

**EXPOSICIÓN DEL DR. JUAN MANUEL ARMANDO COSTANTINI ANTE LA COMISIÓN
BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (títulos varios)**

Introducción.

Es para mí un verdadero orgullo poder estar frente a esta comisión bicameral compuesta por legisladores de la honorable cámara de senadores y de diputados de la Nación, así como también por la distinguida presencia de ciudadanos, colegas y autoridades comprometidas con la reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial.

Quiero preliminarmente aclarar que mi presencia y mi interés en esta audiencia pública radica en mi compromiso militante dentro de la abogacía organizada en miras al mejoramiento de la justicia y el progreso social.

Desde mi rol de joven abogado en ejercicio de la profesión cotidiana y de pasillo del tribunal; y por mi profundo compromiso y participación militante en la abogacía organizada como delegado a la Comisión Nacional de Jóvenes Abogados de la FACA, así como también en la Comisión de Jóvenes Abogados de la Región Litoral Argentina me presento para hacer oír mi voz intentando representar a mis colegas jóvenes abogados y a los ciudadanos que son nuestros defendidos, quienes todos los días nos plantean sus necesidades, comentan sus problemas y acuden a nosotros en busca de amparo a sus derechos.

El Código del Siglo XIX

Dando comienzo a mi exposición quisiera agradecer a Dalmacio Vélez Sársfield por la enorme y monumental obra que desde fines del siglo XIX nos ha regido a los argentinos.

Si comparo al Código Civil de Vélez con un edificio diría que es una casa de estilo, de esas que por su elegancia, arquitectura, detalles e historia hoy conservaríamos como patrimonio histórico. Esa casa que Dalmacio edificio nos supo cobijar por largos años, hasta que recientemente nos comenzó a resultar incómoda, poco funcional y hasta empezamos a ver que había gente que ya estaba quedando afuera. Entonces se hizo necesario ordenar un nuevo proyecto un nuevo edificio que si bien no tendría tanta historia, posiblemente no fuese tan sofisticado y elegante tendría otras ventajas: sería de fácil acceso para todos, se contemplaría suficiente espacio para hacerla más flexible y funcional, etc

Entonces, ¿Quién puede, más allá de la nostalgia por la historia y la belleza, oponerse a una mudanza a otro lugar a donde todos se sientan incluidos, donde todos tengan su espacio para desarrollarse?

Este es mi sentimiento respecto de la reforma, actualización y unificación de los códigos. Le estoy eternamente agradecido a este cordobés brillante, nacido en Amboy, que edificó una obra que siempre vamos a reconocer por su grandeza, su modernidad para su época y porque ha pasado a

ser un patrimonio histórico del pueblo argentino. No sería descabellado rendirle homenaje a Dalmacio si, después de todo, lo vamos a jubilar.

El Rol del Abogado en el Nuevo Código Civil y Comercial.

Me referiré, en mi análisis, a algunas normas en particular pero también en general a cuestiones que tienen que ver con la filosofía de este código que se proyecta, intentado señalar algunas figuras “infiltradas” que desnaturalizan la verdadera inspiración y voluntad del legislador que es otorgar soluciones prácticas, modernas pero siempre atendiendo a los principios de la Constitución Nacional, o más bien lo que se denomina constitucionalización del derecho privado.

Y no solo los juristas que participaron visiblemente del anteproyecto se manifestaron abiertamente por otorgar soluciones que estén en armonía con la Carta Magna, sino que además la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner dijo en la presentación oficial que se hizo en el museo del bicentenario hace pocos meses: ***“Siempre se habló en la argentina de un Estado de Derecho. Yo quiero hablar de un Estado Constitucional-Social-Democrático y de Derecho porque en definitiva sin sociedad y sin democracia nunca puede haber derecho”*** (<http://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&v=UiGiWnC7YOQ&NR=1>)

En este sentido, hace unos sesenta años atrás un destacado jurista que trascendió su época y las fronteras de su país, al igual que sus hijos que hoy se destacan en el deporte y en la política, dijo: ***“el abogado argentino debe ser “constitucionalista”, pues con frecuencia una cuestión que se ve solamente a través del prisma civilista, y tiene en él una solución definitiva (en el campo del derecho privado), puede tener otra más justa y fundamental en el campo del derecho constitucional, y no porque este derecho sea público, sino porque aun siendo derecho privado tienen en la constitución sus principios básicos, que la ley civil no puede alterar. (Bielsa, Rafael, El Abogado y El Jurista, Esquemas de política y civismo, Abeledo Perrot, Bs As, Año 1961, pag. 35 a 37)***

Esta enseñanza que nos deja Rafael Bielsa es fundamental. Claramente nos dice que la legislación civil debe estar en armonía con la constitución nacional, solo así se podrá llegar a soluciones justas.

Y es aquí donde el proyecto de código unificado entra en colisión entre la practicidad y celeridad de sus soluciones y la justicia.

Pedirle a un escribano que haga justicia con una escritura pública es como pedirle a un odontólogo que haga una operación de corazón con un torno. Esta comparación puede parecer exagerada pero no lo es. Ni la herramienta de trabajo que utiliza el notario ni sus conocimientos técnicos son aptos para buscar soluciones justas. Muy posiblemente podamos obtener con su intervención celeridad y seguridad en algunas operaciones concretas, todo ello abonando su correspondiente costo, pero una escritura pública no sirve para plantear amparos, ni impugnar normas que puedan resultar inconstitucionales y tampoco como profesional tiene el dominio ni el conocimiento técnico para hacerlo, ni se encuentra habilitado para realizar esa práctica profesional.

Los escribanos saben dar fe, certificar documentación y realizar operaciones de compra y venta muy comúnmente, pero en ninguno de esos actos advierten ni se preocupan por saber si es justo. Ese análisis lo hace el juez, el magistrado del poder judicial, cuando el abogado lo peticiona por su labor profesional en los Tribunales.

Los Escribanos conocen muy bien, mejor que los abogados, qué es el tráfico comercial, la celeridad de las operaciones pero ¿saben qué es la justicia?

¿Saben lo que significa lesa humanidad? ¿Saben lo que significa identidad? ¿Saben que significa Habeas Corpus? Algunas vez vieron un amparo?

Los abogados lo sabemos, lo ejercemos y vivimos de defender los derechos de todos y todas, sin distinguir sexo, religión, situación económica o política, somos los auxiliares y los fusibles de la justicia. Cuando un cliente siente frustración no lo manifiesta en el escritorio de los magistrados, ni en los despachos de los funcionarios de gobierno, menos en loas escribanías, asisten a nuestros escritorios a pedir por justicia, por el reconocimiento de sus derechos.

No prever que en los actos trascendentes de la vida de las personas se cuente con un debido asesoramiento y patrocinio de abogado es negarle el acceso a la justicia a los ciudadanos. Y me refiero a la justicia ordinaria, la que tienen que garantizar el Estado, no la justicia elitista para los que pueden pagar un escribano o solucionar sus conflictos mediante un arbitraje.

Los escribanos en su ponencia presentada ante esta comisión bicameral, han dicho que: *"...constituye la razón de ser de nuestra profesión-función: "brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes"*

En los pasillos de los tribunales y en la sociedad es conocida la frase " a confesión de parte, relevo de prueba". Y en tal sentido les ruego a los legisladores que atiendan especialmente a estas expresiones que dejan expuesta la verdadera función del notariado cuando dicen que la razón de ser de su función y su profesión son los "actos, negocios y operaciones."

¿Quiénes van a dar soluciones prácticas, concretas y eficientes a quienes no tengan dinero para realizar "negocios", o a quienes pretendan el reconocimiento de un derecho que no requiera una escritura pública para ser otorgado? ¿Cuántos argentinos quedarán excluidos, sin asesoramiento y sin poder acceder a la justicia ordinaria, del Estado, de la Constitución Nacional?

Carlos Fayt, profesor, abogado y ministro de la corte de justicia de la nación, sostiene que la función eminente de la profesión de abogado es la de servir al derecho. A la abogacía está confiada la defensa en juicio de los litigantes y la de auxiliar a la justicia en la protección de la dignidad humana. Además, la de constituir un elemento orientador y purificador de la vida judicial (Fayt, Carlos, La Abogacía Argentina y La Colegiación Legal, Ed. La Ley, Bs As, 2003, pag 16)

El sistema judicial no podría funcionar sin profesionales del derecho. Su intervención es garantía de ciencia y probidad, de dominio del procedimiento técnico y forense, pero además las normas

éticas establecen a los abogados no pasar sobre un estado de conciencia, poner la moral por encima de las leyes, buscar siempre la justicia por el camino de la sinceridad, sin otras armas que el saber.

La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia, que obliga a ser leal con el cliente, con el adversario y con el juez y tener fe. Fe en el Derecho como mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz.

Hay dos momentos en la actividad profesional en los que el abogado opera como elemento orientador y purificador de la justicia. El primero de ellos, cuando debe decidir sobre el recto ejercicio de los derechos que tiene o cree tener el cliente. Entonces es el juez primario de la cuestión que se le plantea, del grado de veracidad de los hechos, de la justicia o injusticia del reclamo. A su consejo se subordina la vida del derecho y la armonía social. En la etapa decisoria, cuando el juez debe resolver luego de examinar los hechos y valorar la prueba, el planteo jurídico del abogado se torna fundamental e irremplazable. No hay otro profesional, ni escribano, ni contador ni árbitro que pueda reemplazar al abogado en esta función de acuerdo con la verdad objetiva

La profesión de abogado tiene la jerarquía de un verdadero ministerio público, cuya independencia y libertad aseguran su fuerza y garantizan su virtud. Es que esta digna profesión no es ejercida por autómatas, encargados de la mecánica aplicación de la ley positiva, sino por hombres capacitados en las cuestiones legales, con los conocimientos jurídicos necesarios para interpretar las leyes y examinar los fallos, pero además, con la destreza para informarse de los problemas de la sociedad de los cuales las leyes son uno de sus productos básicos.

La finalidad ética del derecho, según sostiene Fayt, compromete a todo abogado a la realización de aquellas condiciones sociales de vida que tiendan a asegurar, en forma real, la inviolabilidad de la dignidad del ser humano. (Fayt, Carlos, La Abogacía Argentina y La Colegiación Legal, Ed. La Ley, Bs As, 2003, pag 17)

Por último, otra visión diferente que tengo en relación a lo sustentado por los escribanos, es lo relativo a la “desjudicialización”, es decir a quitar o sustraer de la justicia ordinaria el ejercicio de ciertos derechos. Lo llamativo es que hablan de desjudicialización como algo valioso, superador, moderno y hasta se animan a afirmar que la desjudicialización es la tendencia de este proyecto de código. Me cuesta mucho creerlo ya que sería sorprendente que dos ministros de la corte suprema de justicia de la nación que han tenido un rol protagónico en este proyecto estén en contra de los principios constitucionales del juez natural y derecho de defensa, consagrados en nuestra constitución nacional y pactos internacionales ratificados por la Argentina.

¿Qué debe entenderse por desjudicialización? Para decirlo en palabras sencillas es todo acto jurídico que en lugar de ser realizado con intervención y control de un juez se reemplaza por una escritura pública elaborada por un escribano en su escribanía particular.

Pero estos no son los únicos ejemplos de desjudicialización, también lo es contrato de arbitraje y el fideicomiso en garantía, que se regulan como un modo de justicia privada o selectiva, abstraída y excluida de la justicia ordinaria.

El contrato de arbitraje, tal y como está previsto en la reforma proyectada (arts 1649 y 1660 entre otros) constituye una seria violación al principio constitucional de defensa en juicio y acceso a la justicia. No sólo porque importa una privatización del servicio estatal de justicia, se transforma en una justicia para pocos, sino que además no requiere que el árbitro sea abogado, con lo cual se pretende que ciudadano sea juzgado fuera del control estatal, sin debido proceso, ni juez natural, y por alguien siquiera es abogado, por lo que difícilmente pueda decidir algo conociendo el derecho y menos aún podamos hablar de que el resultado de ese “proceso de arbitraje” o laudo arbitral se aproxime al ideal de justicia.

En el caso del fideicomiso en garantía se crearía la posibilidad de realizar “operaciones jurídicas”, como le gusta llamar a los escribanos, que reemplazarían las conocidas y tradicionales hipotecas y/o prendas según se trate de inmuebles o muebles que garanticen un crédito.

No quiero decir que la figura del fideicomiso como instrumento jurídico no sea útil, pero para su correcta implementación debe estar legislada con un proceso judicial que garantice los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia. Es decir, que la ejecución de los derechos de los acreedores, incluso de terceros, consumidores o no, contra el fideicomiso tengan vías judiciales de reclamo y no se sustituya al juez ni al poder judicial del Estado para dirimir conflictos legales que pudieran generarse en el ámbito de estos fideicomisos en garantía.

Si este proyecto se aprobara con la incorporación del contrato de arbitraje y con el fideicomiso en garantía tal y cual están concebido en el anteproyecto se estaría sancionando un código civil y comercial que al día siguiente podría ser tachado de inconstitucional.

Los legisladores, en esta oportunidad histórica, no pueden dejar de reivindicar y defender el imperio irrenunciable del derecho a la jurisdicción:

Según sostiene el prestigioso jurista rosarino Nestor Sagues, del derecho constitucional a la defensa en juicio, se deduce el derecho de contar con la posibilidad de concurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil (“Santos”, Fallos, 307:282, “Espósito”, Fallos, 324:4135, y otros). En consecuencia ha dicho la Corte que es inconstitucional privar a alguien, compulsivamente, de la intervención de un tribunal de justicia (Marchissio”, Fallos, 301:111)

Actualmente se habla de un derecho de acceso a la justicia, que involucra, además de la real posibilidad de ser recibido por un tribunal, contar con los medios para así hacerlo, incluyendo asesoramiento adecuado.

Si no existe la posibilidad que comentamos, el habitante se halla en un supuesto (inconstitucional) de privación de justicia (“Peró”, Fallos 307:966) que puede dar lugar a la intervención de la Corte Suprema. (SAGUES, Nestor, Manual de derecho constitucional, Ed. Astrea, Bs AS, año 2007, p.858)

A su vez, la privatización de la justicia mediante el contrato de arbitraje o procesos especiales extrajudiciales de “desjudicialización” que proponen los escribanos y muchos especialistas que han participado de la redacción del anteproyecto atentan contra el principio constitucional del “juez natural”. El art. 18 de la Const. Nacional advierte que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Sienta así el derecho de toda persona a ser juzgada por su juez natural. El propósito de la norma, según la Corte Suprema, es “asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo u otra injerencia contra el justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos. (“Sueldo de Posleman”, Fallos, 310:804 consid. 6to)

Para que todos comprendan la gravedad de esto, si la justicia fuese YPF representémosnos que estamos ante la posibilidad de experimentar un fuerte proceso de desinversión y vaciamiento. Cómo se vio? En las estaciones no había combustibles para todos. Cuando se iba a una estación y no estaba el combustible común, algunos podían pagar más caro y otros directamente se retiraban sin poder cargar. Algo parecido va a pasar con la justicia si la privatizamos y la dejamos en manos de la justicia de los escribanos, los fideicomisos de garantía y los arbitrajes. Si podemos pagar vamos a conseguir algo de justicia, no la que buscábamos, algo parecido, otros directamente se van a quedar sin una gota de justicia

Y que tiene que ver YPF con todo esto? Mucho tienen que ver, primeramente todos los diputados y senadores conocen en detalle el tema y por eso lo traigo a colación, porque es un caso paradigmático donde se privilegió el interés público por sobre el de una empresa o sector. En ese sentido les voy a pedir a todos los legisladores que reivindiquen, como lo hicieron en su oportunidad, el interés nacional, lo colectivo por sobre lo particular, el interés del pueblo por encima de los sectores interesados y relean los artículos del código que tanto el presidente de Faca como el presidente de mi Colegio de Abogados, Ignacio Del Vecchio, han apuntado. De contrario le estaríamos “concesionando” el servicio de justicia a un sector privatista y .elitista que - con argumentos semejantes a los de los españoles de Repsol- pretenden garantizarse privilegios particulares por sobre los intereses de toda la comunidad.

Por último, quiero dejar bien en claro que esta defensa y reivindicación del rol del abogado en la reforma civil y comercial no responde a ningún tipo de interés sectorial de la abogacía o los abogados en particular.

Los argumentos que he expuesto precedentemente no dejan lugar a dudas. Pero muchas veces se dice que entre contadores, escribanos y abogados existe una pugna permanente por las incumbencias profesionales.

Según la Real Academia Española de la lengua el término incumbencia significa obligación y cargo de hacer algo.

La Incumbencia del abogado es hacerse cargo de lo que le corresponde. Al abogado lo avala la lucha por el derecho y la justicia a través de la historia y todo el ordenamiento jurídico nacional e

internacional, que lo tienen como actor principal e irremplazable para cumplir con uno de los derechos fundamentales de la población: la justicia.

Por eso, que se entienda bien este planteo, no se trata de ver quién es mejor profesional, ni de discutir sobre trabajo profesional como muchas veces se puede interpretar, la incumbencia por la constitución, el derecho y la justicia es nuestra obligación y vinimos a hacernos cargo.