

# **Opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la reforma de los Códigos Civil y Comercial**

*Diciembre de 2014*

La nueva norma fue publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del 2014 y su entrada en vigor fue inicialmente diferida hasta el 1° de enero de 2016. A posteriori, se adelantó su entrada en vigencia a agosto de 2015.

## **Vicios en el trámite legislativo**

El trámite legislativo no respetó las normas de procedimiento, provocando la decisión de los diputados de los bloques opositores de retirarse del recinto antes de su tratamiento y sanción. Por los mismos motivos se formuló una denuncia penal contra el presidente del cuerpo.

Nuestra Academia toma como suya la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 11 de diciembre de 2014 en la que se fundamenta extensamente la inconstitucionalidad de los actos procesales que dieron lugar a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. En sus conclusiones esa declaración dice: “El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido.”

Los graves vicios en el trámite parlamentario pusieron en evidencia el apuro del Poder Ejecutivo y de los bloques oficialistas del Congreso, para lograr su sanción. Hubo una urgencia que no se compadece con la importancia del cambio. Una reforma de los principales códigos que regirán la vida de los argentinos hubiera requerido un tratamiento mucho más abierto y medular. Debiera haberse reclamado un examen riguroso y razonable, no sólo del Poder Legislativo, sino también de otras instituciones relacionadas con las temáticas de los códigos reformados. Esto hubiera sido particularmente importante en lo relativo a los atributos de la persona y las relaciones de familia. En efecto, los

lazos que se establecen, sus contenidos personales y sus alcances patrimoniales, son ámbitos en los cuales son notables los cambios en relación con el código que se derogó.

### **Respeto a la vida humana desde la concepción**

Con plena evidencia puede decirse que la vida embrionaria comienza en el momento de la fecundación. Las observaciones experimentales verifican que el embrión de una sola célula, definido por el término biológico *cigoto* o *embrión unicelular*, es ya un *organismo autogestante*, expresamente definido en el espacio y en el tiempo, que opera como una unidad de vida, y que de manera *autónoma, continua, coordinada y gradual* desplegará un programa de cumplimiento que autoconstruye, evoluciona continuamente y declina, conformando así, el ciclo vital único e irrepetible del mismo ser.

El art. 19 del nuevo código en su texto finalmente sancionado, establece que la persona comienza con la concepción. De esta manera se ratifica la tradición jurídica argentina que reconoce que el embrión es persona ya sea que su concepción ocurra dentro o fuera del seno materno. Sin perjuicio de ello una disposición transitoria incluida en la ley que aprobó el nuevo código, señala que el embrión humano no implantado será protegido en una ley especial. Tal norma responde a la problemática de la manipulación embrionaria, como de hecho lo encontramos en el proyecto de ley acerca de la reproducción humana asistida, recientemente aprobado por la cámara de Diputados (12 de noviembre de 2014). Recordemos que la manipulación del embrión lleva implícito el sello de la cosificación de la persona, olvidando que desde la concepción, el embrión debe ser respetado y tratado ontológicamente como persona “en acto”. El disponer de los embriones, ya sea con la intención de criopreservarlos o de seleccionarlos al comienzo de la vida en función de sus capacidades con un espíritu eugenésico, o de utilizarlos como material de investigación; en la producción industrial de cosméticos, para la clonación en búsqueda de órganos para trasplante y para todo aquello que la ciencia nos muestre en el futuro, hará que el hombre deje de ser hombre para pasar a ser un simple objeto.

El hecho de que las técnicas para producir seres humanos en el laboratorio (aprobado por la Ley 26.862 y en consonancia con el nuevo Código Civil y Comercial) invaden en lo más íntimo el origen y la transmisión de la vida, nos sitúa ante cuestionamientos que deben confrontarse con la justicia de todo acto y actividad humanos. Las técnicas de reproducción asistida (TRA) son procedimientos en un ininterrumpido avance y aún no se conocen de forma absoluta sus alcances y consecuencias. Hay cuestiones biomédicas que están muy lejos de ser resueltas y que merecen ser sometidas a una valoración ética.

### **Filiación y derecho a la identidad biológica**

Cabe el análisis jurídico de la filiación, pero no puede ni debe obviarse el planteo antropológico, sociológico y psicológico que hace a este tema. Nos referimos tanto a la ruptura del vínculo paterno filial biológico, como a la pérdida del derecho a la identidad de los embriones concebidos in vitro. La Academia del Plata, con quien coincidimos en este punto, dice: “el Código crea las novedosas categorías de ‘procreador voluntario’ y tácitamente a contrario sensu de ‘procreador no voluntario’, al disponer que ‘los nacidos por las técnicas de reproducción asistidas son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre’ en los términos allí establecidos....con independencia de quién haya aportado los gametos’ (art.562). Por tanto la ley crea un progenitor que obviamente no es progenitor. Asimismo, se dispone que ‘cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos’ (art.575), excepto los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

En consecuencia el verdadero progenitor evade su responsabilidad atento su ‘voluntad no procreacional’”. Un hecho que consideramos inaudito, es que “ni los progenitores biológicos pueden reclamar la paternidad, ni los hijos biológicos pueden reclamar su filiación”, haciendo que el vínculo biológico sea preterido por el “voluntarismo de deseo”.

En esa misma línea, la regulación propuesta silencia un problema que suscita una profunda angustia en las personas concebidas por las técnicas: el riesgo de

involucrarse en una relación afectiva incestuosa. A diferencia de la adopción, no existe la obligación de los padres de informar el modo en que estos niños fueran concebidos. De esta forma, no existe resguardo alguno contra el riesgo que implica la consanguinidad parental.

En la medida en que se admite la fecundación heteróloga, legitimada con el anonimato de los dadores, se plantea la cuestión del acceso limitado a la información relativa a la identidad genética del niño nacido por técnicas de reproducción asistida. El conocimiento del origen biológico de cada persona es, no sólo un derecho inalienable, sino también una necesidad en relación con eventuales asuntos médicos que pueden concernirle. La fertilización asistida despoja definitivamente a la medicina de uno de los elementos indispensables para el trabajo del genetista: el conocimiento del árbol genealógico familiar. Más aún, la identidad, como una unidad compleja de elementos que hacen al derecho a la vida de las personas<sup>1</sup>, no puede reducirse al conocimiento de los orígenes, al modo de meros datos genéticos.<sup>2</sup> El patrimonio genético de una persona tiene impacto transgeneracional, y en este sentido compromete derechos de sus descendientes. La herencia genética y epigenética es un derecho de las personas que refiere también al conjunto de experiencias culturales que constituyen un todo con las disposiciones hereditarias de base genética de cada persona.<sup>3</sup>

## **Gestación por sustitución**

---

<sup>1</sup> Corte IDH, “Gelman v. Uruguay” (2012) p. 123: “(...) La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”.

<sup>2</sup> Cfr. ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos; ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

<sup>3</sup> Corte IDH “Gelman v. Uruguay” (2012) p. 124: “En ese mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina, y citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que: “el reconocimiento social prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”.

Otro hecho preocupante es el reconocimiento legal de la gestación por sustitución, por medio de la cual previa celebración de un contrato homologado judicialmente, un niño proveniente de la unión de gametos de uno o más personas (“comitentes”), podría ser implantado en el vientre de una mujer, que acepta llevar adelante su gestación hasta el momento del nacimiento. Si bien se prohíbe retribución por este tipo de gestación, son inimaginables las situaciones que se presentarán.

## **El matrimonio**

El nuevo Código propone una regulación del matrimonio que lo priva de su virtualidad moral, jurídica y política. En primer lugar, queda despojado de su naturaleza obligacional toda vez que se relativizan los deberes emergentes del vínculo matrimonial cuando carecen de sanciones. En segundo lugar, el hecho de que el matrimonio pueda ser resuelto inmediatamente luego de ser contraído, sin especificar un tiempo mínimo de duración del mismo, importa una banalización del atributo de estabilidad que tanto bien hace a la sociedad y a los hijos. En tercer lugar, la trascendencia acordada al divorcio en relación a la regulación del matrimonio en sí mismo y su creciente equiparación con las uniones de hecho, demuestra un desinterés del legislador por la institución más provechosa a los intereses de la sociedad.

Casi un siglo después, nos encontramos que la familia está viviendo una nueva concepción de la vida moral, a la cual podríamos calificar como existencialismo ético y actualismo e individualismo ético, encontrándose en el hombre como lo que hoy llamamos “moral de situación” que niega los principios morales universales, y basa la moral en la conciencia individual, la cual *per se* juzga y elige según las circunstancias que le toca vivir.

Esto nos lleva a hacer una fuerte crítica al nuevo Código, puesto que el mismo ha modificado el concepto de matrimonio y familia: “profundiza la separación entre sexualidad y procreación ya instalada con la reforma introducida por la

ley llamada de matrimonio igualitario”<sup>4</sup> y desnaturaliza el sentido mismo de matrimonio.

La familia, futuro de la persona y de la sociedad, es fuente de la solidaridad, de la cercanía, de la protección y de la propia supervivencia.

### **Los derechos individuales y el derecho de propiedad**

Los artículos 14 y 240 pueden dar lugar a limitaciones al ejercicio de los derechos individuales y particularmente sobre el derecho de propiedad. Esto ocurre por la exigencia de compatibilizarlos o sujetarlos a los derechos de incidencia colectiva y a los efectos ambientales. Siendo estos derechos motivo de una amplia interpretación, se abre un espacio de subjetividad y de incertidumbre.

El Artículo 14 dice que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

El Artículo 240 dice que “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1° y 2° debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. 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, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”

Se establece así que los derechos sobre la propiedad deben adecuarse a las normas de derecho administrativo nacional y locales que hayan sido sancionadas en función del interés público. Particularmente no deben afectar la sustentabilidad de los ecosistemas. Entrando en este terreno, las normas referidas no son sólo leyes sino también decretos y resoluciones de organismos de menor nivel. Esto es sumamente riesgoso para quienes deben

---

<sup>4</sup> Academia del Plata. Declaración sobre la aprobación del nuevo Código Civil.

invertir en bienes y propiedades. Quedan al arbitrio de interpretaciones subjetivas frente a reclamos que incluyen la flora y la fauna, el paisaje y los valores culturales.

### **Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera.**

El Código Civil establecía anteriormente en su artículo 617 que “si por el acto por el que se ha constituido una obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse de dar sumas de dinero”.

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 765 dice que si al momento de la constitución de la obligación se estipuló dar moneda extranjera, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas. A su vez para el supuesto que el deudor no pudiera entregar la cosa convenida se dice que “puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. En definitiva, el efecto no mencionado explícitamente es el de producir la pesificación de las deudas en moneda extranjera. Esta interpretación no queda superada por el texto del artículo 766 que dice que: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. Resulta difícil concordar con el tenor literal de la oración final del artículo que lo precede.

Esta norma acarreará innumerables contiendas judiciales, y tendrán que ser los jueces los encargados de establecer sus alcances y evitar que se aniquile el derecho de propiedad. La dificultad emerge cuando la cotización de la divisa es diferente en distintos mercados, algunos regulados oficialmente y otros informales y no controlados. Habiendo una historia frecuente de controles cambiarios en la Argentina, la nueva disposición del Código implica un riesgo extremadamente alto para quienes ofrezcan préstamos o suscriban contratos en moneda extranjera. En un país con inflación y moneda débil es una severa limitación para la inversión y el ahorro, además de poner en riesgo el derecho de propiedad.

## **Propiedad comunitaria de los pueblos originarios**

Otro punto por examinar es el relativo a la regulación de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios. Contemplada expresamente en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, los autores del anteproyecto de código se preocuparon por atribuir –en el libro de los derechos reales- un Título referido a la propiedad comunitaria indígena, situándolo en el campo del derecho común. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional eliminó ese título del proyecto. Cabe señalar que según el art. 6º, inc. a del Convenio 169, de la OIT los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Exigencia reiterada en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, no consta que durante el trámite legislativo –tanto en órbita del Poder Ejecutivo, como en la del Congreso se haya consultado a los pueblos originarios acerca de la eliminación de ese capítulo en el anteproyecto.

En algunos casos será apropiado examinar la abundancia y el detallismo de algunas regulaciones procesales contenidas en un código de fondo. Si pudiera justificarse, desde el punto de vista constitucional, la validez de tales regulaciones, al menos hubiera sido prudente prever la posibilidad de que el legislador local pudiera establecer normas procesales aún más adecuadas que las del código de fondo, a fin de asegurar mejor la tutela judicial efectiva que exigen la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos.

## **Libertad de expresión**

El proyecto incluye una cláusula que tutela la privacidad como un derecho fundamental e inalienable. No obstante ello, cabe observar que el artículo 1770 es excesivamente ambiguo al castigar la “mortificación” de otras personas “en sus costumbres y sentimientos”. Esa ambigüedad y vaguedad de los términos utilizados vuelve a la norma incompatible con la Convención



Americana de Derechos Humanos, que exige que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión se establezcan en leyes claras y precisas. Una mayor previsión debió utilizar una terminología más adecuada e incluir una defensa de interés público vinculada al ejercicio de la libertad de expresión.

Igualmente cabe observar que el artículo 1771 recoge de manera imprecisa en estándar de la doctrina de la real malicia en los casos de “acusación calumniosa”. Dicha norma deberá ser interpretada de acuerdo con los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con los casos de responsabilidad por el ejercicio de la libertad de expresión en asuntos de interés público que involucran a funcionarios y a personas públicas.

Además, el nuevo código nada dice sobre la necesidad de que la responsabilidad civil por daños producidos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión derive en indemnizaciones proporcionadas, tal como lo exigen los estándares interamericanos de derechos humanos. En la misma línea cabe alertar que la aptitud de los jueces para tomar medidas preventivas para evitar daños no puede abarcar a los que puedan cometerse por medio de la prensa o en ejercicio de la libertad de expresión, amparados por la prohibición de imponer la censura previa que consagra nuestra Constitución.

### **Responsabilidad del Estado y de sus agentes.**

En el nuevo código la responsabilidad del Estado y sus funcionarios ha dejado de ser un tema de derecho común y pasó a ser una cuestión de derecho federal o de derecho local (artículos 1764, 1765 y 1766).

Se ha alegado en defensa de este régimen de responsabilidad, que las reglas propias del código civil no debieran regir para actos públicos. Si el código civil, componente central e insoslayable del derecho común –según el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional- compila las reglas relativas a las personas, bienes, modos de propiedad, obligaciones y contratos ¿es válido, de acuerdo con la norma constitucional citada, excluir a la responsabilidad del Estado de sus alcances? La respuesta negativa a ese interrogante se fortalece si

se piensa que hay numerosas materias –genéricamente tratadas en el Código Civil, como la mora, la culpa, la relación de causalidad, el caso fortuito y la fuerza mayor- que no han sido contempladas en la ley 26.944, de “Responsabilidad Estatal”, de reciente sanción y a las cuales los intérpretes no pueden acudir “ni en forma directa, ni subsidiaria” (art. 1° de la ley 26.944. Es necesario destacar que la reparación de los daños es materia propia de normas civiles que alcanzan a todos los habitantes por la violación de sus derechos. En tal sentido debe considerársela desde la óptica del daño y no de la fuente pública que lo generó. De otro modo podría llegarse al absurdo de que no se reparasen daños por el Estado Nacional o Provincial por no contar con regulaciones al respecto; o establecer responsabilidades diferentes que entrañasen notorias desigualdades entre los habitantes de la Nación, más allá de que no pueda descartarse, a tenor del contenido de la nueva regulación que ella opere, en los hechos, como una garantía de indemnidad del Estado y sus agentes respecto de los daños producidos como consecuencia de sus acciones o sus omisiones. La cuestión reviste aún mayor gravedad dado que las nuevas normas se aplican tanto a la responsabilidad aquiliana como a la responsabilidad contractual del Estado.