 13252.

⁹ Leyes 19134, 23264, 23515, y 24779.

¹⁰ Leyes 10903, 14367, y 23264.

recodificación- convergieron, y a través de ellas se plasmaron las instituciones del Derecho civil, a lo que no escapó el régimen del menor.