**FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

**A continuación se transcriben algunas partes de los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial, vigente a partir del 1 de agosto del 2015 , escrito por sus propios redactores:**

“La Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, presentamos el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus “Fundamentos”, en los que se detalla tanto el método como los principios que inspiran nuestro trabajo.

**I) Aspectos valorativos**

Algunos aspectos valorativos que caracterizan el Anteproyecto que presentamos se pueden resumir en los siguientes principios:

*Código con identidad cultural latinoamericana*. 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 en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 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.

***Constitucionalización del derecho privado*.** La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma 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.

***Código de la igualdad.***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. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

***Código basado en un paradigma no discriminatorio***. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha 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.

***Código de los derechos individuales y colectivos****.* En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.

***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,etcétera. 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 consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto.

***Código para una sociedad multicultural*.** 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.

***Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.***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 los

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

Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable.

**Consensos y decisiones valorativas**

La amplia participación y discusión por parte de la doctrina permitió tener en cuenta todas las opiniones. Naturalmente no es posible adoptarlas a todas, pero han sido materia de debate para admitirlas o no sobre la base de decisiones razonables y fundadas.

Este procedimiento hace que el Anteproyecto tenga dos caracteres importantes:

a) La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad.

b) En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por las impresiones personales de los integrantes, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina.

**FUENTES DEL DERECHO**

Cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, el anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado.

Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado.

El Anteproyecto le da una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa,…

Programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que se propone.

Por esta razón, el anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente.

**Objeto de regulación: ley y derecho**

El Código Civil incluyó el Título I denominado “De las leyes”.

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, como, por ejemplo, el italiano; se refiere a las fuentes del Derecho (artículo 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos, a los que luego define en sus efectos y relaciones jerárquicas (artículos 2, 3, 4). El Capítulo 2 (artículo 10) regula la aplicación de la ley (artículo 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (artículo 12).

Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal.

**3. El Título Preliminar como núcleo de significaciones**

Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que *confieren una significación general a todo el Código*. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como se explica a continuación:

*El derecho*: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación

*Las leyes*: se regula la ley como fuente formal principal; obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho.

*El ejercicio de los derechos subjetivos*: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

*Los derechos y los bienes:* se especifica el campo regulatorio del Código en la materia.

En cuanto a los textos, se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial.

Seguidamente se examinan más detenidamente estas cuestiones

**4. El derecho**

El propósito de este Capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como un estándar de control de la decisión judicial.

El Código Civil vigente dispone la obligación de juzgar (artículo 15) y las directivas en caso de insuficiencia de la ley (artículo 16). Los proyectos de 1987 y de 1993 se limitaron a reformar el artículo 16. El Proyecto de 1998 regula el deber de resolver, y los usos y costumbres (artículos 5 y 6)

El anteproyecto que se presenta se basa en las siguientes consideraciones:

**4. 1. Las fuentes:**

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes.

Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión “contra legem” que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción.

De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser

interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su

coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros).

Además, el anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a ella o en ausencia de regulación.

**4.2. Reglas de interpretación**

A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación.

De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.

**4.3. Obligación de decidir razonablemente**

Finalmente, se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil. Se agrega que la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

**5. La ley**

**5.1. La obligatoriedad de la ley**

El Título I del Proyecto de 1998 dispone: “Artículo 1°.- Extensión. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

Artículo 2°.- Existencia y vigencia. La s leyes rigen después del octavo día de su publicación, o desde el día que ellas determinen”.

No hay objeciones a este texto, excepto en lo referente a la publicación, que debería ser “oficial”, y de allí que es adoptado por este Anteproyecto.”