

# **HACIENDO FOCO (EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA MEJOR HERRAMIENTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PERSONAS)**

**Por Gustavo Caramelo**

## **RESUMEN**

El autor aborda el tema de la constitucionalización del derecho privado argentino y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial, con especial atención a los cambios producidos en el derecho a la igualdad.

## **PALABRAS CLAVES**

Código Civil y Comercial – Constitucionalización- Autonomía- Igualdad.

# **FOCUSING (THE CIVIL AND COMMERCIAL AS A BETTER TOOL TO REGULATE PEOPLE'S CIVIL RIGHTS)**

**By Gustavo Caramelo**

## **ABSTRACT**

The author addresses the issue of the constitutionalisation of the Argentine private law and its impact on the new Civil and Commercial Code, with special attention to changes in the right to equality.

## **KEYWORDS**

Civil and Commercial Code – Constitutionalization – Self Determination – Equality.

# HACIENDO FOCO

## (EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMO UNA MEJOR HERRAMIENTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PERSONAS)

Por Gustavo Caramelo\*

### 1. Introducción:

La reciente incorporación a nuestro orden jurídico de un Código Civil y Comercial que reemplazó a los más que centenarios Código Civil y Código de Comercio, agita las, en apariencia, parsimoniosas aguas por las que navega el derecho privado argentino, generando temor en unos, escepticismo en otros y franco entusiasmo en muchos. La proyección que en la vida de las personas tienen las normas de derecho privado hace que se trate de una reforma legal de enorme importancia y que en ella se jueguen valores, intereses de todo tipo y lógicas tensiones políticas vinculadas con el despliegue de los nuevos contenidos.

El subsistema de derecho privado con el que hasta ahora nos manejábamos, si bien podía ser interpretado desde la perspectiva de las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal argentino, no era ya por sí apto para enfocar la realidad cotidiana de los habitantes de la Argentina<sup>1</sup>, pues generaba en gran medida una imagen opaca e insuficiente de las cada vez más complejas relaciones personales en una sociedad en las que las modalidades vinculares, la apertura del ámbito de lo privado y las posibilidades de concreción de proyectos varían al ritmo de cambios tecnológicos cuyos ciclos se producen a una velocidad que supera a menudo las posibilidades de formulación del derecho, tal como las hemos encarado hasta el presente. Frente a tal situación, el Código Civil y Comercial resulta una herramienta mucho más idónea para la regulación de la vida cotidiana de los habitantes de nuestro país, entre otras cosas porque impone a los operadores jurídicos, en algunos casos poco acostumbrados a ello, la evaluación de los desarrollos y conflictos de derecho privado desde una perspectiva constitucional y convencional; porque regula sobre la realidad de los vínculos familiares, en las diversas modalidades en las que ellos se despliegan en nuestra sociedad; incorpora al núcleo duro del código la regulación de las

---

\* Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA). Profesor Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Profesor Titular de Teoría General del Contrato (UP). Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Codirector de la Revista de Derecho Privado de INFOJUS. Juez Nacional en lo Civil.

<sup>1</sup> No cabe en esta materia referirse a "los argentinos", pues en razón de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, gozan en nuestro país de derechos civiles todos los habitantes del país, tanto los nacionales como los extranjeros.

relaciones y contratos de consumo y contempla las nuevas formas de propiedad verificadas en la práctica social, entre otras innovaciones.

En las siguientes líneas procuraremos evaluar algunos de los aspectos inherentes a las líneas axiológicas trazadas por el nuevo sistema de derecho privado, intentando explicar su razón. Como es lógico, no abordaremos la totalidad de los múltiples aspectos que comprende una regulación de tal proyección, sino que —por arbitrio de autor—, seleccionaremos algunos de ellos que, entendemos, dan cuenta del cambio de perspectiva del nuevo cuerpo legal, en el que el ordenamiento jurídico de derecho privado debe ser evaluado desde la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

## 2. La fragua del derecho privado argentino:

Si recorremos las obras de doctrina y los repertorios de jurisprudencia, advertimos que el derecho privado argentino se desarrolló con un sesgo endogámico, retroalimentándose en sus categorías y conceptos sin mayores referencias a garantías constitucionales que las atinentes a los derechos de libertad, igualdad y propiedad<sup>2</sup>. Este último tenía ya en nuestra Constitución una regulación en cierto grado preferente sobre otros derechos implícitos, como el de dignidad humana, lo que puede establecerse a partir de la lectura del artículo 15, que preveía la libertad de los esclavos que pudieran existir en el territorio nacional al tiempo de la sanción de la norma superior, pero lo hacía estableciendo que una ley dispondría lo relativo a la indemnización de los propietarios. Fue en ese contexto ideológico y jurídico que se dispuso el desarrollo de la regulación establecida por los códigos civil y de comercio, en los que se desplegó un diseño que en cierta medida gozó de una autonomía conceptual que se desarrolló en el tiempo y que no pudo subsistir sin críticas tras la reforma constitucional de 1994. La explicación de esta cuestión requiere que transitemos por el territorio del devenir histórico.

Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, “El Codificador”, participó del diseño y la construcción de las dos principales cuerpos normativos de la historia del Derecho Privado argentino: el Código de Comercio, que redactó con el uruguayo Eduardo Acevedo para Buenos Aires, cuando este estado se encontraba separado de la Confederación Argentina, y el Código Civil, que le fue encargado años después, cuando se desempeñaba como Ministro de Hacienda de Bartolomé Mitre y que presentó para su consideración por el Congreso Nacional cuando actuaba como Ministro del Interior de Domingo Faustino Sarmiento. Su proyecto fue aprobado a libro cerrado, es decir sin modificaciones surgidas del debate parlamentario<sup>3</sup>, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley 340, y entró en vigencia el 1° de enero de 1871.

<sup>2</sup> Ello aún tras la reforma constitucional de 1994. La tensión existente entre la dogmática civilista, desarrollada casi exclusivamente a partir de las disposiciones del Código Civil y la derivada de la aplicación directa de normas constitucionales a la resolución de conflictos de derecho privado se ve reflejada entre las decisiones dictadas por la Cámara Civil y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ledesma” (Fallos 331:819), entre otros.

<sup>3</sup> Algo bien distinto a lo ocurrido en el caso del Código Civil y Comercial actual, elaborado por una comisión integrada por una multiplicidad de juristas convocados por los tres designados como integrantes de la Comisión redactora; de amplia discusión por todo el territorio del país, con extensa difusión del contenido del proyecto, por vía de reuniones efectuadas para escuchar las críticas y sugerencias formuladas por personas de todas las regiones; y con

Se trataba de un cuerpo normativo extenso que, junto con el Código de Comercio mencionado, que la Nación adoptó por Ley 15, del 10 de septiembre de 1862, contenía las normas reguladoras de la cotidianidad de los habitantes de la República Argentina; pues de eso es de lo que se ocupa el derecho privado, de lo que hace a la vida diaria de las personas, a las relaciones familiares, a su vinculación con otros, con las cosas de las que se sirven y a la gestión de su patrimonio en general, aún después de su muerte. El derecho privado es la parte del dispositivo jurídico destinada a posibilitar a las personas la búsqueda de la mejor calidad de vida posible, a desarrollar proyectos familiares, personales, también comunes, y a obtener reparación cuando ellos son injustamente afectados por otros.

Sin duda, podría pensarse que la reunión en un código de tal conjunto de principios y de reglas, contribuiría a una mayor difusión y un mejor conocimiento del derecho<sup>4</sup> y seguramente ello habría sido así, habría provocado una explosión de juridicidad y la organización de nuestra sociedad según pautas legales, de no ser porque al entrar en vigencia esos códigos, tres cuartas partes de la población del país eran analfabetas<sup>5</sup>.

Vélez estableció una suerte de “nuevo orden jurídico”, performativo al que se intentaba ajustar la imagen de los habitantes del país y ese sistema normativo fue el que, con necesarios ajustes introducidos a lo largo del tiempo<sup>6</sup> rigió entre nosotros hasta el 1º de agosto de 2015, cuando entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial. Aquellos códigos se asentaron en una lógica liberal individualista, preponderante en la época entre los triunfadores de Caseros, asentada en el tridente de los derechos de libertad, propiedad e igualdad, este último en una concepción formal, emergente del ideario de la revolución francesa que empleó esta noción como un ariete político y argumental para desarmar el aparato ideológico de atribución de derechos según el mayor o menor poder social de quien los detentaba, característico del “antiguo régimen”.

Si bien los juristas de la época compartían básicamente tal visión de las cosas, Vélez fue sorprendido<sup>7</sup> por una fuerte polémica en la que su proyecto fue duramente cuestionado por Juan Bautista

---

una labor de análisis final, previa al debate en el recinto, desarrollada por una Comisión especial del Congreso Nacional.

<sup>4</sup> El “impulso civilizatorio”, de cuño iluminista, se encontraba en la base de la codificación decimonónica y entre nosotros respondía a la idea de la sustitución de las normas propias de la barbarie por las de la civilización, visión propia de la gestión de gobierno de la que era partidario Vélez Sársfield.

<sup>5</sup> Dato correspondiente al Primer Censo Argentino (1869), el que no comprendió a las tropas entonces en operaciones en Paraguay ni a la población indígena, lo que permitiría presumir que el porcentaje de población analfabeta habría sido mayor, de haber el relevamiento incluido a esos argentinos.

<sup>6</sup> Uno de los principales, en 1968, por impulso de Guillermo Borda, quien también era Ministro del Interior, pero del dictador Onganía —no es un dato menor que la determinación de los principales contenidos del Código Civil se produjera de la mano de ministros políticos del momento, lo que lleva a recordar la cita de Laferrière, (ALBERDI, 1869), según la cual “On ne peut séparer l’ histoire du droit privé des revolutions du droit public” (no podemos separar la historia del derecho privado de las revoluciones del derecho público)—. Años después, tras el retorno a la Democracia en 1983, se sancionaron leyes que terminaron con la discriminación legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio y que posibilitaron el divorcio vincular.

<sup>7</sup> Así cabe entenderlo por los términos del debate; pero en cierto grado, éste fue instado por don Dalmacio, quien envió a su colega el proyecto del Libro II del código, para su evaluación; segurmanete consciente de la posibilidad de una reacción crítica de éste.

Alberdi, quien, entre otras cuestiones<sup>8</sup> (ALBERDI, 1887: 80), criticó que el cordobés hubiera diseñado un nuevo orden normativo con base en doctrinas extranjeras, sin fundarlo en la legislación hasta entonces existente en el país, así como que proyectara un código único para todo el país cuando debiera haberse sostenido la posibilidad de dictar normas que respondieran a las diversas realidades y experiencias regionales. El Codificador le respondió por vía de un artículo publicado en el periódico "El Nacional"<sup>9</sup> (ALBERDI, 1920: 252-360), en el que defendió la idea de un código único para todo el país —diseño previsto en el artículo 67 de la Constitución Nacional de 1853-1860—, aunque dejó abierta la posibilidad de una futura modificación, que permitiera a las provincias dictar sus propios códigos, lo que no consideraba razonable dejar en manos de los gobernantes de entonces; asimismo afirmó que la legislación anterior<sup>10</sup> no respondía adecuadamente a las necesidades del adelantamiento de la ciencias, las nuevas costumbres y el nuevo "ser político"<sup>11</sup>, no obstante lo cual destacó haberlas tenido en cuenta.

El Código Civil aparecía, entonces, como un conjunto normativo implantado en un territorio donde la abrumadora mayoría de la población no podía decodificar sus contenidos, ni invocar la ignorancia de las leyes como excusa (art. 20)<sup>12</sup>; elaborado por un único jurista —una tarea titánica, por cierto—, con base en fuentes preponderantemente extranjeras; destinado a regir en todo el territorio nacional, sin contemplar diversidades derivadas de las particularidades regionales ni la existencia de población indígena; una sociedad que se proponía "...promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..." (C.N., preámbulo) y que, con criterio que ha distinguido a la República Argentina, determinó que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a

<sup>8</sup> Estas cuestiones parecen no ser ajenas a luchas políticas más amplias; Alberdi se encontraba enfrentado políticamente a Vélez, aunque compartía su mirada sobre los aspectos sustantivos del derecho, derivados del racionalismo jurídico. Entre las observaciones que formuló al proyecto de código, se encontraba una que restaba contundencia a su argumentación, pues al ver que Vélez empleaba a Freitas como fuente, desarrolló una visión conspirativa según la cual el proyecto no era otra cosa que una vía para la sumisión del derecho argentino a los intereses del emperador del Brasil.

<sup>9</sup> Abiertamente alineado en el respaldo de la candidatura de Sarmiento, a quien se refería como "el candidato de El Nacional". La respuesta de Vélez se habría publicado en el mes de junio de 1869, pero no pude encontrarla en la búsqueda que hice en la hemeroteca de la Biblioteca Nacional, por lo que la cito a través de la transcripción completa de ella, realizada en la recopilación de obras de Alberdi hecha por Joaquín V. González, bajo el título de *Obras Selectas*.

<sup>10</sup> Fuero Real; más de doscientas leyes de Estilo; Leyes de Partida; seis volúmenes de Novísima Recopilación; Leyes de Indias y cédulas reales comunicadas a las Audiencias americanas, según lo detalló.

<sup>11</sup> La expresión traduce la idea fundacional que nutría el desarrollo encarado por Vélez con los códigos y en gran medida explica porqué, si bien las tuvo en consideración, no procuró dar continuidad a las instituciones jurídicas preexistentes, sino que las reemplazó por un modelo cincelado con herramientas originadas, en forma mediata o inmediata, en el derecho europeo continental, con centralidad en los criterios que nutrieron el Código civil francés.

<sup>12</sup> A esa cláusula de cierre del sistema se agrega que Vélez no había regulado el abuso de derecho, recién incorporado al código en 1968, por la reforma de la ley 17.711 y que decidió no admitir la "lesión enorme o enormísima", pese a que ello era cuestión común en diversos códigos extranjeros, porque, como lo explicó en la nota al artículo 943, "...dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades

las leyes..." (C.N., art. 20), convertía en ley un proyecto de Código Civil en el que la definición de la materia del matrimonio se daba a partir de lo dispuesto en la materia por la Iglesia Católica<sup>13</sup>.

Es claro que toda sanción de una ley es un acto político y lo fue la del Código Civil. Si bien el proceso de codificación no se inició con el Código Napoleón, con él se hizo explícito el propósito de cohesión política y jurídica que lo animaba y ese fue el espíritu con el que Vélez desarrolló su labor. Su código actuaba como una herramienta de instalación del ideario, de la concepción de la vida y de las cosas de la élite gobernante; tal su finalidad principal. Se trataba de normas escritas por las que se establecían derechos que, en caso de afectación, debían ser defendidos ante tribunales en los que el procedimiento a desarrollar también era escrito y el factor limitante de la posibilidad de comprensión de la norma por la población estaba dado por la altísima tasa de analfabetismo entonces existente<sup>14</sup>, lo que en gran medida contribuyó a cierta indiferencia de la población hacia el contenido de esa y de otras normas, cierto divorcio que ha perdurado a lo largo del tiempo y que se expresa en la opacidad de lo jurídico por la que el derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, no es conocido o no es comprendido por los actores de la escena, quienes cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances; en un contexto en el que grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia e implica que el mensaje del orden jurídico estatal no llega materialmente a la periferia de la estructura social (CÁRCOVA, 1998: 18 y 19). Desde otra mirada, se asigna a esa opacidad, expresada bajo la forma de una "anomia boba" el carácter de factor generador de niveles bajos de productividad o eficiencia en la sociedad argentina (NINO, 2005:31).

### 3. La constitucionalización del derecho privado.

En el derecho privado argentino se vivió por tiempo un absurdo, una fractura de la lógica del sistema jurídico, pues sus categorías y conceptos se desarrollaron en una suerte de endogamia retroalimentada por la doctrina y la jurisprudencia, que no remitían al nivel constitucional más que para hacer pié en la garantía del derecho de propiedad o en un concepto formal de la igualdad, sin abarcar otras garantías que o bien ya se encontraban comprendidas en el texto original de la Constitución de 1853, o fueron incorporadas por sucesivas reformas, hasta la de 1994, que, como veremos, transformó sustancialmente nuestro orden jurídico interno, con lógicos y múltiples efectos en el ámbito del derecho privado.

---

requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos", lo que dejaba objetivamente sin salida a quienes, en situación de inferioridad objetiva, fueran víctimas del aprovechamiento por otro.

<sup>13</sup> Hasta la sanción de la ley 2393, de Matrimonio Civil, el Código preveía el matrimonio entre personas católicas (art. 167); el celebrado con autorización de la Iglesia Católica (art. 180) y el celebrado sin autorización de la Iglesia Católica (art. 183). En la nota al artículo 167 Vélez sostenía que "...El resultado que ha producido en Francia la ley de matrimonio civil nos demuestra que el Código de Napoleón no ha hecho sin obligar a católicos y protestantes a contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Sólo a los que no profesan religión alguna puede satisfacer el matrimonio civil", por lo que la falta de regulación de éste afectaba expresa y especialmente a quienes estuvieran en tal situación.



Entre otros factores alcanzados por el cambio de circunstancias sociales, políticas y económicas, con impacto en el derecho, se verificó el cambio producido en la frontera entre el mundo del derecho público y el del derecho privado. Mientras para aquél estaban d destinadas las constituciones, como reguladoras de derechos frente al poder del Estado, éste estaba destinado a establecer las bases para el desarrollo de relaciones ajenas a la tensión entre el individuo y el poder político; esa división no era exclusiva de nuestro país, sino que se verificaba en la generalidad de los sistemas jurídicos occidentales, en los que se concebía la existencia de una esfera privada inexpugnable, en la que el hombre-padre-esposo solía determinar las reglas a las que debía sujetarse todo integrante del grupo familiar, manteniendo una férrea disciplina interna, con auxilio del Estado, que dictaba normas acordes con tal visión de la vida y del mundo y ponía el poder coercitivo del Estado al servicio de su sostenimiento. Tal concepción de las cosas fue, como veremos, superada no sólo en el espacio público sino también el ámbito familiar.

Al festejar los argentinos el Centenario de la Revolución de Mayo, regía en el país un ordenamiento jurídico que separaba conceptualmente en forma tajante los ámbitos del derecho público y del derecho privado; que admitía el ejercicio de una autoridad patriarcal, a cargo del padre y esposo, amo y señor del ámbito doméstico al que se encontraba básicamente confinada la actividad de la mujer; que establecía un sistema de igualdad formal que presuponía que dos personas, por el sólo hecho de negociar, se encontraban en situación de igualdad y en condiciones de alcanzar un resultado justo para ambos, por lo que no concebía vías de escape para quien quedara atrapado en una relación jurídica asimétrica, abusiva o notoriamente injusta. Ese diseño normativo concebía también el carácter absoluto del dominio del propietario de una cosa y en materia sucesoria consagraba una porción legítima notoriamente alta, lo que contribuía en gran medida a evitar la fragmentación, por vía de distribución de derechos hereditarios de las posesiones de las grandes familias de la élite social a la que pertenecía el autor del código.

Ello ha cambiado notoriamente desde entonces y hasta la sanción del Código Civil y Comercial, que produce un avance importante en términos de ajuste de las normas de derecho privado a las exigencias del bloque de constitucionalidad federal y a la realidad de la sociedad argentina. La clave de bóveda del nuevo ordenamiento se encuentra en los dos primeros artículos, que establecen que los casos que se planteen con relación a las normas del código "...deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte..." (ART. 1°) y que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros factores, "...las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos..." (ART. 2°). Como se lee, la intención del legislador ha sido la de dar la más amplia aplicación posible a las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, pues no ha limitado la decisión e interpretación a la aplicación de aquéllos que tienen rango constitucional, sino a todo tratado de derechos humanos<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> El Código Civil comenzó a regir el 1° de enero de 1871 y, según el Primer Censo Nacional, realizado en el año 1869, el 77,4% de la población argentina era analfabeta.

<sup>15</sup> Ello determina, por ejemplo, la aplicación, en los casos pertinentes, de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem Do Pará", aprobada por el Congreso Nacional por ley 24.632; entre otros tratados de derechos humanos sin rango constitucional. No obstante, es claro



El imperativo de decidir e interpretar conforme a los tratados exige que, por ejemplo, principios como el del “superior o mejor interés del niño” sea tenido en consideración en todas las decisiones que hagan a los intereses y derechos de niños, niñas y adolescentes, ello más allá de lo regulado en la materia en el artículo 26 del CCCN<sup>16</sup> o que, cuando se discute sobre si un inmueble satisface o no los requisitos de una vivienda adecuada o digna, se tomen en especial consideración los criterios establecidos en la Observación General N° 4 del Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, entre otras hipótesis posibles.

La Corte Suprema ha considerado que, en materias regidas por el Pacto de San José de Costa Rica, debían seguirse los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando también como guía las opiniones consultivas emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que llevó a que calificada doctrina en la materia (PINTO, 2007:128) sostuviera que tales opiniones consultivas gozan del valor de “doctrina”, en tanto el alcance que ellas asignan a las cláusulas de los tratados que son objeto de su interpretación es generalmente aceptado como derecho y otro tanto puede decirse de los documentos emanados de órganos de otros tratados, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas.

#### 4. La operatividad de las normas constitucionales.

El Derecho Privado importa al Derecho Constitucional porque contiene concreciones de los derechos fundamentales, “un derecho civil que protege la personalidad y la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional. El hombre despliega su personalidad libre pero a la vez está ligado a la comunidad” (TEDESCHI, 2001).

Si bien los juristas argentinos siempre proclamaron formalmente la supremacía de la Constitución, desde 1930<sup>17</sup> nuestra comunidad desarrolló su vida soslayando su vigencia por lapsos prolongados; aceptando que la usurpación de los poderes constituidos se impusiera al poder constituyente. No fue éste un fenómeno exclusivo de la República Argentina, sino que se verificó en otros países en los que gobiernos dictatoriales interrumpieron la posibilidad de desarrollo y evolución democráticos de sus sociedades. En la primera parte del Siglo XX, tal apropiación del espacio de debate propio de la vida democrática encontró justificación teórica en trabajos de autores como Karl Schmitt, quienes —a partir de su crítica del sistema de Weimar— cuestionaban a la democracia burguesa liberal, en un mundo en el que

---

que ello es lógica derivación de lo establecido en el artículo 75, inciso 22, primer párrafo “in fine” de la Constitución Nacional.

<sup>16</sup> Por ejemplo, que no se tolere que una escuela privada impida el ingreso de un chico porque el padre adeuda cuotas, diferenciando situaciones, pues si bien el colegio tiene derecho a cobrar las cuotas convenidas, para lo que podrá formular o un reclamo o iniciar un juicio, no puede hacerlo tomando como rehén del pago la continuidad escolar del niño.

<sup>17</sup> En ese año, la Corte Suprema de Justicia, por medio de una acordada emitida el día 10 de septiembre y firmada por los jueces Repetto, Figueroa Alcorta, Sagarna y Guido Lavalle, aplicó la doctrina del “gobierno de facto” del jurista canadiense Albert Constantineau (PELLET LASTRA, 2001: 59) y convalidó el golpe militar que derrocó a Hipólito Yrigoyen, el primero de varios que coartaron la vida democrática argentina durante el siglo XX.

ella era desplazada por el fascismo y por el comunismo. En tales casos, como fruto de la disciplina social impuesta desde el poder, la Constitución pierde su función, valor y eficacia como norma suprema y comienza a ser percibida por los habitantes del país sólo como un documento histórico, que no se invoca, o como una suerte de programa, de anhelo de lo posible (GARCIA DE ENTERRIA, 1984: 33).

Los gobiernos de facto siempre limitaron la vigencia de las garantías constitucionales y ello determinó el desarrollo de una dogmática de evolución independiente de la intermitencia constitucional, elaborada como si pudiera existir un derecho legítimo, válido, con independencia de la vigencia de la Constitución o bajo el imperio de los engendros jurídicos estatutarios elaborados por las dictaduras y al abrigo de esa visión de las cosas, hubo entre nosotros quien sostuvo que el Código Civil podía ser considerado más importante que la Constitución, por su incidencia en la vida cotidiana de las personas.

Nuestro país retornó a la vida democrática a fines de 1983 y entonces se inició un complejo proceso de reconstrucción y de reparación de los daños que la dictadura había generado; el que principió, como es lógico, por las libertades que aquella había conculcado especialmente, de un modo grosero, vinculadas con las garantías del debido proceso penal, de la libertad y la vida de las personas; pero que permitió que, en la medida que se avanzó en la búsqueda de Justicia para esas cuestiones, se pudiera también progresar en el despliegue de los valiosos restantes derechos de naturaleza social contenidos en la Constitución y en diversos Tratados de Derechos Humanos.

Hubo desde entonces otra mirada hacia la Constitución, reconociendo su rol fundamental; pero siempre operando sobre un texto, en esencia liberal, al que en 1958 se habían incorporado algunos derechos sociales que, en gran medida, habían mantenido para la sociedad ese carácter meramente programático, propio de esa mirada de matriz autoritaria a la que hice ya referencia.

En este trayecto, un cambio cualitativo importante se produjo cuando, el 2 de febrero de 1984, nuestro país suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por ley 23.054. Lo hicimos con expreso reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir denuncias por violaciones a las disposiciones de la convención en la República —cinco de septiembre de 1984—, lo que establecía una instancia supranacional de control del cumplimiento de sus disposiciones para los diversos derechos civiles y políticos allí enunciados, salvo lo inherente al de propiedad privada (art. 21), con relación al cuál nuestro país formuló una reserva en los siguientes términos: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social' y ni lo que éstos entiendan como 'indemnización justa'...". En gran medida, fue por ello —sino por grosera indiferencia o ignorancia— que nuestra jurisprudencia en materias como civil, comercial y previsional —siempre fogueadas por la "emergencias", en sus diversas mutaciones—, pareció soslayar la existencia de la convención, que tuvo mayor aplicación en ámbitos como el penal o el de los derechos personalísimos.

En el curso del Siglo XX, nuestro mercado se desarrolló siguiendo las pautas de producción y comercialización a gran escala que determinaron la aparición de los problemas propios de una sociedad atravesada por relaciones de consumo y, en atención a esa circunstancia, en 1993 el Congreso Nacional sancionó la Ley 24.240, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la que introducía una mirada renovada sobre los cambios operados en un sinnúmero de relaciones económicas que desbordaban los límites dogmáticos propios del Derecho Privado con el que venían siendo analizadas; pero esa norma sufrió una promulgación parcial, por vía del decreto 2089, del 13 de octubre de 1993 (B.O. 15/10/1993), que vetó algunas de sus disposiciones. La entrada en vigencia de esa norma marcó el inicio de un nuevo rumbo en el tratamiento de las relaciones de consumo, caracterizado por un cambio de los paradigmas imperantes, ya que un amplio sector de la contratación se sujetó a un estatuto particular sustentado en criterios derivados del orden público económico social de protección. Si bien el veto parcial del Ejecutivo afectó profundamente la eficacia inicial de la norma, ello determinó en alguna medida la posterior incorporación de la protección de los consumidores a la constitución, procurando darle una jerarquía que la dejara al abrigo de los vaivenes de los intereses políticos y económicos que procuraban limitarla.

Ante tal situación, afortunadamente, en 1994 se produjo un cambio profundo en nuestro sistema constitucional, pues la reforma operada en el texto de la Ley Suprema por la Convención Constituyente entonces reunida no sólo introdujo nuevos derechos —entre ellos los de los consumidores y usuarios, enunciados en el art. 42— sino que, por vía de lo establecido en el art. 75, inc. 22, amplió nuestra normativa constitucional a un conjunto de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que alejaron notoriamente nuestro bloque de constitucionalidad federal de su modelo estadounidense y le confirió perfiles propios, basamento para la construcción de un derecho orientado más a la atención de la realidad de los habitantes del país que a la incorporación de modelos extranjeros.

Así, nos encontramos hoy frente a un nuevo universo normativo, al que la dogmática tradicional no le basta; pues ella resulta insuficiente para dar respuestas satisfactorias a un conjunto de requerimientos constitucionales, en su proyección sobre una también nueva realidad; lo que no parece ser aún advertido en todos los casos por los operadores jurídicos, como lo veremos más adelante.

En este orden normativo de la Democracia, las normas constitucionales y convencionales recobran su rol de fuente de legitimidad de los productos normativos infraconstitucionales (leyes, decretos, resoluciones, sentencias, contratos, etc.), cuestión vinculada directamente con los dos primeros artículos del código, a los que ya hemos hecho referencia.

## **5. Los grandes cambios sociales con impacto en el Derecho Privado:**

Diversas han sido las transformaciones operadas en el Derecho, a nivel global, durante el pasado, muchas de ellas estrechamente vinculadas con la Segunda Guerra Mundial<sup>18</sup>. Esas transformaciones

---

<sup>18</sup> El ingreso masivo de las mujeres como parte de la fuerza laboral tuvo que ver con la necesidad de cubrir los puestos dejados por los hombres que habían sido movilizados a los distintos frentes de combate y ello generó un cambio que provocó un avance en el reconocimiento de derechos y en el camino, aún en tránsito, hacia la igualdad

técnicas y sociales dieron lugar a un proceso de cambio en los conceptos y categorías jurídicas, que no ha hecho más que acelerarse en términos exponenciales.

El desarrollo del Derecho durante el Siglo XX puso en crisis el proyecto moderno de regulación, en el que las constituciones organizaban el funcionamiento del Estado y los Códigos, el comportamiento que debían observar las personas en los restantes ámbitos de la vida del país. En un primer momento, por el desarrollo de los Estados de Bienestar, su legislación protectoria y el avance del espacio de lo público sobre el derecho privado y en un segundo momento, por la globalización, la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social (TEDESCHI, 2001).

En la economía moderna, muchas habilidades son de corta vida; en la tecnología y en las ciencias, al igual que en formas avanzadas de producción, los trabajadores necesitan reciclarse a razón de un promedio de entre cada ocho y doce años; pero la mayor parte de la gente necesita un relato de vida que sirva de sostén a su existencia, se enorgullece de su habilidad para algo específico y valora las experiencias por las que ha pasado; por lo que el ideal cultural de las nuevas instituciones es perjudicial para muchos de los individuos que viven en ellas (SENNETT, 2008: 11-12). Se produce un fenómeno de despersonalización, de limitación del ámbito privado, penetrado por vías diversas o expuesto directamente por las personas en la definición de diversos aspectos de su vida por las redes sociales.

Atravesado por las normas internacionales sobre derechos humanos, nuestro sistema jurídico se vio transformado, con efectos revitalizadores en todas las áreas jurídicas. No obstante, como todo proceso de cambio, el signado por esa transformación aún enfrenta resistencias. Uno de los argumentos que habitualmente se invocan para intentar soslayar la aplicación de los derechos sociales contenidos en tratados sobre derechos humanos sostiene que mientras que el respeto de los derechos habitualmente incluidos en la categoría de los "civiles y políticos" se puede alcanzar por vía de una conducta negativa del Estado —no detener arbitrariamente a las personas, no condenarlas sin juicio previo, no interferir con el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, etc.—, los derechos sociales exigen acciones positivas, pues para su satisfacción requieren del diseño de políticas concretas (ABRAMOVICH – COURTIS, 2002: 19 a 28), por lo que no pueden ser los jueces quienes dispongan su implementación. A poco que se reflexiona sobre la cuestión, es posible establecer que tal intento de distinción es falaz o aparente, pues también el respeto de los derechos civiles exige de parte del Estado la creación de la infraestructura necesaria para ello; de hecho, la comunidad destina una gran cantidad de recursos para hacer efectivo el derecho de propiedad, a través de la organización de registros, de servicios de catastro, de juzgados, etc. y, por otra parte, los derechos sociales también entrañan obligaciones de abstención —no dañar la salud, no empeorar la educación, etc. —.

---

de género; los avances farmacológicos y en tecnología médica derivados de las necesidades de atender heridos y de la transformación de la tecnología bélica, especialmente la relacionada con mecanismos de detección y con el control de la energía nuclear, provocaron un gran desarrollo de los medios diagnósticos y de tratamiento que inciden hoy en una prolongación de las expectativas de vida medias de la población y los crímenes cometidos por los nazis en los

Es claro que las disposiciones de los tratados deben ser aplicadas como norma constitucional. No se trata de programas políticos ni de enunciados de buenos propósitos, sino de normas jurídicas que establecen derechos que deben ser garantizados por el sistema jurídico argentino. Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene por único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el judicial, por lo que su violación no sólo genera un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino también la violación de la Constitución misma y, en el plano interno, la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de normas de rango constitucional (ABRAMOVICH – COURTIS, 2002, 72).

La concepción tradicional de los derechos humanos o fundamentales entendía que ellos se encontraban dirigidos sólo contra el Estado, pero nuestra Corte Suprema de Justicia estableció hace tiempo que “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (Fallos 241:298, caso “Kot”).

## **6. De poderosos a vulnerables, el cambio operado en el paradigma igualitario:**

Por tiempo, los derechos de los que gozaban las personas se encontraban directamente asociados a su posición en la estructura social; distribución estamental que alcanzó su máxima expresión en el sistema absolutista, en gran medida luego deconstruido por la idea de la igualdad jurídica de los sujetos, sin importar su condición social, que la Revolución francesa empleó como ariete argumental, idea fuerza, para la demolición del régimen anterior<sup>19</sup>. Una pluralidad de status y predicados jurídicos fue simplificada por vía de la idea de igualdad, el igualitarismo significó la unicidad del sujeto (TEDESCHI, 2001). Ese concepto de igualdad formal penetró en el código civil francés y, a través de él, en el nuestro y confluyó con la regla igualitaria del artículo 16 de la Constitución Nacional, de vertiente diversa y con base en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció hace tiempo su tradicional criterio con relación a que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. El problema ha sido que, tanto por cómo se concibieron los derechos, como por la organización del sistema institucional, el liberalismo que nutría tal concepción terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente (GARGARELLA, 2008: I-19).

El concepto de igualdad formal así enunciado en diversas áreas de nuestro sistema jurídico era, en el mejor de los casos, performativo y distaba de verificarse en la realidad; de hecho, su aplicación sin considerar la distinta situación de determinadas categorías de sujetos que sufrían desventajas sociales ostensibles, generaba inequidad, injusticia. Por ello, a partir de mediados del siglo pasado, como producto de números factores confluyentes que ya hemos enunciado someramente, comenzó a verificarse un

---

campos de concentración, llevaron a Polonia a proponer a la consideración de las Naciones Unidas el documento base de la que luego se transformó en la Convención sobre los Derechos del Niño.

cambio profundo en la concepción del principio igualitario, con reformas producidas en diversos microsistemas normativos por las que se procuró avanzar hacia una igualdad estructural, de concreción posible, efectiva, real. Como resultado de esa labor, hoy verificamos que existen en nuestro sistema jurídico categorías de personas que gozan de un trato favorable a sus intereses, como los consumidores (art. 42 de la C.N.) y otras que a ello suman su carácter de acreedores de acciones positivas del Estado, orientadas a lograr para ellas condiciones de igualdad efectiva (ancianos, niños, mujeres y discapacitados, art. 75, inc. 23 de la C.N.). El régimen diferenciado del que gozan esas categorías de sujetos no depende ya de su mayor poder en la sociedad, sino de su vulnerabilidad y de la necesidad de establecer herramientas que les permitan morigerar o superar las asimetrías estructurales que aún padecen.

Es que la igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias (ALEXY, 1986: 384). El trato jurídico diferenciado ha pasado de ser, entonces, un privilegio impuesto por los poderosos a un derecho del que gozan los vulnerables y opera como un nivelador de asimetrías estructurales en procura de la deseada igualdad. La especial protección de la que gozan los niños o el derecho a una mayor autonomía de los ancianos, el respeto por los derechos de las mujeres o de las personas que sufren alguna forma de discapacidad no pueden ser hoy soslayados en las relaciones entre particulares, quienes no pueden someter a las personas que integran esas categorías a trato discriminatorio. Por ello, actualmente podemos distinguir dos visiones de la igualdad: la "clásica", próxima al pensamiento liberal tradicional, de cariz individualista, que ha dominado por tiempo entre nosotros la discusión sobre la igualdad, y otra, que podemos denominar "estructural", para la que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a sectores de la sociedad (SABA, 2007), lo que permite una interpretación diferente del principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución, acorde con las modificaciones introducidas a nuestro sistema normativo por la reforma constitucional de 1994.

Los mecanismos técnicos de morigeración de las asimetrías padecidas por las categorías antes mencionadas, determinan una nueva pluralidad de sujetos de derecho; caracterizada por su mayor vulnerabilidad y esencialmente reconocida para generar igualdad en términos estructurales y no para limitarla. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la protección; vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica. Se trata de una desigualdad específica, que se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás y que obsta a su posibilidad de elección racional, pues ella se encuentra condicionada. La vulnerabilidad puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etc. (LORENZETTI, 2003, 35 a 41).

---

<sup>19</sup> La introducción del paradigma igualitario importó una auténtica "revolución", pues provocó un cambio en el eje del sistema de atribución de derechos, notoriamente divergente del preexistente (KHUN, 1971).



## 7. Otros cambios relevantes: la difuminación del límite entre lo público y lo privado:

El avance del mercado y de la sociedad de consumo, su penetración en diversas esferas de la vida de las personas, produce en gran medida un ocaso de la individualidad del hombre común, la que desaparece en el anonimato cotidiano, en una sociedad de masas, con contenidos culturales y actividades estandarizadas que determinan sentidos colectivos.

La instalación de la inseguridad como uno de los temas de la cotidianeidad de la población no sólo sirve al control social sino que genera una notoria transformación de los espacios públicos y privados, transformados en áreas vigiladas, monitoreadas.<sup>20</sup> Constituye, por otra parte, el motor de negocios de enorme envergadura económica, como los generados por las empresas de vigilancia, las de alarmas, los seguros domiciliarios y personales, etc.<sup>21</sup>

En esa situación, el reconocimiento de mayor autonomía subjetiva y el específico de la dignidad personal, por vía de la habilitación de la posibilidad de reclamar la prevención y la reparación de los hechos o actos lesivos de la honra, reputación o dignidad personal; de la exclusión del objeto de los contratos de los hechos contrarios a la dignidad de la persona humana (ART. 1004) y de la imposición de trato digno y no discriminatorio en los contratos de consumo (ARTS. 1097 Y 1098), entre otros recursos técnicos, se orienta en el sentido de preservar a la persona de la sumersión en las circunstancias señaladas.

## 8. Algunos aspectos de la regulación del Código Civil y Comercial que dan cuenta de un cambio de enfoque en el devenir del Derecho Privado:

Muchos de los factores y conceptos mencionados pueden ser rastreados en las líneas del nuevo código. En los apartados siguientes efectuaremos una selección de aspectos regulatorios en los que puede verificarse la traza de una concepción de las cosas que, si bien coincide con el deber ser constitucional, se aparta de los criterios con los que ha operado por tiempo el derecho privado argentino.

### 8.1. Persona humana, dignidad y autonomía:

En el artículo 19 del CCCN se establece que la persona comienza con la concepción, enunciado acorde con el empleo de técnicas de reproducción asistida como una tercera fuente filial y modo de respetar el derecho de toda persona a formar una familia. Una interpretación sistémica del enunciado normativo determina que la concepción se deba considerar operada con la implantación del embrión, ello en razón de lo establecido en el artículo 20, que dice que por concepción se entiende el lapso entre el

<sup>20</sup> La entrada o salida de una persona de su domicilio, los espacios por los que se desplaza en su domicilio, los lugares que recorre en la ciudad o en un territorio más amplio, pueden ser seguidos por sistemas de monitoreo asociados a alarmas domiciliarias o al teléfono celular que porta todo el tiempo consigo, como si fuera un atributo de su personalidad.

<sup>21</sup> Ese movimiento económico y jurídico transcurre detrás de bastidores, pese a su rotunda presencia en las calles. Los contratos que vehiculizan estos negocios se encuentran comprendidos en otros, más asépticos, regulados en el código —como los de obra y servicios— o fuera de él —como el de seguro—. Las fuerzas de seguridad privada patrullan la frontera entre el mundo del consumo y quienes quieren acceder a él desde los sectores desplazados.



mínimo y el máximo del embarazo y éste se produce con la implantación del embrión; al tiempo que el artículo 21 alude expresamente a tal implantación. Tal interpretación es coherente con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica", del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para nuestro país, en el que se concluye que el embrión no implantado no es persona en los términos del art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (HERRERA, 2014).

El Código Civil y Comercial amplía el ámbito de autonomía que habitualmente se reconocía a determinados sujetos considerados incapaces, como los niños y las personas con capacidad restringida. El criterio de atribución de la mayor autonomía posible es especialmente importante frente a la situación de la población de edad avanzada, la que tiende a aumentar, en gran medida en razón de los avances en materia de tratamientos médicos y por el desarrollo de políticas públicas de cuidado de la salud de la población. En nuestro país existe una tendencia a aislar a los ancianos, en muchos casos por cuestiones vinculadas con su cuidado en circunstancias complejas para el desarrollo de la vida familiar y es importante darles la posibilidad de desplegar en el mayor grado posible sus potencialidades vitales.

En el caso de los chicos, se incorpora al Código Civil y Comercial un diseño de capacidad progresiva de los niños y adolescentes, especialmente contemplado en el artículo 26. El que hoy nuestro derecho valide la voz de los chicos tiene que ver con profundos cambios habidos en la sociedad global, con la lógica crisis del sistema patriarcal y el cambio de mirada social sobre la sexualidad. Es claro que la principal fuente constitucional del deber de trato preferente a favor de los niños es la Convención sobre Derechos del Niño; pero en el mismo sentido se orientan otros instrumentos constitucionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º, inc. 3º); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 7º, incisos 1º y 2º).

Históricamente, nuestro sistema jurídico siempre estableció un régimen de protección especial de los derechos de los menores de edad, pero por tiempo lo ajustó a los criterios derivados del sistema patriarcal que dominó por largo tiempo nuestro derecho; ellos gozaban de la representación promiscua del Asesor o Defensor Público de Menores e Incapaces, establecida en el artículo 59 del Código Civil. Pero, en razón de lo establecido en la CDN se pasó de un régimen eminentemente tutelar a otro de reconocimiento de derechos y garantías del niño en el que se prevé su capacidad progresiva y la mirada asistencialista fue sustituida por el paradigma de la "protección integral" por el que se reconoce a los chicos derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, propios, sin desconocer su condición de personas en desarrollo (MINYERSKY, 2007). Tal cambio importó una mutación profunda en el paradigma de abordaje histórico, de la condición jurídica de la niñez argentina. Hoy se entrecruzan en la protección de los niños normas constitucionales de origen diverso, cuestión evaluada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 que, si bien no logró avanzar en forma significativa en la definición de las características jurídicas de la protección de la infancia en la región (BELOFF, 2004), tiene la riqueza de contener una evaluación

general del resultado de esa confluencia de las disposiciones de la CDN, proveniente del sistema de Naciones Unidas, con la CADH, regional.

En el caso de las personas incapaces o con capacidad restringida, se presume la capacidad general de ejercicio de toda persona, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; se consideran excepcionales las limitaciones a la capacidad, se preserva el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión y se reconoce su derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada (ART. 31). La determinación de la incapacidad debe hacerse por medio de un equipo interdisciplinario y la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, con el menor grado posible de afectación de la autonomía personal (ART. 38). La sentencia puede ser revisada en cualquier momento a pedido del interesado y sino, ello debe ser realizado por el juez cada tres años (ART. 40). El anterior régimen de curatela es sustituido por el diseño de un sistema de apoyos, que puede ser conformado por varias personas (ART. 43), lo que posibilita atender a la realidad de muchas familias y distribuir la responsabilidad de acompañamiento o cuidado entre sus integrantes, sin que la enorme carga que a menudo ella implica recaiga sobre uno sólo de sus integrantes, como ocurría hasta ahora.

En cuanto a la autonomía de decisión de las personas humanas con relación a la atención de su salud, el código incorpora la regulación del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud; reconoce también el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital por parte de quienes padezcan una enfermedad irreversible, incurable, se encuentren en estado terminal o hayan sufrido lesiones que las coloquen en similar situación y en tanto los tratamientos resulten desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, produzcan un sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto prolongar el estado terminal irreversible (ART. 59). El paciente tiene, en todos los casos, derecho a recibir cuidados paliativos integrales. También prevé el otorgamiento de directivas médicas anticipadas y que la persona que prevé su propia incapacidad, confiera mandato específico para el cuidado de su salud, así como determinar quiénes serán la o las personas que expresarán el consentimiento para la decisión sobre actos médicos y para ejercer su curatela; expresión revocable en todo momento (ART. 60). Tales previsiones se integran con las previsiones sobre exequias e inhumación y la disposición del cadáver con fines terapéuticos, científicos o pedagógicos, lo que posibilita a las personas encarar el final de su vida con dignidad, evitando que ella se prolongue en condiciones indignas, humillantes o vergonzosas, para revertir el proceso señalado por Ariès, quien afirmaba que la sociedad moderna privó al hombre de su muerte (ARIÈS, 1975:213).

## **8.2. Diversidad. Pluralidad de conformaciones familiares:**

En los últimos años, los argentinos avanzamos sustantivamente en términos de igualdad, al incorporar a nuestro sistema jurídico el denominado matrimonio igualitario. Ello respondió a una valoración de la realidad social en la que se verifican múltiples formas familiares, muchas de ellas

conformadas más allá del corsé legal con el que históricamente se ha procurado regular la materia, basado en criterios que no pueden hoy superar un test de constitucionalidad basado en un criterio igualitario acorde a los tiempos y a las normas que integran el bloque de constitucionalidad federal. Se suma a ello la transformación generada por los cambios en materia de Biotecnología, es que “¿Acaso Vélez Sársfield podría imaginarse que una mujer sin pareja puede ser madre por reproducción asistida con donación de esperma de un tercero?” (HERRERA, 2014).

El código regula el matrimonio en forma amplia, no discriminatoria (LIBRO SEGUNDO, TÍTULO I), ampliando la autonomía de los integrantes del vínculo, quienes pueden elegir entre un régimen patrimonial de comunidad de bienes o de separación de bienes. Se regulan también las uniones convivenciales, con protección de derechos para sus integrantes (LIBRO SEGUNDO, TÍTULO III). Y en ambos supuestos se establece un régimen protectorio destinado a la tutela de la vivienda familiar, reconociendo la importancia que el derecho a una vivienda adecuada tiene para el desarrollo de las personas, por ser base de asiento para el desarrollo de actividades vinculadas con otros derechos, como los de educación o salud, que no pueden ser adecuadamente ejercidos sin una base estable que posibilite cierta continuidad en las actividades que la atención de aquéllos requieren.

No obstante la regulación, subsisten entre el matrimonio y las uniones convivenciales diferencias sustantivas, pues aquél genera efectos jurídicos que no operan en éstas, entre los que se cuentan: 1) el cónyuge es heredero legítimo, no así el conviviente, quien sólo podrá recibir bienes hereditarios por testamento, con respeto de la legítima de los herederos forzosos; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes, mientras que las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión y 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales, el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria, supuesto que no se previó para la unión convivencial (HERRERA, 2014).

El código abandona el sistema de divorcio culpable, con base en causales preestablecidas, evitando la degradación que aquél habitualmente generaba y que solía proyectar efectos altamente negativos en el desarrollo de los hijos. El proceso de divorcio se transforma, siendo más una labor de co-construcción de soluciones consensuadas sobre los efectos derivados de la ruptura del vínculo y no un proceso en el que el juez efectúa una intervención estatal en la vida íntima de la pareja. En ese contexto, se prevé la atribución de compensaciones económicas entre quienes se divorcian (HERRERA, 2014).

El código incorpora la noción de “coparentalidad”, reconociendo igualdad entre ambos padres y en materia filiatoria, atiende a la diversidad de situaciones que pueden presentarse y utiliza como criterio de atribución el de la voluntad procreacional<sup>22</sup>, que trasciende los ceñidos límites impuestos por la Biología, con una visión mucho más amplia, idónea para contemplar situaciones como las generadas por

<sup>22</sup> Es titular de la “voluntad procreacional” quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos, ello por cuanto las técnicas de reproducción humana asistida permiten dissociar entre el elemento biológico, el genético y el volitivo. La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por dichas técnicas.

las técnicas de reproducción humana asistida (ARTS. 562, 563 y conc.) y prevé la situación de las denominadas familias ensambladas, reconociendo la figura del progenitor afín, quien sin ser padre ni madre vive el día a día cotidiano con el hijo de su pareja y a quien se le atribuye la posibilidad de cooperar en la crianza y cuidado, actuar en casos de urgencia, etc., prevaleciendo el criterio del progenitor; con lógica sistémica, el progenitor afín tiene deber alimentario subsidiario a favor de los hijos de su cónyuge o conveniente (HERRERA, 2014).

En materia de adopción, se la define como una institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando éste no puede hacerlo en su familia de origen. Se prevén dos procesos diferenciados, el primero, en el que se declara la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un lugar de importancia y en el segundo, el proceso de adopción propiamente dicho, son los pretensos adoptantes quienes cumplen un rol central, interviniendo como principal destinatario el pretense adoptado, quien es considerado parte en ambos procesos cuando cuenta con edad y grado de madurez para intervenir con su propio patrocinio letrado; se incorpora al texto civil la figura del abogado del niño que regula la ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. En un primer momento se debe analizar si realmente el niño puede permanecer con su familia de origen o ampliada, pues si llegara a ser así, la adopción no sería viable. Si no puede permanecer en ella, la adopción puede satisfacer el derecho de niño a vivir en familia. En cuanto a los tiempos que habitualmente insume un proceso de adopción, se fijan plazos y un procedimiento acorde a las exigencias del Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes establecido por la ley nacional 26.061 (HERRERA, 2014).

### **8.3. Una regulación para la realidad del mercado:**

Ocupamos nuestro asiento en un avión comercial, tren o micro, y esperamos que alguien haya controlado que las cosas estén en regla. Nos sometemos a una práctica diagnóstica médica, dando por sentado que el aparato con el que se va a efectuar está bien calibrado y que no nos producirá ningún daño. Empleamos teléfonos celulares, en la inteligencia de que no afectarán nuestras neuronas mientras conversamos por medio de ellos. Ingresamos a una vía con peaje, descontando que podremos transitar por ella sin encontrar obstáculos imprevistos en el camino. Confiamos a diario en sistemas prediseñados, establecidos por años de evolución y por una multiplicidad de personas que intervinieron en su concepción, diseño, puesta en marcha, conducción y mantenimiento. Muchos de esos sistemas hoy día cuentan con capacidad para resolver problemas automáticamente, sin intermediación directa de la voluntad humana, transformándose en sistemas expertos, que constituirán parte cotidiana de nuestra vida en los próximos años.

De todos modos, hay una cuestión que es clara, y es la necesaria confianza de los usuarios en sistemas que no pueden controlar y cuya complejidad la mayoría no pueden comprender. La asimetría abismal existente en las relaciones de consumo con componente tecnológico involucrado y la imposibilidad del usuario de hacer "algo" concreto frente a ello determina la razonabilidad del sistema

protectorio y de la traslación de los riesgos de operación a la parte experta. Ello ya se encontraba previsto en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240 y sus modificatorias), pero ahora se incorpora un núcleo duro de la regulación al Código Civil y Comercial; lo que es importante en términos de cambio en los contenidos normativos básicos de los códigos, aun cuando no se produzca una variación significativa en el diseño del sistema legal, pues cuando Vélez y Acevedo elaboraron el Código de Comercio los intercambios lucrativos entre comerciantes y no comerciantes sólo eran regulados como actos de comercio y no como actos de consumo, noción que la Economía no había trasvasado aún al Derecho. El Derecho Mercantil ha regulado las instituciones y los intereses propios de proveedores y empresarios, sin que se contemplara la situación de los consumidores, quienes, a diferencia de los empresarios, adquieren bienes para satisfacer sus necesidades, las de su grupo familiar o social y no para transformarlos en valores de cambio; pero hoy lo que da ganancias es la desenfrenada velocidad de circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo —no la durabilidad ni la duradera confiabilidad de los productos— (BAUMAN, 2002: 2 y 48 a 50), lo que genera dinámicas de mercado con altísima idoneidad para generar perjuicios a los consumidores.

Los consumidores son los grandes protagonistas del derecho comercial moderno y su protección y la disposición de mecanismos para la defensa de sus intereses, se presenta para el Estado, como un mecanismo para regular la economía en términos de Justicia, pero también como una necesidad política, la de poner límites razonables al crecimiento de las grandes fuerzas económicas, capaces de condicionar las funciones de gobierno de una sociedad, controlando sus operaciones.

La regulación de los contratos de consumo dentro del Código —cuestión novedosa en el derecho comparado— provoca la fragmentación del tipo general de los contratos, por la que muchos de ellos habrán de tener su versión contrato paritario y su versión contrato de consumo; ello no ocurrirá en todos los casos, pues hay determinados contratos, regulados por el código, en los que la existencia de una versión consumo no es posible, como ocurre, por ejemplo, en los casos de los contratos de agencia, concesión o franquicia, que se dan siempre entre empresas y con finalidad de proyección lucrativa en actividad de mercado.

El nuevo código atiende a la realidad de mercado y así regula especialmente los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y, dentro de ella, incorpora la previsión de cláusulas abusivas (ARTS. 984 a 989), lo que resulta de importancia, pues tal modalidad de vinculación contractual puede darse fuera del ámbito de los contratos de consumo, para los que ya se encontraba previsto el régimen de invalidación de las cláusulas abusivas. De tal modo, el código produce en la materia un avance razonable, destinado a evitar situaciones de abuso. La regulación da cuenta de una visión amplia de la realidad del mercado, puesta en evidencia por ello y por la incorporación al título preliminar de un artículo, el 11, referido al abuso de posición dominante en el mercado; el que proporciona a los jueces una herramienta para intervenir en relaciones en las que aquélla se verifique, haciendo cesar los efectos distorsivos y fijando un resarcimiento, de ser ello pertinente.

En materia específica de contratos de consumo, el código mantiene el criterio de interpretación en favor del consumidor (ARTS. 1094 y 1095); se ocupa de las prácticas abusivas, imponiendo el trato digno, equitativo y no discriminatorio de los consumidores (ARTS. 1096 A 1098); regula las cláusulas abusivas (ARTS. 1117 a 1122); impone la provisión de información y regula la materia de la publicidad y sus efectos (ARTS. 1100 A 1103); introduce en el código la regulación del régimen de la contratación fuera de los locales comerciales (ARTS. 1104 a 1116), entre otras cuestiones.

Entre los treinta y un contratos que el código regula, incluye un subsistema dedicado a los contratos bancarios, imponiendo su categorización en contratos de cartera comercial o de consumo y reservando para estos mayores exigencias en materia de información, destinadas a posibilitar una mejor tutela de los intereses de los consumidores de servicios financieros y bancarios. Ello responde en gran medida a la experiencia vivida por los argentinos en las últimas décadas, realidad que el código considera.

El CCCN responde también a las exigencias de los sectores empresariales del mercado y de allí que se haya introducido en él la regulación del contrato de arbitraje, que permite la resolución de conflictos entre operadores económicos fuera de los tribunales. De esta posibilidad se encuentran expresamente excluidos los litigios derivados de relaciones de consumo, lo que es razonable en términos de protección de los consumidores, para quienes se han diseñado otros mecanismos de reclamo y resolución de conflictos, como los previstos en la ley .

La importancia del establecimiento de un "núcleo duro" de protección de los consumidores se deriva de que numerosas actividades que antes eran monopolizadas por el Estado son hoy ejercidas por particulares, y se ha desarrollado el concepto de "orden público económico", al que atañen las cuestiones de regulación del mercado y, más específicamente, de un "orden público protectorio", por el que, con fundamento en la vulnerabilidad del consumidor, se justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (LORENZETTI, 2003: 24).

Ello aparece con especial evidencia en contratos relacionados con necesidades básicas de la población, como los de servicios de salud, evaluación y transporte.

La experiencia histórica de la etapa de expansión de la sociedad capitalista abierta a un mercado de consumo masivo ha permitido verificar una tendencia natural por la que los proveedores de bienes y servicios tienen a maximizar sus beneficios y, en algunos casos, a abusar de su eventual posición dominante en el mercado. Y ello se ha corroborado en grado tal que no pueda considerarse posible descansar exclusivamente en la confianza en la buena fe de los sectores empresariales, de cara al respeto de los derechos de los consumidores y usuarios, lo que ha determinado históricamente la necesidad de contar con medidas legislativas, judiciales y administrativas, que posibiliten alcanzar efectividad en la protección frente a conductas que pueden ir desde la grosera violación y el abuso hasta el mero soslayo, la desatención por ignorancia, culpa o ventaja; situaciones en las que el consumidor se encuentra en situación de desventaja en una relación asimétrica en cuya regulación no tiene mayor poder de incidir.



#### **8.4. Otros cambios destacables:**

En materia de derechos reales, se incorporó al código la regulación de la Propiedad Horizontal y la de los conjuntos inmobiliarios, complejos de tiempo compartido y cementerios privados, cuestiones de importancia, pues se uniforma el criterio legal, actualmente atomizado en soluciones diversas, en distintas regiones del país, las que a menudo derivan en la afectación de los derechos de los particulares.

En materia sucesoria, entre otros cambios, el código disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción, lo que aumenta el grado de autonomía del causante al tiempo de adoptar disposiciones de última voluntad (ART. 2445).

Finalmente, consideramos importante destacar que el código establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (ART. 2561, último párrafo); lo que, más allá de la razonabilidad técnica ostensible de la medida, constituye un importante mensaje respecto de su contenido axiológico.

#### **9. Conclusiones:**

El nuevo Código Civil y Comercial, que impone la solución de los casos sometidos a su aplicación según las disposiciones de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos, deberá actuar como catalizador en el proceso de constitucionalización del derecho privado argentino, el que viene desarrollándose con notoria demora, por una suerte de blindaje de gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia, reacias a variar la óptica desde la que habitualmente abordaron los temas de la especialidad, con base en criterios y razonamientos desarrollados al interior de un derecho civil que se desarrolló entre nosotros con cierta lógica endogámica, que debe ya abandonar.

Emplea un lenguaje mucho más claro, llano y comprensible para los destinatarios de la norma que el de sus antecesores, los códigos Civil y de Comercio, ahora derogados. Con criterio realista e igualitario, coloca en valor una autonomía sustantiva, desplegada en el máximo grado posible, de acuerdo a las circunstancias del sujeto; supera la visión declamatoria, formal, del derecho a la igualdad, para dar cuenta de una concepción estructural. Considera y establece la regulación para las distintas formas de familia que se presentan en nuestra sociedad y atiende a la evolución de la Biotecnología, con impacto en el reconocimiento de derechos filiatorios. Protege los derechos de los consumidores por vía de la incorporación de su núcleo duro al código. Contempla las nuevas formas de propiedad e incorpora en distintas áreas las mejoras que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia han venido reclamando por tiempo, etcétera.

El altamente probable que tamaño esfuerzo legislativo enfrente una reacción conservadora que procure enervar los efectos de tal orientación constitucional; pero ella deberá ceder, por imperativo de las necesidades de una sociedad plural en su avance hacia una mejor calidad de vida individual y colectiva.



La sanción de un código en tiempos de descodificación (IRTI, 1992: 33) constituye una apuesta relevante en procura de la resignificación de un sistema de derecho útil para las personas, un esfuerzo a contracorriente de la crisis global de la razón jurídica (FERRAJOLI, 2010:18).

El Código Civil y Comercial constituye una herramienta idónea para la difusión y el conocimiento del derecho que rige la vida cotidiana de los habitantes del país (ART. 4 CCCN), un vehículo para la construcción de ciudadanía y para cimentar las bases de una sociedad más justa, una sociedad de iguales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002) *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALBERDI, J.B. (1868) *Obras completas*, tomo VII. Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1887.
- ALBERDI, J.B. (1920) *Obras Selectas*, tomo IX, Escritos Jurídicos, volumen 2º. Librería La Facultad. Buenos Aires, 1920, recopilación a cargo de Joaquín V. González.
- ALEXY, R. (1984) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARIÈS, P. (1975) *Morir en Occidente*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2000.
- BAUMAN, Z. (2002) *Modernidad Líquida*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de México, 2002.
- BELOFF, M. (2004) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- CÁRCOVA, C. M. (1998) *La opacidad del derecho*. Madrid, Trotta, 1998.
- FERRAJOLI, L. (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2010.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1981) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1993.
- GARGARELLA, R. (2008) "El contenido igualitario del constitucionalismo", en GARGARELLA, R. (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot., 2008.
- HERRERA, M. (2014) *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, DACF140723, 2 de octubre de 2014.
- IRTI, N. (1992) *La edad de la descodificación*. Barcelona, Bosch, 1992.
- KHUN, T. S. (1971) *La estructura de las revoluciones científicas*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de México, 1971.
- La Educación de Jóvenes y Adultos —Estado de situación en la Argentina— Ministerio de Educación de la Nación, agosto 2000, donde se cita a CFI Analfabetismo en Argentina, Evolución y Tendencias actuales. Buenos Aires, 1963. Ministerio de Educación y Justicia, CONAFEP, Plan Nacional de Alfabetización. Buenos Aires, 1985.

- LORENZETTI R. L. (2003) *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- MINYERSKY, N. (2007) "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en GROSMAN, C. (dir.) *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, ps. 251 a 277.
- NINO, C. (2005) *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires, Ariel, 2005.
- PELLET LASTRA, A. (2001) *Historia Política de la Corte (1930-1990)*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.
- PINTO, M. (2007) "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en CELS (2007) *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires, CELS y Editorial Del Puerto, 2007.
- Primer Censo Argentino, Introducción, Capítulo XV, dedicado a los datos relativos al nivel de instrucción de la población censada (publicación oficial, Buenos Aires, 1872), imágenes digitalizadas consultadas en la página : [http://www.deie.mendoza.gov.ar/tematicas/censos/censos\\_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html](http://www.deie.mendoza.gov.ar/tematicas/censos/censos_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html).
- SABA, R. "(Des)igualdad estructural, en El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario". ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coords.), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197.
- SENNETT, R. (2006) *La cultura del nuevo capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006.
- TEDESCHI, S. (2001) "El Waterloo del Código Civil Napoleónico", COURTIS, C. (comp.) (2001) *Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, pp. 159 a 181.