

**Herrera, Daniel A.**

*Algunas reflexiones sobre los fundamentos del  
Código*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2012). Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/algunas-reflexiones-fundamentos-codigo-herrera.pdf>

[Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CÓDIGO

DANIEL A. HERRERA

### 1. Antecedentes del Código

*“Las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlas, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que estas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica de un pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades”<sup>1</sup>.*

Estas palabras no fueron dichas por Aristóteles, ni por Cicerón, ni mucho menos por Tomás de Aquino, sino por un ilustrado como Portalis, en su célebre discurso inaugural del Código de Napoleón, que sin duda fue una de las fuentes principales de nuestro Código Civil que hoy se quiere reformar. Para el movimiento de codificación imperante en aquella época, los códigos constituían un ordenamiento sistemático de normas que regulaban de forma unificada un determinado sector de la realidad jurídica, en este caso el Derecho Civil.

Ahora bien, esto no quiere decir que dichas normas eran creadas de la nada, o deducidas de ideas claras y distintas, conforme al método del racionalismo cartesiano, sino que en cuanto al contenido fueron más bien compilaciones o consolidaciones de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica demandaba<sup>2</sup>. “El meollo del problema –como dice Quintana– no se encuentra en la materialidad del derecho legislado en el *Code*, sino en las escuelas interpretativas y hermenéuticas que se apoderaron *a posteriori* de él, viables por el método racionalista, que no es un simple instrumento, sino una concepción filosófica, que prescindiendo de la realidad, abrirá sí, paso a los ideales iluministas e ilustrados que se nutrían del empirismo y del utilitarismo”<sup>3</sup>.

Esta idea de Códigos completos y autosuficientes, con rigurosidad científica y seguridad jurídica (aun a costa de la justicia), donde el interprete se ajustaba a repetir las palabras de la ley, entra en una primera crisis a finales del siglo XIX, como lo refleja las críticas de Geny y cae en una crisis terminal después de la segunda guerra mundial, cuando el Estado Legal de Derecho, apoyado en la ley como la fuente principal del derecho, va a ir siendo reemplazado por un Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución como un orden de principios o valores a los que se incorpora el

1. Portalis, *Discurso preliminar del Código Civil Francés*.

2. Cfr. Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, vol. 3, pág. 18.

3. Quintana, Eduardo Martín, “*El Código Civil Francés, la ilustración y el positivismo jurídico*”, publicado en el libro “*La Codificación, raíces y prospectiva, el Código de Napoleón*”, coordinado por el Dr. Carlos Raúl Sanz, Buenos Aires, Educa, 2003, vol. I, pág. 119.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, va a desplazar a la ley como fuente fundamental del derecho.

Nuestro Derecho y nuestro Código Civil no estuvieron ajenos a este proceso. El Código Civil de Vélez como dijimos fue tributario junto con otras fuentes (como el esbozo de Freitas) del Código de Napoleón y el movimiento interpretativo y exegético posterior fue también un reflejo de su símil francés. Luego de varios intentos de reforma frustrados, el Código fue reformado parcialmente en 1968, por la ley 17.711, de clara inspiración en la jurisprudencia desarrollada a partir de la década del veinte del siglo pasado y contraria a la primera jurisprudencia exegética, incorporando soluciones de justicia a través de distintas instituciones (el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva, la teoría de la imprevisión, etc.) pero manteniendo la estructura del Código original.

La idea de hacer un código nuevo desde su estructura, método y contenido (aun manteniendo en este aspecto muchas normas del código vigente), no es nueva, como tampoco es nuevo su intento de unificación con el Código Comercial. Al respecto podemos citar los proyectos de 1987 y 1998. Ya en la última parte del siglo pasado asistimos al intento de unificación de la legislación civil y comercial, lo que constituiría la base del Derecho Privado, coexistiendo junto con leyes especiales que regularan distintas materias específicas y muy especializadas de ambas áreas. En este marco se inscribe la presente reforma, al que agrega aquel otro marco (al que ya nos referimos) del Estado Constitucional de Derecho con la inclusión de un orden principial o valorativo. El problema es determinar cuales son los principios o valores que la animan y que constituyen sus fundamentos.

## **2. Los fundamentos del proyecto de nuevo código unificado.**

El proyecto distingue entre aspectos valorativos y metodológicos. Entre los primeros podemos señalar los siguientes: 1) Código con identidad cultural latinoamericana; 2) Constitucionalización del Derecho Privado; 3) Código de la igualdad; 4) Código basado en un paradigma no discriminatorio; 5) Código de los derechos individuales y colectivos; 6) Código para una sociedad multicultural; 7) Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Por su parte entre los segundos indica: 1) Amplia participación y discusión de la doctrina; 2) Consensos y decisiones valorativas; 3) un título preliminar y partes generales para las diversas instituciones que regula. Redacción de las normas. 4) El Código y las demás normas del sistema.

### *2.1. Aspectos valorativos.*

#### *2.1.1. Código con identidad latinoamericana*

Dice el Proyecto: *“Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil Francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios a Europa –Italia (1865), Portugal (1867), España (1889), y América (Quebec [1866], Louisiana [1870]), Perú (1852), Chile (1857), Argentina (1871) y Brasil (1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región”.*

Como expresamente dice, el proyecto pretende compatibilizar las tradiciones románica, hispánica y francesa (en sus aspectos esenciales) que influyeron en nuestra codificación como lo demuestra la historia del Derecho Argentino, con nociones propias de la cultura latinoamericana, especialmente de origen indigenista, porque las tradiciones hispanoamericanas ya se encontraban en

la vertiente anterior, y de esta manera incorporar al Derecho Privado Argentino dentro del bloque cultural latinoamericano.

Ahora bien, esta tarea de compatibilización no es fácil, dadas las diferencias culturales y jurídicas de las distintas tradiciones. Ya no fue sencillo en su momento complementar las fuentes romanas e hispanoamericanas con la influencia francesa, de su código y sobre todo de su escuela exegética posterior. A esto hoy se le agrega, la incorporación de instituciones de un origen e identidad totalmente distintas como son las provenientes de los llamados pueblos originarios.

Sería realmente loable poder armonizar tradiciones tan distintas y poder hacerlo sin afectar las identidades culturales, a través de una integración cultural común que respete la originalidad de cada aporte. Ahora bien, ¿Existe esta integración? ¿Cual es el resultado de la misma? ¿Cuales son las características del llamado bloque cultural latinoamericano? ¿Se puede imponer esta integración por ley o es la ley la que refleja una previa integración cultural? Estos son solo algunos de los interrogantes que quedan sin respuesta en el presente proyecto, que en lo personal pienso que apela más bien a lugares comunes, antes que fundamentar sus afirmaciones (a pesar de llamarlas fundamentos).

Por si esta integración ya fuera dificultosa, tenemos que agregar la integración con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que nos remite al segundo de los aspectos valorativos.

### 2.1.2. Constitucionalización del derecho privado.

Dice el Proyecto: “*La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”.

Este nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en *Dworkin* que fundándose en ella elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo a un determinado procedimiento formal<sup>4</sup>, como en *Alexy* que distingue los principios como *mandatos de optimización* a ser realizados en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas y las normas como *mandato definitivos* que deben ser realizados, consistiendo ambos tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (*principio*), como de mandato definitivo (*norma*). Esto se da porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión

4. Cfr. Dworkin, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Barcelona, 1999, Ed. Ariel.

necesaria entre el derecho y la moral como se ve en su aspecto más radical en su reformulación de la fórmula de Radbruch: *La injusticia extrema no es derecho*<sup>5</sup>.

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano* tanto de Zagrebelsky como de Ferrajoli. Para Zagrebelsky los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural, sin serlo, lo que constituye una seria dificultad para su justificación<sup>6</sup>. En cambio para Ferrajoli *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma*, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, como manifestación máxima del derecho positivo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho, por lo que no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico<sup>7</sup>.

También desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su *teoría de la acción comunicativa* a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser traducidas al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de poder alcanzar un consenso al menos mínimo de valores y derechos que un Estado de Derecho constitucional democrático tiene que reconocer<sup>8</sup>. El carácter especialmente procedimental y posmetafísico del lenguaje de la razón comunicativa, hace que la traducción propuesta vacíe de contenido sustancial a los principios con que los participantes confluyen desde sus tradiciones y culturas, lo que lleva a una dicotomía en la propia persona, considerado como ciudadano por un lado, y como creyente o no creyente por el otro. En otras palabras, se divide lo que en realidad es en sí mismo indivisible, pues es el mismo hombre el que es portador de tradiciones o creencias y el que participa desde ellas en el proceso democrático deliberativo.

En la actualidad parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como *el Derecho Internacional de los Derechos humanos*, transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho* por encima de los derechos nacionales de cada uno de los estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte liminar del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

En el aspecto jurídico en el nuevo paradigma del *Estado de Derecho Constitucional* se produce una *constitucionalización de todo el derecho*, tanto público como privado, pues como dice el proyecto, se “establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado”. Hoy cualquier cuestión jurídica se convierte en una cuestión constitucional, según ha sucedido explícitamente en nuestro país al constitucionalizarse en la reforma de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22.

5. Cfr. Alexy, Robert, “*El concepto y la validez del derecho*”, Barcelona 2008, Gedisa, pág. 185. y “*El concepto y la naturaleza del derecho*”, Madrid-Barcelona, 2008, Marcial Pons, pág. 62 y 69.

6. Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, “*El derecho dúctil*”, Madrid, 1995, Ed. Trotta, pág. 115.

7. Cfr. Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Ed. Trotta. 1999, pág. 19

8. Cfr. Habermas, Jürgen, “*Las bases premorales del Estado Liberal*”, diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, La Nación 28 de junio de 2005.

Ahora bien, como fruto de esta incorporación de los tratados internacionales, simultáneamente con esta constitucionalización de todo el derecho se ha producido *una internacionalización del Derecho constitucional* y de todo el derecho tanto público como privado, pues como dice el proyecto: “puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de los derechos humanos con el derecho privado”. Internacionalización que no se limita al *aspecto normativo* con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto a las leyes, sino que se extiende al *aspecto jurisdiccional* con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea) como mundial (la Corte Penal Internacional, etc.). En materia de derechos humanos, tanto la corte europea como la americana ejercen el *control de convencionalidad*, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados, obligan a estos a adaptar su ordenamiento jurídico tanto legal como jurisdiccional a los términos de la convención regional de derechos humanos.

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional* junto con los estados nacionales y contra esos mismos estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Como dice el profesor español Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos, “*se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del Derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su status varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional*”<sup>9</sup>.

Ahora bien, este nuevo modelo o paradigma, ni es la panacea que resuelve definitivamente todos los problemas, ni es una catástrofe que hace volar por los aires toda la estructura jurídica. En él podemos distinguir tanto cosas positivas o ventajas como aspectos negativos o riesgos. A continuación haré un breve detalle de algunas ventajas y riesgos.

Entre las ventajas podemos señalar las siguientes:

1. La centralidad de la persona humana y su dignidad frente a la centralidad del Estado en el modelo legalista anterior.
2. La rematerialización del derecho con la incorporación de los derechos fundamentales como contenido sustancial, a diferencia del esquema formalista anterior.
3. La rehabilitación de la dimensión práctica valorativa o axiológica de la realidad jurídica en reemplazo de una visión meramente descriptiva como la del positivismo legalista.
4. La interpretación a partir de principios (aunque se dificulta por la indeterminación y vaguedad de los mismos) en lugar de la aplicación mecánica de normas positivas independientemente de su contenido.
5. La Constitución con sus principios y valores como fuente del derecho a la cual se tiene que acomodar el resto del ordenamiento, en sustitución a la idea de una Constitución entendida como un mero programa político dirigido fundamentalmente al Poder legislativo que tenía que traducirlo en derecho normativo.

9. De Asís, Rafael, “*Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*”, Madrid, 2000, Editorial Dykinson, pág. 57.

Entre los riesgos podemos destacar:

1. Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución que tiene que reconocerlos, solamente sustituiremos un positivismo legalista por un positivismo constitucionalista, subiendo solamente un escalón en la jerarquía de la estructura normativo-positiva, considerada como única realidad jurídica.
2. La expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público, como privado, mediante la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales, restándole virtualidad jurídica a las mismas.
3. El peligro de caer en un positivismo judicial mediante una interpretación “libre” de los derechos o principios contenidos en la Constitución, favorecida por la textura abierta de las normas o cláusulas constitucionales. Aquí habría que distinguir entre el modelo europeo unificado por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y el sistema americano difuso donde cada juez realiza el control de constitucionalidad.
4. La posible inseguridad jurídica que surgiría de esa interpretación “libre” a que hicimos referencia en el número anterior.
5. La relación existente entre los principios y valores constitucionales y cierto relativismo moral, considerado como la única postura ética compatible con el actual pluralismo. Esta indeterminación de los principios lleva a una tensión inevitable entre una ética o moral más flexible y la rigidez del derecho y sus instituciones que se afianzan con el correr de los años.

### 2.1.3. Código de Igualdad.

Dice el Proyecto: “*Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables*”.

Más allá de expresiones cargadas de alto grado de emotivismo como por ejemplo, hablar de una verdadera ética de los vulnerables, en lugar de una ética que como tal tiene que incluir a todos, con especial consideración a los más vulnerables y que como tal no es otra que la Ética, sin aditamentos, que se ocupa del hombre y de su obrar, de todo el hombre y de todos los hombres.

Por otra parte, el proyecto distingue entre una *igualdad abstracta* asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado, de una *igualdad real* en las relaciones jurídicas. Ahora bien, esta preferencia por lo que el proyecto hoy llama igualdad real, ya fue realizada por la reforma de 1968 al incorporar instituciones como el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva y la teoría de la imprevisión, al mismo tiempo que les dio a los jueces mayores potestades para morigerar las desigualdades a través de un reajuste equitativo de las relaciones jurídicas, tanto contractuales como extracontractuales.

### 2.1.4. Código basado en un paradigma no discriminatorio.

Dice el Proyecto: “*En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento*”.

El paradigma de la no discriminación es uno de los principios centrales del nuevo modelo, a tal punto que hoy constituye uno de los aspectos centrales de una nueva noción de orden público. Hoy el orden público parece reducirse al respeto irrestricto por la autonomía de la voluntad casi

sin límites (paradójicamente el orden público es uno de los límites de la autonomía de la voluntad como señala el artículo 21 del Código Civil, mantenido por el artículo 12 del Proyecto) y a la no discriminación.

Ahora bien, para ser justos, tenemos que distinguir o discriminar (porque discriminar es distinguir) entre discriminaciones justas e injustas. Es correcto afirmar la no discriminación injusta por cualquier causa (sexo, raza, religión, condición social, etc.), pues lo repudiable es la injusticia que se realiza mediante la discriminación. Distinto es el caso de las discriminaciones o distinciones justas como las que se realizan por capacidades, actitudes y aptitudes que deben ser reconocidas y distinguidas en algunos casos o rechazadas y sancionadas en otros, como cuando uno selecciona o elige al que considera más capacitado para una tarea o función, o premia y castiga según cual sea la actitud y su obrar consecuente. Como decía Aristóteles, es tan injusto tratar desigual a los iguales, como tratar igual a los desiguales

Mientras que las discriminaciones injustas no pueden aceptarse, las segundas no solo pueden ser aceptadas, sino que son necesarias para la mejor convivencia social. En este punto considero que los fundamentos tendrían que distinguir (o discriminar) mejor las distintas situaciones.

#### 2.1.5. Código de los derechos individuales y colectivos.

Dice el Proyecto: *“En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan solo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales. En materia de bienes, la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales, se refieren a bienes que son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción mas amplia, que ha sido receptada en el proyecto”*.

La distinción que hace el proyecto entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, es conforme a la distinción que hace la Constitución Nacional entre los derechos y garantías individuales y los nuevos derechos (de incidencia colectiva) y garantías incorporados al texto constitucional por la última reforma de 1994. También en otra parte de los fundamentos el proyecto cita la distinción que hace la Corte Suprema de Justicia, en el caso *“Halabi”*, respecto a la legitimación de los derechos individuales en cabeza de su titular y de los derechos colectivos que son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, como sucede con los problemas ambientales o los derechos de los consumidores, etc.

Un caso especial, es el que se refiere a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios en consonancia con el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, que consagra un nuevo tipo de propiedad, cuyo titular no es ni una persona humana, ni una persona jurídica, sino una colectividad sin personería unificada, lo que ocasiona no pocos problemas técnicos de compatibilización con las formas de dominio y personería reguladas en el código.

Otro caso complejo lo constituyen los bienes personales no susceptibles de valor económico, como ser el cuerpo, órganos, genes, etc. Sin lugar a dudas es repudiable convertir al cuerpo humano y sus distintos componentes en objeto de comercio, al no poder diferenciarse al cuerpo de la propia persona humana. Ahora bien, el proyecto habla que aunque no tengan valor económico si pueden tener utilidad (terapéutica, para la investigación científica, etc.), lo que plantea no pocos dilemas éticos respecto a los límites de la ciencia y de la técnica. En este punto es bueno recordar el principio que establece que *no todo lo técnicamente posible es por eso éticamente admisible*.



Otro supuesto, ética y jurídicamente inadmisibles es el de la gestación subrogada o también llamada “alquiler de vientres”, que más allá de los que dice la ley respecto al no valor económico de las partes del cuerpo, se presta como todos sabemos a un mercado negro o comercio ilegal de vientres, especialmente respecto de las mujeres más vulnerables y carenciadas.

A su vez, el proyecto deja en un vacío de protección legal al embrión humano no implantado (art. 19), cuya protección remite a una ley especial posterior, o sea, que todavía no existe, ni tampoco sabemos cual será su alcance. Más allá de las objeciones éticas y jurídicas respecto a las técnicas de fecundación asistida, no puede desconocerse que en caso de utilizarse las mismas el embrión concebido es un ser humano ontológicamente igual a cualquier otro ser humano en el mismo estadio de su desarrollo y por tanto igualmente digno. Por tanto, la afirmación que realiza en otra parte de los fundamentos, respecto al Título I, capítulo I, sobre el comienzo de la existencia, en cuanto a que el embrión no implantado no tiene posibilidad de desarrollo fuera del seno materno, es solamente una circunstancia accidental (de lugar) consecuencia de una arbitraria decisión de no seguir el proceso de gestación. Lo que constituye una discriminación injusta entre los seres humanos en estado embriionario implantados y no implantados, violatorio del principio de no discriminación al que se refiere el fundamento anterior.

#### 2.1.6. Código para una sociedad multicultural.

Dice el Proyecto: *“En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”*.

El proyecto asocia el multiculturalismo y las identidades culturales colectivas con las opciones de vida individuales que en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad se ejercen en una sociedad pluralista. A tal efecto señala algunos ejemplos como el caso del Derecho de Familia donde se regula los efectos jurídicos del régimen del llamado “matrimonio igualitario”, o los efectos filiatorios como consecuencia de la concepción obtenida por fecundación asistida, o el caso de los menores de edad, especialmente el supuesto de los menores adultos con la sustitución del régimen rígido de incapacidad del código actual, con algunas excepciones, por un régimen más flexible de capacidad progresiva en el caso de los adolescentes a partir de los 13 años, donde se tiene que tomar en cuenta no solo la edad, sino también el grado de madurez.

En primer lugar habría que distinguir el multiculturalismo de otras situaciones parecidas, pero no iguales. Como dice Francesco Viola: *“El multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata pues, del pluralismo de los intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las ‘culturas’, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan. En razón de la peculiaridad de este objeto nos encontramos de frente a una forma de pluralismo que no es paragonable a las otras, no es una especie de un género común”*<sup>10</sup>.

10. Viola, Francesco, *“La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo”*, México, DF, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 35.

El iusfilósofo italiano distingue dos tipos de sociedades multiculturales: 1) las que desde siempre han tenido como componentes culturas locales minoritarias que se integran en una sociedad política común, pero reivindicando su identidad propia; 2) las que como resultado de un proceso de inmigración han recibido nuevas entidades culturales que aspiran a conservar su identidad de origen y a participar en la vida política común<sup>11</sup>.

Esta distinción es coincidente con la que realiza Will Kymlicka entre *Estados multinacionales* y *Estados poliétnicos*. Los *primeros* se trataría de países que contienen más de una nación, donde según este autor las culturas locales más pequeñas conforman “minorías nacionales”, que integran, no un Estado-Nación o una Nación-Estado, sino un verdadero Estado multinacional, como sería para Kymlicka, por ejemplo, Estados Unidos donde existen los indios americanos, los portorriqueños, los descendientes de mexicanos de los territorios anexados tras la guerra con México (1846-1848), los hawaianos, etc., o Canadá, con la federación de ingleses, franceses y aborígenes. En cambio, los *segundos*, serían países multiculturales, pluriculturales o poliétnicos al admitir un gran número de individuos y familias de otras culturas a integrar y participar de la sociedad política, permitiéndole el mantenimiento de algunas de sus particularidades étnicas, en la medida que no atenten contra la cultura común. En este segundo tipo, podemos citar los grandes movimientos migratorios, tanto de Europa a América, a principios del siglo pasado, como sucedió en el citado caso de Estados Unidos o en la Argentina, como de América a Europa en las últimas décadas del siglo pasado, coexistiendo con la inmigración africana y musulmana en la misma época. Sin perjuicio de la distinción, un mismo país puede ser a la vez *multinacional* (como resultado de la colonización, la conquista o la confederación de comunidades nacionales) y *poliétnico* (como consecuencia de la inmigración individual y familiar), como sucede con Estados Unidos y Canadá por ejemplo<sup>12</sup>.

Aquí se puede distinguir: a) por un lado un *modelo asimilacionista* imperante hasta la década del sesenta, por la cual las minorías inmigrantes tenían que asimilarse e integrarse en la sociedad política y cultural dominante, considerado esencial para el mantenimiento de la estabilidad política; b) Por otro lado un *modelo pluralista*, que se expande a partir de los años setenta, aunque con excepciones y reticencias, que permite y de hecho estimula la integración de los inmigrantes, sin perjuicio, que mantengan diversos aspectos de su herencia étnico-cultural<sup>13</sup>.

Algunos utilizan el término multicultural en un sentido más amplio, incluyendo otros grupos sociales (no étnicos) que siendo minoritarios, de alguna manera han sido excluidos o marginados en algún momento de la cultura dominante, como por ejemplo, las mujeres, la clase obrera o los discapacitados. Sin perjuicio de que han existido y en algunos casos todavía existen situaciones injustas respecto a estos grupos, que han sido o son objeto de reivindicaciones sociales, como sucedió en el siglo XX con los derechos civiles, políticos y laborales de las mujeres, con los derechos laborales y de la seguridad social de los trabajadores o los derechos de los discapacitados, no constituyen en sí mismos culturas diferentes sino que son distintos sectores que participan de la misma cultura, por lo que en estos casos no es apropiado hablar de multiculturalismo.

Otro caso que algunos pretenden asimilar al multiculturalismo es el que se conoce bajo el nombre de *perspectiva de género*, tanto en las versiones feministas (que llevan al extremo las reivindicaciones de la mujer oponiéndolas a la versión contraria del machismo anterior), como en las homosexuales (gays, lesbianas, transexuales, etc.), constituyendo una nueva ideología que gira sobre la idea de que la condición sexuada del ser humano no es algo dado naturalmente, sino construido culturalmente. Por eso, aunque algunos utilicen la palabra cultura para identificar las costumbres o el *ethos* de estos grupos y así hablen de “*cultura gay*”, etc., no es una terminología apropiada porque

11. Cfr. Viola, Francesco, “*La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*”, op.cit , pág. 37.

12. Viola, Francesco, “*La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*”, México, DF, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 35.

13. Cfr. Kymlicka, Will, “*Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*”, Barcelona, 1996, Paidós, pág. 30.

no responde a una cosmovisión o identidad de un pueblo, etnia o nación que pueda ser localizada y diferenciada de otras, sino que son grupos o si se quiere identidades grupales que tienden a darse en mayor o menor medida según el caso en el interior de todas las sociedades y de todas las culturas (aunque no es lo mismo por ejemplo como se da en la civilización occidental secularista que en la islámica fundamentalista).

En este sentido podemos mencionar al ya citado Kymlicka, que sin perjuicio de proclamarse defensor de las reivindicaciones de estos sectores (por lo que no puede ser sospechado de tener animadversión respecto a ellos) y aceptar la existencia de ciertas analogías con los casos de las minorías nacionales o étnicas, no los incluye dentro del fenómeno que se conoce como multiculturalismo. Al respecto sostiene: “*No incluyo aquí [en el multiculturalismo] el tipo de estilos de vida grupal, movimientos sociales y asociaciones voluntarias [de feministas, homosexuales, trabajadores o discapacitados, etc.] que otros engloban dentro del ámbito del multiculturalismo. Y no porque piense que las cuestiones que plantean estos grupos no sean importantes; antes al contrario, doy por supuesto que la acomodación de las diferencias étnicas y nacionales es solo uno de los aspectos de una lucha más amplia para lograr una democracia más tolerante e inclusiva*”<sup>14</sup>.

En este sentido, se trata de perspectivas sectoriales que estando por encima de las distintas identidades culturales (occidental, islámica, hindú, etc.) atraviesa a todas ellas penetrando en el interior de las mismas y buscando su transformación, mediante una implosión social a través de la modificación de las instituciones culturales y jurídicas básicas de la sociedad, como por ejemplo, el matrimonio y la filiación (ya sea natural mediante la utilización de técnicas de fecundación asistida o adoptiva). Nadie discute, que como toda persona humana deba respetarse su dignidad y sus derechos, y no ser injustamente discriminados o perseguidos, pero esto no se logra desnaturalizando instituciones que natural y culturalmente han sido diseñadas para situaciones diferentes, como en el citado caso del matrimonio, igualando lo que es distinto, pretendiendo un igualitarismo de lo diferente en tanto que es diferente (ya decía Aristóteles que es tan injusto tratar de forma desigual a los iguales, como de forma igual a los desiguales).

De la misma manera, resulta igualmente criticable la inclusión del régimen filiatorio en los casos de fecundación asistida y del sistema de capacidad progresiva como ejemplos de multiculturalismo. Sin perjuicio de ello, corresponde señalar la discriminación injusta que hace el proyecto entre los hijos concebidos en forma natural y los concebidos mediante técnicas de fecundación asistida, en cuanto al conocimiento de su origen biológico y genético, específicamente en el caso de la fecundación heteróloga (mediante de donación de gametos por un tercero), que más allá de las objeciones ético-jurídicas que se puede hacer respecto al uso de la técnica, esto no puede afectar el derecho a la identidad que tiene el ser humano concebido en esas circunstancias.

Al respecto, creo que el proyecto confunde el fenómeno del multiculturalismo entendido en sentido estricto como la pluralidad de culturas dadas en el interior de una sociedad política (como sería por ejemplo el caso de los pueblos originarios de los que trata en otra parte del proyecto) con la multiplicidad de opciones de vida individuales como resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que no se trata de casos de diversidad cultural colectiva, sino más bien, decisiones y elecciones individuales en el marco de un proyecto personal de vida.

#### 2.1.7. Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales

Dice el Proyecto: “*En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de*

14. Kymlicka, Will, “*Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*”, Barcelona, 1996, Paidós, pág. 36.

*los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas”.*

Este es otro de los aspectos centrales del proyecto que apunta a la unificación de la legislación civil y comercial, como ha sido el caso de otros antecedentes en la materia como fueron los proyectos de 1987 y 1998. Al respecto, no hay un consenso generalizado entre los expertos, pues así como hay algunos que adhieren y promueven esta unificación, sin perjuicio de reservar algunas materias a la regulación de leyes especiales, hay otros que consideran esta unificación como un retroceso respecto a la especificación alcanzada por el derecho comercial respecto al derecho civil como derecho común. En una y otra posición podemos distinguir pros y contras.

## 2.2. Aspectos metodológicos.

### 2.2.1. Amplia participación y discusión de la doctrina.

Dice el Proyecto: *“La comisión comenzó su trabajo de manera inmediata a su designación, y se convocó a una amplia participación en dos niveles: a) se permitió que el público en general hiciera propuestas hasta un plazo determinado, y todas ellas fueron motivo de análisis y discusión. b) se formaron grupos de trabajo para permitir una amplia participación de todos los especialistas del país y varios del área latinoamericana.*

*Mediante estos grupos de labor se ha tenido en cuenta la opinión de más de setenta juristas representativos de todas las tendencias y todas las regiones del país. A medida que la comisión fue avanzando con la redacción de las partes generales, las distribuyó para que todos opinaran. Una vez recibidas las observaciones, se volvió a discutir.*

*Puede decirse que la elaboración del anteproyecto tuvo una amplísima participación de los especialistas y de la comunidad. Asimismo, hubo un proceso muy dinámico de discusión con los distintos grupos, de manera de aprovechar al máximo la inteligencia colectiva”.*

El párrafo transcrito reseña el procedimiento de participación elegido tanto respecto a la participación general como a la de los expertos que integraron cada una de las subcomisiones de expertos divididos por materias.

En un caso como en el otro ha habido cosas positivas y otras negativas. Respecto al primer modo de participación, no se conocen los numerosos aportes que se han recibido, salvo aquellos que se han hecho públicos y que en su mayoría como ha sucedido con el realizado por la Facultad de Derecho de la UCA no han sido receptados al momento de la redacción de los distintos artículos. Por su parte, respecto al segundo modo de participación por subcomisiones de especialistas por materia, a los que se agradece en el anexo al que se refiere el texto citado, también ha generado problemas pues allí aparecen como avalando el proyecto en su conjunto, cuando su participación fue mas bien acotada a determinados artículos específicos y muchos de ellos están en total desacuerdo con otras partes sustanciales del proyecto respecto de las cuales no fueron consultados.

### 2.2.2. Consensos y decisiones valorativas

Dice el Proyecto: *“Este procedimiento hace que el anteproyecto tenga dos caracteres importantes:*

- La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad
- En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país”.

Respecto al primer punto en cuanto a que la mayoría de los artículos expresan un consenso existente en la sociedad, me remito a lo dicho en el punto anterior. Tratándose de un cuerpo normativo tan extenso y variado, sin duda que hay puntos donde existe tal consenso y otros donde falta por completo, privilegiándose alguna de las alternativas que incluso no siempre coincide con la mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia.

Respecto al segundo punto, es cierto que de la interpretación integral del proyecto surge la intención de incorporarlo dentro de un bloque de constitucionalidad, junto con otras decisiones legislativas y jurisprudenciales ya adoptadas, que no siempre reflejan un consenso generalizado como se ha señalado en el párrafo anterior.

### 2.2.3. Un título preliminar y partes generales para las diversas instituciones que regula. Redacción de las normas.

Dice el Proyecto: *“Se ha ordenado un título preliminar y luego una parte general para todo el Código, así como partes generales para diversas instituciones que regula. En este aspecto, se sigue la opinión de muchos autores, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general. En esta tesis cabe computar todos los proyectos de reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998.*

*Por unanimidad hemos decidido no incluir notas, como lo decidiera también el anteproyecto de 1998 y por las mismas razones.*

*En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil.*

*La comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Hemos tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones es que ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos.*

*También se ha puesto énfasis en la gramática, y en especial, se ha tratado de usar el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la buscada claridad expositiva”.*

En el aspecto estrictamente metodológico de redacción podemos señalar nuestra coincidencia en los distintos aspectos señalados, a saber: 1) la conservación de un título preliminar de todo el código y el mantenimiento de partes generales para las distintas partes del mismo; 2) la ausencia de definiciones, pues es a la doctrina a la que le corresponde definir, mientras que a la ley le cabe regular los diferentes elementos y consecuencias jurídicas de las distintas instituciones; 3) La redacción clara y sencilla que pueda entenderse tanto por expertos como por legos. La confección de artículos cortos que favorecen la tarea de interpretación; 4) El énfasis en la gramática y la utilización del tiempo presente en la redacción de todo el articulado.

### 2.2.4. El Código y las demás normas del sistema.

Dice el Proyecto: *“El Código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles.*

*Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes.*

*Es interesante señalar la función del derecho supletorio como modelo. En materia contractual, por ejemplo, se describen reglas que pueden ser dejadas de lado por las partes, pero que cumplen la función de aportar una guía que, si es seguida, disminuye los costos de transacción y la litigiosidad.*

*El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también sugeridos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras”.*

Como ya se dijo el proyecto busca coordinar el Código Civil con las otras partes del ordenamiento, especialmente la constitución, por arriba, pero también las distintas leyes especiales, por debajo.

Respecto al proceso de constitucionalización del derecho privado ya me referí en el punto 2.1.2, al que me remito. En cuanto a la relación con las leyes especiales, también es loable la coordinación, aunque en este caso son las leyes especiales las que modifican a las generales. Por su parte, sobre el derecho supletorio, especialmente en materia contractual se mantienen los criterios actualmente vigentes.

### **3. Reflexión final**

Como vemos, a diferencia de lo que fue la última reforma de 1968, se trata de una reforma integral del Código Civil que modifica la estructura del Código elaborada por Vélez y la sustituye por otra totalmente nueva. Esta reforma pretende combinar y complementar, no sin dificultad, el Derecho Privado (Civil y Comercial) con las leyes especiales en cada materia por un lado y el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la distinción entre principios y normas, como marco universal del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional. Al mismo tiempo trata de complementar este nuevo paradigma con los distintos fenómenos del multiculturalismo, como es por ejemplo el caso de las comunidades originarias y sus identidades culturales diversas, junto con otros que forzosamente se los quiere incorporar al multiculturalismo, como el caso de la perspectiva de género, que más bien se trata de minorías dentro de la misma sociedad política. En realidad, así como es injusto que las mayorías impongan su voluntad sin respetar los legítimos derechos de las minorías, es también injusto lo inverso, que las minorías pretendan imponer sus costumbres, formas de vida o deseos sin respetar los también legítimos derechos de la mayoría y su preponderancia en la composición y dirección de la sociedad en cuestión.

Por otro lado, sin perjuicio que en un proyecto tan integral siempre hay cosas positivas y negativas, hay que destacar que en aspectos sensibles como respecto al comienzo de la vida donde se configura una discriminación injusta entre el embrión humano implantado y no implantado, en la familia, donde prácticamente se vacía de contenido al vínculo matrimonial y en filiación donde se desconoce el derecho a la identidad en los casos de fecundación asistida heteróloga, constituye un peligroso retroceso respecto a la auténtica dignidad humana.