



El proyecto de Código Civil y la distribución de la riqueza.

Sebastian Tedeschi

1. Introducción¹

El Código Civil es un texto sistematizado de normas jurídicas que regula las relaciones privadas entre las personas. En gran medida el orden económico existente está garantizado por el derecho civil y comercial. Por ello su reforma tiene una enorme trascendencia política, pues el código determinara en qué circunstancias el poder del Estado respaldara u obstruirá las acciones de las personas y las empresas. La labor de codificación no es solo una cuestión técnica limitada a la sistematización, sino fundamentalmente política, en tanto el contenido de las normas que establezca, expresan la correlación de fuerzas respecto de la valoración que la sociedad quiere darle a cada uno de esos intercambios.

Para que una reforma del código exprese estos valores, es necesario que el pueblo y especialmente las clases populares estén involucrados en la mayor medida de lo posible, pues sino, el producto normativo, no será mas que la expresión de una elite del poder y si se aprueba a libro cerrado, peor aún, de una elite de juristas. En este sentido, creo que es prudente afirmar, que el Código Civil es un asunto demasiado importante como para delegarlo a los abogados y debe abrirse a un amplio debate democrático, que permita la expresión de la opinión de todos los sectores sociales, y muy especialmente la de los sectores históricamente excluidos o discriminados en el acceso a los bienes indispensables para una vida adecuada.

i) Origen

Nuestro Código como la mayoría de los Códigos de América Latina y Europa se inspiró en gran medida en el Código Civil francés aprobado por Napoleón durante su gobierno dictatorial. A fines del siglo XVIII, la Revolución Francesa había asumido los planes de codificación del derecho privado, en realidad siguiendo una tendencia que ya iniciado por monarquías absolutas como la de Maximiliano José III en Baviera² y estuvo caracterizado por la necesidad de las monarquías de ordenar sus territorios para consolidar su dominación³. En Francia durante 1790 se promovió una

¹ Este apartado es una síntesis de lo que he desarrollado en extenso en mi tesis de maestría, no publicada: "Consumidores y Ciudadanos. Una revisión crítica de los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios" aprobada por la Universidad Internacional de Andalucía (2001).

² WESENBERG, Gerhard y WEWSENER, Gunter. Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y Europa. Traducido de la 4ta. Edición alemana, Wien-Köln-Graz (1985) por José Javier de los Mozos Touya. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1998.

³ MARI, Enrique E. La Interpretación de la ley, Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad. Publicado en "MATERIALES PARA UNA TEORIA CRITICA DEL DERECHO". Enrique E. Marí y otros. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991.

codificación en la Asamblea Constituyente y la Constitución de 1791 la incluyó entre sus objetivos. Los primeros tres proyectos no fueron admitidos⁴, hasta que finalmente Napoleón nombró una comisión en la que combinó a representantes de la tradición del derecho romano y de los tribunales franceses. Esta comisión representaba el sector más moderado de los juristas del período revolucionario. Al texto aprobado, luego Napoleón cambió su denominación adjetivándolo con su nombre⁵.

ii) Código Civil y Constitución

En esta etapa de nacimiento de la modernidad política, la identificación de las constituciones y los códigos con el Estado Nacional se convirtió en uno de los rasgos principales de la nueva institucionalidad del poder. La codificación era un elemento de consolidación de la unidad política de los estados nacientes. Por otra parte la burguesía buscaba a través del código la implantación de una *pax burguesa* indispensable para el funcionamiento de la formación económica capitalista. Así el código operó como la regla de juego que la sociedad burguesa requería⁶. En esos tiempos, tanto como hoy, la burguesía era la nueva clase dirigente: Al decir de Irti: *Elite portadora de una escala de valores, en la que toda la sociedad está llamada a reconocerse. El valor originario y fundamental está constituido por el individuo, por su capacidad para desarrollarse sobre las cosas externas, para correr el riesgo del éxito o del fracaso. En torno al individuo, fuente de iniciativas y de responsabilidad, se edifican todas las relaciones sociales*⁷.

En Argentina, la sanción del Código Civil fue un componente del diseño institucional de la constitución económica que surgiría tras la integración constitucional de 1860. Era el marco jurídico que permitiría a la nueva alianza de terratenientes y comerciantes porteños desarrollar el país concentrando el poder económico. El propio Vélez Sarfield devenido en miembro de la burguesía porteña ya había logrado convertirse en terrateniente unos años antes de escribir el Código y el nuevo marco jurídico que proponía permitía consolidar legalmente el nuevo lugar social⁸ que ocupaba él y sus aliados políticos.

Con la Sanción del Código Civil se consolidaban un sistema de propiedad individual privada, exclusiva y perpetua que había comenzado a impulsarse desde varias

⁴ El primer proyecto, siguiendo los lineamientos de la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791, se inspiraba fundamentalmente en el derecho consuetudinario, descartando en muchas materias la influencia del derecho romano. En algunas cuestiones adoptaba las modernas doctrinas racionalistas e igualitarias. El segundo proyecto –el más breve- se aparta del derecho tradicional y funda sus instituciones en la razón. Finalmente el tercer proyecto –el más extenso- representa la transición entre la “época revolucionaria” y la “época del Consulado”.

⁵ Llamado así desde la Reforma del 3 de septiembre 1807 hasta la Ordenanza dispuesta por la Restauración el 17 de julio y el 30 de agosto de 1816. Luego en un decreto del 27 de marzo de 1852 de Luis Napoleón le restituyó el nombre de Código de Napoleón.

⁶Esta tesis es desarrollada ampliamente por André –Jean ARNAUD en “La regla de juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código civil Francés” Publicado por Editorial de la Universidad de Zulia. Maracaibo 1978.

⁷ IRTI, Natalio. La edad de la descodificación. José María Bosch Editores. Barcelona, 1992. Traducc. Luis Rojo Ajuria.

⁸ Según ABELARDO RAMOS, Jorge en Revolución y Contrarrevolución en la Argentina, Ed. Continente, 1ra. Ed. Buenos Aires, 2012, el cordobés Vélez Sarsfield tenía una larga historia política. Había sido encargado por el gobierno de Bernardino Rivadavia para entregar a Facundo Quiroga una Constitución que lo destituía (misión que no cumplió en persona para salvar su vida), devenido el rosista, y luego en fervoroso localista porteño unitario. Durante la época en que sirvió de abogado a Rosas, logró convertirse en ganadero de Arrecifes y luego de la caída de Rosas, participó activamente en las discusiones sobre política económica oponiéndose a la protección de las industrias integrando el partido liberal junto a Mitre y Alsina, entre otros.

décadas atrás para terminar con múltiples usos comunes de los bienes que eran parte de las normas y la costumbre. Entre esas prácticas que fueron desterradas, al menos en la letra del Código, destacamos el derecho al acceso a la leña de consumo y piedras en tierras de otros, pastoreo y ganadería de campo abierto, a perseguir avestruces y cazar nutrias. También se destacaba el acceso bastante amplio a tierras públicas (realengas) y diversos mecanismos de usufructo de parcelas, así como las prácticas de aceptar la instalación de familias pobres en tierras privadas no explotadas o pobladas. Muchas de esas prácticas ya suscitaban conflictos judiciales durante mediados del siglo XIX e incluso fueron motivo de preocupación de algunos estancieros⁹ antes de la sanción del Código.

iii) La hegemonía del Código Civil en la cultura jurídica

El Código Civil francés nació con la pretensión de eternidad y universalidad. Es conocida la exclamación de Napoleón Bonaparte: *Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil*¹⁰. Había una “necesidad instrumental para revestir a los códigos de un carácter casi atemporal que hiciese olvidar sus orígenes y que predicase su inmortalidad. Para interiorizar este discurso, se requería del auxilio de principios y valores éticos absolutos, válidos para todos los tiempos y para todos los hombres y de esta manera cristalizar el paradigma para siempre. Se trataba de sacralizar el Código como una forma de perpetuarlo por siempre¹¹.

El Código designó un tipo de sujeto a imagen y semejanza de la burguesía en ascenso. El individuo que decide ejercitar una actividad, afrontando ventajas e inconvenientes puede contar con un marco de garantías legales. A partir del Código este sujeto comenzó a saber qué puede esperar de los otros sujetos privados y de los poderes públicos.

Este modelo fue repetido en nuestro país con el fin de consolidar el poder económico de la nueva clase poderosa, que venía siendo privilegiada por el acaparamiento de tierras. Este acaparamiento había comenzado durante el período de Rivadavia. Algunos calculan que desde el primer gobierno de Rosas (1833) hasta el gobierno del General Roca (1904), el Estado argentino dio o vendió 32.447.045 hectáreas en la región pampeana que fueron a parar a muy pocas familias¹². En la época de sanción

⁹ GELMAN, Jorge. Rosas Estanciero. Gobierno y Expansión ganadera. Ed. Capital Intelectual. 1 ed. Buenos Aires, 2010. Ver también: ROSAS, Juan Manuel. “Instrucciones a los Mayordomos de Estancia, Ed. Americana, Bs. As, 1951.

¹⁰ Frase atribuida a Napoleón Bonaparte. Citado en la Nota de elevación de la Comisión Redactora del Proyecto de Nuevo Código Civil Argentino (18 de diciembre de 1998) Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999.

¹¹ Salvando las distancias, desde un plano simbólico se podría decir que si en el ámbito institucional, el Estado reemplazó a la Iglesia, en el plano jurídico, el Código se presenta como la Biblia Secular, como guía de conducta para la vida burguesa. En la exposición de motivos de la Reforma de 1807 al Código Civil Francés, Bigot de Préameneu expresó: “El Código de Napoleón es una especie de arca santa, hacia la cual daremos a los pueblos vecinos el ejemplo de un respeto religioso”.

¹² Reguera, Andrea (2000) Riqueza y poder en la sociedad del tener. Propiedad de tierras y formas de acumulación en la Argentina de los siglos XIX y XX. Ponencia presentada al 50 Congreso Internacional de Americanistas. Varsovia (Citado por Diego Ignacio Domínguez, en “La lucha por la tierra en Argentina en los albores del Siglo XXI”. Tesis doctoral. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. Ed. electrónica, 397 pp.

del Código Civil, se establecieron las bases para la consolidación de un modelo económico basado en la producción agrícola ganadero para la exportación¹³.

El derecho también puede ser entendido crítica como una práctica social discursiva y como tal productora de sentidos¹⁴. En este sentido podemos ver al Código Civil como un discurso social performador de sujetos. El derecho cada vez que consagra alguna acción u omisión está distribuyendo poder entre los diferentes sujetos que denota.

Ahora, frente a un nuevo proyecto nos preguntamos ¿Cuál es el sujeto que presupone el nuevo Código? La respuesta aparece en el documento de presentación al mencionar a la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes¹⁵, el consumidor y las comunidades originarias, además de atender los derechos colectivos, que presupone sujetos colectivos, con bastante vaguedad. Sin embargo en el código están ausentes los pobres, los campesinos, los pobladores de villas y asentamientos, los vendedores ambulantes, las feriantes de mercados de comercio justo, los que casi no tienen patrimonio o su valor es muy pequeño, en definitiva lo que se llama las clases populares¹⁶. En definitiva lo que nos motiva a preguntar ¿En qué medida este proyecto contempla la riqueza cultural y la diversidad de formas de intercambios de bienes y demás relaciones privadas de estas personas? En qué medida el proyecto de Código regula el mundo patrimonial de los sectores medios y altos, lo que implica en muchos conflictos perpetuar las desigualdades en el acceso a los bienes de los sectores populares.

Más allá de estas omisiones, en definitiva tampoco los sujetos vulnerables que mencionan los fundamentos son considerados de manera suficiente. Así es que los principios de orden público, de oficiosidad y participación de los afectados que se prescriben para los procesos de familia no se incluyen en los demás procesos judiciales en los que están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad o violaciones de derechos sociales.

iv) El papel del Código en la distribución de los bienes

La codificación moderna está íntimamente ligada a estos intereses de la burguesía del siglo XVIII. Si consideramos las funciones del derecho: 1) Cualificación y distribución del poder, 2) configuración y distribución de los bienes, 3) guía de comportamientos. La constitución se ha ocupado de la primera, el Código Civil de la segunda función y el Código Penal de la tercera. La función de distribución de los bienes tiene límites desde el momento que el Estado comienza a regular.

¹³ El Código seguía a su vez otras normas como el Código Rural, que además de regularizar la propiedad del ganado, obligó a convertirse en peones de estancia a la población libre del campo con la persecución del delito de vagancia (ver GARAVAGLIA, J. C. (2001). *De Caseros a la Guerra del Paraguay: El disciplinamiento de la población campesina en el Buenos Aires postrosista (1852-1865)*, *Illis I Impiris*, (5), 53-80 Editor: Universitat Pompeu Fabra) y la promoción del alambrado de campos.

¹⁴ Ver Marí, Enrique E; Ruiz, Alicia et.al. “Materiales para una Teoría Crítica del Derecho”; Abeledo Perrot, Bs.As., 1991.

¹⁵ Es curiosa la utilización de esta denominación controvertida y descartada por la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, que se refiere a estas personas como “personas con discapacidad”.

¹⁶ Utilizó el término en el sentido que expresa Ezequiel Adamovsky en “Historia de las clases populares en la Argentina” (Ed. Sudamericana, 2012) para referirse a este conjunto plural, fragmentado y heterogéneo que comparten una relación subalterna respecto de las élites que han tenido y tienen el poder social, económico y político.

El mismo acto de aprobar un código civil, es en algún sentido, una forma de regular las relaciones entre los particulares ya sea asignándole o quitándole valor jurídico o a sus diferentes tipos de relaciones. Si bien los principios de autonomía de la voluntad y propiedad individual parecen delegar todo el poder a los particulares, en nuestro tiempo se destaca el importante papel que cumple el Estado interviniendo en la distribución de bienes. Desde un sentido clásico ya el derecho de familia, en sí, pone límites a esta libertad de intercambio, para preservar determinados intereses que la sociedad considera valiosos. El enfoque cambia cuando se pretende establecer estos mismos principios en el derecho contractual y en los derechos reales, los cuales parecen inmunizados frente a este orden público. Si realmente pretendemos considerar a las personas de forma individual o colectiva que pertenecen a las clases populares, el Código no debería ser un obstáculo para las políticas de intervención del Estado que pretenden intervenir en la distribución de los bienes para defender a las personas más pobres.

Siendo coherentes con el art. 2 del proyecto presentado, en cuanto a que el Código debe ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, nos preguntamos si el Código propuesto se adecua por ejemplo artículo 34 de la Carta de la OEA, en tanto establece que:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:(...) b) Distribución equitativa del ingreso nacional; (...) d)Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; (...) f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; (...) k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna, entre otros.

En la historia argentina la imposición cultural de un modelo de sociedad fue más violento y excluyente, y el Código Civil sirvió para consolidar el incipiente poder de la nueva burguesía oligárquica¹⁷, con exclusión de las grandes mayorías populares¹⁸. En nuestro tiempo la codificación civil continua siendo un elemento clave para la distribución de bienes en la sociedad. Aunque sus reglas parecen naturalizadas en el *sentido común* hegemónico, muchas prácticas de las clases populares en la Argentina muestran que las reglas civiles no lograron modificar todas las conductas de la población, persistiendo formas de intercambios de bienes con reglas de un derecho paralelo al derecho oficial, pensemos por ejemplo en las compraventa de casillas en las villas y asentamientos informales.

¹⁷ He desarrollado en contexto histórico este argumento en “Propiedad y Constitución: del *derecho terrible* a la democracia económica” escrito en conjunto con Gerardo Pisarello y publicado en “La constitución en 2020” de Gargarella, Roberto (comp.). Ed. Siglo XXI, 2011.

¹⁸ Para la explicación de este aspecto sugiero consultar “Historia de las clases Populares en Argentina (Desde 1880 hasta 2003) de Ezequiel Adamovsky, Ed. Sudamericana, 2012.

Además, el Código Civil más allá de ser una reglamentación de los derechos en las relaciones privadas, es una norma que tiene un valor de referencia fundamental para todo el ordenamiento jurídico nacional. Así es frecuente que otras ramas del derecho, aún del derecho público utilicen definiciones y conceptos acuñados en el Código Civil o de manera supletoria para interpretar el alcance de los derechos.

v) El efecto horizontal de los derechos sociales en las relaciones privadas

Los derechos económicos sociales y culturales como parte de los derechos humanos contenidos en la constitución, alcanzan no sólo a las relaciones de derecho público: Estado – Ciudadanos, sino también a las relaciones privadas entre ciudadanos. La doctrina se ha referido así al *efecto horizontal* de los derechos fundamentales. Es decir, los derechos fundamentales no sólo son derechos de las personas frente al Estado para que este los respete, proteja, garantice y promueva, sino también como límite a la actuación de particulares en sus relaciones privadas¹⁹.

El derecho civil recibió, desde principios de siglo XX, muchos cuestionamientos en cuanto a su incapacidad para reconocer las desigualdades sociales existentes, protegiendo con sus principios generales las relaciones económicas y de clase, y consecuentemente, perpetuando esas desigualdades. Ante las dificultades de su reforma, se impulsaron procesos de descodificación, a través de la aprobación de estatutos especiales que sustraían materias completas de código. Vale de ejemplo la regulación del derecho del trabajo, disminuyendo el alcance del contrato de locación de servicio, los códigos rurales para reglar las relaciones contractuales y la propiedad rural en los países que hicieron reformas agrarias, la regulación de los derechos del consumidor, excluyendo las operaciones realizadas por estos sujetos de la regulación del contrato de compraventa de bienes de consumo. Pero esa crisis del derecho civil parece revertirse a partir de la Constitución española de 1978, con la constitucionalización del derecho privado.

Lo cierto es que las relaciones entre el derecho civil y los derechos sociales, desde sus inicios, siempre ha sido tensa, pues en la práctica los derechos sociales operan como limitaciones a los principios clásicos de libertad contractual y derecho a la propiedad absoluta. Valga de ejemplo las limitaciones a la libertad contractual en los contratos de alquiler que se impusieron en Argentina desde 1921 y que fueron avalados por la CSJN, entendiéndose que el derecho a la propiedad, como todos los derechos podría ser limitado teniendo en miras el interés social, podemos recordar los casos “*Ercolano c. Lanteri de Renshaw* (Fallos T. CXXXVI, pág. 161); “*Manuel F. Cornü c. José Ronco*” del 17 de octubre de 1924; *Oscar Agustín Avico c. Saúl G. de la Pesa* del 7 de diciembre de 1934 y *Gobierno Nacional c. Carlos Saberna*” del 23 de febrero de 1945. En este sentido cuanto más se quiera reducir la mercantilización de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades sociales (vivienda, alimentos, medios de producción, salud) ello redundará en una limitación a la libertad contractual y a los poderes de los propietarios, claro está que se deberá evitar trabar el funcionamiento del mercado de comercialización de estos bienes, imponiendo restricciones compatibles con su existencia.

2. Algunos cambios necesarios

¹⁹ La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el jurista NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Múnaco, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995.

Partiendo de estas premisas presentamos los puntos más relevantes para adecuar el contenido del Anteproyecto de Código Civil a los principios y derechos que surgen de los estándares internacionales y nacionales de derechos económicos, sociales y culturales. Los cambios que presento no modifican la sistemática propuesta por los autores del proyecto.

i) Principios Generales

El Código propuesto no contiene un capítulo específico sobre principios generales, que a aparecen de una forma dispersa. En líneas generales ya existían en la reforma de 1968 los arts. 9 buena fe, 10 abuso de derecho, 12 orden público, sin una adecuación específica a los estándares internacionales de derechos humanos, salvo en lo que hace a la Interpretación (Art. 2) que sí los contempla y el principio de abuso de posición dominante (Art. 11).

Sin embargo el anteproyecto reproduce una fórmula muy confusa para los límites de los derechos, de los contratos o de la propiedad al volver a referirse a la fórmula clásica: *moral y buenas costumbres* (arts. 10, 55, 56, 151, 279, 344, 386, 398, 958, 1004, 1014 y 1743). Este concepto más allá de su imprecisión y vaguedad, fundamentalmente es contrario a la idea de una sociedad multicultural, en donde la diversidad permite que existan diferentes jerarquías de valores y ponderaciones acerca de actos buenos y malos, sin perjuicio de los prohibido/ permitido por la ley vigente. Por tanto entendemos que esa referencia debería ser eliminada del código porque permitiría que la apreciación de los magistrados, generalmente perteneciente a las clases sociales dominantes, reprodujera un único punto de vista de comportamiento, de acuerdo a las pautas establecidas por las jerarquías sociales y culturales existentes.

El Art. 706 se refiere a un conjunto de principios generales para los procesos de familia, entre los que se encuentran: participación de niños, adolescentes y personas con discapacidad (Art. 707), de oficiosidad (Art. 709) u otros principios como la citación al Poder Público, la participación de los afectados y audiencias abiertas de conciliación, que también deberían incluirse para todos los demás procesos judiciales en los que están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad o violaciones de derechos sociales. La reforma no puede incluirse en el Título VIII, Capítulo 2 pues este es limitado a las cuestiones de familia, en todo caso debería estar en alguna parte del Título Primero.

Hay una serie de principios que vienen del DIDH, del derecho constitucional y del derecho privado que están ausentes en el anteproyecto. Se trata de los principios de *función social de la propiedad* (CADH, Art. 21), *Pro persona*, y *favor debilis* que sólo estaría previsto para las relaciones de consumo, pero no para otras relaciones jurídicas. Sería pertinente entonces incluirlos, pues tienen una incidencia fundamental en la justificación de las siguientes reformas que proponemos, además de ser principios contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

ii) Límites a los derechos de contratación y propiedad

Los principios propuestos inciden en la regulación de las obligaciones, los contratos y los derechos reales por medio de limitaciones a su ejercicio. Las limitaciones que se proponen se fundamentan en el artículo 14 de la Constitución que prevé que todos los derechos se ejercen conforme su reglamentación. En este entendimiento es que existe una vasta jurisprudencia que reconoce que no existen derechos absolutos y que en cambio todos los derechos pueden ser reglamentados en su ejercicio, por ley

formal del Congreso (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5, OC-5/85), claro está, sin perjudicar su razonabilidad (Art. 28 de la Constitución Nacional).

El Art. 240 establece como límite al ejercicio de los derechos individuales su compatibilización con derechos colectivos y el medio ambiente, pero omite la referencia a la función social de la propiedad y de los contratos. Estas limitaciones son fundamentales pues resultan un criterio clave para avanzar en todos los proyectos de regularización de asentamientos informales y para determinar el contenido del ejercicio abusivo de los derechos.

En este sentido proponemos seguir la fórmula del Código Civil Brasileiro. El artículo 421 de este código sostiene que *La libertad de contratar será ejercida razonablemente con los límites de la función social del contrato*. Por su parte el Artículo 2.035 de ese Código establece que: *La validez de los negocios y demás actos jurídicos, constituidos antes de la entrada en vigor de este Código, obedece a lo dispuesto en las leyes anteriores, referidas en el art. 2.045, pero sus efectos, producidos después de la vigencia de este Código, se subordinan a sus preceptos, salvo se hubiera sido prevista por las partes determinada forma de ejecución*. Parágrafo único. Ninguna convención prevalecerá si contrariara preceptos de orden público, tales como los establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos.

Una posible formulación, respetando la actual redacción, podría ser:

“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y el principio de función social de la propiedad. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, y la permanencia y producción de las poblaciones tradicionales o autóctonas entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”

Los artículos 244/250 prevén el régimen de afectación de la vivienda. El régimen es superador de nuestro actual régimen de bien de familia. Sin embargo persisten obligaciones jurídicas en las que se continúa permitiendo la ejecución de la vivienda de una persona que habría que eliminar pues no se justifica que por ese tipo de actos se prive a la familia de su protección. Por ello proponemos eliminar los incisos a y c del artículo 249.

Los arts. 526 y 527 establecen la atribución de la vivienda en las uniones convivenciales. Ambos artículos ponen un límite máximo de dos años como período para atribuir la vivienda. Lo más razonable es que este período fuera mayor en tanto las condiciones que lo motivaron subsistan. Para ello proponemos que este plazo que siempre puede ser menor, tenga un techo más alto de 10 años, siempre respetando la proporcionalidad con los años de convivencia, para no afectar los derechos de disposición sobre el mismo de los sucesores, pero al mismo tiempo garantizar el alojamiento del conviviente.

El Art. 744 regula los bienes excluidos de la garantía común de los acreedores, es decir que serán inembargables. Si bien el artículo hace una enumeración detallada, omite varios supuestos que son fundamentales para el garantizar el ejercicio de las mínimas condiciones adecuadas de vida (Art. 11 del PIDESC). En ese sentido la vivienda, los artefactos que garantizan los atributos básicos de la vivienda adecuada,

producción de energía, alimentación, salud e información pública, deberían estar incluidos en el listado.

El Art. 771 prevé la facultad judicial de reducir los intereses de las obligaciones de dar dinero. Falta agregar como criterio que cuando la suma de dinero a restituir tenga como causa la adquisición de un bien imprescindible para la satisfacción de derechos económicos sociales y culturales, el juez podrá reducir los intereses de modo de garantizar la asequibilidad (Comité DESC, OG 4, párr. 8, inc. e), es decir que pueda ser alcanzado por la capacidad de pago del deudor, sin comprometer el contenido alimentario de sus ingresos (más del 30 %).

El Art. 1009 prevé como objeto de los contratos los bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares. Es sabido que las carteras de deudores de bancos son usualmente comercializadas a estudios jurídicos de modo de limpiar la responsabilidad que los bancos tuvieron al conceder sus préstamos. De este modo se evita que en una ejecución el juez pueda reducir las deudas por corresponsabilizar del incumplimiento al deudor y al acreedor. Por eso resulta fundamental, que cuando se trata de comercialización de derechos litigiosos se excluya a los contratos que tuvieron como objeto la adquisición de bienes para la satisfacción de derechos económicos sociales y culturales.

En la regulación de los contratos de consumo se establece un régimen para las cláusulas abusivas que permitiría distintos límites a la libertad contractual mediante control judicial, entre ellas la posibilidad de considerarlas como no existentes. El Art. 1121 establece que no pueden ser declaradas abusivas a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y b) las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas. Pensamos que la primera exclusión, relativa al precio, es arbitraria. Pues justamente cuando se comercialicen bienes imprescindibles para las necesidades vitales a precios que no guardan proporcionalidad o justificación, estas cláusulas deberían poder ser consideradas abusivas.

El Art. 1970 establece los límites al dominio reproduciendo la fórmula de siglo XIX, sin registrar la comprensión que ha realizado las legislaciones y jurisprudencia del siglo XX acerca de la función social de la propiedad, permitida por la incorporación de la CADH (Art. 21) a nuestra Constitución en 1994. En ese sentido pensamos que entre los límites al dominio debe incluirle la función social de la propiedad urbana y rural.

iii) Regulación de los derechos reales

En argentina existe un alto número de personas que no tienen títulos que les garanticen la seguridad jurídica de continuar alojados en donde viven. En su reciente informe la Relatora de la ONU para el derecho a la vivienda afirma que los asentamientos y ocupaciones se habrían además multiplicado en distintas áreas urbanas del país (punto 38 del Informe al Consejo de DH). Por otra parte, existen desde hace 20 años situaciones irregulares en sectores de ingresos altos que habitan inmuebles dentro de clubes de campo, barrios cerrados, que el proyecto de Código se propone regularizar a través de la figura de los conjuntos inmobiliarios (Art. **1887 y 2073 y ss.**).

Llama la atención que el proyecto sólo atiende la regularización de los sectores altos y no de las personas más pobres. Para lograr la regularización de los asentamientos populares el criterio que se utiliza en muchos países es reducir los plazos de prescripción adquisitiva. Así la prescripción larga reducirla a diez años y la corta

(con justo título) a cinco años. Una alternativa es crear una prescripción adquisitiva especial para fines de vivienda. Este es el instrumento utilizado en Brasil y Uruguay que permite que cualquier ocupante con 3 años de posesión pacífica, ininterrumpida, que no tenga otro inmueble y que tenga menos de dos ingresos mínimos pueda acceder al dominio del inmueble a través de esta institución.

Por último es preocupante que el Art. 2240 continúa permitiendo la defensa extrajudicial para mantener y recuperar la posesión, habilitando vías de hecho sin la intervención del poder judicial, aun que este recurso es autorizado como excepción. Es sabido que, sobre todo en el ámbito rural, han existido asesinatos y otras formas de violencia contra líderes campesinos y de vivienda urbana que ha sido efectuado por empresas de seguridad al servicio de terratenientes, y fuerzas de seguridad. Por esa razón resultaría un retroceso legal brindar una causa de justificación a ese tipo de actos, sin perjuicio de las defensas en el ámbito penal que puedan oponerse.

En este capítulo están ausentes las formas de intercambios de derechos sobre las viviendas que habitan los asentamientos informales y villas. Sin perjuicio del derecho que tienen estas personas a la regularización de estas situaciones –en tanto la seguridad de la tenencia es parte de los contenidos del derecho a la vivienda adecuada (Comité DESC, Observación General N° 4, párrf. 8, inc. a) – el Código debería preservar los derechos de las personas que venden sus viviendas a través de alguna figura legal. Esto no significa reconocer relación de dominio sobre el inmueble objeto del intercambio, sino que puede instrumentarse a través de cesiones de derechos o la venta lo construido.

3. Conclusiones

Hemos visto que la discusión del proyecto de Código Civil envuelve diversas dimensiones que abarcan cuestiones filosóficas, constitucionales, desde modelos político-económicos hasta técnicas específicas de regulación de las relaciones privadas. Para ello rememoramos antiguas críticas al Código Civil Napoleónico y sus reflejos en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, moderadamente atenuado durante la dictadura de Onganía por su Ministro del Interior.

A lo largo de este texto hemos tratado de enunciar algunas de estas dimensiones que ayer como hoy deberían ser motivo de discusión pública, pues mas allá de tal o cual regulación acerca de una determinada forma contractual, estamos discutiendo también, aunque solo sea en parte, un modelo social de organización e intercambio.

La discusión de estos aspectos del Código parece estar dejando afuera a las clases populares y sus prácticas económicas y culturales. Por ello destacamos algunos aspectos de estas cuestiones que son reivindicadas por movimientos que promueven la efectivización de los derechos sociales, en el campo de la vivienda y la soberanía alimentaria y el importante rol que cumple el Estado en la redistribución de la riqueza.

El nuevo proyecto no nos libera del riesgo de consolidar formas actuales de opresión y discriminación de los sectores mas vulnerables, bajo apariencias de modernización y aggiornamiento que se verifican solo en las relaciones de familia. El progresismo en las modificaciones de este último derecho, contrasta con un conservadurismo extremo en la regulación de los derechos reales y un tímido derecho del consumidor como limitación a los excesos de mercado.

Por eso, además de reflexionar críticamente sobre el proyecto y hacer algunas propuestas, el presente es una invitación a discutir públicamente, en su real dimensión, un asunto demasiado importante que nos importa a todos, sobre todo

quienes en la actual situación, no tienen garantizado el derecho a condiciones adecuadas de vida (Art. 11. 1 del PIDESC).

La discusión de un proyecto con posibilidades de aprobación, por primera vez en un marco de democracia plena, no debería soslayar estas cuestiones, a riesgo de vaciar de contenidos a una democracia que lucha por dominar los poderes fácticos que atormentan el cotidiano de los pobres en nuestro país.