

Consideraciones en torno al Anteproyecto Código Civil y Comercial

Dr. Claudio Martín Viale / Dr. Alfonso Buteler

I.- Consideraciones en General

A partir de entender al ordenamiento jurídico como una unidad conformada por distintas materias, las que generalmente son agrupadas en las categorías de derecho privado y derecho público para una mejor comprensión de cada una y del conjunto, la presente ponencia exige algunas consideraciones que son de conocimiento general, pero que resulta oportuno traerlas a colación para una mejor comprensión de las sugerencias que se ponen de manifiesto en el presente.

A) Cuestiones terminológicas y conceptuales

El texto del CC continúa con el léxico del Código vigente, el que responde a la terminología de las categorías, conceptos y nociones del siglo XIX, expresión de la realidad social respectiva, con su trasfondo ideológico correspondiente, sin perjuicio de reconocer el peso axiológico y simbólico del bagaje cultural de más de un siglo de puesta en práctica del Código de Vélez, toda reforma debe incorporar las pautas que se han desarrollado en ese tiempo.

1) La preocupación por el Poder Político. Por una parte, el planteo fundamental del Código vigente en la actualidad fue establecer el límite al ejercicio del Poder Político, y tomando en consideración que el ordenamiento jurídico patrio se encontraba en las primeras etapas de elaboración, las referencias o disposiciones de derecho administrativo tienen la intención, no de legislar sobre cuestiones propias de éste, sino la de determinar hasta donde llega el ámbito del derecho común.

La ideología racionalista del iluminismo había impuesto la noción terminante de individuo, de allí que los derechos que le identificaban se los nominó, y es de aceptación en la actualidad todavía, como derechos individuales, entendidos

estos como atributos de libre disposición. El derecho administrativo ha desarrollado suficientemente la categoría de potestades, que siendo también un núcleo de atribuciones jurídicas, no son de libre disposición, sino de cumplimiento obligatorio. Agrupáanse los primeros en el derecho privado y las segundas en el derecho público.

2) La persona. La segunda guerra mundial emerge como un hito que identifica el comienzo de una nueva etapa para el ser humano, a partir del cual éste se ha de identificar en adelante como 'persona', con la carga ideológica que ello implica. En este sentido el artículo 1, inciso 2 del Pacto de S. José de Costa Rica expresa: "para los efectos de esta convención persona es todo ser humano". Por su parte la "Convención Universal de los Derechos del Hombre", al referirse al ser humano utiliza, de manera excluyente, el sustantivo persona.

La utilización de persona para otra entidad que no sea el ser humano no es correcta y genera confusión.

3) Los derechos fundamentales. La trascendencia no es meramente semántica, sino que se trata de una posición antropológica que coloca al ser humano como anterior a todo orden social y jurídico, y a toda organización, incluida la del Estado. La persona es el fundamento de ellos, y por lo tanto sus derechos son fundamentales, por lo que en caso de duda deberá estarse a favor de su vigencia plena, desplazando al poder.

Sin perjuicio que el derecho como parte de la cultura conlleva una axiología y una simbología que no puede dejarse de lado, con relación a la noción del hombre, la cultura ha seguido su camino instalando una nuevo léxico que responde a las nociones consolidadas en la actualidad, y que son en gran parte el resultado del análisis la reflexión sobre los grandes desastres humanitarios ocurridos.

El Poder Político, el ordenamiento social y jurídico que le sustenta, como la organización estatal que le viabiliza, definitivamente son de esencia vicarial, por lo tanto instrumentales a la dignidad de la persona.

4) El Bien Común y el Bien personal. El término bien en la actualidad se relaciona más con la idea de adecuación de algo a su fin, encontrando su significado en la noción de perfección, y no en la idea o noción de objeto o cosa. El término tiene que ver con la búsqueda del destino de cada persona, esto es el bien personal, dentro de la ineludible necesidad de desarrollarlo dentro del grupo, es decir dentro de la Sociedad, siendo la buena vida en sociedad a la que se aspira dentro del cuadro del bien común.

Como toda cuestión léxica no se limita a la semántica, sino que necesariamente se adentra en la semiología, que en ese caso indica que la cuestión principal en el fenómeno jurídico, no es ya el poder sino el hombre como persona, con todo lo que ello significa.

Ese significado es el que recogen léxico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los fallos de distintos tribunales internacionales, y los de la Corte Suprema, no con la intensidad y generalidad que la cuestión amerita.

B) Cuestiones de técnica legislativa

La unidad e integridad del orden jurídico exige que las categorías del derecho público y privado no sean utilizadas indistintamente, como consecuencia de regular el primero al poder como excepción frente a la libertad de la persona, y por lo tanto, en su ámbito, todo está prohibido excepto aquello que expresamente haya sido permitido; y el segundo ha de regular la regla de la libertad frente al poder, esfera en la cual todo está permitido, excepto aquello que está expresamente prohibido.

De esta afirmación se derivan una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta al momento de legislar.

En la medida que el CC es el compendio mayor del derecho común, no debe legislar sobre cuestiones ajenas a la libertad de las personas, ya que una extralimitación trae como consecuencia que, cuando la legislación llega a los confines del poder, se produce un traslado indebido de conceptos, nociones y categorías, que correctas para la noción de libertad no son compatibles con la de poder. De todas maneras, a fin de garantizar la libertad, deben establecerse los límites del ejercicio del poder estatal, siendo en este caso la legislación en el derecho común de buen recibo.

La persona se destaca ónticamente por la libertad, y el Estado por su esencia vicarial, de manera que no puede pensarse a este como titular de derechos, sino solamente de potestades, entendidas como las atribuciones legales para cumplir con el deber que le impone el mandato del pueblo. No tener en cuenta esta distinción lleva a trasladar la noción de libertad al Estado, lo que es inadmisibile. Sobre el particular es útil traer a colación que la amplitud o flexibilidad de decisión en el Estado se denomina "discrecionalidad", que no habilita a cualquier alternativa sino a la más adecuada y proporcionada.

De ello se deduce que las categorías del derecho común sólo pueden ser utilizadas en el ámbito del derecho administrativo, de manera restrictiva y no libremente, como una técnica instrumental, y siempre que se acredite que con ella se logra un mayor y mejor grado de justicia para el caso de que se trata.

II) Consideraciones en particular

A) Derechos y bienes

En el Capítulo 4, artículos 15 y 16 del Proyecto Código, se hace referencia a derechos y bienes.

El título no es preciso al hablar de derechos y bienes, por que induce a una sinonimia que no es correcta jurídicamente, y los términos utilizados no se corresponden con la semiología actual.

Propuesta.

Capitulo 4. Derechos y cosas.

Artículo 15. Titularidad. Las personas y los entes en su caso, son titulares de los derechos sobre los objetos y las cosas que integran su patrimonio conforme con lo que establece este código.

Artículo 16. Objetos y cosas. Los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre objetos susceptibles de valor económico. Los objetos materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano son personalísimos, inalienables y no negociables. Solo pueden ser disponibles por su titular cuando afiancen la dignidad humana.

B) La persona

- **LA PERSONA EXISTE DESDE LA CONCEPCIÓN.**

Todo ser humano merece el reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes y sin distinción de condición alguna (en consonancia con el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). La ciencia demuestra que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, en la que se configura un ser humano nuevo, único e irrepetible. Por la técnica algunos seres humanos son concebidos fuera del seno materno, circunstancia que no marca ninguna diferencia ontológica entre un ser humano concebido. El hecho de que por decisiones de los padres o de los laboratorios, el desarrollo del

embrión en algunos casos se detenga artificialmente, no altera en nada su condición de ser humano.

La tradición jurídica nacional y el contexto constitucional a partir de 1994 obligan al reconocimiento pleno de la dignidad humana y la personalidad jurídica de todo ser humano sin distinción. El Código Civil argentino prescribe que la persona existe "desde la concepción en el seno materno", sentando el principio esencial de que toda vida humana, desde el momento inicial, y sin distinción de cualidades o accidentes (art. 51 CC) es digna del respeto debido a una persona humana. Normas posteriores y de elevada jerarquía, como la ley aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, confirmaron sin duda que la persona es tal desde la concepción, sin distinguir según ella ocurra dentro o fuera del seno materno.

• **LOS PROBLEMAS DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL**

La fecundación artificial requiere de una regulación refinada por las objeciones éticas y jurídicas que merece como consecuencia de ser la persona humana la que se encuentra en juego. Por ello es que, el ser humano concebido de manera extracorpórea, no puede ser sometido a un estatuto diferente, sino que merece el mismo estatuto, asegurando igual dignidad y derechos que cualquier otro.

La libertad de cada uno se funda en la libertad del otro, por lo que el ser de cada uno tiene consistencia en el ser del otro, de manera que solo puede ser padre o madre quien realmente lo es, y no quien quiere serlo para satisfacer un deseo propio.

En ese marco, es particularmente grave la posibilidad de fecundación post mortem -admitida en el Anteproyecto-, que no respeta el derecho de los niños a ser criados por sus padres en la medida de lo posible. A diferencia del caso en que una madre esté encinta y enviude antes de dar a luz, en el que la orfandad surge de un imponderable de la naturaleza, no es aceptable crear

deliberadamente orfandades amparadas por la ley. Como tampoco lo es atribuir la filiación de un niño a dos personas del mismo sexo, privándolo del bien de un padre y una madre.

- **PROTEGER Y DIGNIFICAR A LA MUJER**

La dignidad de las mujeres y de los niños la posibilidad no se compadece con la existencia del alquiler de vientres, denominado eufemísticamente maternidad subrogada o gestación por sustitución.

La regulación de la maternidad subrogada no ha surgido de un reclamo social ni es consistente con las tradiciones jurídicas, principios, valores y costumbres del pueblo argentino, que hasta hoy considera nulo a este tipo de contrato por la inmoralidad de su objeto. El "alquiler de vientres" degrada a la mujer gestante, arriesga crear más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres, y desconoce el profundo vínculo psicológico que se establece entre ella y el niño al que da a luz.

- **LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS.**

Es imprescindible que al prever en ese marco la posibilidad de dar directivas anticipadas respecto de la propia salud, la prohibición de la eutanasia quede suficientemente clara en la ley.

Propuesta.

Propuesta 1: Redactar el art. 19 de tal forma que diga:

"Artículo 19. Comienzo de la existencia. Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción".

Propuesta 2: Modificar el art. 57 el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 57.- **Prácticas prohibidas.** Están prohibidas las prácticas destinadas a eliminar embriones humanos, utilizarlos para fines comerciales o de experimentación y alterar la constitución genética de la descendencia,

excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

Propuesta 3: Incorporar dentro de la Responsabilidad parental (art. 638) a los embriones desde su concepción:

ARTÍCULO 638.- **Responsabilidad parental. Concepto.** La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral desde la concepción y mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Propuesta 4: Modificar el artículo 562, el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. Se prohíbe la maternidad subrogada o gestación por sustitución. El pacto por el cual una mujer se comprometiere a gestar un hijo para entregarlo luego de su nacimiento a uno o dos comitentes, serán nulo de nulidad absoluta y se tendrá por no escrito.

Propuesta 5: Modificar el artículo 563, el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. No se admite la utilización de gametos de una persona fallecida para la concepción de un hijo por técnicas de reproducción humana asistida.

Propuesta 6:

a) Modificar el artículo 558 el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción.

La filiación por adopción plena o por naturaleza, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

b) Eliminar el capítulo 2 del Título V del Libro II titulado "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"

C) Persona Jurídica.

Capítulo 1; Parte General; Sección 1ª.

De la redacción del articulado se desprende que se tiene en cuenta solamente a la "persona jurídica" como único centro de imputación jurídica, cuando la realidad pone de manifiesto que no solo los entes con 'personería jurídica' pueden serlo, sino que las leyes, en distintos casos, determinan que otras entidades sin "personería jurídica" pueden ser titulares de atribuciones y deberes. En este Título, el CC debería limitarse a la regulación de los entes privados, sin adentrarse en el ámbito de los entes públicos, estatales o no estatales, en tanto estos corresponden a la esfera del derecho público, en especial al derecho constitucional, que instituye y constituye las organizaciones políticas, y al derecho administrativo, que dispone sobre las organizaciones de gestión administrativa.

La ciencia del derecho no ha logrado un criterio mayoritario sobre las notas que deben tenerse en consideración para distinguir las entidades públicas y privadas, por lo que cualquier clasificación será inadecuada en el tiempo y proclive a una hermeneusis distorsiva, especialmente cuando los entes públicos son titulares de potestades que se ejercen indebidamente como derechos, produciéndose generalmente una fuga del ordenamiento jurídico.

En el inciso a) se hace un reconocimiento expreso de la calidad de persona pública de la Ciudad de Buenos Aires. La norma es abierta a diferencia de CC vigente, es tanto el proyecto autoriza la existencia de otras personas públicas. Lamentablemente, la norma no distinguió entre personas públicas estatales y no estatales. Entre estas últimas solo menciona a la Iglesia Católica y deja fuera, por ejemplo, a los colegios profesionales y obras sociales; b) Innova al

mencionar a los estados extranjeros como personas públicas. Es relevante la inclusión de otras personas constituidas en el extranjero pues implica el reconocimiento que ciertos organismos internacionales como la OMC o la OMS ejercen función administrativa, admitiendo la existencia de un derecho administrativo global.

Propuesta:

Sustituir el enunciado de "Persona Jurídica" por "Sujeto de derecho", y el de "Personalidad" por "entidad"

Artículo 146. Entidades públicas. Las entidades públicas pueden ser estatales y no estatales. Son entidades públicas estatales aquellas en que el proceso decisorio depende financiera o políticamente del Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Artículo 148: suprimido.

Artículo 149: suprimido.

Sección 3ª. Sustituir "Persona jurídica privada" por "sujeto de derecho privado".

Parágrafo 1º, sustituir personalidad jurídica, por entidad jurídica.

Deberá sustituirse el enunciado "persona jurídica" en todos los casos en que no se trate de un ser humano.

Titulo V. Capítulo 1, Sección 9ª.

Propuesta

Artículo 1763. Responsabilidad de la entidad jurídica. La entidad jurídica responde por los daños que causen quienes dirigen o administran en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

Volver a los artículos 1764, 1765, 1766, originales del proyecto.

D) Participación del Estado en empresas privadas

El tema se halla regulado en el Proyecto de la siguiente manera: ARTÍCULO 149.- Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas

privadas no modifica el carácter de éstas, sin perjuicio de otras especificaciones legalmente establecidas.

Creemos que este artículo es relevante para el abordaje de la temática relativa a las sociedades del Estado y en definitiva, para la cuestión concerniente a la intervención del Estado en la economía. Pues, de seguirse los lineamientos de esa norma habría que concluir que una sociedad en la que el Estado posee el 99% de las acciones es una sociedad privada, lo que constituye un absurdo en tanto es evidente que se trata de fondos públicos y por ende, el derecho administrativo tiene su campo de actuación. Esta es la postura de la Corte Suprema Nacional.

E) Derechos subjetivos, colectivos y difusos (Arts. 14 y ss)

En la versión original del Proyecto se incluyó la siguiente cláusula: **ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.** En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;
- c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

El art. 14 reproduce, básicamente, los términos en que se expresó la CS *in re* "Halabi" y lo manifestado por Lorenzetti en su obra "La justicia colectiva". En nuestra opinión la clasificación es clara desde el punto de vista didáctico pero no desde la práctica ya que hay diversos supuestos tales como los daños patrimoniales derivados de la contaminación o daños al consumidor que no encuadran en las categorías colectivas. A su vez, esa clasificación no sirve para los casos en donde se ventilan cuestiones constitucionales dado que, de lo contrario, trae aparejado una mutación del sistema de control de constitucionalidad.

F) Dominio público y privado (arts. 235 y ss, y 1882 y ss)

La temática se regula en las siguientes disposiciones: ARTÍCULO 235.- **Bienes pertenecientes al dominio público.** Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho marino y su subsuelo;

b) las bahías, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales.

c) los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija la crecida media ordinaria en su estado normal. El lago es el agua, sus playas y su lecho delimitado de la misma manera que los ríos;

d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de ríos, o en los lagos navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

- e) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;
- f) los documentos oficiales del Estado;
- g) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

ARTÍCULO 236.- **Bienes del dominio privado del Estado.** Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

- a) los inmuebles que carecen de dueño;
- b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;
- c) los lagos no navegables que carecen de dueño;
- d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;
- e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

ARTÍCULO 237.- **Determinación y caracteres de las cosas del Estado.**

Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.

La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los DOS (2) artículos precedentes.

Las disposiciones que se refieren al dominio público mantienen el error de distinguir entre bienes de dominio público y privado de Estado ya que en la práctica eso genera muchas confusiones. A lo que se suma la circunstancia de admitir (como lo hace la mayoría de la doctrina) que la afectación de un bien a dominio público se puede hacer incluso mediante hechos lo que hace que

potencialmente todos sean bienes de dominio público y por ende imprescriptibles e inembargables.

Asimismo, la norma trata como si fueran lo mismo a los bienes de dominio público de Estado a los bienes públicos cuando hay marcada diferencia entre ambos. Los primeros pertenecen al Estado en cambio los bienes públicos son de los particulares pero están fuertemente regulados y limitados en su uso y disposición por una decisión estatal (Ley de bosques, Ley de glaciares, etc.)

G) Responsabilidad del Estado (arts. 1763 y ss)

El articulado incluido en la versión originaria del Proyecto anterior sobre esta temática deja en claro que se trata de responsabilidad directa y objetiva manteniendo los lineamientos de la Corte Suprema en la materia.

Se reitera la figura de la falta de servicio –de forma implícita- a los fines de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos en aplicación de la teoría del órgano, sin puntualizar el fundamento de la responsabilidad (factor de atribución)

En lo que hace a la responsabilidad por actividad lícita la reforma recepta la jurisprudencia de la Corte Suprema de “Zona Franca Santa Cruz” (2009) según la cual procede la indemnización del daño emergente y el lucro cesante debidamente acreditado.

Luego, el PEN ha cambiado la regulación estableciendo que la responsabilidad del Estado se juzga por las normas del derecho administrativo que se dicten en el ámbito nacional, provincial o local, lo que termina autorizando a las autoridades locales a dictar la normativa que regule la responsabilidad estatal.

Ello, es incorrecto en tanto la regulación de los principios básicos del derecho de propiedad y la teoría general de las obligaciones le corresponde al Código Civil, tratándose de una materia de fondo que ha sido delegada por las provincias a la Nación.