

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Citar ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/830/2015

RELACIÓN JURÍDICA - Intereses colectivos - Intereses difusos

Autor: Lorenzetti, Pablo

Título: Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación

Fecha: 2015-09-30

Publicado: SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III

"Vivimos en un estado emocional. Cuesta imaginar cómo sería nuestra vida sin alegrías, tristezas, enojos o miedos. Las emociones constituyen una parte crítica de nuestra experiencia que adhieren color a nuestros estados mentales e influyen en nuestras conductas. También son claves para nuestra memoria, para tomar decisiones, para ayudarnos a evitar el dolor y a buscar el placer. En todo aquello que nos resulta importante están involucradas las emociones" ().*

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación propone a los operadores jurídicos desandar un camino de interesantes revisiones y adaptaciones en los paradigmas utilizados hasta el momento.

Al mismo tiempo —y como todo "lo nuevo"—, la norma genera diversas emociones que se traducen en razonables inquietudes, incertidumbres y hasta incomodidades que resultan innatas a cualquier desafío que se precie de tal.

En esa línea, uno de los grandes ejes e innovaciones que trae el Código es el de la incorporación expresa dentro de la normativa sistémica de la regulación sobre bienes y derechos de incidencia colectiva.

Además, y de manera relacionada, el nuevo Digesto introduce una serie de premisas extraídas de los microsistemas tuitivos de ciertas relaciones jurídicas (1) que difieren sustancialmente del paradigma imperante en el derecho clásico.

Se recodifican bajo este prisma conceptos más propios de lo social que intentan disminuir brechas existentes en situaciones jurídicas que colocan a una de las partes en una posición de debilidad estructural, todo lo cual contrasta en cierto punto con la filosofía más liberal que se detecta en la regulación general de los derechos individuales.

Por consiguiente, ambas temáticas han sido y serán objeto de uno de los tantos

debates que genera el Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde opiniones que propugnan una fuerte defensa de los intereses individuales, suele alegarse que resulta peligrosa la inclusión de la teoría de los bienes colectivos y de las normas materiales que intentan igualar a desiguales jurídicos al Código, ya que ello implica un avasallamiento de garantías y derechos de carácter personal y privado que posee cada uno de los integrantes de la sociedad.

Se observa con preocupación el avance de normativa vinculada al orden público que invade cada vez más la esfera de reserva de los individuos.

En cambio, los sectores más propensos a la exaltación de lo colectivo y de lo social afirman que la regulación diseñada por la nueva norma es escasa y que debió avanzar mucho más en la tutela de los bienes comunes y de los vulnerables de la sociedad.

Se califica al mismo tiempo a la norma, por un lado, como demasiado "progresista" y, por otro, como demasiado "conservadora".

La tensión y la compatibilización entre "lo público" y "lo privado" fue, es y seguirá siendo uno de los más ingentes debates que se presentan la sociedad y que el ordenamiento jurídico pretende encausar.

Intentaremos en este trabajo precisar algunas ideas acerca del equilibrio que se propone alcanzar el Código Civil y Comercial de la Nación a la hora de desarrollar su teoría de los bienes y derechos, así como al prever de manera diferenciada los campos de acción en los cuales se desarrollan vínculos de carácter paritario, por un lado, y de orden no paritario, por otro.

El nudo de la cuestión —y aquí finca la relación entre ambos tópicos que permite su desarrollo conjunto en este trabajo— finca en los límites o espacios que deberían establecerse en la intersección entre libertad personal y ausencia de intervención estatal, en un extremo, y regulaciones de lo colectivo y de la vulnerabilidad en los vínculos privados a través de normativa imperativa o de orden público, en el otro.

En este camino, deberemos testear las reflexiones propuestas —tal como lo exige el nuevo Código— bajo el prisma de la razonabilidad y de los principios constitucionales y convencionales que emanan de nuestro ordenamiento jurídico.

Proponemos entonces en este ensayo recorrer —sin agotar— algunos ejemplos de los cuales se desprende una fuerte tutela de las garantías individuales y de la privacidad de las personas en el nuevo Código, para luego hacer lo propio con la protección de los derechos de grupos y de las situaciones jurídicas con disparidad de fuerzas entre las partes.

Finalizaremos estas consideraciones con una serie de apuntes acerca del modo en que el propio sistema sugiere armonizar ambas esferas de tutela.

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

II. LA PROTECCIÓN DE LO "INDIVIDUAL" Y DE LO "IGUAL". EL ÁMBITO DE "LO PRIVADO"

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene principios generales —pero también importantes normas precisas y concretas— enderezados a defender los derechos individuales de la persona tanto en lo patrimonial como en lo extrapatrimonial, garantizando así la reserva del ámbito privado de cada uno de los sujetos.

Reseñaremos a continuación algunos ejemplos de lo expuesto, a los fines de desterrar la idea consistente en que el nuevo Código descuida la "individualidad" o lo "patrimonial" en pos de privilegiar los derechos colectivos a través de normas de orden público que invadirían y desconocerían la autodeterminación de las personas.

En mérito a la extensión de este trabajo, dejaremos para otra oportunidad el análisis de cuestiones vinculadas a, por ejemplo, la capacidad de las personas, el derecho de familia en general, los contratos en particular o el derecho comercial, las cuales también podrían tener una relación con la temática en estudio, pero su desarrollo excedería los límites de este ensayo.

La idea es centrarnos en los grandes principios de la teoría general del Código y su impacto para cada uno de los sectores que pretenden regularse.

a) Inexcusabilidad del error de derecho. Seguridad jurídica

En su artículo 8°, el Código mantiene el principio de inexcusabilidad del error de derecho, circunstancia que sin dudas posee como objetivo la preservación del valor "seguridad jurídica" que debe regir en todo Estado de derecho.

El nuevo Digesto, en similares condiciones a las preceptuadas por el artículo 20 del Código de Vélez, consagra esta ficción jurídica consistente en que "el derecho es por todos conocido", a los fines de que no resulte factible invocar la ignorancia de la norma como causa válida para el incumplimiento de una obligación legal.

En este punto es claro que resulta cada vez más complejo —hasta para los operadores jurídicos familiarizados con este tipo de cuestiones— el hecho de abarcar todas las fuentes jurídicas que confluyen en la regulación de cada sector específico.

Ello así por cuanto proliferan a diario normativas emanadas de órganos de todo tipo —formales y no formales— que persiguen legislar la cada vez más variada realidad social.

El "boom normativo" al cual estamos expuestos en la actualidad acentúa cada vez más el carácter ficticio de la premisa que emana del artículo 8° del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por tal motivo es que la doctrina ha propuesto formular modificaciones y flexibilizaciones al respecto, con el objeto de permitir, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, la invocación del error de derecho para eximir a determinadas personas o grupos de las consecuencias legales impuestas a raíz de incumplimientos normativos.

Siguiendo estas premisas, el Código podría haber legislado de modo diferente al que lo hizo e introducido excepciones al principio general consagrado en el artículo 8° derivadas, por ejemplo, de determinadas situaciones de debilidad o vulnerabilidad o bien en supuestos particulares, tal como lo hacía el Proyecto de 1998 (2).

Sin embargo, la norma en estudio ha preferido mantener en este punto la tradición jurídica vigente hasta el momento y ha privilegiado la seguridad en los vínculos entre las personas.

Se trata de un claro principio de política legislativa que, incluso, trasciende la legislación de derecho privado y se erige en uno de los pilares del ordenamiento jurídico argentino.

En lo que hace a nuestro estudio, evidentemente estamos en presencia de una concreta intención del legislador de proteger los intereses privados y garantizar los intercambios entre particulares, sin posibilidad de excusas fundadas en el desconocimiento de las fuentes jurídicas.

b) Derechos personalísimos. Derechos sobre el cuerpo humano

Un segundo grupo de ideas de las cuales se nos ocurre que surge la intensa protección de la individualidad y de la autodeterminación de la persona se desprende de la regulación destinada a los derechos personalísimos, en general, y a los derechos sobre el cuerpo humano, en particular.

En este campo, el respeto a las decisiones personales del individuo luce como diáfano, al tiempo que la intervención estatal al respecto se presenta como excepcional y de carácter restrictivo.

La positivización armónica y sistémica de los derechos personalísimos es novedosa, ya que no existía como tal en el Código de Vélez, circunstancia que fortalece el ámbito de la esfera íntima de los particulares.

Los actos de disposición sobre derechos personalísimos son admitidos por el artículo 55 del Código, en tanto y en cuanto no se presenten como contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres.

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

El consentimiento no puede presumirse y su interpretación debe ser restrictiva y libremente revocable.

Esta concepción inicial recepta también ideas consolidadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en nuestro país.

Se preserva de modo contundente la esfera íntima de la persona, sin que puedan justificarse intervenciones estatales en las decisiones particulares que aparezcan como violatorias de lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia ha resuelto un sinnúmero de casos sumamente complejos e intrincados sobre disposición derechos personalísimos, incluso vinculados a la salud o a la vida.

Sólo por reseñar el fallo más reciente producido por la Corte Federal en este punto, referiremos brevemente a lo ocurrido en los autos "D., M. A. s/ declaración de incapacidad" (3).

La compleja y difícil discusión en el caso consistió en determinar si es posible quitarle la alimentación e hidratación a un paciente que —según los diferentes estudios y términos médicos específicos aportados, entre otros, por el Cuerpo Médico Forense de la Corte y por el Instituto de Neurociencias Fundación Favalaro— se encontraba en estado terminal, vegetativo o de conciencia mínima (4).

Se trataba de un paciente mayor de edad que hacía más de veinte años se encontraba internado a raíz de lesiones sufridas en un accidente automovilístico, sin conciencia de sí mismo ni del mundo que lo rodeaba, alimentado a través de una sonda y sin posibilidad alguna de recuperación.

La problemática adicional consistió en que en ningún momento la persona suministró alguna directiva anticipada para actuar en este caso.

Si lo hubiese realizado, estaríamos en presencia de una clara expresión de voluntad respecto de la disponibilidad de derechos personalísimos, amparada de manera expresa por el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta norma faculta a todo individuo plenamente capaz para anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, designando a las personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Las hermanas del paciente, en el caso, peticionan judicialmente dejar de alimentarlo y de hidratarlo, atento a la falta total de posibilidades de recuperación que había sido comprobada desde el punto de vista médico.

La Corte se posiciona en este supuesto frente a la disyuntiva entre privilegiar la

voluntad del sujeto en relación con su derecho personalísimo de no continuar viviendo bajo las condiciones en que se encontraba desde hacía veinte años — voluntad que en el caso es expresada por las hermanas— y, por otro lado, el respeto a la vida en términos genéricos, a la integridad física, psíquica y moral que defendió en la causa tanto el curador *ad litem* como el representante del Ministerio Público de Incapaces.

Relacionando los conceptos que tratamos bajo el presente título, el Máximo Tribunal analiza lo normado por el artículo 6° de la ley 25.629 de Derechos del Paciente, con remisión al artículo 21 de la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y alega que — "Por estar en juego derechos personalísimos a la salud y a la vida, no se trata de que las personas autorizadas por la ley (hermanas de M. A. D.), decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o de la provisión de soporte vital de su hermano en función de sus propios valores, principios o preferencias, sino que ellas sólo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquél a este respecto. Es decir que no deciden ni 'en el lugar' del paciente ni 'por' el paciente sino comunicando su voluntad". — "Partiendo del concepto de que justamente por tratarse M. A. D. de una persona humana que posee derechos fundamentales garantizados, lo que este pronunciamiento procura es garantizar el máximo respeto a su autonomía y asegurar que ésta sea respetada en una situación en la que él no puede manifestar por sí mismo su voluntad a causa del estado en que se encuentra".

Lo que se intenta, entonces y tal como lo afirmáramos al iniciar este título, es proteger al máximo la voluntad y la autonomía del paciente, sin que resulte viable imponer decisiones, valores o principios ajenos a tal autodeterminación cuando de derechos personalísimos se trata.

De manera enfática sostiene la Corte que "La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional (art. 19)".

Para decidir el caso se apoya también en un reciente fallo del Consejo de Estado francés (5) en el cual se autorizó el retiro de la nutrición y la reducción de la hidratación de una persona que se encontraba en un estado similar al de M. A. D.

Por una serie de interesantes y abundantes fundamentos, la Corte Suprema sentenció que "Corresponde admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la ley 26.529. En especial, deberá darse cumplimiento con el artículo 2°, inciso e), *in fine*, en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente".

Por último, e incluyendo preceptos que trascienden la decisión judicial adoptada en el pleito a los fines de ser extrapolada a otros casos similares con el objeto de reducir al máximo posible la angustia e incertidumbre que generan este tipo de "opciones trágicas" (6), la Corte dispone que "no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que éstas se ajusten a los supuestos y requisitos

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión".

Citamos aquí esta expresión judicial porque nos parece que sigue la dirección del paradigma que el nuevo Código instala al momento de tutelar la individualidad personal a través de los derechos personalísimos (7).

Las prerrogativas que hemos comentado —sumadas a otras como, por ejemplo, las contenidas en el artículo 17 que facultan a la persona a disponer sobre su cuerpo humano para fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales— recogen y sistematizan también lo reseñado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia al respecto (8) e implican una clara defensa de los derechos individuales que reconoce el Código.

c) Dignidad de la persona humana. Protección de la vida privada

Otro de los ejes centrales del Código Civil y Comercial —en general— y de la tutela de la individualidad personal —en particular— lo constituye el relativo a la dignidad de la persona humana y a la protección de su vida privada.

La regulación nuclear en este punto la encontramos en el artículo 51, que declara la inviolabilidad de la persona, al tiempo que reconoce el derecho a su dignidad.

Luego, para el caso de lesiones a la dignidad personal en todos sus aspectos y variantes, el artículo 52 habilita las acciones preventivas y resarcitorias diseñadas en el título general dedicado a la responsabilidad civil.

Se provee, además, según lo normado por el artículo 1770, de una acción de cesación —y en su caso de indemnización— para supuestos de intromisión en la vida ajena a través de publicación de retratos, difusión de correspondencia, mortificación a sujetos en sus costumbres, sentimientos o perturbaciones de la intimidad a través de cualquier medio.

En estas previsiones detectamos también la enfática postura que asume el Código en relación con la preservación de la esfera individual de la persona al intentar sustraerla de invasiones provenientes tanto de particulares como del poder público.

Aquí nada tiene que hacer el legislador más que garantizar al máximo posible la inviolabilidad de la persona humana.

50 pretexto de incurrir en un accionar inconstitucional, no resultarán ajustadas a derecho reglamentaciones de garantías constitucionales que desconozcan la esfera íntima y privada de los sujetos.

51 bien cualquier derecho fundamental no es absoluto sino que resulta susceptible de reglamentación (9), toda restricción debe respetar el límite del núcleo esencial del derecho en juego, así como la dignidad de la persona humana.

Estas prerrogativas poseen amparo suficiente en las reglas, principios y valores contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por lo expresado, pensamos que no existe motivo alguno para argumentar que el nuevo Código posibilitará la intromisión del Estado en la vida privada de los particulares mediante normativa imperativa, ya que la valla proveniente del respeto a la dignidad de la persona humana y a su esfera de reserva operarán siempre como contorno de la actividad pública.

d) Autonomía de la voluntad contractual

En relación con uno de los principales institutos del derecho privado clásico, el nuevo Código trae también consigo una serie de premisas dirigidas a fortalecer al máximo la institución.

Nos referimos a autonomía de la voluntad expresada por las partes a través de los contratos.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en este punto de manera diferente a los contratos paritarios, a los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y a los contratos de consumo (10).

Desde ya que la riqueza y complejidad que presenta la temática es amplísima y excede notoriamente los alcances de este trabajo.

Solo aportaremos bajo este título algunos indicadores extraídos de la teoría general del contrato plasmada en el Código que nos servirán para sustentar la tesis principal de este pasaje en cuanto a la evidente facilitación de la autonomía de la voluntad en este punto.

Claramente, a partir del artículo 958, el Código otorga libertad para contratar y también para diseñar el objeto y los efectos del pacto, siempre dentro de los límites impuestos por la ley, el orden y la moral públicos y las buenas costumbres.

Este principio, según el artículo 990, se manifiesta asimismo para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato y para abandonarlas en cualquier momento.

Es decir que se mantiene la noción consistente en que las partes son libres para regular sus vínculos jurídicos a través de los contratos cuando de relaciones paritarias se trata y tienen derecho para actuar de ese modo sin que nadie pueda intervenir de manera ilegítima en tales expresiones de la voluntad.

Es por ello que el artículo 960 impide a los jueces modificar las estipulaciones de los

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Bajo el régimen de este Código, entonces, no es posible predicar la extinción de la autonomía de la voluntad ni, como se ha escrito, la "muerte del contrato" (11).

Todo lo contrario: el contrato como medio por antonomasia para adquirir derechos y contraer obligaciones permanece indemne y ajustado a los parámetros constitucionales, tal como lo requiere nuestro ordenamiento jurídico vigente (12).

Este paradigma no se agota en la formación del contrato sino que persiste tanto en sus efectos como en la ejecución.

Se mantiene la máxima del efecto vinculante de los pactos en el artículo 959 y se agrega de modo contundente en el artículo 965 que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del sujeto.

En relación con esto último, advertimos que se recepta la jurisprudencia de la Corte en cuanto a que "el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva.

"Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término 'propiedad' constitucional (art. 17, Constitución Nacional). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio, sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición jurídica relativas al contrato tienen rango constitucional" (13).

Además, se deja perfectamente claro en el artículo 962 que las normas introducidas por el Código en este tópico son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

O sea que, según lo previsto por el artículo 963, la única regulación que prevalece por sobre la autonomía de la voluntad en caso de concurrencia de fuentes que puedan llegar a reglamentar el contrato en particular son las normas indisponibles, ya sea provenientes de la ley especial o del propio Código.

En tal desarrollo, en los contratos paritarios se erige a la autonomía de la voluntad como la principal fuente normativa a la que pueden recurrir las partes a la hora de

diseñar el programa de derechos y obligaciones que regirá su vínculo sin que de ningún modo el poder estatal o el orden público pueda inmiscuirse en tal negociación.

Concluimos este acápite afirmando que el Código Civil y Comercial se preocupa por garantizar decididamente la autonomía de la voluntad sin intervención material en los pactos cuando de vínculos paritarios se trata.

Esta metodología también se encontraba presente en el Código derogado y se mantiene —con necesarias actualizaciones— en el nuevo sistema como uno de los principales pilares en la protección de "lo individual".

En razón de lo expuesto, creemos que no existen demasiados fundamentos razonables que permitan sustentar preocupaciones vinculadas a la proliferación de trabas o dificultades a la actividad comercial o empresaria derivadas de la entrada en vigencia de la legislación en comentario.

III. LA TUTELA DE LO "COLECTIVO" Y DE LO "DESIGUAL". AVANCE DEL ORDEN PÚBLICO

Al mismo tiempo que defiende de manera enérgica los derechos individuales —tanto en su variante patrimonial como extrapatrimonial—, el Código Civil y Comercial de la Nación realiza lo propio al positivizar la teoría de los bienes y derechos de incidencia colectiva, lo cual no hace más que receptar las sugerencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han proporcionado sobre la temática.

Ahora bien, no sólo en la regulación específica dedicada a los bienes se encuentran referencias a lo colectivo, sino que también podemos hallar previsiones de este tipo en sectores respecto de los cuales se detecta la necesidad de un mayor control a través de normativa de carácter imperativo o de orden público tendiente a preservar la esfera social o transindividual (14).

Nos extenderemos algo más sobre estos ejes, atento a que su "codificación", en virtud de la novedad que apareja, ha sido y será lo que mayor debate genera.

a) Límites a la disponibilidad sobre derechos personalísimos. Renuncia de derechos

Bajo el título II.b de este trabajo hemos aportado algunas ideas respecto del amparo que otorga el Código Civil y Comercial a los derechos personalísimos de carácter individual.

Ahora bien, y al mismo tiempo, la nueva norma contiene una serie de previsiones que intentan balancear las prerrogativas reseñadas anteriormente con la tutela de ciertas garantías que se consideran de mayor peso en la ponderación efectuada por el legislador.

Nos referimos, por ejemplo, a lo normado por el artículo 13, que prohíbe la renuncia

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

general de las leyes, aunque sí la permite si se trata de los efectos de la ley en casos particulares, a excepción de que el ordenamiento jurídico lo prohíba.

Más adelante, y en el capítulo dedicado a regular la renuncia de derechos como acto jurídico, el artículo 944 la habilita, con la condición de que no esté prohibida y que sólo afecte intereses privados.

Si ponemos en diálogo estos dispositivos con el resto de la hermenéutica contenida en el Código, podremos concluir en que existen ciertas ocasiones y cierto tipo de derechos personalísimos —tanto individuales como colectivos— cuya disponibilidad o renunciabilidad se encuentra fuertemente reducida.

Por un lado, en supuestos de vulnerabilidad o de imposibilidad de expresión libre de la voluntad, deberá interpretarse de manera sumamente restrictiva la posibilidad de disponer de los derechos individuales.

Por otra parte, y en materia de derechos de incidencia colectiva, la renunciabilidad es prácticamente nula, ya que ninguna persona puede ostentar derechos de dominio exclusivo sobre los bienes colectivos.

Si a ello sumamos que el artículo 1720, al prever el consentimiento del damnificado como causa de justificación, dispone que sólo puede liberar de responsabilidad civil por daños derivados de lesiones a *bienes disponibles*, coincidiremos en que muy difícilmente puedan invocarse estas prerrogativas cuando de derechos colectivos se trata, ya que estos últimos no resultan disponibles para las partes (15).

Concluimos entonces en que transitan por el mismo camino las disposiciones tendientes a garantizar las libertades personales en el ejercicio de los derechos individuales junto con aquellas otras que limitan tales prerrogativas frente a situaciones en las cuales es necesario equiparar a sujetos desiguales o en ocasiones en las que se encuentra en juego algún bien colectivo.

No es lo mismo legislar sobre el derecho a la salud, a la privacidad, a la intimidad o a la vida de cada persona que hacerlo respecto del medio ambiente, a los derechos de los consumidores o de grupos minoritarios discriminados.

En el primer grupo, el Código se posiciona sobre una fuerte defensa de la autodeterminación, ya que cada individuo puede planificar su vida como lo desee, siempre y cuando respete los estándares mínimos que surgen de la convivencia social.

En el segundo grupo, en cambio, es necesario establecer otro tipo de contornos más "materiales" que permitan privilegiar determinados valores a los que el paradigma constitucional asigna mayor jerarquía por sobre la disponibilidad de los derechos individuales.

Es por este motivo, entonces, que hallamos aquí un primer indicio de balance entre lo individual y lo colectivo y entre lo público y lo privado.

b) Derechos individuales. Derechos de incidencia colectiva. Medioambientalización del derecho privado (16)

Otro gran campo en el cual se refleja de manera palmaria la introducción de conceptos vinculados al orden público es el de la codificación de la teoría de los bienes colectivos y del concepto de desarrollo sostenible.

El nuevo Digesto principia por reconocer en su artículo 14 la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de derechos individuales y de incidencia colectiva (17), debiéndose aclarar aquí que el Anteproyecto incluía también la categoría de intereses individuales homogéneos, que fue suprimida del texto final.

Consideramos que no resulta determinante ni preocupante esta supresión, ya que, aun en ausencia de normativa expresa que los reconozca, los intereses individuales homogéneos son y seguirán siendo admitidos por la jurisprudencia a través del diseño de procesos colectivos que tramitan usualmente los tribunales (18).

Sea como fuere, es evidente que la nueva norma adopta una clara posición en cuanto a dejar de lado la visión propia del derecho clásico sesgada a legislar la relación de las personas con los bienes de carácter individual para pasar a valorar otro tipo de derechos que van más allá de la esfera íntima del sujeto.

La codificación de los derechos de incidencia colectiva se erige como una expresión de la constitucionalización del derecho privado, ya que mediante el dispositivo en comentario se recepta lo ya previsto por los artículos 41 a 43 de la Carta Magna.

El artículo 14 no se agota sólo en el reconocimiento de ambas categorías sino que avanza en afirmar que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalle en el artículo 240, al ordenar que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva 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 (19).

Con fundamento en el criterio de desarrollo sostenible y en el principio de equidad intergeneracional, será necesario introducir la variable colectiva frente a cada relación jurídica que ingrese dentro de las previsiones del nuevo Código.

Bajo tal paradigma, el ejercicio de los derechos individuales no podrá juzgarse como lícito según los dispositivos del Código ni como constitucionalmente válido de

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

acuerdo a lo previsto por la Carta Magna si no resulta sustentable.

El artículo 1973, dedicado a las inmisiones inmateriales, posee también contenidos de carácter medioambiental al mantener el criterio ya sentado por el artículo 2618 del Código de Vélez referido a que las molestias no podrán exceder la "normal tolerancia"; adicionando que la autorización administrativa para funcionar no operará como causal eximente de responsabilidad civil.

El impacto que posee esta cuestión es enorme y supera notoriamente los propósitos de este trabajo.

Sólo nos limitamos aquí a resaltar que deberán ser repensados hasta los más clásicos y contundentes derechos individuales, como ser los vinculados a la propiedad privada (20), a la contratación y al ejercicio de una industria lícita.

Sin embargo, claro está que —pese a algunas críticas que ha ensayado la doctrina (21) — esta sistematización no producirá caos alguno debido a que, por ejemplo, desde la jurisprudencia ambiental ya se han aplicado estas nociones utilizando los instrumentos y principios provenientes del artículo 41 de la Constitución Nacional y también los emanados de la Ley General del Ambiente 25.675.

De ninguna manera se abolirá con este paradigma el derecho de propiedad, ya que — en virtud de la legislación constitucional e infraconstitucional citada en el párrafo que precede— las exigencias que introduce el Código ya se encontraban vigentes en nuestro Estado de derecho (22).

Incluso hasta podríamos decir que estos conceptos han sido receptados y aplicados enfáticamente por la jurisprudencia mucho antes de la reforma constitucional de 1994, por ejemplo en el célebre caso de los "Saladeristas Podestá" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria" (23).

Si razonamos que estas palabras —pronunciadas en el año 1887 por el Más Alto Tribunal del país sin norma escrita de ningún tipo que las sustente, pero sí basadas en importantes principios y valores jurídicos— no generaron caos ni aniquilamiento de derechos alguno, no detectamos el motivo por el cual las reglas contenidas en los artículos 14 y 240 del nuevo Código deberían producir tales consecuencias en el siglo XXI y habiendo evolucionado tanto la sociedad como el ordenamiento jurídico que pretende regularla.

A los fines de este trabajo, alcanza con apuntar que el diseñado por el Código se trata de un esquema interesante de armonización y compatibilización que nos incentivará a innovar en soluciones que lleven a alcanzar uno de los mayores desafíos en materia de bienes colectivos, cual es el de la efectiva implementación de la normativa protectoria.

Se ha objetado también desde aquellos que pretendían una tutela aún mayor de los bienes colectivos la supresión del artículo 241 del Anteproyecto que consagraba el derecho humano al agua potable.

Sin embargo, entendiendo nuevamente que la jurisprudencia es y será fuente de derecho en el ordenamiento jurídico argentino, pese a que no esté expresamente mencionada en el Código Civil y Comercial de la Nación, pensamos que la calificación del acceso al agua potable como derecho fundamental merecedor de tutela posee plena vigencia en nuestro sistema.

Ello así, ya que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "No hay duda de que en el caso existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación" (24).

Remarcamos una vez más que no resulta nada novedoso que por vía jurisprudencial se hagan efectivos derechos que no se encuentran positivizados, ya que esto sucede aun desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

La propuesta consiste en no sesgarse al frío texto de la norma sino, por el contrario, interpretarla e integrarla de manera armónica con todo el sistema de fuentes de nuestro derecho, tal como lo insinuaremos en el título cuarto del presente ensayo.

Calificamos entonces como un gran avance esta sistematización de los derechos y bienes que ha desarrollado la codificación, la cual se presenta como una expresión más de la preocupación del legislador por tutelar garantías que exceden la esfera individual de la persona.

c) Objeto de los actos jurídicos. Objeto de los contratos. Interpretación

En materia de objeto de los actos jurídicos y de los contratos, también se detecta la necesidad de introducir nociones tuitivas de aquellos sujetos que puedan resultar vulnerables en alguna situación determinada y, por tanto, regular la problemática a través de normativa indisponible para las partes.

Es por ello que, a la par que se garantiza la libertad y autodeterminación de los sujetos, tal como lo reseñáramos en el título II.d, se aportan también algunos principios y normas concretas que tienden a disminuir asimetrías o dificultades en la configuración del consentimiento, aun en vínculos paritarios.

Se lee, por ejemplo, que el objeto del acto jurídico (25) y del contrato (26) no debe ser

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Observamos en este punto una necesaria intromisión que contorsiona la autonomía de la voluntad de las partes al abrir la puerta de entrada de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular para el ingreso de nociones provenientes de la teoría de los derechos fundamentales (27).

A las limitaciones clásicas provenientes de la moral, el orden público y las buenas costumbres se adiciona la figura de la dignidad humana.

El carácter imperativo de ciertos campos legislativos ajenos a la autonomía de la voluntad es también reforzado por el sistema general del Digesto según lo normado por el artículo 12, al disponer que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

Esta idea es importante, ya que nos conduce a reflexionar acerca de que la mayoría de la legislación microsistémica que protege derechos fundamentales se autocalifica como de orden público (28).

Estos campos normativos operarán también como contornos de la autonomía de la voluntad que las partes perfeccionan en sus contratos, exigiendo que las cláusulas no afecten de modo directo ni indirecto los bienes colectivos, circunstancia sobre la cual nos extenderemos en el título que sigue, ya que en este pasaje analizamos normas vinculadas a los vínculos paritarios.

Sea como fuere, y aun en pactos entre "iguales", la implementación de conductas relacionadas a la previsibilidad y a la precaución serán impostergables en el campo contractual, so pretexto de incurrir en la introducción de cláusulas ilícitas y nulas por violatorias de regímenes de orden público.

En todo acuerdo de partes que directa o indirectamente pueda afectar derechos protegidos por normativa imperativa o de orden público (29) deberán tenerse presentes las limitaciones previstas por los artículos citados bajo este acápite.

Algunas legislaciones de derecho comparado, incluso, han llegado a consagrar la función socioambiental del contrato (30), propuesta que ha sido apoyada también en nuestro país por la doctrina (31).

La teoría general del contrato esbozada por el Código Civil y Comercial de la Nación trae asimismo consigo interesantes pautas de interpretación que pretenden garantizar el respeto de la verdadera intención de las partes y la confianza que debe guiar a todo pacto.

El artículo 1061, además de consagrar como principal método interpretativo el

consistente en desentrañar la intención común de las partes, erige al principio de la buena fe como guía específica en este punto.

De manera aún más contundente el artículo 961 ordena que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, en la misma línea que el artículo 991 lo exige para el comportamiento de las partes en las tratativas preliminares.

Ampliando estas ideas, el artículo 1067 dispone que la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto (32).

Estas regulaciones, que de manera somera mencionamos en nuestro ensayo, expresan una clara intención del legislador consistente en garantizar del mejor modo posible la lealtad entre las partes que celebran un contrato.

Aun estando fuera de la órbita de los pactos instrumentados por adhesión o de los de consumo que poseen reglas diferentes, el Código juzga procedente incluir pautas mínimas para dejar en claro que la autonomía de la voluntad dentro de un Estado de derecho no es absoluta sino que debe ejercerse de manera razonable y de buena fe.

Colocamos bajo el presente título estas reflexiones, atento a que consideramos que bien pueden jugar como una loable expresión de la necesidad de tutelar lo colectivo y/o lo social, en balance con la igualmente férrea defensa de lo individual que formula el Digesto en estos temas.

d) Contratos celebrados por adhesión. Contratos de consumo

Transitando el camino de la recodificación del derecho privado que se propone el nuevo Código, uno de los grandes campos que se resistemizan a través de reglas concretas y principios generales sin derogar la normativa especial es el de las relaciones de consumo.

También se incluyen previsiones propias y diferenciadas para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Se trata —al igual que las temáticas anteriores abordadas en este trabajo— de campos teóricos sumamente amplios y riquísimos en los debates que podrían plantearse.

Desde ya que sólo nos limitaremos aquí también a formular una serie de apuntes concretos que hacen al objeto de nuestra hipótesis.

Es evidente que, al regular este tipo de vínculos, se lo hace bajo un modo de precomprensión de la situación totalmente diverso al expuesto bajo el título segundo de este trabajo y al que se desprende de lo tenido a la vista por Vélez en su Código.

Ello así, simple y claramente, por cuanto los sujetos y el objeto a tutelar difieren

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

notoriamente de los evaluados en los vínculos paritarios.

En este prisma, el Código comienza por tener en cuenta estas variantes ya desde su título preliminar al disponer en el artículo 11 que tanto el principio de buena fe como la teoría del ejercicio abusivo de los derechos se aplican también cuando se abuse de una posición dominante en el mercado.

Más adelante, en la sección dedicada a los contratos por adhesión entendidos como variantes de la formación del consentimiento negocial, se aportan pautas dirigidas a garantizar la preservación de los intereses del adherente.

Este esquema responde a la necesidad de comprender una realidad que se presenta a diario consistente en que el predisponente expone a su cocontratante a riesgos derivados de la falta de comprensión o de información respecto de las cláusulas generales.

Por ello, recogiendo lo sugerido por la doctrina y la jurisprudencia, se incluyen, por ejemplo, en el artículo 985 provisiones dirigidas a que las cláusulas generales predisuestas resulten comprensibles y autosuficientes, debiendo su redacción ser clara, completa y fácilmente legible.

También se prescribe que deben tenerse por no convenidas aquellas cláusulas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan al adherente, además de que, en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Por otra parte, el artículo 987 positiviza la noción interpretativa que venía aplicando el derecho judicial en cuanto a que las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se entienden en sentido contrario al predisponente, mientras que el artículo 988 suministra tres parámetros de abusividad de cláusulas predisuestas, las cuales se deberán tener por no escritas.

En materia de relación de consumo, se legisla igualmente de manera amplia y tuitiva, comenzando por consagrar en el artículo 1094 los principios de protección del consumidor, de acceso al consumo sustentable y de *"in dubio pro consumidor"*, este último reiterado de similar modo para la interpretación de los contratos de consumo según el artículo 1095.

Una idea interesante que vuelve a poner de resalto a la dignidad humana es la exigencia de trato digno y no discriminatorio que los artículos 1097 y 1098 asignan a los proveedores en su vínculo con los consumidores y usuarios, dignidad que debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos (33).

La tutela hacia los consumidores se extrapola a los contratos bancarios en que tales

sujetos sean parte, ya que el artículo 1384 precisa que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093".

Se permite, sí, en esta órbita, a diferencia de lo que apuntáramos en el título II.d para los contratos paritarios, la intervención administrativa o judicial a los efectos de controlar la incorporación de cláusulas abusivas y, en su caso, declarar la nulidad parcial del pacto.

Vemos entonces que los dispositivos reseñados traen al Código estos grandes principios que ya constaban en la ley 24.240, pero que son sistematizados dentro del esquema tripartito de la teoría contractual que el nuevo documento aporta.

Se trata claramente de una materia que ejemplifica lo sostenido en este ensayo en referencia al balance que intenta el Código, regulando de manera diferente este tipo de vínculos "no paritarios" en relación con los contratos "entre iguales".

La novedad radica en la resistematización que se adopta —sin derogar los microsistemas— a través de la introducción de principios provenientes del derecho del consumidor con el objeto de lograr una más eficiente protección de la parte débil de la relación, circunstancia que era ajena al Código de Vélez.

e) Responsabilidad civil

El último de los tópicos que abordaremos bajo este título general se relaciona con las previsiones de "lo colectivo" tenidas a la vista por el Código a la hora de diseñar el sistema de responsabilidad por daños.

Si bien ya nos hemos explayado al respecto en otro trabajo a cuyas consideraciones remitimos en honor a la brevedad (34), diremos aquí que ya desde la definición de daño que expresa el artículo 1737 se nos invita a reflexionar sobre los bienes colectivos: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

Luego, al ampliar el artículo 1708 las funciones de la responsabilidad civil incluyendo de manera explícita a la tutela preventiva, se despliega una serie de instrumentos sumamente propicios para la efectiva conservación de los bienes comunes.

En materia ambiental, por ejemplo, todo el instrumental jurídico se endereza a la prevención y precaución de los perjuicios colectivos, en razón de lo cual este espacio obrará como ámbito de aplicación por antonomasia de la acción preventiva diseñada por el artículo 1711, pensada como instrumento para la efectiva aplicación del deber general de evitación de daños consagrado por el artículo 1710.

Se ha criticado en este punto la supresión de la función punitiva o sanción pecuniaria disuasiva que mencionaba el artículo 1708, luego desarrollada por el artículo 1714,

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

ambos del Anteproyecto.

Juzgamos como valederas estas observaciones, ya que el instituto había sido pensado para cubrir aquellos "graves menosprecios a los derechos de incidencia colectiva" que suelen presentarse asiduamente en supuestos en los cuales resulta más económico indemnizar los perjuicios que adoptar medidas de prevención.

La idea del "ilícito lucrativo" es muy usual en la problemática medioambiental, ya que las empresas e industrias externalizan sus costos y no perciben detrimento económico alguno por los servicios ambientales que utilizan.

Los daños que se generan a través de actividades o proyectos no sustentables son de difícil o imposible reparación, al tiempo que en ocasiones las medidas preventivas tampoco llegan a tiempo.

Ergo, la sanción pecuniaria disuasiva hubiese sido un instrumento interesante a incorporar para la teoría general de la responsabilidad civil en el derecho argentino, además de la previsión ya existente para daños a consumidores en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Será éste un campo de desarrollo y análisis que deberá encarar tanto la jurisprudencia como la doctrina y —¿por qué no?— también algún futuro proyecto legislativo que permita subsanar la supresión que en este punto ha padecido el nuevo Código.

En otro orden, pero también en el ámbito de la responsabilidad civil, el Digesto en análisis incluye instituciones de tinte "material" que denotan de igual modo una preocupación por disminuir ciertas debilidades estructurales en los vínculos.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1735, que faculta al juez para distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de los sujetos se halla en mejor situación para aportarla, con la condición de que lo comunique a las partes durante el proceso.

Esta aplicación de las cargas probatorias dinámicas a la acreditación de la culpa expresa la necesidad de contemplar ciertas situaciones particulares que aconsejan apartarse de los principios vigentes para la generalidad de los casos y, en su lugar, colocarse del lado más débil de la relación jurídica con el objeto de restablecer el equilibrio.

La positivización del principio de reparación plena dispuesta por el artículo 1740 —ampliamente reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia en forma previa a la sanción del Código— ayuda igualmente a suministrar mayor protección a la víctima de daños, ya sea de carácter individual o colectivo.

En síntesis, pensamos que también el sistema de responsabilidad civil desarrollado

por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra impregnado de un conjunto de normas, principios y valores tendientes a proteger, por un lado, a los bienes colectivos y, por otro, a situaciones de debilidad o vulnerabilidad que exigen instrumentos diferenciados y particularizados.

IV. MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN E INTERPRETACIÓN

Formuladas en los dos títulos que anteceden las consideraciones relativas tanto a la impronta "individual" y "liberal" como a las referencias "colectivas" y "sociales" que trae el Código Civil y Comercial, se impone a modo de cierre de lo expuesto pensar la forma en que la propia norma sugiere compatibilizar ambos paradigmas.

En esa línea —y sin pretender agotar la temática— sostenemos que los dos campos que hemos explorado hasta aquí bien pueden convivir en el nuevo Código siguiendo las reglas, principios y valores que surgen del título preliminar.

Este apartado, además de resultar sumamente novedoso, es la clave de bóveda para comprender la inteligencia y la sistematicidad de todo el Código, en razón de lo cual creemos que siempre debe recurrirse a sus premisas a los efectos de resolver los casos que se presenten (35).

a) Control de constitucionalidad y convencionalidad

Desde el primero de sus artículos el Código dispone que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Se sintetiza en palabras, a nuestro modo de ver, uno de los principales procesos que recepta la legislación en análisis, cual es el de la constitucionalización del derecho privado.

En lo que respecta particularmente a nuestra tesis, evidentemente las reglas de armonización entre derechos individuales y colectivos parten de la Constitución Nacional y del sistema de derechos fundamentales al cual nuestro país se encuentra afiliado.

De este modo, tanto los derechos de los consumidores como los vinculados al disfrute de un medio ambiente sano, como los relacionados a la paz o a los grupos minoritarios víctimas de actos discriminatorios, cuentan con una fuerte tutela constitucional y convencional.

En materia medioambiental se ha sostenido que la preservación de este macro bien opera como una suerte de presupuesto o prerequisite para el disfrute de los demás derechos, motivo por el cual, en casos de colisión de normas tuitivas, debe estarse siempre a privilegiar la protección del ambiente (36).

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Las generaciones futuras como sujetos de derecho constitucional se hallan también amparadas por el artículo 41 de la Carta Magna, al igual que lo están los consumidores y usuarios por el artículo 42.

De manera contundente, entonces, el equilibrio entre derechos colectivos e individuales posee sustento normativo en la Constitución Nacional, circunstancia que es receptada por el Código en cada uno de los preceptos que hemos comentado.

En nada desvirtúa el nuevo Digesto en este punto lo ya vigente a partir de la reforma constitucional de 1994 en nuestro ordenamiento jurídico; circunstancia por la cual, *prima facie*, no aparecerían como fundados aquellos temores vinculados a la posibilidad de avasallamiento de ciertos derechos individuales que facilitaría el Código Civil y Comercial.

El principio de supremacía que consagra el artículo 31 de la Carta Magna obviamente se encuentra vigente desde antes de la sanción del nuevo Código y con sólidas aplicaciones jurisprudenciales en el sentido de ajustar las previsiones de todo el ordenamiento jurídico a los mandatos constitucionales.

Por otro lado, el tratamiento diferenciado a través de "acciones positivas" que intentan disminuir debilidades estructurales cuenta de la misma manera con amparo constitucional en el artículo 75, inc. 23, así como también en los tratados de derechos humanos vigentes en nuestro Estado (37).

El nuevo Código respeta y extrapola todo este bagaje proveniente del sistema constitucional y convencional de derechos fundamentales, traduciéndolo al lenguaje de derecho privado plasmado en el Digesto.

Es por ello que se encarga de poner en diálogo lo público con lo privado y de regular bajo las máximas garantías vinculadas a la libertad aquellas relaciones que así lo ameritan, mientras que, por otro lado, viabiliza el ingreso del orden público o de normativa imperativa para aquellos otros campos en los cuales es necesaria una intervención mayor y diferenciada.

Por lo relatado, pensamos que se logra un razonable balance entre todos los intereses que hemos analizado en este ensayo, sin incurrir en arbitrariedad de ningún tipo.

b) Diálogo de fuentes

El segundo de los institutos que surgen del título preliminar y que contribuye en gran medida a la solución de los casos complejos que pretende resolver el Código es el del diálogo de fuentes.

Al disponer el artículo 2° que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus

palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, se nos está invitando a profundizar y sofisticar nuestros razonamientos jurídicos.

Bajo este paradigma, ya no podemos pensar los casos encuadrándolos en compartimentos estancos y subsumir los antecedentes fácticos en la norma especial que regula cada materia.

Por el contrario, al construir la solución concreta para cada supuesto singular se nos impone fomentar el diálogo entre el sistema y los microsistemas, aplicando y adaptando normas, principios y valores jurídicos.

Actuando bajo estas directrices, claro está, ya ha razonado tanto la doctrina como la jurisprudencia (38) aun anteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, de manera que tampoco desde este punto de vista existen demasiados elementos que puedan generar alguna preocupación mayor a la que pueda desprenderse de la necesidad de profundizar estos planteos científicos.

Ratificamos una vez más que una de las principales fuentes del Código han sido los valiosos desarrollos que tanto la jurisprudencia como la doctrina argentinas aportaron durante tantos años, circunstancia que contribuye fuertemente a generar previsibilidad y seguridad a todo aquel que se enfrenta a la nueva legislación (39).

Como también hemos adelantado, el Código Civil y Comercial de la Nación recodifica una serie de principios y valores que ya constaban en los microsistemas de derecho privado, razón por la cual desde ya que ha cambiado el perfil tradicional del Código en aquellos campos "invadidos" por este tipo de regulaciones.

En este marco, no debería generar asombro —por ejemplo— que el Código incluya instrumentos tendientes a favorecer a los consumidores en sus vínculos con los proveedores de bienes y servicios, mientras que, contrariamente, para los contratos paritarios consigne reglas totalmente diferentes.

Idénticas consideraciones valen a la hora del reconocimiento de las prerrogativas vinculadas a la propiedad privada frente a las restricciones provenientes de la tutela de los bienes colectivos, como el medio ambiente.

Se trata de premisas que se han codificado pero que anteriormente eran ya contempladas por los microsistemas y por los principios constitucionales, motivo por el cual concurrían —y deberán seguir concurriendo— al diálogo de fuentes para la solución de los casos concretos.

El principio "*in dubio pro debilis*" también poseía carta de ciudadanía en cada uno de los sectores normativos específicos vigentes con anterioridad al nuevo Código.

Así, y a modo de ejemplo, el microsistema tuitivo de los consumidores cuenta con un cúmulo de normas y principios que imponen interpretar en favor del consumidor tanto

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

la legislación como los contratos (40).

En materia de locación de inmuebles urbanos, la ley 23.091 contiene también prerrogativas tendientes a favorecer al locatario (41).

Sucede lo mismo con la normativa protectoria de los trabajadores (42), situaciones que con anterioridad a la sanción de la ley 20.744 eran subsumidas bajo los lineamientos de la locación de servicios prevista por el Código Civil, regulando de manera muy diferente a la cual lo hizo posteriormente la Ley de Contrato de Trabajo.

Similar filosofía impregna al microsistema tuitivo del ambiente a la hora preservar tanto al bien colectivo en sí mismo como a las víctimas individuales de daños ambientales (43).

Por lo tanto, observamos que en nada se excede el Código Civil y Comercial al traer al sistema general de derecho privado las reglamentaciones, principios y valores que hemos comentado más arriba en este trabajo.

Por tanto, las inquietudes que genera esta nueva "recodificación" (44) serán perfectamente salvadas a través de la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho vigente, en la forma y bajo el paradigma previstos por el artículo 2° del propio Digesto.

Este modo de actuación que propone el Código, sumado a la consagración expresa de los valores y principios como fuentes de derecho, claramente llevará a los operadores jurídicos a encontrar puntos de equilibrio entre los diferentes modelos de regulación.

Desde ya que el esfuerzo será mayor y la tarea más compleja, pero se trata de la respuesta a encarar frente a una realidad cada vez más intrincada y difícil que exige del ordenamiento jurídico respuestas más efectivas.

c) Razonabilidad

La tercera y última pauta fundamental que se nos ocurre extraer del título preliminar del Código a los efectos de ponderar los diferentes campos de actuación que hemos abordado es la de la razonabilidad.

Se trata de una máxima relacionada también a lo manifestado en los dos títulos que preceden y que igualmente cuenta con fundamento constitucional, en este caso en el artículo 28 de la Carta Magna.

En lo que respecta al tópico de este texto —y puntualmente vinculado con las inquietudes que mencionábamos en las palabras introductorias— uno de los más usuales cuestionamientos que hemos detectado sobre el Código es que su forma de

regulación vía directrices "generales" y "abiertas" otorgaría demasiado poder a los jueces y facilitaría decisiones arbitrarias.

Ahora bien, por un lado, en cualquier Estado de derecho que se precie de tal son los jueces quienes definen los conflictos entre partes en ausencia de acuerdo.

Por otro lado, aún antes de la vigencia del nuevo Código, también existían grandísimos campos de conflicto en que los jueces han decidido de manera activa e intervencionista a través de la utilización de principios y valores generales emanados tanto del sistema como de los microsistemas de derecho privado y, fundamentalmente, de la Constitución Nacional.

De lo que se encarga el Código Civil y Comercial de la Nación en este acápite es de enfatizar en forma textual a través de su artículo 3° que la decisión judicial debe ser "razonablemente fundada".

En comentario a este artículo, sostiene la doctrina que "la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

(...) El primer paso es aplicar la ley mediante el método deductivo. Para ello se debe delimitar un hecho probado conforme a las reglas procesales (elemento fáctico) y su correspondencia con una norma aplicable (elemento normativo), dando la solución al caso por la vía de la deducción.

"Debe comprobarse si la solución a la que se llega es consistente con los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares (elemento de consistencia)" (45).

Es claro entonces que, ya desde el título preliminar, el nuevo Código se preocupa por contextualizar y enmarcar las decisiones judiciales bajo el parámetro de la razonabilidad, lo cual excluye cualquier tipo de decisión que no respete los parámetros constitucionales (46).

El ingreso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, con todo su fecundo desarrollo histórico en nuestro derecho positivo y jurisprudencial, se presenta como nítido en el artículo 3° que analizamos.

Se trata de un fuerte parámetro que, desde ya, impide a cualquier magistrado excederse en sus funciones so pretexto de incurrir en una decisión judicial nula por injustificada y arbitraria.

El valor seguridad jurídica se halla plenamente preservado desde el momento en que los artículos 1° y 2° ordenan buscar la solución de cada caso, en primer término, dentro de lo prescripto por las palabras de la ley entendida como una de las principales fuentes de derecho.

Sin embargo, y de no hallarse la clave que brinde respuesta al diferendo singular,

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

deberá necesariamente continuarse con el análisis de los principios y valores jurídicos que emanan del sistema.

El control de constitucionalidad de cualquier resolución que tenga por objeto la controversia entre derechos individuales y colectivos o entre sujetos "fuertes" y "débiles" de la relación jurídica continuará operando del mismo modo en que lo hacía antes de la sanción del nuevo Código, y aún más reforzado por lo previsto en el artículo 3°.

Ha dicho la doctrina en comentario a los primeros tres artículos del Digesto en análisis que "el nuevo Código plasma, de manera expresa, la vinculación de la argumentación jurídica, los derechos humanos y el sistema constitucional con la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos. Aparece entonces como una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez y con ello, hallar un criterio integrador y contextual del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos de un Estado constitucional de derecho" (47).

En esta línea, sostenemos también que las preocupaciones que en este sentido hemos mencionado al inicio de nuestro trabajo podrán ser responsablemente canalizadas a través de los procesos judiciales que seguramente se promoverán luego de la entrada en vigencia del Código; reiteramos, de forma similar al modo en que tramitaban con anterioridad y utilizando de manera coherente y precisa los instrumentos provenientes de la teoría de la argumentación.

Agregamos que este estándar de la razonabilidad excede el marco de las decisiones judiciales e irradia también hacia la interpretación y aplicación de cualquiera de los derechos que el nuevo Código comprende.

Así, en términos del artículo 28 de la Constitución Nacional, ninguna reglamentación legislativa o administrativa podrá aniquilar el núcleo central de los derechos fundamentales contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, so pretexto de incurrir en un accionar irrazonable e inconstitucional.

El ejercicio de este tipo de derechos tanto por los particulares como por los entes públicos también deberá ajustarse a tal parámetro.

En esta postura, entonces, encontraremos una nueva guía para salvar nuestras inquietudes frente a "lo nuevo" y entender así que tanto el ejercicio de cada uno de los derechos que el ordenamiento jurídico concede —sean públicos o privados, individuales o colectivos— como la solución de los conflictos que se presenten deben ser "razonables" y respetuosos de todas las garantías constitucionales vigentes.

Se intentará lograr —de la misma forma en que se lo hacía previamente a la sanción

del nuevo Código— un prudente equilibrio entre la conservación de las prerrogativas vinculadas a las libertades y a la autodeterminación, en un extremo, y las relacionadas a la igualdad y a la tutela proveniente del orden público de protección, en el otro.

V. REFLEXIONES FINALES

Luego del repaso que hemos efectuado a lo largo de este trabajo, bien puede concluirse en que el nuevo Código mantiene y sistematiza las garantías dirigidas a tutelar los derechos individuales y privados de las personas a través de normativa supletoria de su voluntad y autodeterminación, las cuales hemos referenciado en los diversos acápites del título segundo de este texto.

En tal dirección, no desciframos que puedan fomentarse a partir de la nueva legislación conductas que comprometan o avasallen los derechos constitucionales de propiedad, ejercicio de industria lícita, intimidad, privacidad o libertad de contratación como paradigmas de prerrogativas privadas.

En todo caso, los conflictos que eventualmente se presenten al respecto no variarán demasiado de los que se generaban con anterioridad a la modificación normativa en análisis y, frente a ello, contaremos siempre con los instrumentos convencionales y constitucionales —sumados ahora a los que provee el nuevo Código— para intentar arribar a soluciones efectivas en cada supuesto, del mismo modo en que se lo realiza hasta el momento.

El bloque de constitucionalidad en nuestro Estado de derecho no ha cambiado en su contenido positivo.

Ergo, la sanción de un Código Civil y Comercial no podrá alterar de manera negativa todos y cada uno de los preceptos contenidos en la Constitución Nacional, ya que si así fuera estaríamos en presencia de una solución regresiva (48) y, por tanto, nula.

Contrariamente, juzgamos como positivo el diálogo que entabla la norma en análisis con la Carta Magna, ya que actualiza su filosofía y tiende a lograr una mayor implementación de cada uno de los derechos fundamentales reglamentados, tanto los de carácter individual como los colectivos.

La compatibilización entre ambos órdenes que se propone el Código Civil y Comercial es una exigencia que emana de la propia Ley Fundamental y que también ha sido resaltada claramente por la jurisprudencia —ya desde el siglo pasado— al considerar que no existen derechos individuales absolutos sino que resulta indispensable vincular su ejercicio a los parámetros del bien común.

Por la contundencia de sus fundamentos, nos permitimos transcribir aquí lo sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta": "Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última" (49).

Es por lo hasta aquí sostenido que, a la par de ratificar una férrea defensa de los intereses individuales, ya desde la redacción del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación sus autores se propusieron elaborar una norma que persiga además la igualdad material, la tutela de los vulnerables (50) y que recepte también la idea de una sociedad multicultural y diversa (51).

Hemos pretendido reflejar este segundo grupo de premisas bajo los diferentes acápites del título tercero contenido en este trabajo.

En fin, y resumiendo, nos sumamos a las siguientes palabras del profesor Leandro Vergara, en cuanto sostiene que "Esta recodificación trae esquemáticamente tres tipos de normas: 1) un primer grupo de normas que no cambiaron; 2) un segundo grupo de normas que cambiaron, pero lo hicieron recibiendo dos influencias muy claras: a) incorporando los conocidos avances jurisprudenciales y b) armonizando con los también conocidos cambios constitucionales de 1994; y 3) un tercer grupo de normas que se presentan como absolutamente originales, pues no tienen antecedentes ni tradición en nuestro país. Aclaro que la falta de tradición no implica en ningún caso algo criticable, pues una tradición —la que sea— puede cambiarse por otra mejor. Nada hay más retrógrado que el argumento de la tradición para impugnar un cambio. Los cambios deben juzgarse por lo que traen y nunca por el hecho mismo de cambiar. La comodidad es enemiga de las mejoras" (52).

Agregamos entonces, en relación con los primeros dos grupos de normas citadas en el párrafo precedente, que lo único que se nos requerirá a los operadores jurídicos es —ni más ni menos— comprender y aplicar de manera coherente y razonable en términos constitucionales todo lo que ya hemos estudiado y vivenciado.

Al fin y al cabo, reiteramos por última vez, el nuevo Código no borra de un plumazo todas las instituciones clásicas del derecho privado ni mucho menos deja sin efecto las garantías constitucionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Nada para preocuparse en este orden, ya que nos estaremos moviendo en el campo de "lo conocido".

Por último, y en referencia al tercer grupo de normas que se destacan en la cita que hemos formulado, será imprescindible abordar "lo nuevo" con el mismo ímpetu y creatividad que lo hicieron aquellos operadores jurídicos que se posicionaron, por ejemplo, frente a la sanción del Código de Vélez o ante a la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994.

Se trata de dos grandes hitos —de entre tantísimos otros de igual trascendencia que podríamos invocar— que en la historia argentina han modificado sustancialmente paradigmas, instituciones y tradiciones tanto de derecho público como de derecho privado.

Sin embargo, gracias al accionar responsable y activo de la doctrina, de la jurisprudencia y también —¿por qué no?— de la sociedad en general, todos estos avances han transitado con prudencia en la defensa del Estado de derecho y de cada uno de sus ciudadanos, sin producir caos alguno.

Pensamos que será recogiendo estas premisas y ejemplos de comportamiento que nos ha dado la historia argentina el modo en que encontraremos incentivos para estudiar, repensar y aplicar todo el bagaje científico que aporta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, experimentando en tal camino, desde ya, cada una de las emociones referenciadas en la cita que diera inicio a este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Azar, María J., "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: comentario de una supresión", Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, vol. 2012-2.

Bueres, Alberto J., "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, vol. 2013-2, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Cafferatta, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), p. 273.

Cafferatta, Néstor A. (dir.); Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo y Zonis, Federico (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012 (obra de 3 tomos).

Calabresi, G y Bobbit, P., "Tragic Choices", Ed. W. W. Norton & Company, 1978.

Chiappini, Julio, "Cinco posibles errores del nuevo Código Civil y Comercial (artículos 1° a 5°)", ED, vol. 255.

Courtis, Christian (comp.), "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

De Lorenzo, Miguel F., "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LL del 19/10/2011, p. 1.

Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

el Código Civil y Comercial", LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-13.

Gil Domínguez, Andrés. "La estructura constitucional del Proyecto de Código unificado", LL 2012-D; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, vol. 2012-10, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Gil Domínguez, Andrés, "Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna", LL del 15/7/2015, p. 5.

Guzmán, Leandro, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Doctrina Judicial Procesal, 2015 (junio), p. 1.

Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor", JA 2012-IV.

Highton, Elena I., "Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Highton, Elena I., "Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", Revista Jurídica UCES, nro. 17, 2013.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 237.

Lezcano, Juan Manuel, "Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial", DJ del 20/5/2015, p. 7.

Lorenzetti, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, nro. 8, Ed. La Ley, Buenos Aires, agosto de 2013.



1 Y 2 DE JUNIO DE 2017 - POSADAS (MISIONES)



Lorenzetti, Pablo, "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDF, nro. 43.

Lorenzetti, Pablo, "Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos", RDAmb, nro. 39, septiembre de 2014.

Lorenzetti, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL del 23/4/2012, p. 1; LL 2012-C-581.

Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 191.

Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015.

Manes, Facundo y Niro, Mateo, "Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014.

Peretti, Enrique, "Ambiente y propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

Prevot, Juan Manuel, "La prevención del daño y la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Daños, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Rodríguez, Carlos A., "Derecho ambiental y Código Civil y Comercial", Supl. Act. del 2/6/2015, p. 1.

Rosenkrantz, Carlos, "El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Sozzo, Gonzalo, "Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Sozzo, Gonzalo, "La formación del contrato en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación: su comparación con el Código Civil vigente", Revista de

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Derecho Privado y Comunitario, nro. 2014-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Stiglitz, Gabriel A., "La defensa del consumidor en el Proyecto de Código", LL 2012-F.

Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial", LL de 17/12/2014, p. 1.

(*) Manes, Facundo y Niro, Mateo, "Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014, p. 271.

1) V.gr.: derechos de los consumidores, tutela del ambiente, etc.

2) Art. 7° del Proyecto de 1998: "*Vigencia de la ley*. Ignorancia o error de derecho. Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previos, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado".

3) Corte Sup., 7/7/2015. "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", LL del 15/7/2015, 4.

4) En el fallo pueden leerse disquisiciones médicas específicas que diferencian a cada uno de estos tres conceptos.

5) "Lambert y otros v. Francia", del 5/6/2015.

6) Calabresi, G. y Bobbit, P., "Tragic Choices", Ed. W. W. Norton & Company, 1978.

7) En interesante comentario a esta sentencia, aporta la doctrina que "Tanto la ley 26.742 como el Código Civil y Comercial receptan la eutanasia pasiva y el rechazo del tratamiento médico por igual. Es más, lo resuelto por la Corte Suprema es un preciso caso de eutanasia pasiva. Lo que sucede es que el Alto Tribunal intenta morigerar el impacto del fallo respecto de los alcances del art. 19 de la Constitución argentina proyectado a los supuestos de cooperación o asistencia al suicidio y eutanasia activa (en ambos casos para evitar: a) El sufrimiento que produce una enfermedad física que culminará irremediablemente con la muerte; b) El padecimiento físico y psicológico no mortal; c) El padecimiento o sufrimiento existencial; y yo agrego, d) El fin de la vida sin padecimiento alguno como plan de vida)" (Gil Domínguez, Andrés, "Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna", LL del 15/7/2015, p. 5).

8) Como casos paradigmáticos en que la Corte Suprema falló de manera similar: "Bahamondez, Marcelo", 6/4/1993, LL 1993-D; "Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias", 1/6/2012, LL del 8/6/2012.

9) Art. 28, CN.

10) Se ha sostenido que "Uno de los aspectos más innovadores del Código es la fractura del tipo general del contrato, dedicando un título al contrato en general y otro título a los contratos de consumo. Es un método único en el derecho comparado y tiene un impacto directo en materia de interpretación" (Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 [febrero], Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 191).

11) Gilmore, Grant, "The death of contract", The Ohio State University Press, 1974.

12) Con razón ha dicho la doctrina que "El contrato sigue siendo un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de los sujetos contratantes. Es decir, persisten sus elementos; sigue habiendo un consentimiento, un objeto y por supuesto una causa-fin. Lo que sí ha cambiado, y mucho, es la interpretación de los contratos. En este punto, la gran modificación se produjo en la finalidad, es decir, en uno de los elementos del contrato: la causa-fin" (Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial", LL del 17/12/2014, p. 1).

13) Corte Sup., 27/12/2006, "Massa, Juan A. v. Poder Ejecutivo Nacional", de la ampliación de fundamentos del Dr. Ricardo Lorenzetti, LL 2007-A-316.

14) Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto que "Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes".

15) Nos hemos expresado sobre este tema en "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDAMB, nro. 43.

16) Tomamos esta expresión de Sozzo, Gonzalo, "Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

17) Para ampliar, entre otros: Cafferatta, Néstor A. (dir.); Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo y Zonis, Federico (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, cap. IV, título 2, "Categorías de daño ambiental", y cap. V, título 1, "Derechos de incidencia colectiva. Legitimación para obrar".

18) Sólo por citar dos casos paradigmáticos de la Corte Suprema: "Halabi, Ernesto v. PEN - ley 25.873 - dto. 1563/2004", 24/2/2009, LL del 2/0/2009, p. 8; "PADEC v.

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Swiss Medical S.A.", 21/8/2013, LL del 23/9/2013; LL 2013-E-290.

19) Se ha dicho en comentario al artículo citado que "Esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad, que unido a los criterios de progresividad, de no regresión y *pro homine* serán muy importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva" (Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-13).

20) El artículo 1228 del Código Civil brasileño dispone que "el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales, de modo que sean preservados, de conformidad con lo establecido por la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico".

21) Entre otros: Rosenkrantz, Carlos, "El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 113 y ss.

(22) En referencia a la evolución en el vínculo entre la propiedad y el medioambiente, recomendamos la lectura del excelente trabajo del profesor Enrique Peretti "Ambiente y propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

23) Corte Sup., 14/5/1887, "Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros v. Provincia de Buenos Aires", publicado en "Colección de análisis jurisprudencial derecho constitucional", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 257, con nota de Ernesto Cionfrini.

24) Corte Sup., 2/12/2014, "Kersich, Juan G. y otros v. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", LL del 15/12/2014, p. 11; DJ del 4/3/2015, p. 48.

25) Artículo 279.

26) Artículo 1004.

27) Sugerimos para la profundización de esta temática la lectura del trabajo del profesor Federico De Lorenzo, "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LL del 19/10/2011, p. 1.

28) Como ejemplo: artículo 65 de la ley 24.240 de Protección de Consumidores y Usuarios y artículo 3° de la ley 25.675 General del Ambiente. Nos explayaremos sobre los vínculos de consumo en el título siguiente.

29) A los fines de nuestro trabajo, utilizamos estas denominaciones de modo



1 Y 2 DE JUNIO DE 2017 - POSADAS (MISIONES)



genérico, sin perjuicio de lo cual remitimos para su diferenciación a la lectura del comentario al artículo 963 del Código Civil y Comercial realizado por el profesor Rubén Stiglitz en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", t. V, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015, p. 559.

30) El artículo 421 del Código Civil brasileño dispone que "La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato".

31) Bajo el título "El orden público de coordinación. Función ambiental", y en comentario a los artículos 959 y 960 del Código Civil y Comercial, sostiene el profesor Rubén Stiglitz que "Es destacable la incorporación del abuso de derecho respecto de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), que permite hablar de una función ambiental del contrato" (Lorenzetti, Ricardo L. [dir.]; De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti Pablo [coords.], "Código Civil y Comercial...", t. V, cit., p. 541).

32) Ha dicho la doctrina que "Esta norma es muy importante y su análisis excede este breve trabajo, pero es claro que se trata de una aplicación del principio general de buena fe, contemplado en el título introductorio. La buena fe en el sentido de protección de la apariencia creada, la buena fe lealtad en el sentido del cumplimiento de lo acordado, y la prohibición de actuar contra los propios actos" (Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191).

33) Para profundizar el análisis de estos dispositivos recomendamos: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 237.

34) Lorenzetti, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, nro. 8, agosto de 2013.

35) Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación que "es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores."(...) 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".

36) Este mecanismo es el adoptado por el artículo 14 del nuevo Código.

(37) Ha sostenido recientemente la jurisprudencia en un caso vinculado a la

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

protección de menores de edad, inclusive citando en alguno de los pasajes del fallo normativa del nuevo Código Civil y Comercial, que "Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado y a sus diversos poderes, incluyendo al judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos vulnerables o desfavorecidos, aludidos en el art. 75, inc. 23, del texto constitucional. La justicia protectora o de acompañamiento se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas que persiguen en general la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles" (Sup. Corte Bs. As., 22/4/2015, "M., M. N. d. C. y otros v. 17 de Agosto S.A. y otro s/ daños y perjuicios", LL del 5/6/2015, p. 7; LL del 2/7/2015, p. 7. Voto del Dr. De Lázari, con cita de Berizonce, Roberto, "La jurisdicción en el Estado de derecho democrático", LL, suplemento del 1/12/2014, p. 1106).

38) Sólo a modo de ejemplo, de entre tantos otros casos que podríamos citar, apuntamos que en la siguiente sentencia se decidió aplicar la normativa protectoria de los consumidores para supuestos de títulos ejecutivos y apoyándose en la noción del diálogo de fuentes que emana del nuevo Código: "El pagare' se integra con la documental adicional del crédito de consumo, formando un título complejo que permite compatibilizar la legislación cambiaria con las previsiones protectorias del consumidor (fs. 12, 30/37; arts. 101 y ss. del decreto 5965/1963; arts. 1º, 2º, 3º, 36, 37, 65 de la ley 24.240; arts. 521 y ss. del CPCC). Dicha pauta hermenéutica se enmarca en el cambio de paradigma que surge del título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial que consagra el denominado 'diálogo de fuentes' y la constitucionalización del derecho privado, que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (cfr. arts. 1º, 2º y 12 del título preliminar del Código Civil y Comercial; esta sala, causa nro. 58.639, del 29/5/2014, 'Credil v. Orsetti')" (C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, "Banco Industrial Sociedad Anónima v. Suarez, Roque R. s/ cobro ejecutivo", sentencia disponible en www.nuevocodigocivil.com/dialogo-de-fuentes-y-la-comunidad-de-principios-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial).

39) Se lee en los fundamentos del Anteproyecto que "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".

40) Artículos 3º, 37 y conchs. de la ley 24.240.



1 Y 2 DE JUNIO DE 2017 - POSADAS (MISIONES)



41) Artículos 2º, 8º y conchs. de la ley 23.091.

42) Artículos 7º, 8º, 9º, 11 y conchs. de la ley 20.744.

43) Artículo 4º y conchs. de la ley 25.675.

44) Ha escrito una de las integrantes de la Comisión Redactora del Anteproyecto que "se consideró necesario recodificar para remozar o sustituir contenidos del derecho privado. No sólo es adecuado que se integren el derecho civil y el comercial, sino que se preceda este Código de un título preliminar que contenga normas generales, que no se corresponden únicamente con el derecho privado, sino con todo el derecho. El Código, y especialmente el título preliminar, trata de colocar ciertos principios que de algún modo sistematicen y presten sentido, por encima de esa legislación especializada, un poco incoherente, abundante y asistemática. El nuevo Código se constituye en la base de una interpretación sistemática de toda la legislación civil y, en gran medida, general" (Highton, Elena, "Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 17/18).

45) Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial...", t. I, cit., ps. 40/41.

46) Los fundamentos esbozados por el artículo 3º en comentario han sido ya utilizados incluso por resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Digesto. Nos referimos, por ejemplo, a lo reseñado por la sala M de la C. Nac. Civ. mediante sentencia dictada en fecha 30/4/2015 en los autos "Ries Centeno, Carlos F. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.": "Traigo esto a colocio'n porque próximamente entrara' en vigencia el nuevo Código, que impone al juez el deber de resolver 'mediante una decisión razonablemente fundada', siendo la analogía un regla de interpretación legalmente reconocida (arts. 2º y 3º del Código Civil y Comercial)" (sentencia disponible en www.nuevocodigocivil.com/decision-judicial-nuevo-codigo-civil-y-comercial-impone-al-juez-el-deber-de-resolver-fundadamente).

47) Guzmán, Leandro, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Doctrina Judicial Procesal, 2015 (junio), p. 1.

48) Para profundizar el estudio del principio de no regresión en supuestos de derechos sociales, ver, entre otros, Courtis, Christian (comp.), "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

49) Corte Sup., 28/4/1922, Supl. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), p. 75.

50) "El Anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en

II JORNADAS PREPARATORIAS DEL NORDESTE

DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

una serie de normas sobre protección de los consumidores, que, por primera vez, son incorporadas sistemáticamente en un Código, que innova profundamente en la materia" (texto de los Fundamentos del Anteproyecto).

51) "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" (texto de los Fundamentos del Anteproyecto).

52) Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual...", cit.