Buenos Aires, Julio 14 de 2015

**Al Señor Ministro de**
**Justicia y Derechos Humanos de la Nación**
**Dr. Julio César Alak**

Nos tomamos el atrevimiento de dirigirme a Ud., en la inteligencia de que podrá interpretar y actuar en consecuencia, a tenor de la honda preocupación que existe en la familia de la Abogacía por la inminente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994, a partir del 1 de agosto del corriente.

Nos encantaría que le hiciera llegar en mano este irregular pedido de reconsideración a la Señora Presidente, a tenor que se trata de **un código elaborado por jueces** el que les deja una**gran discrecionalidad**, afectando la seguridad jurídica de todos los habitantes de la Nación, como se irá desarrollando -sólo a título enunciativo- en los párrafos siguientes; y el que crea una suerte de **"tiranía de los magistrados en el marco del Derecho Privado"**, objetivo que se y conozco bien alejado del pensamiento, al menos público, de la Dra. Fernández de Kirchner.

A continuación le señalamos algunos puntos que es menester que la Señora Presidente debería tener presentes:

Merece resaltarse el hecho de que dos ministros de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación han intervenido en su redacción, afectando la división de poderes que es el mayor valor de una República, toda vez que el que debe velar por su constitucionalidad, es el mismo que lo elaboró, arrogándose funciones propias del Poder Legislativo, lo que lleva a colegir la dificultad de que dicho órgano no conceda la vía recursiva, sin perjuicio claro está, que los abogados los recusen, lo que seguramente ocurrirá, pero que no es lo esperable de un cuerpo normativo pensado para trascender en el tiempo.

Compartimos plenamente lo sostenido por el doctor Julio César Rivera que afirma que *[1]“… el modo en que se pretende poner en vigencia el Código Civil y Comercial revela una gran irresponsabilidad. Con un mínimo tiempo de estudio anticipado incluso sin razón seria alguna, sin adecuación del resto de la legislación ni de los Códigos Procesales y sin reglas de aplicación de la ley en el tiempo, salvo el raquítico artículo 7º que en sí mismo no está previsto para la aplicación del Código si no que se utilizará porque no hay una norma útil a tal fin. …Es que la solución deferida a los jueces para que ellos resuelvan caso por caso con la sola herramienta del artículo 7º afecta la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y aumenta la litigiosidad. … Uno de los aspectos de la seguridad jurídica, probablemente definitorio, es la predictibilidad de las decisiones judiciales. No se puede afirmar seriamente que es predecible cómo los jueces van a resolver los múltiples temas que se derivarán de la aplicación del nuevo Código a las relaciones preexistentes y a aún a los juicios pendientes. …”*

En materia de capacidad, el artículo 37 **obliga a los jueces a pronunciarse sobre el diagnóstico y pronóstico de la persona** en cuyo interés se sigue el proceso. Para expedirse es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario. Como primera reflexión, la sentencia que deberá dictar el juez será una conclusión de dicho equipo, pero como segunda, no menos importante, es que dichos equipos no han sido creados. En tal sentido, **nuestra representante en el Consejo de la Magistratura de la Nación, advirtiendo con antelación esta falta, ha presentado el 24 del mes pasado, juntamente con la presidente de dicho Cuerpo, un proyecto para subsanar tal grave omisión**proponiendo la creación de un cuerpo interdisciplinario forense. Como Ud. bien sabe, los cargos deben ser creados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y pese a los reiterados pedidos de los señores jueces de la especialidad, no fueron satisfechos, lo que complementa el párrafo citado textual del doctor Rivera.

Asimismo, en cuanto a la capacidad progresiva de la persona menor de edad, de conformidad con su edad y grado de madurez suficiente que le permita la actuación personal de sus derechos, el Código en su artículo**26 faculta al juez a efectuar esa graduación. La normativa no le impone parámetros, dejando librado a su absoluta discrecionalidad el poder determinar si tiene el grado suficiente de capacidad que le permita formar convicción y decisión razonada respecto del ejercicio de derechos en forma directa**.

Otro tema que avala lo que sostenemos, es la oficiosidad establecida en el artículo 709 al determinar que **en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez**, quien puede ordenar pruebas que él mismo determine, afectando la igualdad de las partes en el proceso.

No descartamos que en los procesos de familia el juez se erige en una figura protagónica, con un rol diferenciado, pero los mayores poderes y atribuciones que tiene, no debe hacerlo caer en un **"exceso de jurisdicción", creando mayores perjuicios a las mismas partes a las que tiene que proteger, sino que tienen que ejercerse con límites, pues la omnipotencia y los excesos no son propios de su función**. Límites que van a estar dados por el respeto de la jurisdicción a las decisiones que tomen las partes y que afectan sus propias vidas y la de sus hijos. Y allí donde pueda verse vulnerado el derecho a la intimidad, a la privacidad y a la autonomía de la voluntad, entendida esta última en la materia como la potestad que se les reconoce a las personas para reglamentar los intereses propios en el ámbito de su familia, el Estado debe detenerse.[2]

El Código refiere, en sus fundamentos, al avance de la autonomía de la voluntad. En particular, en el derecho de familia intenta ampliar la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio y, si bien se esfuerza por quitar la mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares que consideraba todo de orden público, deja a criterio judicial muchas cuestiones particulares.

Ello priva a los ciudadanos de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus actos en aquellos supuestos en los que el Código faculta al juez para actuar con discrecionalidad en el caso sometido a decisión. De allí que variarán las consecuencias según cómo sea interpretada la norma conforme a su “discreción”.

**A los jueces les toca resolver mediante la aplicación de pautas y reglas presentes en el ordenamiento jurídico. Al fallar no pueden legislar**, pero si el mismo Código los faculta para actuar con discreción, a su elección, a su arbitrio, **sus sentencias no resultarán de una interpretación del derecho en su conjunto, sino tan sólo de su voluntad y apreciación en un momento determinado**. Ello contraría el artículo 116 de nuestra Constitución Nacional que constituye la norma que en conjunción con las contenidas en los artículos 16, 17, 18 y 19 del mismo cuerpo legal tipifican el Estado de Derecho por la sujeción de todos los actos a la ley. Y este es el punto de partida: es el mismo Código el que faculta al juez a actuar discrecionalmente.

El mecanismo para controlar el límite de la discrecionalidad es la arbitrariedad, que protege a los justiciables de la voluntad o capricho del juzgador. Pero he aquí nuevamente el obstáculo mencionado al inicio: quién se encargará de considerar que el acto judicial ha sido arbitrario o que la norma cuestionada es inconstitucional cuando quienes deban resolver son los que le han otorgado esos poderes discrecionales o los que han elaborado la norma.

Se provoca así alteración de la armonía de las relaciones sociales y que los sujetos se vuelvan más vulnerables frente al poder del Estado.

Prueba de lo expresado es que, si bien el Código introduce modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, en su artículo 438 obliga a los cónyuges que solicitan el divorcio a incorporar al proceso un convenio regulador que debe referirse a determinadas cuestiones (artículo 439), tales como el ejercicio de la responsabilidad parental, la atribución de la vivienda, la distribución de bienes, las eventuales compensaciones económicas, entre otras. Dicha obligación provoca que, respecto a los bienes, aunque quieran mantenerlos indivisos y no proceder a la liquidación y adjudicación de ellos, deberán hacerlo, pues la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición del divorcio, aunque el Código pretende morigerar este efecto estableciendo que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Prueba de lo expresado es que, si bien el Código introduce modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, en su artículo 438 obliga a los cónyuges que solicitan el divorcio a incorporar al proceso un convenio regulador que debe referirse a determinadas cuestiones (artículo 439), tales como el ejercicio de la responsabilidad parental, la atribución de la vivienda, la distribución de bienes, las eventuales compensaciones económicas, entre otras. Dicha obligación provoca que, respecto a los bienes, aunque quieran mantenerlos indivisos y no proceder a la liquidación y adjudicación de ellos, deberán hacerlo, pues la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición del divorcio, aunque el Código pretende morigerar este efecto estableciendo que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Similar situación ocurre respecto del monto y forma de pago de las prestaciones compensatorias que soliciten los cónyuges, pues, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere, en aras de la protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, habilitando al magistrado a inmiscuirse en el estado patrimonial de cada uno de ellos, so pretexto de que ante un eventual desequilibrio se proceda a su recomposición.

Se advierte en este tema, asimismo, que en los cursos de estudio sobre el nuevo Código, los jueces desconocen qué trámite se le dará al divorcio, como así también, si pueden apercibir a aquél que no contesta sobre la propuesta teniéndola por aceptada y en consecuencia, aprobada.

En lo que respecta a la responsabilidad parental el Código en el artículo 656 faculta a los jueces a entrometerse en asuntos reservados a la esfera privada. Ello por cuanto establece que los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, y ante inexistencia del acuerdo o falta de homologación del plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado del hijo, priorizando la modalidad compartida indistinta. El ámbito privado, que debe respetar el juez, se basa en la intimidad y la autonomía de la voluntad que imponen una valla al Estado.

Curioso resulta el tratamiento dado a las uniones convivenciales en las que entre autonomía de la voluntad -la libertad de optar entre casarse y no casarse- y orden público, **impone a los convivientes deberes a los que no han querido someterse y por ello han optado por no estar sujetos al estatuto matrimonial.**

Si bien intenta brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia, impone en su artículo 513 que el pacto de convivencia “debe” atender lo dispuesto por el código respecto de la asistencia, contribución a los gastos del hogar, responsabilidad por deudas frente a terceros y protección de la vivienda familiar.

Se observa, entonces, que la invocada autonomía de la voluntad de los convivientes, como se titula el mencionado artículo 513, no es tal. Sólo se les da la libertad de optar por no casarse, que siempre existió, pero se los constriñe a que los pactos que realicen tengan el contenido que la ley establece o, mejor dicho, que la ley les impone.

Dicha regulación dista en gran medida de poder ser considerada como de autonomía de la voluntad, produciéndose una injerencia estatal que, en todo caso, se justifica cuando se trata de la responsabilidad por deudas frente a terceros, a los fines de evitar cualquier perjuicio que éstos pudieran sufrir. Las demás cuestiones, aunque conculquen el principio de igualdad entre los miembros de la pareja o afecten los derechos de cada uno de ellos, deberían quedar reservadas al ámbito privado.

En el régimen patrimonial del matrimonio la apertura al ejercicio de la autonomía personal se manifiesta mediante la posibilidad de optar por uno de los dos regímenes autorizados por la ley, el de comunidad o el de separación y ante el silencio de los cónyuges o contrayentes, opera el legal supletorio que es el de comunidad. En consecuencia, la autonomía se encuentra limitada, pues, sólo se admite optar por el régimen de separación de bienes. En otras palabras, se ha elaborado un régimen "convencional" de libertad limitada, pues los cónyuges deben sujetarse a uno u otro régimen tal cual está regulado por la ley y, en caso que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, optar por el régimen de separación de bienes que les permite realizar todo tipo de contratos.

En materia de obligaciones no puedo dejar de señalarte que la posibilidad que da el nuevo Código Civil de cancelar en pesos al tipo de cambio oficial, las deudas contraídas en moneda extranjera va a traer aparejado grandes problemas a nuestra economía. En tal sentido, compartimos lo expresado por el constitucionalista, doctor Gil Domínguez, en que va a destruir gran parte de la economía argentina toda vez que resulta ampliamente improbable que se preste dinero en moneda extranjera si la consecuencia necesaria es que le podrán devolver pesos y cancelar la obligación.

Lo expresado, no es más que una síntesis de algunos de los puntos acreditan lo perjudicial que será para nuestra sociedad la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en su redacción actual sin atender, entre otras serias de prestigiosos autores, las modificaciones que aquí se han expuesto.

**CONCLUSIÓN**: Como podrá advertir, estamos en presencia de **un inminente otorgamiento legal de enormes súper poderes a los jueces**, lo que generará un sinnúmero de fallos contradictorios que pondrán en vilo a toda la seguridad jurídica nacional y que colocará en manos de los magistrados a las personas, los bienes, el destino y los derechos más elementales de todos los habitantes de los Argentinos.

Creemos sin temor a equivocaros que por intermedio de un DNU o algún otro remedio legal debería suspenderse sine die la entrada en vigencia del nuevo Código y, reformularse estas infinitas potestades que hoy, de no mediar una reconsideración, quedarán definitivamente en cabeza de los magistrados.

Saluda al Señor Ministro con la más distinguida de las consideraciones.

* **Jorge Rizzo**
* **Abogado y Periodista**
* **"Gente de Derecho"**