

La Plata, 05 de septiembre de 2012-

A la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

De mi mayor consideración.

Atento a la audiencia pública a la cual fui convocado hago llegar algunas inquietudes que me despierta el Proyecto, a fin que, de ser compartidas y de estimarse procedente, puedan sumarse y enriquecer una obra jurídica de tamaño importancia para la vida de los argentinos.

Me sumo, en líneas generales, a los postulados axiológicos que acompañaron a la Reforma.

Sobre todo aspectos relativos a la Constitucionalización del Derecho Privado con la visión que tiene muy en cuenta a los derechos humanos y aquellos constitucionalmente reconocidos.

Tal como reza entre los disímiles fundamentos, la protección de la persona humana debe erigirse en égida fundamental en la elaboración de postulados que esencialmente hace a la legislación jusprivatista. Ese sólo aspecto ya justifica tamaño empresa.

Entre otros principios el relativo a la no discriminación, el respeto a la igualdad y a los pueblos originarios, el acogimiento de los derechos de incidencia colectiva, o la consideración de muy sutiles cuestiones que hacen al delicado derecho de familia, son sólo algunos aspectos que enmarcan a la obra en como una pieza clave que amerita su plena y acabada consideración.

En función de todo pasamos a exponer algunas de nuestras inquietudes:

1.- **Libro Primero.** Parte General. Título I referido a la persona humana; capítulo I (Comienzo de la existencia); artículo 19:

Establece una diferencia al considerar que comienza la existencia de la persona humana según haya sido concebida naturalmente, o bien, mediante técnicas de reproducción asistida.

El contenido de esa norma hecha por tierra los lineamientos que acompañan al Proyecto y que arriba aplaudíramos.

Es que se parte por considerar que el embrión humano pre implantado no es persona razón por la cual no tiene mayor protección.

A su vez, obsérvese que difiere el momento en que adquieren derechos y por la consideración (algo antojadiza si se quiere) de que no es un sujeto beneficiario de derechos.

No sólo se controvierte el espíritu de nuestra Constitución y de los Tratados que conforman un todo con ella, sino principios que van más allá de toda discusión que pueda merecer la consideración dogmática relativa a si el embrión humano es o no persona.

Nos referimos al principio *pro homine* como centro y razón que justifica el respeto de la persona aún cuando todavía no se halle implantado en la mujer.

El Proyecto va contra sus propios postulados.

2.- Con respecto al **Libro Primero** Capítulo 2 – Sección 2; artículo 26: Tras destacar que menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años (artículo 25), la ley entiende, no obstante que puede ejercer ciertos derechos.

Compartimos plenamente lo preceptuado por el artículo 26 en el sentido de que el menor tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la decisión de aquel sobre su propio cuerpo debe contar siempre con la aquiescencia de sus representantes, y se trate o no de tratamientos invasivos.

La ley judicializa la vida del adolescente, o se excede al darle un poder de decisión desde tan sólo los trece años, y aún cuando se refiera a tratamientos no invasivos...

Considerar que el mayor de DIECISEIS es un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, genera un temor derivado de la incógnita de qué ha de entenderse por tal cuidado e implica desconocer la situación de muchos menores.

A su vez, algunas de esas decisiones merecerán ser revisadas por el mismo menor cuando el paso de los años lo conviertan en una persona mayor, y su propia experiencia de vida eleve su poder de autocrítica.

Más allá de cualquier valoración, obsérvese que si la misma ley establece que son menores hasta los DIECIOCHO años, no puede tras ello desdeirse poniendo en manos del menor una decisión que pueda resultar excesiva teniendo en cuenta su situación.

3.- En la Sección 3 ° del Título I en el **Libro Primero**, el artículo 40 señala que la revisión de la sentencia de incapacidad (por salud mental) puede tener lugar en cualquier momento.

En algún evento científico fuimos de la opinión de que debe ser el juez (y considerando la concreta patología del enfermo) el que debe estimar el tiempo y forma a efectos de constatar la eficacia de su propia sentencia de incapacitación y (permítasenos insistir) de acuerdo a la concreta patología.

Es que estamos ante un proceso de características muy especiales.

Ello no implica negar que, como bien dispone el Proyecto, sea el propio interesado quien pueda solicitar esa revisión. Pero es el Juez quien, imparcialmente, ostenta la dirección del proceso, y sobre la base de los dictámenes interdisciplinarios que lo aconsejen (en éste sentido véase el artículo 38), tiene un decisivo contacto con el expediente y la situación de marras.

Es que el fin de la norma es que las desviaciones o disturbios psíquicos no se consideren estados inmodificables, recayendo en el juez el mayor eje decisorio.

Del mismo modo, y de manera imperativa, señala el artículo que la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior de TRES años en los supuestos en que el enfermo padezca una adicción o alteración permanente o prolongada, o bien, posea una falta total de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Frente a ese plazo, la ley no dice qué sucede si esa sentencia no se revisa. Desvirtuando los postulados o fines de la ley, podría pensarse que pasados los tres años la situación se revierte de pleno derecho. La norma debe ser reformulada.

4.- En lo referido a la voluntad procreacional (Capítulo 2 del Título V del **Libro Segundo**) -artículo 561- arroja como conclusión que es posible consensuar la filiación del menor recién nacido por técnicas de reproducción asistida.

Pensamos si no es más sincero ampliar y adecuar el trámite de adopción que fingir padres que no lo son y verdades que se diluyen en una incomprensible ficción.

La ley piensa en el hombre o mujer que presta su consentimiento pero poco en el menor que por momentos resulta cosificado. Por voluntad del legislador no se genera vínculo entre el menor y quien ciertamente aportó sus gametos (575)

Futuras decisiones serán producto de no poder negarle al menor su derecho a la información acerca de sus verdadero origen, vale decir, a conocer su auténtica verdad.

5.- La acentuada cosificación del embrión pre implantado alcanza a tal extremo, que puede ser objeto de convenio en caso de que uno de los cónyuges fallezca. Ello de acuerdo a lo previsto en el artículo 563 inciso a.

En efecto, se permite al aportante consentir que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. De ello se desprende que si el aportante no consiente o la mujer no acepta dicha transferencia, el destino de esos embriones es incierto. Todo es consecuencia de lo previsto por el mentado artículo 19 del Proyecto.

6.- El **Libro Primero**, Título 1, Capítulo 4, en el artículo 63 (al establecer las reglas concernientes al prenombre -inciso b)-, se omite considerar la prohibición de inscribir al menor con nombres que puedan arrojar equívocos acerca del sexo de la persona. Tratándose de un medio de identificación de la persona, entendemos, debiera subsanarse la omisión. La actual ley 18.248 –artículo 3- lo contempla, y consideramos que, a no dudar, es una cuestión de orden público.

7.- Según el **Libro Primero**, Título IV, Capítulo 2, el Proyecto preserva la idea de Vélez de regular acerca de los vicios de la voluntad.

A tono con ello, regula al error de hecho esencial en el artículo 265 de aquel. Sin embargo suprime el requisito de excusabilidad.

Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios (reza en los Fundamentos), el esquema de la excusabilidad se traslada –para la tutela de la confianza- del que yerra al destinatario de la declaración: se requiere, por ello, la reconocibilidad (siguiéndose al artículo 1428 Código italiano).

Entendemos que no puede confundirse los requisitos pues son diferentes.

Ahora, si se tiene en cuenta que el error se refiere a todo acto voluntario debió mantenerse la excusabilidad.

8.- En el **Libro Primero**, Sección 1 ° del Capítulo 6, la lesión (como vicio del acto jurídico) aparece regulada en artículo 332 del Proyecto.

Felizmente suprime la voz ligereza del artículo 954 del actual Código. El Proyecto alude a *necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia*.

Lo cierto es que el fin de la norma es reestablecer el sinalagma contractual, o bien, superar en la especie la explotación de una situación de inferioridad del lesionado. Y todo ello, sin justificación. Se tutela la buena fe negocial.

Sin querer apartarnos de una ajustada hermenéutica y desde luego al fin jurídico que persigue la norma, nuestra propuesta apunta a sustituir ese casuismo por una fórmula que aluda a *una explotación de la situación de inferioridad del lesionado*, y ello, sin justificación (tal como bien se permite leer actualmente).

9.- El **Libro Primero**, Título IV, al aludir en el artículo 382 a las categorías de ineficacias, las limita a los supuestos de nulidad e inoponibilidad quedando marginadas otras. En ese sentido recordamos a las ineficacias sobrevinidas como el distracto; o

unilateral (revocación), o las derivadas del pacto comisorio que permite la resolución del convenio, entre otras.

O, de aceptársela, la misma inexistencia.

Ocurre que *la ineficacia* es un concepto dogmático más que legal, de allí que es muy factible que ofrezca perplejidades a la hora de querer encuadrarlo desde la pura lógica de la norma.

10.- El Proyecto omite toda consideración a las nulidades implícitas cuyo fin se justifica en la posibilidad de vislumbrar a la causal de nulidad dentro de los fines del ordenamiento. Mas allá de lo previsto por normas generales, el Proyecto debió contemplar la hipótesis, sin perjuicio de establecer como directiva genérica que se presume la validez del acto, procurándole en su caso eficacia.

11.- El Proyecto suprime la tradicional distinción entre actos nulos y anulables. En los Fundamentos, se aduce que no hay motivos serios para defender la relevancia ontológica de la clasificación. Nos parece que no es así. Si bien la caracterización al intentar diferenciarlas ha mostrado ciertas dudas, la omisión en la ley genera baches, pues no es lo mismo la falla que el juez sólo verifica (actos nulos), de aquellos en que el juez investiga a los efectos de declarar la nulidad (actos anulables). Justamente esa diferencia ontológica hace que la actuación del juez deba ser considerada más o menos estática, según los casos.

12.- En cuanto al **Libro Segundo**, Título 1 Capítulo 8, Sección 2º, artículo 436 y s., nos parece que no debió ser eliminada la posibilidad de separarse sin divorciarse. La decisión definitiva debe ser de los esposos, y no debe ser impuesta por la ley, la que debe limitarse a sentar los diferentes caminos que pueden seguir las partes. Está en éstas aceptar u optar por uno u otro, y de acuerdo a su concreta problemática.

13.- Considerando el **Libro Cuarto**, Título 1, Capítulo 2 (artículos 1892 y s.) merece ser mayormente discutida la idea de que la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales (artículo 1892 y s.), y sobre todo si ha existido publicidad posesoria anterior.

También expresa que si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto suficiente para la oponibilidad del derecho real (artículo 1893).

La idea plasmada en el Proyecto controvierte opinión en contrario que se han vertido en diferentes eventos científicos, como las VIII Jornadas de D. Civil, La Plata, 1981. O también (y más recientemente) las XXXIII Jornadas de D. Civil, Tucumán, 2011, aunque en ésta última la opinión estuvo algo más dividida.
