

LINEAMIENTOS GENERALES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA¹

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI²

Agradezco a la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias sociales el alto honor de haber sido designada académica correspondiente, como así también la organización de este solemne acto, en este inmueble pleno de historia, en el que me he comprometido a disertar sobre los “Lineamientos Generales del nuevo código civil y comercial de la República Argentina”, vigente desde el 1/8/2015.

En estos casi dos años de vigencia, críticas positivas y negativas se han escuchado. Antes de explicar los lineamientos generales, responderé brevemente a algunas críticas generales, porque siempre he creído que del diálogo pueden surgir ideas superadoras.

Quizás, la primera crítica fue metodológica, por ese hábito que tenemos la gente de Derecho a la conservación de nuestras costumbres; se nos acusaba de que este código no contiene notas, como lo hizo Vélez Sarsfield en el siglo XIX. Evidentemente,

¹ Discurso presentado en oportunidad de la incorporación como académica correspondiente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales

² Destacada jurista argentina. Es doctora en Derecho, profesora titular en la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, y profesora contratada en las Universidades de París, Génova y Boloña. Tiene doctorados honoris causa en universidades de Francia, Perú, Colombia, México y Argentina. Fue miembro de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina, desde 1983 hasta el 2010. Nombrada miembro de la Comisión de Notables para la elaboración del nuevo Código Civil de la República Argentina, aprobado en 2014. Tiene publicado 27 libros y lleva pronunciadas más de mil conferencias en distintos países. En junio del 2017 fue designada como "académica correspondiente" de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, en mérito de su profunda formación científica, grandes cualidades humanas y su invaluable aporte en la formación profesional de los hombres de derecho en la Rca. Del Paraguay.



la observación va encadenada a la especial predilección por un método de interpretación de la ley. El CCyC no menciona a la “intención del legislador” (que estaría expresada en esas notas) sino a “las finalidades de la ley” (art. 2). Adhiere, pues, a la interpretación activista, “no originalista”, aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro país, por la Corte de la Nación desde hace muchos años, como mínimo, desde 1958, a partir del caso Kot. La adhesión está plenamente justificada. Como señalaba en Colombia el maestro Valencia Zea al explicar su proyecto de código de derecho privado, “cada generación reclama su propia individualidad, criterios o ideas originales que, en vez de restar seguridad y precisión a las normas, permiten su evolución y progreso”. “El argumento de autoridad, o sentido genuino de la ley, tiene apenas un valor relativo. No podemos aspirar a que nuestra forma de pensar sea la misma de nuestros sucesores, así como tampoco nuestros antepasados pudieron vincularnos con sus maneras de concebir y resolver los problemas jurídicos”³.

Algunos críticos del CCyC calificaron de “alarmante”, especialmente en el derecho de familia, la situación creada por la omisión de un listado sobre cómo aplicar el nuevo código a las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia. El debate en torno a si el legislador, además de una regla general de derecho temporal, debe proporcionar una serie de reglas individuales es interminable. Cada posición presenta argumentos fuertes y débiles. No desconozco que ese listado se hizo en Italia cuando se sancionó el código civil italiano de 1942, incluyendo un apéndice de 256 párrafos, que previeron distintas situaciones que podían producirse en cada uno de sus libros⁴. Sin embargo, la solución no fue satisfactoria. Recuérdese, simplemente, que algunas de esas disposiciones transitorias fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana, una de ellas, por ej., por sentencia del 16/2/1963⁵.

La Comisión redactora del CCyC prefirió seguir la tradición argentina, o sea, omitir ese listado, por las siguientes razones: (a) El art. 7 del CCyC es idéntico (excepto en

³ VALENCIA ZEA, Arturo, *Proyecto de Código de Derecho privado*, Bogotá, 1980, págs. 16 y 15, respectivamente.

⁴ El articulado se encuentra en MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santis Melendo, Bs. As., ed. Ejea, 1954, t. I, págs. 455/480.

⁵ Dato extraído de JEMOLO, Arturo C., *Gli occhiali del giurista. Leggi con effetto retroattivo*, en Riv. di Diritto Civile, anno XXII, 1976, parte seconda, pág. 445.

la frase final) al art. 3 del CC, conforme redacción impuesta por la ley 17711. La falta de bibliografía existente en 1968 ya no es un problema; es aplicable la doctrina y la jurisprudencia anterior gestada entre 1968 y 2015⁶; (b) La experiencia extranjera muestra que esos listados no son una solución definitiva. Se muestran especialmente inútiles frente al fenómeno imparable de la descodificación⁷.

Estos dos años de vigencia del código muestran el acierto de la solución; en general, puede afirmarse que los jueces no han tenido mayores problemas de aplicación de la ley en el tiempo, habiendo uniformado rápidamente criterios en temas como el del divorcio, aplicando el nuevo régimen, que elimina de cuajo el divorcio contencioso, a todos los casos en los que no existía sentencia firme

La crítica relativa a la falta de discusión previa a la sanción del CCyC tampoco es exacta. Durante todo el íter constitutivo, la comunidad jurídica argentina tuvo conocimiento de lo que se estaba proyectando: antes de la entrega del anteproyecto, a través de innumerables conferencias, cursos, jornadas etc. realizados a lo largo y a lo ancho del país, y de la distribución a los integrantes de las diferentes subcomisiones de los textos enviados por sus pares; después de la entrega al Poder Ejecutivo Nacional, por su difusión pública; desde que se envió a la Comisión Bicameral, a través de las audiencias públicas. Fue así como se dedicaron al estudio del articulado números completos de revistas jurídicas de gran difusión, libros y múltiples artículos. En su mayoría, esos aportes eran críticos, pues la intención era, con más o menos enjundia, con mejor o peor buena fe, con mayor o menor carga ideológica, mejorar los textos proyectados⁸.

⁶ Editorial Rubinzal tiene en prensa un libro de mi autoría titulado “*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución*”, en el que analizo el tema con amplitud.

⁷ LIVI, Alessandra, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, en AV, *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, ed. Giuffrè, 2008, t. I, pág. 1380/1381.

⁸ A vía de ejemplo, puede compulsarse Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1 y 2012-2, Bs. As., ed. Rubinzal, 2013; Rev. de Derecho de Daños, 2012-3, Bs. As., ed. Rubinzal, 2012 y 2014-1, 2, y 3, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014; Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, ed. especial, Noviembre 2012; Rev. de Derecho comercial, del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, Octubre de 2012; Cuaderno Jurídico Familia, n° 28, Bs. As., ed. El Derecho, Mayo 2012; RIVERA, Julio C (director) *Comentarios al Proyecto de código civil y comercial de la*



Dicho esto, pasaré a señalar cuáles son, mi opinión, los principales lineamientos que sirven para interpretar el nuevo ordenamiento.

1. Primera clave: el CCyC no elimina el fenómeno de la descodificación, pero da pautas para la interpretación sistemática

La primera clave se vincula al contenido que cabe esperar de un código civil y comercial.

Casi como si fuese una fórmula, tradicionalmente se repite que “la codificación es, por un lado, una obra, en todo o en parte *exhaustiva*, que garantiza una cierta seguridad del orden jurídico, en particular porque confiere a las personas, dentro de un país, una mejor *accesibilidad al derecho*. Por otro lado, desde el punto de vista del legislador, es un acto de autoridad en busca de estabilidad y permanencia”.

Esta formulación debe mirarse con cuidado.

La exhaustividad fue puesta en duda por el propio Portalis en su famoso Discurso Preliminar: “Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás; viven en constante actividad y ese movimiento que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo. Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos al arbitrio de los jueces”⁹.

Además, la “completividad” hoy está contradicha por el indiscutido fenómeno de la descodificación.

Nación, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012; sin contar centenares de artículos aislados publicados por diversos medios; VÍTOLO, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Bs As, ed. Ad-Hoc, 2012; LÓPEZ MESA, Marcelo (director) *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ed. Contexto, 2012; A.V. *Las reformas al derecho comercial en el Proyecto del Código civil y comercial de la Nación*, Bs. As. ed. Legis, 2012.

⁹ PORTALIS, Jean-Etienne Marie, *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, trad. De Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 1978, Valparaíso, ed. Edeval, 1978, pág.36.

Pues bien, el CCyC no borra (ni podría hacerlo) el fenómeno de la descodificación. Por el contrario, como se señala en los fundamentos, se mantienen los estatutos contenidos en las leyes especiales. Por eso, la tarea cumplida podría denominarse de *recodificación*¹⁰.

De cualquier modo, ciertas materias que antes formaban parte de esos estatutos especiales han sido incorporadas al código, algunas en su totalidad, otras parcialmente.

¿Cuáles han sido los criterios para tomar una u otra decisión?

Podrían enumerarse las siguientes pautas generales: (i) la especificidad de determinadas materias (por ej., el código aeronáutico, el de la navegación), (ii) la “movilidad” o “dinámica constante” de ciertas materias (por ej., las vinculadas al desarrollo tecnológico, que necesitan estar contenidas en normas fáciles de modificar), (iii) la proximidad con otras materias incorporadas al código civil; (iv) la asimilación de la materia por el derecho común por la práctica judicial.

A veces, esos criterios implicaron traer al CCyC toda la materia. Así, por ej., como se regulan las asociaciones (arts. 168/192), se incorporó el régimen de las fundaciones (arts. 193/224); la disposiciones sobre comunidades (arts. 1983/2036) atrajeron a la propiedad horizontal (arts. 2037/2069), la prehorizontalidad (arts. 2070/2072) los conjuntos inmobiliarios (incluidos el tiempo compartido y los cementerios privados, arts. 2073/2113) y la superficie (arts.2114/402); se trajo el fideicomiso de la ley 24441 (art. 1666/1670) para regularlo conjuntamente con el derecho real que crea (dominio fiduciario, art. 1964), etc.

Otras veces, se decidió traer sólo el llamado “núcleo duro”, describir el piso mínimo de protección relativo a las materias esenciales, sin perjuicio de la mayor que la ley especial pueda contener.

¹⁰ Para el tema de la recodificación ver RIVERA, Julio C., *La recodificación del derecho privado argentino*, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2 pág. 11; del mismo autor, *Significación del nuevo código civil y comercial*, JA boletín del 22/10/2014, pág. 4, corresponde al tomo 2014-IV; ALEGRIA, Héctor, *El derecho privado hoy y la innovación jurídica*, LL 2013-C-1020.



Así, por ej., convencidos de que un código del siglo XXI no puede silenciar al consumidor, un sujeto de la cotidianidad, se reguló aquello que la doctrina más prestigiosa entiende que integra ese núcleo duro, o sea, las normas que tienen por finalidad (i) mejorar las reglas sobre el consentimiento y (ii) eliminar o disminuir los desequilibrios. Por eso, se incorporaron disposiciones sobre prácticas abusivas (arts. 1096/1099); modalidades especiales de contratación (arts. 1104/1116) y cláusulas abusivas (art. 1117/1122); además, se extendió la protección a otros ámbitos específicos dentro del propio código, como por ej., los contratos bancarios (arts. 1384/1389); el cementerio privado (2111); el tiempo compartido (art. 2100); privilegiando las normas, incluso, en el derecho transitorio, pues es de aplicación inmediata, aun tratándose de normas supletorias (art. 7). Además, se construyó un puente entre el derecho de los consumidores y el del ambiente en el art. 1094 al disponer que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de acceso al consumo *sustentable*.

Con el mismo criterio, porque no se pueden ignorar los títulos valores desmaterializados y existían normas para títulos en particular, pero no una enumeración de principios generales que los comprendan a todos, se construyó una teoría general de los títulos valores (arts. 1815/1881)¹¹.

Cualquiera sea la opción (separar, incluir, total o parcialmente), se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior. O sea, la interpretación se hace *dialógicamente*¹². Ciertamente, el diálogo no siempre es fácil, porque existe un verdadero “desbordamiento” de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación¹³, sobre todo por la entrada en el código civil de materias tales como la bioética y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso, el código proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los arts. 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas); 963 (prelación normativa en

¹¹ ALEGRIA, Héctor, Los títulos valores en el proyecto de código civil y comercial de 2012, en Rev. D. Privado y Comunitario, 2012-3-282.

¹² SOZZO, Gonzalo, Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor. Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable, Rev. D. Privado y Comunitario, 2012-3-150.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, ed. La Ley, 2011.

materia contractual); 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil).

2. Segunda clave: la constitucionalización del derecho privado. Una nueva manera de razonar en los casos que requieren ponderación y no solo subsunción

La adhesión del CCyC a la tendencia denominada “constitucionalización” del derecho privado es manifiesta desde el artículo 1 en adelante. Bien se ha dicho que tal constitucionalización “trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad”¹⁴.

Esta aseveración está implícita en las palabras de Alberdi, en su célebre polémica con Vélez Sarsfield¹⁵: El Código Civil de un país “es la parte de la legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición”.

El CCyC no declama la constitucionalización; la hace efectiva en muchas de sus disposiciones que recogen principios del ordenamiento fundamental del Estado.

Así, por ej.

a) El principio de igualdad real (incorporado expresamente en la reforma constitucional de 1994) aparece en diversas figuras que tienen a la base el reconocimiento de un sujeto considerado vulnerable, tales como: las compensaciones económicas dispuestas para los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y disolución de la

¹⁴ DE DOMINGO, Tomás, El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, año VII, Enero-Dic. 2002, pág. 251. Conf. BILBAO UBILLOS, Juan M., La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid, ed. Centro de estudios políticos, 1997, pág. 273.

¹⁵ Comenzó Alberdi, J.B., *Proyecto de código civil para la República Argentina*, en Obras Selectas, Bs. As., ed. La Facultad, 1920, t. IX, Escritos jurídicos, vol. 2, pág. 173/254. Vélez contestó con *El folleto del Dr. Alberdi*, en El Nacional, Junio 1968, págs. 255/279 y en Juicios críticos sobre el proyecto de código civil, Bs As, ed. imprenta José Tragant, págs. 231/256. Alberdi replicó con *Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de la legislación civil de las repúblicas de Sud América*, Obras Selectas, Bs As, ed. La Facultad, 1920, t. IX, Escritos jurídicos, vol. 2, pág. 280/330.



unión convivencial (arts. 428, 429, 441, 442, 524 y 545); el especial derecho de acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad (art. 706); la regulación de las cláusulas abusivas para los contratos con cláusulas generales predispuestas, sea o no un consumidor (arts. 988 y 999), etc.

b) La protección constitucional de la vivienda (art. 14 bis de la CN) se muestra con claridad en el régimen de afectación de la vivienda (arts. 244/256) que amplía sensiblemente el ámbito de la ley anterior, al amparar a la persona humana, tenga o no familia.

c) La apertura a la autonomía, que es sinónimo de libertad, se abre a todas las personas, modificándose las nociones tradicionales de *menor de edad*, *capacidad*, *incapacidad*, *representación*, por entender que ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño¹⁶ y a la persona con limitaciones causadas por carencias de salud mental¹⁷. De allí la mención de la expresión “edad y grado de madurez suficiente” en numerosas disposiciones que traen al código las nociones básicas contenidas en la Convención internacional de los derechos del niño (Arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707), y la excepcionalidad del régimen de la incapacidad para las personas privadas de salud (art. 32 última parte).

Estos ejemplos muestran que, en muchos casos, la misión de los operadores del derecho, abogados y jueces especialmente, no se limita a subsumir los hechos en las normas; hay que ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores, que pueden entrar en conflicto.

No hay que preocuparse; es lo que ya sucede. Quizás un caso paradigmático en el derecho puramente patrimonial es el enfrentamiento bien marcado en un plenario de la Cámara Nacional de Comercio entre la abstracción cambiaria y el derecho de

¹⁶ FERRANDO, Gilda, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, pág. 59; conf. LISELLA, Gaspare, *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell’incapacità legale*, ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, n° 16 y ss.

¹⁷ Compulsar, entre muchos KRAUT, Alfredo y DIANA, Nicolás, Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el proyecto de código civil y comercial, Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental, en *Rev. de Derecho Privado y comunitario*, 2012-2-141.

acceso a la justicia del consumidor: “La abstracción cambiaría, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma. Los derechos del consumidor son una especie del género derechos humanos o, más particularmente, un *derecho civil constitucionalizado*”¹⁸. Por eso, pesados ambos, el tribunal prioriza el derecho de acceso a la justicia y, consecuentemente, autoriza al juez, aún de oficio, a declarar su incompetencia territorial en una ejecución deducida contra una persona humana, cuyo domicilio es muy distante al del lugar donde una empresa (un banco, una aseguradora, etc.) han interpuesto la demanda.

Simplemente, hay que acordarse de Cicerón: “Cuando reúno los argumentos para una causa, para una defensa, no los cuento, los peso”. La cuestión no es nueva: la balanza es uno de los símbolos más antiguos y constantes de la Justicia. Bien se ha dicho que para algo tan importante como es juzgar, un instrumento que sirve para pesar puede constituirse en símbolo único¹⁹.

El CCyC confía e impone al juez tomar decisiones armonizadas con los principios y reglas constitucionales²⁰ y le exige una depurada teoría de la argumentación (art. 3), “capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida”²¹. La más distinguida doctrina italiana considera que este artículo recoge la mejor tradición romana. En efecto, se afirma que el razonamiento judicial siempre tiene algo de intuición y, consecuentemente de incerteza; por eso, para fijar límites a esa intuición, el art. 3 requiere una una decisión razonablemente fundada, no en su propia moral, sino en los principios y reglas de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos.

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se involucren involucrados derechos de consumidores, 29/6/2011, elDial.com - AA6CB4; ED 244-59; JA 2011-III-285; Doc. Jud. Año XXVIII, n° 1, 4/1/2012 pág. 7, voto del Dr. Heredia.

¹⁹ ROBERT, Christian Nils, *Naissance d'une image: la balance de l'équité*, en *Justice et équité*, Paris, Dalloz, 1998, page 53.

²⁰ IÑIGUEZ, Marcelo D. *Reglas generales de las personas jurídicas y contratos asociativos*, en *Rev. D. Privado y Comunitario*, 2012-3-237.

²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - IJ de la UNAM, Madrid, 2003, pp. 131-132.



3. El valor de los principios y de reglas generales

Dado el método explicado en el párrafo anterior, llama la atención que se haya dicho que el CCyC desvaloriza los principios generales, convirtiéndolos en meros instrumentos de la interpretación, eliminándolos como fuente del derecho.

No es así. Los principios generales operan como vías del propio razonamiento.

A ese efecto, ayudan al operador del derecho numerosos artículos que contienen, en algunos casos, verdaderos principios, y en otros, reglas generales. Aún los críticos del CCyC señalan, entre sus aspectos positivos, haber incorporado partes generales para cada libro, e incluso partes generales en cada instituto o título en “los que se establecen principios generales que sirven *como fuente de derecho* y como instrumento de interpretación de la norma”²².

Así, por ej., el art. 31 establece reglas para la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica (entre otras, la presunción de capacidad general de ejercicio, aunque la persona humana se encuentre internada en un establecimiento asistencial), el art. 706 prevé, entre otros principios generales del proceso de familia, el de la tutela judicial efectiva, etc.

Pero allí no acaba. El título preliminar contiene verdaderos principios generales, como son el abuso del derecho, no sólo a través de la prohibición general (arts. 10 y 11) sino al señalar en el art. 14 que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, principio que evita tener que incorporar al código fórmulas cuyo contenido es excesivamente indeterminado como el de “función social de la propiedad”. Del mismo modo, el art. 240, verdadero estatuto del ambiente, afirma que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

²² MEDINA, Graciela, *El proceso de familia*, en RIVERA, Julio C (director) *Comentarios al Proyecto de código civil y comercial de la Nación*, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012, pág.494.

4. Otro aspecto de la constitucionalización. La eficacia del derecho

La constitucionalización del derecho privado lleva implícita la necesidad de que la norma jurídica se cumpla y, ante el incumplimiento, que funcione eficazmente el sistema de resolución del conflicto. Es que el “proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; más aún, el más alto y más crítico, dado que la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *última playa*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial”²³.

Por eso, este CCyC contiene muchas normas de orden procesal, no sólo tendientes a dar eficacia a la sentencia (por ej., arts. 553 y 557, medidas para asegurar el cumplimiento de prestaciones alimentarias y régimen de comunicación), sino también para introducir figuras que, aunque discutidas por un sector minoritario de la doctrina, están incorporadas a la práctica judicial como instrumentos válidos para el ejercicio del derecho sustancial, como la carga probatoria dinámica, en el ámbito de la responsabilidad civil, con mayores advertencias a los litigantes (art. 1735), y en el derecho de familia, con significativa amplitud (art. 710).

Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el CCyC cree en los jueces que deben aplicarlo, pues como dice Carlos Cossio “Quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”. Ya lo decía Portalis en su recordado Discurso Preliminar: “Nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo... Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida”. “La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al

²³ LUMINOSO, Angelo, *Quale processo per la famiglia. Ricognizione dell'esistente e prospettive di riforma*, en AV, *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1999, pág. 27.



jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación”²⁴.

Pero claro está, esos jueces deben entender que, normalmente, el tiempo es fundamental para el ejercicio de los derechos. Deben recordar el proverbio africano: “Cada mañana una gacela se despierta en África. Sabe que tiene que correr más rápido que el león más veloz si no quiere que la mate. Cada mañana un león se despierta en África. Sabe que tiene que ganar a la gacela más lenta si no quiere morir de hambre. Da igual que seas león o gacela. Cuando salga el sol, más te vale empezar a correr”.

5. La unificación del derecho civil y comercial

La unificación del derecho civil y comercial, al menos en el ámbito de las obligaciones y contratos, ha sido ampliamente reclamada por la doctrina argentina desde hace años, pese a que, todavía, no es la solución mayoritaria en el derecho comparado. Las notas de elevación de la Comisión redactora del proyecto de 1998 argumentó profusamente a favor; por esa razón, los fundamentos que acompañan al CCyC prácticamente no tiene referencias sobre un tema que hoy se estima superado.

No obstante, algunas voces se han levantado en contra de la metodología utilizada; un autor se preguntó: ¿Qué queda del derecho comercial?²⁵. Poco tiempo después, el mismo respondió que, al respetar la descodificación, quedaba prácticamente todo el derecho comercial.

²⁴ PORTALIS, Jean-Etienne Marie, *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, trad. De Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 1978, Valparaíso, ed. Edeval, 1978, pág.35/37.

²⁵ VÍTOLO, Daniel R., El derecho comercial en el proyecto de código civil y comercial de la Nación. ¿Qué queda de él? *Rev. de Derecho privado y comunitario* 2012-3 pág. 167.

En mi opinión, el tema no debe preocupar. El derecho comercial ya no es el estatuto de los comerciantes. Alegría ha escrito célebres páginas que muestran su humanización²⁶ y ha explicado suficientemente el porqué de la unificación²⁷.

La simbiosis no ha sido tan difícil porque, de alguna manera, el CCyC ha causado una especie de “comercialización del derecho civil”. Esa contaminación se verifica, no sólo en la mayoría de los contratos especiales, prefiriendo la solución del derecho comercial cuando habían diferencias entre ambos códigos (por ej., validez de la venta de cosa ajena, art. 1132, presunción de la seña como confirmatoria y no como penitencial) sino en otras cuestiones de alto interés práctico, como son la oponibilidad del boleto de compraventa en la ejecución individual semejante a la solución concursal (arts. 1170 y 1171); la unificación de los privilegios siguiendo de cerca la Ley concursal (arts. 2573 y ss.); la inoponibilidad de la personalidad de todo tipo de personas jurídica en la línea de lo estipulado en la ley de sociedades mercantiles (art. 144 del CCyC), etc.

6. La conservación y la innovación

Todo proceso de recodificación tiene partes de conservación y partes de innovación o mayor ruptura con el pasado.

Este código civil y comercial tiene mucho de conservación, no sólo en el método, sino en el contenido, excepto en el derecho de la persona humana considerada en sí misma y en sus relaciones de familia.

En el método, al igual que el código civil de Vélez Sarsfield, está dividido en un título preliminar y libros. Los libros se dividen en títulos, los títulos en capítulos, los capítulos en secciones.

La diferencia está, por un lado, en que el título preliminar está “enriquecido”. Dividido en cuatro capítulos (Derecho, Ley, Ejercicio de los derechos, y Derechos y bienes) implica el reconocimiento de que la ley no es la única fuente del derecho, y que

²⁶ ALEGRÍA, Héctor, Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, LL 2010-C-821.

²⁷ Ver entre otros trabajos, ALEGRIA, Héctor, *Proyecto de Código civil y comercial, derecho comercial y derecho concursal*, en Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, pág. 29 y ss.



hay un nuevo enfoque esencialmente personalista. En este título preliminar se incorporan principios generales, como el abuso del derecho, la buena fe, la prohibición del fraude a la ley, que se derraman al resto del articulado. Como señala el maestro Diez Picazo, “La inserción de un texto en el título preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El título preliminar del código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio. Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el título preliminar. En cambio, llegar a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición”²⁸.

Por el otro, el CCyC tiene seis libros en lugar de cuatro. Los dos de diferencia están en que se dedica un libro completo al derecho de familia y otro al derecho de las sucesiones. Además, en el sexto, se incorpora un valioso título IV dedicado al Derecho Internacional privado (arts. 2594/2671), que contiene sistematizadas las reglas más adecuadas para la determinación de la ley aplicable y el juez competente para cada problema de conflicto de ley en el espacio.

En lo sustancial, las grandes virtudes del código de Vélez están intactas. El operador reconoce en el art. 1724 la estupenda definición de culpa del art. 512 del CC; en la valoración de la conducta del art. 1725, está contenido el art. 902 del CC y así, tantos otros núcleos fundamentales. Esta conservación no impidió unificar los ámbitos contractual y extracontractual en la responsabilidad civil; el daño, al margen de donde provenga, es el centro de referencia del fenómeno resarcitorio; esta unificación implica terminar con dificultades serias y frecuentes, como ocurre con daños difíciles de ubicar según quién sea el sujeto dañado, el problema de los plazos de prescripción, la extensión de la reparación, etc. Desde España se ha dicho que la solución argentina es valiente y digna de todo elogio pues en Europa, donde constantemente

²⁸ DIEZ PICAZO, Luis, *Prólogo* al libro de WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 10.

se “cacarea” la palabra unificación, no se ha llegado a un sistema unificado sino muy tímidamente²⁹.

La innovación normativa profunda está en el derecho de familia³⁰. El cambio no debe inquietar porque la realidad y la jurisprudencia constante y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, es la aceptación de que hay que empezar a revisar los paradigmas clásicos armados sobre la heterosexualidad y el dualismo hombre/mujer porque, como dice la Corte, “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida” y “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional”; “todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”.

La pérdida de la centralidad del matrimonio tiene por contrapeso el crecimiento del rol que juega la filiación como acto fundante de la familia³¹; la realidad ha erosionado, incluso, las categorías tradicionales del derecho de la filiación, por lo que el CCyC ha debido introducir como nueva categoría la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560/564).

7. Lo que quedó en el camino y lo que se modificó de la traza inicial

Hay que confesar que muchos cambios no fueron ni siquiera propuestos por la Comisión redactora, quizás, por excesiva cautela; por ej., hubiese sido conveniente eliminar la clasificación de las personas jurídicas en públicas y privadas, o autorizar en algunos casos, como en el Brasil, un divorcio ante la autoridad administrativa.

²⁹ YAÑEZ VIVERO, Fátima, El proyecto argentino de código civil y comercial: análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva comparada de un nuevo derecho de daños, en *Rev. Derecho de Daños* 2014-2-179.

³⁰ He explicado estos cambios en el capítulo introductorio de la obra que he codirigido con Marisa Herrera y Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal, 2014, t. I, págs. 9/94.

³¹ STANZIONE, Maria Gabriella, Rapporti di filiazione e terzo genitore: le esperienze francese e italiana, en *Famiglia e Diritto* 2/2012 pág. 201.



Por lo demás, como es bien conocido, en el trayecto desde la entrega del anteproyecto a su sanción, algunas materias quedaron fuera del camino, como la responsabilidad del Estado (regulada finalmente para un ámbito limitado, con dudosa constitucionalidad, por la ley 26944); el derecho al agua potable (contenido, ciertamente, en numerosas declaraciones internacionales y en códigos de agua de algunas provincias); la gestación por sustitución y la reproducción humana *post mortem* (dejando un vacío que está siendo cubierto muy razonablemente por la jurisprudencia); las sanciones pecuniarias disuasivas para ser aplicadas a quienes con grave menoscabo causan daño a bienes colectivos, permaneciendo, entonces, la contradicción que implica permitir esta figura en el derecho del consumo y no en el derecho del ambiente; el deber de cooperación de las autoridades argentinas a favor de las personas residentes en nuestro país que quieren adoptar en el extranjero (último párrafo del art. 2635, supresión que seguramente será ignorada por los buenos jueces argentinos, que seguirán cumpliendo con esa colaboración por aplicación de las reglas generales del derecho internacional privado). No faltaron agregados que desvirtuaron la reforma, como la prohibición general de contratar entre cónyuges casados bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d), influida por una imagen fantasmagórica del fraude, que ahora entrará fácilmente por el régimen de separación.

Aun así, en mi criterio y en el de muchos, el saldo es positivo. Claro está, como dice un proverbio chino, “cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros, otros molinos”. La doctrina, la jurisprudencia y los legisladores sucesivos posteriores a 1871 construyeron maravillosos molinos. Vélez murió el 30 de marzo de 1875, a los setenta y cinco años; tuvo cuatro años de su vida para ver cómo los nuevos vientos por él gestados eran aprovechados para consolidar el curso de la historia. De cualquier modo, su obra lo trascendió y perduró por casi un siglo y medio. El centenar de juristas argentinos que trabajamos en el CCyC tenemos consciencia de que la pretensión debe ser mucho más modesta, y por eso nos hemos conformado con construir un puente entre el derecho que fue y el que indudablemente exigirán las generaciones futuras.

Muchas gracias, nuevamente.



