

ENTREVISTA CON AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI SOBRE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. ENTRE LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN DEL DERECHO CIVIL CODIFICADO*

INTERVIEW WITH AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ON THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE ARGENTINE REPUBLIC. BETWEEN TRADITION AND INNOVATION IN THE CODED CIVIL LAW

SABRINA LANNI**

Recibido: 26/01/2016

Aceptado: 30/05/2016

P. ¿Cuáles son las características que atan el nuevo código civil y comercial argentino con la tradición del sistema jurídico de referencia?

R. El código civil y comercial que entró en vigencia el 1/8/2015 conserva la tradición codificadora en diversos aspectos: (i) el método es prácticamente idéntico; los seis libros en lugar de cuatro obedecen a haber dado un libro exclusivo al derecho familiar (el libro II, dadas las grandes transformaciones operadas) y otro al derecho de sucesiones (el V, que se ha separado de otras materias como la prescripción y los privilegios, que se regulan en el libro VI junto a una materia muy importante, como es el derecho internacional privado); (ii) las soluciones, en general, excepto en algunos ámbitos del derecho de familia, no implican una ruptura con el pasado, sino una continuidad, al receptar las tendencias mayoritarias en la jurisprudencia interpretativa de la legislación anterior.

La diferencia fundamental radica en la aceptación expresa del fenómeno de la descodificación existente (las remisiones a la ley especial son numerosas). Contrariamente a lo que se creía en el siglo XIX, el código civil y comercial es un código “abierto”, no cerrado. Esta apertura implica un viraje importante en la interpretación y aplicación del derecho privado que no recurre a los elementos históricos sino que postula, principalmente, racionalizar el juego de los microsistemas y componer la coherencia sistémica.

* Este trabajo también se va a publicar en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia 30 (2016).

** Profesora titular de Derecho privado comparado en la Universidad ‘Magna Graecia’ de Catanzaro (Italia); lanni@unicz.it.

P. Si hablamos de los principios generales del derecho como un puente entre el sistema de derecho romano común y los nuevos códigos civiles en la búsqueda perenne de *ius* como *ars boni et equi*: ¿asegura el nuevo código argentino esta conexión?

R. Por supuesto que sí. Este es un código que privilegia los principios por sobre las reglas casuísticas. Los principios generales aparecen, incluso, en el título preliminar. Tal lo que sucede con el principio de buena fe (art 9); el abuso del derecho (art. 10 y 11) y la interdicción del fraude a la ley (art. 12).

P. Las referencias a la buena fe, a la justicia, a la igualdad, etc. representan un peligro a la vista de *judge made law*: ¿La Comisión redactora planteó esto como un problema o lo tuvo en cuenta como contexto?

R. Un código en el que predominan las reglas casuísticas sin levantar la vista a los principios y valores que surgen de la Constitución y de los tratados de Derechos Humanos requiere un juez experto en la subsunción de los hechos en las normas. Un código estructurado sobre la base de principios exige, además, un juez que interprete y aplique el articulado de modo sistemático con el resto del ordenamiento. No se trata que el juez *hace* la ley sino que tiene un margen de posibilidades para que, al decidir el *caso* (art. 1) tenga en cuenta las circunstancias y aplicando todo el sistema, pondere con razonabilidad y justicia.

P. ¿La lectura de la Constitución Nacional y el pensamiento de las Cortes Supremas de Justicia determinaron de algún modo el replanteamiento del derecho civil codificado y en qué áreas?

R. En la Argentina, el proceso de constitucionalización del derecho privado se remonta al siglo XIX, en el clásico debate entre Vélez Sarsfield (autor del Código Civil) y Alberdi (autor de las Bases que dieron lugar a la Constitución nacional de 1853). Precisamente, Alberdi reprochaba a Vélez que al regular el matrimonio (estableciendo para los celebrados en el territorio nacional como único válido el realizado según el rito católico) no había tenido en cuenta la Constitución Nacional (art. 20, que otorga a todos los extranjeros el derecho a celebrar matrimonio, sin distinguir la religión). Más cercano en el tiempo, en 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró inconstitucional la ley de matrimonio civil de fines del siglo XIX que no admitía el divorcio vincular. La incorporación al bloque de constitucionalidad de los Tratados de derechos humanos profundizó esta cuestión, especialmente, en la visión del niño como sujeto de derecho y el reconocimiento de su autonomía progresiva. Este replanteamiento del derecho civil codificado alcanzó a otras áreas, como la responsabilidad civil, sufriendo un proceso similar al italiano, por ej., el daño no patrimonial.

P. Con referencia a los formantes legales mencionados por los comparatistas italianos: ¿la doctrina ha mantenido su supremacía en la elaboración del nuevo código como ocurrió en redacción del antiguo código argentino de Vélez Sarsfield?

R. Cuando Vélez redactó el código civil a mitad del siglo XIX no existía ni doctrina ni jurisprudencia local; por eso, se valió especialmente y con gran sapiencia de la doctrina romanista y de la exégesis francesa. Desde entonces, esa doctrina ha influido en la formación del nuevo derecho, pero ahora con un gran número de referentes locales. Todos ellos han sido tenidos en cuenta, con mayor o menor peso, en la redacción del código civil y comercial.

P. ¿El nuevo código tiene conciencia del diálogo sobre la armonización del derecho civil en América Latina y sobre las tendencias del mismo, por ejemplo, en términos de contrato, de responsabilidad civil y derecho del consumo?

R. Este aspecto ha sido tenido especialmente en cuenta. Los fundamentos que acompañan al anteproyecto dicen: “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.... 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”.

P. Con referencia al asunto del contrato, de la responsabilidad y del consumo, ¿piensa Usted que en la preparación del proyecto de código se haya hecho manifiesto un modelo legal considerado prestigioso que queda conducir a un trasplante de las reglas o de las técnica legislativa de tal modelo?

R. No ha habido un modelo legal único trasplantado; por el contrario, se ha recurrido a diversas fuentes. Así, por ej., en materia de responsabilidad civil se ha seguido el criterio unificador del código de Quebec, pero al mismo tiempo, se ha recogido la jurisprudencia y la doctrina local en otros aspectos, como es, por ej., la función preventiva de la responsabilidad civil, expresamente incorporada. En el ámbito del derecho del consumo se ha tenido especialmente en cuenta la legislación brasileña en algunos puntos, como es por ej., al ubicar al llamado consumidor expuesto entre las prácticas abusivas, pero también se ha tenido en consideración toda la jurisprudencia forjada a partir de la sanción de la ley 24240; el código italiano de 1942 ha tenido influencia en la regulación del contrato con cláusulas generales predispuestas, etc.

P. Obviamente la lectura del nuevo código plantea al cultor del derecho muchas preguntas; sin embargo, siguiendo el enfoque sistemático del código, creo que

algunas surgen en modo inmediato y espontáneo. Una primera cuestión es sobre los binomios de la "familia" / las "familias", el "niño" / los "niños": ¿Qué explicación amerita este cambio en el nuevo Código Civil?

R. En las materias que indica la pregunta se han seguido muy de cerca los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales regionales que los interpretan. Así, por ej., la Corte Interamericana afirma reiteradamente que “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo el modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. La legislación interna no puede desconocer estos conceptos básicos relativos a la pluralidad de formas familiares. En esa línea de pensamiento, los fundamentos que acompañan al anteproyecto dicen: “El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de *democratización de la familia*, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del *derecho de familia* al *derecho de las familias* en plural; esta opinión se sustenta – entre otras razones - en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la *protección integral de la familia*, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina –y en menor medida, en la jurisprudencia- como *familia ensamblada*), etcétera”. Por lo demás, no debe olvidarse que antes de la sanción del nuevo código civil y comercial, la Argentina reguló el matrimonio de personas del mismo sexo igualándolo en todos sus efectos al heterosexual.

P. En relación con la migración de las ideas jurídicas y su elaboración, ¿Cuál es la experiencia del nuevo código en materia de negocio jurídico?

R. El código civil de Velez reguló de modo autónomo y completo el acto jurídico. La Comisión redactora entendió que no habían razones para modificar el sistema, que se mantiene en lo sustancial.

P. La “propiedad” / las “propiedades”: el código muestra un concepto vinculado a la tradición romano-germánica que no tiene en cuenta la propiedad indígena reconocida en el ámbito constitucional: ¿Es esta una decisión motivada por una política legislativa específica?

R. El anteproyecto también regulaba la propiedad de los pueblos originarios. El articulado fue suprimido en la primera etapa de revisión por el Poder Ejecutivo. La

supresión obedeció a la insatisfacción de los grupos destinatarios de esa regulación que prefirieron que no se reglamentara el derecho que les otorga la constitución nacional. Reconozco que, en alguna medida, el régimen proyectado no se adecuaba, estrictamente, a los conceptos admitidos por la Corte interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la única referencia a este tema es el art. 18 que se remite a la Constitución Nacional y dice: *“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”*

P. ¿Cuáles son los cambios económicos más significativos en el nuevo código?

R. Es difícil enumerarlos. Podría señalar, entre otros:

- a) Mayor protección a la vivienda de la persona humana, tenga o no familia.
- b) Mayor protección del pequeño empresario, al regular contratos entre empresas como la agencia, el franchising, la distribución, etc. teniendo en consideración que la negociación no siempre es paritaria.
- c) Regulación de los contratos con cláusulas generales predispuestas, aplicables no sólo a los contratos de consumo.
- d) Regulación específica de los contratos bancarios, sacándolos de esta manera de la pura discrecionalidad de la autoridad administrativa.

P. El nuevo código promueve la flexibilidad de las cuestiones relativas a la disposición *inter vivos* de la herencia: ¿Cuáles son y cómo se salvaguardan los derechos de los miembros de la familia?

R. La mayor flexibilidad no pone en riesgo el derecho de los legitimarios, cuyas cuotas, aún reducidas, siguen siendo muy altas si se las compara con otros códigos con los que estamos unidos con una tradición común.

Las pocas cláusulas “flexibilizadoras” han tenido especialmente en cuenta: (a) el valor seguridad dinámica en el tráfico; por eso se limita temporalmente el efecto reivindicatorio de la acción de reducción (art. 2459); (b) la necesidad de disminuir los conflictos empresariales entre los herederos, por lo que se admiten los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias con miras a la conservación de la unidad de la gestión o a la prevención o solución de conflictos, siempre que no afecten la legítima (art. 1010); (c) proteger al heredero con gran discapacidad, por lo que en tales casos se autoriza una mejora a costa de los otros herederos (Art. 2448), etc.

P. En el diálogo entre la constitucionalización del derecho civil y la civilización del derecho constitucional ¿cuáles son las tendencias en el derecho civil argentino?

R. La reforma constitucional del año 1994 importó acoger el proceso de “civilización” del derecho constitucional al incorporar expresamente el derecho de los consumidores, el derecho a un ambiente sano, etc.

En mi opinión, es más fuerte la corriente de la constitucionalización del derecho civil y esto es lo que ha recogido en nuevo código civil y comercial desde los artículos 1 y 2 en adelante.

P. El nuevo código implica un fuerte cambio para los profesionales del derecho: ¿Implica a su vez la necesidad de innovación de los métodos de enseñanza del derecho civil y comercial en Argentina?

R. Creo, con otros juristas argentinos, que las facultades de derecho deben profundizar los cambios que ya venían efectuando (al menos, la mayoría de ellas); la enseñanza debe tender a explicar más los principios y a trabajar más las situaciones fácticas para que los “casos” de los que habla el artículo 1 del código civil y comercial puedan ser analizados desde una perspectiva sistémica