

**SEÑORES**  
**COMISIÓN BICAMERAL**  
**PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN y UNIFICACIÓN**  
**DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**  
S \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D.

Quien suscribe MARCELO G. ECHENIQUE, en mi carácter de Director del INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS del Colegio de Abogados de Córdoba, me dirijo a Uds. a los fines de sostener un “alegato”, **argumentando favorablemente** respecto a la incidencia que presenta el nuevo "Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" (decr. presidencial 191/2011) en relación a las materias por el abordadas y que regulan “la vida cotidiana” de todos los habitantes de la Nación Argentina.

Es necesario destacar ab initio que el argumento sostenido prácticamente es una transcripción, y el derecho de autor y de cita así me lo obliga, de un documento presentado por el Dr. **Ricardo L. Lorenzetti** el día 23 de abril del corriente, **en el Diario La Ley AÑO LXXVI N° 76**. En virtud de ello, téngase al derecho de autor y cita salvaguardado, con las glosas que a modo personal y fruto de mis interpretaciones, pueda ir incorporando al presente trabajo, que de ese modo solo aspira a ser una nota o comentario al “pie” de un artículo de doctrina judicial.

El núcleo del presente se circunscribe casi estrictamente al **Título Preliminar**, el cual al decir del mismo Lorenzetti, constituye la declaración de principios rectores o líneas directrices que han inspirado a los redactores, teniendo en cuenta una multiplicidad de factores esbozados en el mismo, y que se plasman a través de “reglas interpretativas” que buscan darle una significación general a todo el código.

Esperando estar a la altura de las circunstancias, nuestro objetivo, una vez más, no va más allá de presentar una visión global y de sistema, labor que con creces creemos que ha cumplido la Comisión Redactora.

Córdoba, primavera del 2012

Dr. Marcelo G. Echenique

## I. Introducción

El propósito del presente artículo es presentar algunos aspectos de carácter valorativo generales y la estructura de principios que anima el título preliminar del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión de Reformas creada por el Decreto 191 del 2011, que integraron el Dr. Ricardo Lorenzetti, las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

En cuanto a los valores que guían la estructura del Anteproyecto, y a modo de síntesis, se podría decir que son los siguientes:

### **1. Constitucionalización del derecho privado**

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. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. **Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.**

### **2. Código de la igualdad**

Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El Anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en una serie de normas sobre protección

de los consumidores, que, por primera vez, son incorporadas sistemáticamente en un código, que innova profundamente en la materia.

### **3. Código basado en un paradigma no discriminatorio**

En la tradición histórica el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

### **4. Código de los derechos individuales y colectivos**

En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.

### **5. Un nuevo paradigma en materia de bienes**

La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto.

### **6. Código para una sociedad multicultural**

En materia de familia se han adoptado

decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación *in vitro*; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina.

Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

### **7. Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales**

En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable.

## **II. El valor del Título Preliminar**

### **1. Razones de la existencia de un Título Preliminar**

Una primera cuestión a decidir fue la necesidad de incluir un Título Preliminar en el Código.

Su aceptación se ha basado en una tradición

histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema.

Esta idea ha sido cuestionada en la actualidad, puesto que la descodificación es un fenómeno incontrastable. Desde este punto de vista, algunos códigos, como el brasileño, prescinden de un Título Preliminar.

Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.

En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni con relación a la interpretación de éstas.

La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa.

En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo reglas para la decisión judicial.

De modo que, en este plano, la respuesta es positiva y así lo propone el Anteproyecto. Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos, 312:957).

Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del

sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, el Anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado.

Tradicionalmente, el Título Preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación.

El Código Civil español contiene un Título Preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado.

El Anteproyecto le da una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa, como se explica más adelante.

Finalmente, cabe considerar que los programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que se propone.

Por esta razón, el Anteproyecto contiene un Título Preliminar muy novedoso que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente.

## **2. Objeto de regulación: ley y derecho**

El Código Civil incluyó el Título I denominado “De las leyes”.

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, como, por ejemplo, el italiano; se refiere a las fuentes del Derecho (artículo 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos, a los que luego define en sus efectos y relaciones jerárquicas (artículos 2, 3, 4). El Capítulo 2 (artículo 10) regula la aplicación de la ley (artículo 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (artículo 12).

Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho y otro referido a la ley como fuente

principal.

### **3. El Título Preliminar como núcleo de significaciones**

Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como se explica a continuación:

*El derecho:* se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación

*Las leyes:* se regula la ley como fuente formal principal; obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho.

*El ejercicio de los derechos subjetivos:* se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

*Los derechos y los bienes:* se especifica el campo regulatorio del Código en la materia.

En cuanto a los textos, hemos preferido incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial.

Seguidamente se examinan más detenidamente estas cuestiones

### **4. El Derecho**

El propósito del Capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un Código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como un estándar de control de la decisión judicial.

El Código Civil vigente dispone la obligación de juzgar (artículo 15) y las directivas en caso de insuficiencia de la ley (artículo 16). Los



proyectos de 1987 y de 1993 se limitaron a reformar el artículo 16. El Proyecto de 1998 regula el deber de resolver, y los usos y costumbres (artículos 5 y 6).

El Anteproyecto se basa en las siguientes consideraciones:

*a. Las fuentes*

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 alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83 —La Ley Online—; 292:190; 301:962 —LA LEY, 1998-A, 476—; 324:3345 —DJ, 2001-3-867—, 4404 —La Ley Online—; 325:645 —LA LEY, 2002-D, 788—, entre otros).

Además, el Anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a ella o en ausencia de regulación.

*b. Reglas de interpretación*

A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación.

De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda

haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

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.

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 consideró conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser

tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.

*c. Obligación de decidir razonablemente*

Finalmente, se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil. Se agrega que la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

## **5. La ley**

*a. La obligatoriedad de la ley*

El Título I del Proyecto de 1998 dispone:

“Artículo 1°.- *Extensión*. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Artículo 2°.- *Existencia y vigencia*. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación, o desde el día que ellas determinen”.

No hay objeciones a este texto, excepto en lo referente a la publicación, que debería ser “oficial”, y de allí que es adoptado por el Anteproyecto.

*b. Modo de contar los intervalos del derecho*

El Título IV del Proyecto de 1998 contiene las siguientes normas: “Artículo 9°.- *Día*. Día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche.

Artículo 10°.- *Plazo de días*. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Artículo 11.- *Plazo de meses o años*. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último del mes. Artículo 12.- *Plazo de horas*. En los plazos fijados en horas, a contar desde una determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la

siguiente. Artículo 13.- *Vencimiento del plazo.*

Los plazos vencen a la hora veinticuatro (24) del día del vencimiento respectivo. Si el vencimiento se produce en un día inhábil, se entiende prorrogado al día hábil siguiente. Si se trata de un acto que no puede cumplirse hasta la hora veinticuatro (24) por encontrarse cerradas las respectivas oficinas judiciales o administrativas, se considera prorrogado hasta las dos (2) primeras horas hábiles siguientes.

Artículo 14. – *“Cómputo.* El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.

En los fundamentos se afirma: “En cuanto al modo de contar los intervalos de tiempo se mantienen las soluciones vigentes con una expresión más precisa; y se incorpora una regla que alude al plazo de gracia, institución típica del derecho procesal que se pretende trasvasar al derecho de fondo; de modo que cualquier acto que deba cumplirse hasta las veinticuatro horas de cierto día y no puede ello hacerse por encontrarse cerradas las oficinas judiciales o administrativas, se considera prorrogado hasta las dos primeras horas hábiles siguientes”.

En general, este Título no ha merecido críticas, excepto en la cuestión referida al plazo de gracia que, como el propio proyecto lo dice, es una cuestión procesal. Teniendo en cuenta que, además de no ser derecho de fondo, este aspecto puede variar según las provincias y los temas regulatorios, la Comisión no lo incorpora, dejando que cada ordenamiento procesal se ocupe de resolverlo, como sucede actualmente, excepto lo dispuesto en materia de prescripción, en tanto, en ese ámbito, resulta necesario dar una solución armónica en todo el territorio nacional.

#### *c. Derecho transitorio*

El Título II del Proyecto de 1998 regulaba el derecho transitorio de la siguiente manera: “Artículo 4°.- *Temporalidad.* A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican 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 puede

afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Se ha conservado esta regla, pero se aclara que las leyes se aplican a las consecuencias y no a las relaciones, de acuerdo con lo que sostiene la doctrina mayoritaria.

Por otra parte, se introduce una ligera variante con relación a la regulación actual del artículo 3° del Código Civil con relación a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que al contrato de consumo en curso de ejecución le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor.

*d. Invocabilidad del error de derecho*

El Código Civil dispone (artículo 20) que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

El Proyecto de 1998 establece “Artículo 7°.- Vigencia de la ley. Ignorancia o error de derecho.

Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previos, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado”.

Esta disposición, examinada juntamente con el artículo 2º del Proyecto, puede dar lugar a confusiones. De acuerdo con ello, las leyes vinculan desde su entrada en vigencia, y no requieren la publicación en el boletín oficial. Un importante sector de la doctrina ha criticado esta redacción, porque puede hacer confundir las leyes no publicadas con las leyes secretas y por eso corresponde salvar la omisión.

Por esta razón el Anteproyecto mantiene el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida.

Resta considerar la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, a los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión consideró que una regla general de este tipo en el Título Preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación con serio deterioro del presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables.

## **6. Ejercicio de los derechos**

*a. Su regulación como principios generales*  
Los dos primeros Títulos “El derecho” y “La ley” contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El Título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos.

Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente.

Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron

adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se proyecta su inclusión en el Título Preliminar.

De esta manera, se suministran pautas generales para el ejercicio de los derechos, fundamentales para orientar en todo el Código.

En este punto, el Anteproyecto difiere del Proyecto de 1998. En este último, se introduce en el Título Preliminar una norma referida al fraude a la ley, independizándolo del fraude a los acreedores y elevándolo al rango de una categoría general. La disposición proyectada establecía: “Artículo 8°.- *Fraude a la ley*. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Luego, en el Título IX se incluían los arts. 395, 396, 397 y 398 en los que se trata la buena fe, el abuso del derecho, la posición dominante y las sanciones conminatorias.

Como se dijo, el Anteproyecto regula principios generales en el Título Preliminar, que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contracontratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tiene sobre las leyes especiales.

#### *b. Buena fe*

La “buena fe” como una cláusula general fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711 y sus resultados han sido satisfactorios y ampliamente elogiados por la doctrina. En el ámbito de las reformas, el Proyecto de 1998 propone: “*Buena fe*. Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado” (artículo 395). La norma hace referencia al acto jurídico, si bien está inserta en el Título “Del ejercicio de los derechos”. Metodológicamente parecería que su ubicación es impropia, pues así redactada debería

ir en el Título de los actos jurídicos y no del ejercicio de los derechos. Además, tratándose de una cláusula general que abarca el ejercicio de cualquier derecho o situación jurídica, sea ella derivada o no de un acto jurídico, parece más apropiado otorgarle un enunciado normativo más amplio, comprensivo de cualquier ejercicio de un derecho.

De conformidad con lo señalado, se propone que la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos.

En el Anteproyecto, al ser un principio general, se incluye tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe “creencia” (subjetiva), que incluye la apariencia y, por lo tanto, se prescinde de aquella expresión.

#### *c. Abuso del derecho*

El abuso del derecho fue introducido en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711, y ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina. El Proyecto de 1998 recibe la mayoría de estas observaciones mediante la siguiente propuesta: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El Anteproyecto sigue, en lo sustancial, los referidos precedentes. Las cláusulas generales, por su propia morfología, se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial. Esta circunstancia aconseja conservar la redacción de las mismas, en tanto y en cuanto no existan motivos justificados como para alterar su formulación.

Las modificaciones propuestas son las siguientes:

- *Definición como principio general*: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar; esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones



en cada caso en particular.

- *Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado*: el abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal:
  - *Las "situaciones jurídicas abusivas"*: en este supuesto, el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.
  - *El abuso de posición dominante en el mercado*: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto, que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, razón por la cual se lo menciona en texto separado.
  - *Fines del ordenamiento*: se evita la referencia a los fines "pretéritos" con la expresión que se "tuvo en mira al reconocer (el derecho)", pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido "histórico".

En su reemplazo, se emplea la noción de "fines del ordenamiento" que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo. Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar.

*Abuso de posición dominante en el mercado*

El Proyecto de 1998 incluye dentro del Capítulo referido al ejercicio de los derechos la siguiente propuesta: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en las leyes especiales"

El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que *se trata de la posición en el mercado*. El fundamento de este

agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, es importante resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva. Esta norma ha sido ubicada en el Capítulo referido a los bienes a fin de facilitar su comprensión, porque es novedosa en el sistema argentino. Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos.

#### *Orden público y fraude a la ley*

Se establece una regla general sobre el orden público idéntica a la que contiene el Código Civil vigente en el artículo 21.

Seguidamente se regula el fraude a la ley imperativa en los términos que había previsto el Proyecto de 1998.

#### *Renuncia general de las leyes*

La prohibición a la renuncia general es plenamente justificable, porque de lo contrario se afectaría la obligatoriedad de la ley. Es admisible la renuncia a los efectos, pero, en cuanto a los límites, se utiliza una expresión más amplia, comprensiva de todo el sistema.

## **7. Derechos y bienes**

### *a. El problema legal*

El Código Civil ha regulado, dentro de los derechos reales (Libro Tercero), al patrimonio como un atributo de la persona (nota al artículo 2322 del Código Civil), siguiendo una extensa y consolidada tradición histórica. La regla se basa en una relación directa entre el sujeto individual y los bienes, así como una vinculación relevante entre estos últimos y su valor económico, mientras que, excepcionalmente, se da un lugar a los bienes del dominio público. Este esquema es insuficiente para solucionar conflictos actuales, que tienen lugar en la jurisprudencia.

La concepción patrimonialista ha ido cambiando; y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado.

Es necesario proveer principios con relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, exclusivamente, en materia de derechos reales. Por eso, se introduce un Capítulo del Título Preliminar que, con pocos textos, permite disponer de unas guías generales que luego se desarrollarán en artículos particulares, leyes especiales y jurisprudencia.

Dada la magnitud del cambio que se propone, es necesario ampliar algo más estos fundamentos.

#### *b. Método*

El método seguido por el Código Civil y por el Proyecto de 1998 es un elemento fundamental para desentrañar la arquitectura del sistema.

El Código Civil regula este tema en el Libro Tercero, con un Título I (artículos 2311 y ss.) que alude a las cosas consideradas en sí mismas, desarrolla la noción de bienes, cosas, muebles, inmuebles, fungibles, consumibles, divisibles, principales, accesorias y su enajenabilidad. En los artículos 2339 y ss. se trata de las cosas con relación a las personas, los bienes públicos y privados del Estado, y los que son susceptibles de apropiación privada, los bienes municipales, de las iglesias y de los particulares.

El Proyecto de 1998 contiene un Libro Segundo dedicado a la parte general, que trata de la persona humana (Título I), de la persona jurídica (Título II), y del patrimonio (Título III). Este último contiene un Capítulo 1, referido al activo (bienes y cosas considerados en sí mismos y con relación a los derechos (Sección 1ª), y a las cosas consideradas en relación a las personas (Sección 2ª)) un Capítulo 2 sobre la garantía común y un Capítulo 3, sobre la vivienda. Interesa analizar ahora el contenido del Libro segundo, Título

III, Capítulo 1, Sección 1ª y 2ª, que consiste en lo siguiente:

*Bienes y cosas considerados en sí mismos y con relación a los derechos (arts. 214 a 225):* definición de bienes, cosas, bienes registrables, inmuebles, muebles, cosas divisibles, principales, accesorias, consumibles, fungibles, frutos, productos, bienes fuera del comercio.

*Cosas consideradas con relación a las personas (arts. 226 a 230):* definición del dominio público, dominio privado del Estado, y bienes de los particulares.

De lo expuesto se desprende que el orden seguido se basa en distinguir:

*La persona humana o jurídica y sus derechos individuales sobre los bienes:*

a) Elemento subjetivo: el sujeto que se tiene en consideración es la persona humana o jurídica, pero no se tiene en cuenta a las comunidades (propiedad de los pueblos originarios), que en la Constitución actual son sujetos de derecho.

b) Elemento objetivo: en cuanto al objeto, se dirige a los bienes, que son susceptibles de apreciación económica. Dentro de esta categoría se distingue a los bienes materiales que son cosas y, además, a los que están dentro y fuera del comercio. Estas divisiones no toman en cuenta a bienes que no son susceptibles de apreciación económica, pero que presentan otro tipo de utilidades, como el cuerpo humano.

Las conclusiones metodológicas son las siguientes:

1) Hay un grado de generalización creciente, porque en el Código Civil se incluyó este tema en el Libro Tercero sobre derechos reales y en el Proyecto de 1998 se lo regula en el Libro Segundo, que está dedicado a la parte general.

2) La propuesta de regulación del Proyecto de 1998 continúa siendo insuficiente para contemplar los nuevos conflictos, probablemente, por-Habitualmente se considera que el patrimonio es un atributo de la persona y está integrado por bienes, es decir, que tiene valor económico. Estos conceptos tienen un campo de aplicación específico que deseamos mantener por su tradición y grado de conocimiento, pero también debemos agregar otras categorías que contemplen los nuevos supuestos.

#### *d. Derechos*

Con relación a los temas que venimos considerando,

conviene examinar el distingo entre derechos individuales y colectivos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en el precedente “Halabi” (LA LEY, 2009-B, 259), que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular”. Es decir que la regla general son los derechos individuales protegidos por la Constitución y el Código Civil, lo que incluye el derecho de dominio, condominio, etcétera. En el mismo precedente “Halabi” se dijo: “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”.

En consecuencia distinguimos entre:

*-Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular:* se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios.

*-Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos:* se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual, sino social, y no son divisibles en modo alguno.

*-Derechos individuales homogéneos:* en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos, porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente.

Esta clasificación tiene un impacto decisivo en

las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil.

*e. Derecho de las comunidades indígenas*

La Constitución de la Nación Argentina establece (artículo 75, inciso 17) entre las facultades del Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. Este texto consagra un nuevo tipo de propiedad que debe ser recibida en el Código Civil.

Siguiendo sus lineamientos, se incorpora un texto que se ajusta a lo señalado por la doctrina mayoritaria, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de derechos reales.

*f. El cuerpo humano*

Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones.

El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente.

Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (artículos 16.1, 16.5 incorporados

por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial.

Una visión completamente diferente es la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como “cosas”, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites.

Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay cuestiones vinculadas a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento.

La abstención no es una respuesta válida porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable con sus graves consecuencias. Tampoco se puede ignorar el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre. No son bienes en el sentido jurídico del artículo 2312 del Código Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena. El tema surgió palmariamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), pues con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o algunas de sus partes son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este

mundo de los vivos.

En estos supuestos, el valor que se les dé puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa.

Se admite, pues, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (“bienes que no tienen un valor económico” o “extrapatrimoniales”). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad.

En cuanto a los caracteres, hay demasiada variedad, lo que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos.

### **III. Conclusión**

Con este breve resumen queremos aportar una idea general de aspectos que resultan relevantes para la valoración del Anteproyecto. Es lógico que un proyecto de esta magnitud genere discrepancias, pero consideramos que los aspectos centrales responden a lo que la doctrina argentina ha sostenido en los últimos años. Decenas de jornadas científicas, libros, sentencias han ido creando un sistema de valoraciones mediante una interpretación de los textos constitucionales.

Creemos que el Anteproyecto que presentamos responde a esas tendencias de una manera equilibrada y prudente.