

C | D | J | L | P

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

APORTES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (I)

MARÍA VICTORIA ZAPPA. DERECHO TRANSITORIO: EL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • **MARÍA FERNANDA DE LA IGLESIA.** LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • **PAMELA LIZ DE LA IGLESIA.** DEUDAS EN MONEDA EXTRANJERA • **EMILCE NOELIA MORENO.** PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. PRÁCTICAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS • **CARINA MERCEDES SALVAY.** PARADIGMA PREVENTIVO Y TUTELA INHIBITORIA • **PABLO DANIEL RODRÍGUEZ SALTO.** ¡CUIDADO CON EL RIESGO DE ACTIVIDAD! • **FEDERICO LÓPEZ LAVOINE.** EL CONTRATO DE CORRETAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ¿UNIFICACIÓN? • **RUBÉN CAPDEVIELLE.** JUDICIALIZACIÓN DE LA PERCEPCIÓN TRIBUTARIA. EL JUICIO DE APREMIO • **MARÍA SILVINA CONY.** EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL PROCESO JUDICIAL. UNA MIRADA A TRAVÉS DE LAS NORMAS • **ADRIANA I. CUARZO.** LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL PROCESO CONCURSAL LIQUIDATIVO • **CECILIA DOMÍNGUEZ.** INICIO DE LA VIDA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA • **VERÓNICA ALEJANDRA FERNÁNDEZ.** PRINCIPALES MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA “ENTREGA DIRECTA” Y EL “FACTOR TIEMPO” • **LUCIANA ROSA GUGINO.** REFORMAS A LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • **SILVANA MARCONETTO.** EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • **ESTELA LIS RODRÍGUEZ.** PLURIPARENTALIDAD, FILIACIÓN E IDENTIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL • **ROMÁN MOLÍN.** ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN • **SERGIO MONTANO.** EL NIÑO Y “SU ADOPCIÓN” • **ROMINA G. PACI.** EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL • **ANA LIS PALACIO.** AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES • **ANTONELLA SOLEDAD SARDI DIMA.** DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: AUTONOMÍA PROGRESIVA Y DERECHO A SER OÍDOS • **MARIA EUGENIA SCHIJVARGER.** LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL • **IVANA CAJIGAL CÁNEPA.** LA FACULTAD DE DELEGAR EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

VOL. VIII N° 1 | ABRIL 2016

ISSN 2313-9285

C | D | J | L | P

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

ESTA REVISTA SE PUEDE DESCARGAR GRATUITAMENTE EN FORMATO DIGITAL EN LA
WEB DEL CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 30 de agosto de 2016 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra “Times New Roman” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección “publicaciones” de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2016

Presidente

DR. EDUARDO D. FERNÁNDEZ MENDÍA

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LUIS LOSI

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPÀ

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

GRISelda MANZANO

ROMINA MARASCHIO

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gov.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICE

Presentación	11
María Victoria Zappa. <i>Derecho Transitorio: el Artículo 7 del Código Civil y Comercial.</i>	15
María Fernanda De la Iglesia. <i>Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial.</i>	23
Pamela Liz De la Iglesia. <i>Deudas en moneda extranjera.</i>	33
Emilce Noelia Moreno, <i>Protección del consumidor en los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial. Prácticas y cláusulas abusivas.</i>	43
Carina Mercedes Salvay. <i>Paradigma preventivo y tutela inhibitoria.</i>	57
Pablo Daniel Rodríguez Salto. <i>¡Cuidado con el riesgo de actividad!</i>	71
Federico López Lavoine. <i>El contrato de corretaje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Unificación?</i>	88
Rubén Capdevielle. <i>Judicialización de la percepción tributaria. El juicio de Apremio</i>	97
María Silvina Cony. <i>El derecho del niño a ser oído en el proceso judicial. Una mirada a través de las normas.</i>	115
Adriana I. Cuarzo. <i>La protección a la vivienda familiar en el proceso concursal liquidativo.</i>	125
Cecilia Domínguez. <i>Inicio de la Vida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con las técnicas de reproducción humana asistida.</i>	136
Verónica Alejandra Fernández. <i>Principales modificaciones al régimen de la Adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Especial consideración a la “entrega directa” y el “factor tiempo”.</i>	148
Luciana Rosa Gugino. <i>Reformas a la adopción en el Código Civil y Comercial</i>	158
Silvana Marconetto. <i>El interés superior del niño en el Código Civil y Comercial.</i>	179
Estela Lis Rodríguez. <i>Pluriparentalidad, filiación e identidad en el Código Civil y Comercial.</i>	189

Román Molín. <i>Algunas cuestiones relativas al divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.</i>	203
Sergio Montano. <i>El niño y “su adopción”.</i>	213
Romina G. Paci. <i>El principio de autonomía progresiva y la responsabilidad parental.</i>	226
Ana Lis Palacio. <i>Autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes.</i>	238
Antonella Soledad Sardi Dima. <i>Derechos de los niños, niñas y adolescentes: autonomía progresiva y derecho a ser oídos.</i>	254
Maria Eugenia Schijvarger. <i>La regulación de la unión convivencial en el Código Civil y su relación con el derecho penal.</i>	274
Ivana Cajigal Cánepa. <i>La facultad de delegar el ejercicio de la Responsabilidad Parental.</i>	284

PRESENTACIÓN

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial representó un momento de extraordinaria importancia para todo el ordenamiento jurídico argentino.

Supuso un desafío tanto para los operadores cotidianos del derecho, judiciales y abogados, como para especialistas y académicos que ven saldadas o renovadas discusiones históricas sobre los temas más diversos del derecho privado.

Finalmente, también implicó una coyuntura crítica para las instituciones vinculadas a la formación y capacitación, por la natural demanda de cursos e instancias de estudio de la nueva normativa, que en buena medida implicaba un proceso de reaprendizaje en un tiempo muy corto de vastos sectores de la formación que en las instancias universitarias se despliega a lo largo de varios cursos.

Desde el Centro de Capacitación Judicial, en consorcio y articulación con diversas instituciones, se programaron cursos y seminarios que vinieron estudiando el Anteproyecto 2012 en años precedentes, y se realizaron en 2015 los tres cursos integrales sobre el Código finalmente sancionado, uno en modalidad online y dos en formato cursado, estos últimos implementados en coorganización con la Universidad Nacional de La Pampa (en Santa Rosa y en General Pico, con el Apoyo del Colegio de Abogados y de la Caja Forense locales) y con el Ministerio de Justicia de la Nación.

Como actividad optativa, los asistentes a los dos cursos presenciales tenían la posibilidad de presentar un trabajo monográfico final, al que se le otorgaba una acreditación especial, con la posibilidad de que algunos de esos trabajos fueran publicados en esta Revista.

Asumíamos entonces la contingencia de que los trabajos publicables excedieran el espacio asignado a un volumen regular, lo que afortunadamente sucedió, de modo que esta será la primera de esas publicaciones. La serie se completará en un próximo número, en el que se publicarán tanto los trabajos remanentes como el estudio preliminar que preparamos para el primero de los 24 cuadernillos de análisis que se prepararon para el curso online abierto y gratuito que programamos para 2015 y reeditamos este año.

Al seleccionar los trabajos no se ha utilizado un criterio jerárquico sino uno de pluralidad y que busca que cada número tenga una diversidad temática. Publicarlos es un reconocimiento para los que participaron en aquellos cursos y para nuestra comunidad de capacitación, incluyendo especialmente a los docentes que estuvieron a cargo de las 48 clases impartidas que se impartieron combinando los diversos cursos y actividades.

Queremos, por otro lado, subrayar la continuidad de esta publicación que viene a consolidar un espacio de doctrina local sobre temas jurídicos. Se busca interpelar específicamente la idea de que la producción doctrinaria es algo ajeno, superior, que se debe buscar en publicaciones metropolitanas y distantes; se asume, en cambio, la potencialidad de generar reflexión y análisis de nuestros juristas en todas sus posibles extracciones: judiciales, académicos y abogados.

Con ello el Centro de Capacitación busca trascender el formato áulico como reproductor de contenidos y apunta a generar otros materiales e instancias que sean a la vez insumos para la formación y el aprendizaje.

Más allá de la coyuntura especial, histórica, de una nueva legislación central codificada, unificada y renovada, este camino prosigue y por eso está permanentemente abierta la convocatoria a presentar trabajos para la publicación en esta Revista.

Gustavo R. Arballo

SECRETARIO COORDINADOR

CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA
PROVINCIA DE LA PAMPA

DERECHO TRANSITORIO: EL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

María Victoria Zappa

1.Introducción

Con la sanción de la ley 26.994 se puso en marcha la reforma del sistema jurídico más importante que rige la conducta de los habitantes del país. A partir del día 1 de agosto del año 2015, comenzó a regir el Código civil y comercial de la Nación 2015.

Ello, es el resultado de un proceso de cambio tanto de derecho privado como de derecho público, que requirió que la legislación vigente contemplara un plexo de situaciones cotidianas, que, hasta el momento, encontraban solución de manera pretoriana, como consecuencia de creaciones jurisprudenciales.

Destacados doctrinarios, como es el caso de Atilio A. Alterini señalaron los años previos a la consumación del Proyecto de Reforma sobre la inminente unificación del Derecho Comercial y Civil...”

Ha aparecido una nueva categoría de Derecho Privado Patrimonial, en la cual se produjo la publicización del Derecho Privado merced de una lenta penetración de las ideas sociales y a la progresiva intervención del Estado en el ámbito de actuación que tradicionalmente venía reservado al la autonomía privada, y el Derecho Privado y el Derecho Público se relacionan e influyen recíprocamente en este tema hasta tal punto que raro es el sector o parcela de la problemática jurídica cuyo tratamiento exija sólo normas de uno u otro carácter, por lo cual, el Derecho mercantil tiene que ser sustituido por un Derecho Privado de tráfico económico.¹

¹ALTERINI, Atilio A. (Dir), Revista de Responsabilidad Civil y Seguros; Año XIV, Núm. 8- Agosto 2012, pág.12.

Ahora bien, todo cambio legislativo contempla una serie de situaciones en donde el derecho aplicable no resulta tan claro. Eso se traduce en una inestabilidad en el derecho de propiedad- en sentido amplio- que circunscribe a los particulares y que resulta primordial aclarar a los efectos de no menoscabar la seguridad jurídica, unos de los pilares fundamentales del Sistema del Derecho.

Este año, el debate sobre cuestiones de Derecho Transitorio se ha vuelto trascendental luego de la implementación del Código Civil y Comercial en lugar del Código Velezano que ha regido a la República por 146 años.

2. La problemática: interpretación del art. 7

Los problemas de derecho transitorio se presentan cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas. Es decir la dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones *in fieri*, que no se agotan instantáneamente, sino que prolongan en el tiempo, o que su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o nacer, caen bajo el imperio de una norma, y en parte, o partes, al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, caen en otras².

El Nuevo Código Sustantivo tuvo en cuenta esta circunstancia en su artículo 7. La fuente del artículo precitado es el art. 3 del Código de Vélez basado en una ponencia elaborada por el Dr. Guillermo Borda. Sendos Códigos de fondo resultan complementarios entre sí, de manera que el plexo normativo velezano, no ha perdido vigencia en su totalidad.

En lo atinente a la eficacia temporal, la norma de forma genérica, dice que será a partir de su entrada en vigencia, y que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

² cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ``La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes , pág. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Además, continúa diciendo el artículo...”*Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.*”

A partir de la letra de la ley que precede, se entablan distintas tesis acerca de la interpretación del mentado artículo siete del Nuevo Código.

Al respecto Julio César Rivera se pronuncia en contra de una aplicación inmediata de la ley cuando dice:

"hay algo que esta doctrina no puede solucionar y es que la conducta pretérita de las partes NO tuvo en consideración la nueva norma. Justamente uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya ocurridos es que, retrospectivamente, encierra cierta injusticia, en tanto las partes NO pudieron haber ajustado su conducta a la norma que, por hipótesis, no existía. El derecho pierde, en tales supuestos, su rol de guía de la conducta y altera las expectativas formadas alrededor de cierta conducta que se realizó con conciencia de su ajuste a derecho. Esto último supone generar ganadores y perdedores, alterando las posiciones relativas de las partes en relación con el derecho al que ajustaron su conducta...."³.

Para este autor, la solución al problema de la aplicación de las normas durante la transición de la legislación se encontraría resuelto con la implementación de una ley que resuelva cada situación en particular.

En contraposición a la postura precedente se encuentra uno de los miembros de la Comisión redactora, Aída Kemelmajer de Carlucci quien distingue las distintas hipótesis según se trate de relaciones jurídicas agotadas o no al momento de la entrada en vigencia del Código Unificado. Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas.

³ LA LEY 02/06/2015, - LA LEY t. 2015-C, 951

Según esta postura, lo sustancial no radica en la instancia procesal en la que se encuentre el litigio, como erróneamente se lo ha interpretado, sino a partir del momento en que empieza y termina esa relación jurídica y los efectos que produce sobre los involucrados.

Dos son los principios que deben primar en los temas de derecho transitorio: la casi absoluta irretroactividad de la ley y la aplicación inmediata de la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad que justamente impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos. Ello es así, porque deben complementarse la necesidad de cambio que sustentó la necesidad del nuevo régimen legal, juntamente con las garantías amparadas constitucionalmente.

En esta línea de pensamiento, las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua ley, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, serán por ella reguladas.

Respecto de las situaciones jurídicas en curso de constitución, Moisset de Espanés las explica afirmando que antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos, aptos, para comenzar la gestación de una situación jurídica y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. En ese caso entiende que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumado íntegramente.

“En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgárselo de acuerdo a la ley vigente en el momento en que completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación”.

“La ley toma a la relación ya constituida...o a la situación...en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es

sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está in fieri), entonces rige la nueva ley⁴.

En definitiva, la nueva norma de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente que continuará regida, en todo en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley que estaba en vigencia al tiempo en que se produjo la vinculación jurídica.

En este punto resulta ilustrativo ejemplificar con circunstancias la aplicación del artículo 7. En materia de prescripción, rigen a partir del 1 de agosto de 2015 plazos mucho más exiguos. Genéricamente, podemos decir que tenemos plazos de uno, dos y cinco años. En cambio, en el Código Velezano teníamos básicamente el plazo bienal y decenal.

Si tomamos en consideración la prescripción para las relaciones nacidas de los contratos, el plazo aplicable resulta de diez años y no de cinco para oponer la defensa de prescripción.

Ahora bien, por aplicación del art. 7, aunque el reclamo se produzca con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva legislación de fondo, no puede afectarse derechos adquiridos. Entonces, quien poseía determinada cantidad de años para efectuar una pretensión, conserva el mismo período de tiempo que tenía antes de la entrada en vigencia del Código Unificado.

3. Conclusión

El cambio en los paradigmas sociales requiere el cambio de paradigma legislativo. Resulta una consecuencia inevitable de toda

⁴ MOISSET DE ESPANÉS, Luis ``La irretroactividad de la ley y el efecto diferido en J.A. Doctrina 1972-819, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, op. cit. pág. 29

transición el planteo de circunstancias que escapan a la inteligencia y previsión del legislador. No es posible incluir en normas el complejo de conductas humanas que pueden suscitarse y, a su vez, deben ser regidas por esas mismas normas.

Prima en el plexo recientemente aprobado un código de principios, con fuerte vinculación a los tratados y normas fundamentales para regular el derecho privado de las personas. Esto deja un amplio margen de discrecionalidad al poder jurisdiccional que debe ser interpretado con prudencia y moderación por parte de los operadores del derecho para no invadir otras esferas de poder.

La regla de la irretroactividad no niega al legislador el poder de dar efecto retroactivo a ciertas disposiciones porque, en materia civil, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la irretroactividad no tiene jerarquía constitucional.

O sea, la irretroactividad es una regla dirigida al juzgador, no al legislador, que puede establecer el efecto retroactivo, pero con límites.

La retroactividad debe ser establecida expresamente. La mera intención del legislador de dar efectos retroactivos a la nueva ley es irrelevante.⁵

Para Aida Kemelmajer de Carlucci la buena tradición "judicialista" de nuestro país implica que con escasas normas de derecho transitorio, los jueces argentinos nunca produjeron el caos, ni ahora, ni cuando el Código Civil se puso en vigencia en el siglo XIX, ni cuando posteriormente se dictaron centenares de leyes que modificaron la legislación civil y comercial. Estoy bien acompañada en esta creencia, señala, esta doctrinaria: López Olaciregui respondió a una crítica al art. 3 de la ley 17.711 con las siguientes palabras: "Sinceramente no abrigo ese temor: nuestros jueces han demostrado una capacidad que merece nuestro reconocimiento y una loable preocupación por asegurar las soluciones justas de los conflictos singulares"⁶.

Moisset de Espanés, el jurista argentino que mejor ha enseñado el sistema de derecho transitorio, citado incluso en el plenario que ha motivado este debate, dice: "En todas las épocas han existido y

⁵ PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Ed. Infojus, 2015.

⁶ LA LEY 02/06/2015, 02/06/2015, 1 - LA LEY t. 2015-C, 951

existirán oposiciones a los cambios, tanto sociales como jurídicos; la tarea del jurista y del legislador es advertir la necesidad de la modificación, y valorar en su justa medida los argumentos de los que, con espíritu conservador, se opongan"⁷.

■ ■ ■

⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Cambio social y cambio legislativo", en *Codificación civil y derecho comparado*, Bs As, ed. Zavalía, 1994, p. 35.

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

María Fernanda de la Iglesia

1. Las obligaciones en moneda extranjera en el viejo Código Civil.

El art. 617 del Código Civil en su redacción original disponía que:

“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.”

Es así como, expresamente el viejo Código Civil establecía que las obligaciones en moneda extranjera debían ser consideradas como de dar cantidades de cosas y por consiguiente, se encontraban sujetas al régimen establecido para este tipo de obligaciones en los artículos 606 a 615 de dicho cuerpo legal.

Es decir que, al considerar la obligación en moneda extranjera como de dar cantidades de cosas;

- a) la moneda extranjera era el objeto debido y debía entregarse la misma para cumplir con la identidad del pago;
- b) ante el incumplimiento, se debía reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento había causado al acreedor y no los intereses compensatorios, propios de las obligaciones dinerarias. El acreedor debía probar el daño sufrido para poder beneficiarse de algún tipo de indemnización, en contraposición con las obligaciones de dinero en las que el deudor debe los intereses sin necesidad de probar ese daño.

Mientras que, en lo que a las obligaciones dinerarias se refería, el art. 619 del Código Civil disponía que:

“Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día de vencimiento de la obligación”.

Parte de la doctrina entendía que el artículo transcrito hacía alusión, únicamente, a las obligaciones en moneda nacional que podían pagarse en ese momento por equivalente por pesos billete u oro¹ mientras que, otro sector de la doctrina interpretaba que la parte final del art. 619 permitía al deudor liberarse del pago de la obligación entregando la cantidad de moneda extranjera convenida o la cantidad de dinero nacional que resultaba de convenir la moneda extranjera conforme cotización vigente al día del vencimiento, estableciéndose una excepción a la identidad del pago.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que, no obstante lo previsto por el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia realizaban una diferenciación teniendo en cuenta el fin querido por las partes al momento de utilizar la moneda extranjera en la celebración de los contratos. Es así como se distinguía si la moneda extranjera era utilizada como cosa u objeto específico de la prestación o si, por el contrario, tenía como finalidad utilizarla como cláusula estabilizadora para evitar la pérdida del valor de la moneda nacional.²

En el primer supuesto, la moneda extranjera era considerada como cosa no fungible, única e insustituible, liberándose el deudor de su obligación, entregando el objeto específico debido, cumpliendo, de esta forma, con el principio de la identidad de pago establecido en el art. 740 del Código Civil.

En el segundo de los supuestos, si los contratantes habían tenido por finalidad la utilización de la moneda extranjera como cláusula estabilizadora, la obligación era considerada por las partes como de dinero y el deudor podía liberarse en moneda de curso legal

¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín; “Código Civil Anotado”; tomo III-A, Abeledo-Perrot, p. 353 citado por FUNES, María Victoria; “Obligaciones en moneda extranjera en el nuevo Código”; La Ley 23/4/2015; cita online AR/DOC/1155/2015

² FUNES, María Victoria; ob. cit.

entregando el equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal³.

No obstante dicha interpretación, seguida por la mayoría de los tribunales del país, con fecha 26/11/85 la sala C de la Cámara Civil, en la causa *Vignola*, rechazó la conversión a moneda nacional de una obligación contraída en moneda extranjera, obligando al demandado a pagar en dólares la suma debida⁴. En dicha oportunidad el tribunal sostuvo que

“la estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad y no puede verse ninguna lesión al orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de propiedad (art. 17 Carta Fundamental)...”

La ley 23.928 de Convertibilidad, sancionada con fecha 27 de marzo de 1991, reformó no sólo el art. 617 del Código Civil que quedó redactado de la siguiente manera “si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República Argentina, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero” sino también el art. 619 al establecer que “si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento”, eliminándose la posibilidad de cancelar la obligación en moneda extranjera mediante la entrega de moneda nacional al tipo de cambio del día de su vencimiento, ratificando de este modo, el principio de la identidad de pago.

Es así como, a diferencia de lo establecido en la redacción original del Código Civil, con la reforma mencionada, las obligaciones en moneda extranjera adquirieron el carácter de obligaciones de dar sumas de dinero, cuyos principales efectos fueron los siguientes⁵:

³ C.Com., sala A, JA 1952-IV-228; C.Civ., 1°, JA 10-264, Civ. 2°, JA 2-76, entre otros

⁴ CÁMARA CIV. SALA C.; “Vignola, Natalia A. c. Colombo Marchi, José” del 26/11/85

⁵ FUNES, María Victoria; ob. cit.

a) se podía exigir el cumplimiento en especie conforme lo establecido en el art. 619, desapareciendo la posibilidad del pago por equivalencia;

b) ante el supuesto de incumplimiento del deudor, el acreedor podía reclamar intereses pactados, legales o los que se fijaran judicialmente desde el vencimiento de la obligación;

c) al considerarse la moneda extranjera como dinero y no cosa, sólo podía actualizarse a través de intereses.

Finalmente, previo a analizar la situación actual de las obligaciones en estudio, a la luz de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, no podemos dejar de mencionar que, la crisis económica atravesada por nuestro país en el año 2001-2002, trajo aparejada la salida de la convertibilidad y la sanción de la ley nacional N°25.561, conocida como de Emergencia Productiva y Cambiaria, la que no sólo derogó el régimen de convertibilidad sino que con su art. 11 trajo una solución a los graves conflictos originados en relación a las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

2. Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial.

Antes de adentrarnos en el estudio de la situación actual de la cuestión y a los efectos de poder alcanzar una visión global del estado de las obligaciones contraídas en moneda extranjera a la luz del Código Civil y Comercial, no podemos dejar de recordar que El Poder Ejecutivo Nacional designó, mediante decreto N°191/2011, una comisión para la elaboración del proyecto de reforma, actualización y unificación del dichos cuerpos legales.

Es así como, el Anteproyecto redactado por la comisión designada al efecto, no evidenciaba ninguna alteración sustancial con el régimen vigente hasta ese momento, equiparando las obligaciones de dar dinero en moneda nacional como extranjera, reconociendo el principio de identidad de pago establecido e el art. 740 del viejo Código Civil.

Dicho Anteproyecto fue modificado por el Poder Ejecutivo, quedando el art. 765 del Código Civil y Comercial redactado de la siguiente forma⁶:

“La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.”

En contraposición a lo esperado, el artículo transcrito ha traído más interrogantes que certezas en torno a las obligaciones contraídas en moneda extranjera.

En primer lugar, la última parte del artículo 765 expresamente afirma que las obligaciones en moneda extranjera deben ser consideradas como de dar cantidades de cosas y, como para que no quedasen dudas, se agregó seguidamente que el deudor se libera de su obligación dando el equivalente en moneda de curso legal.

Como sostiene Trigo Represas⁷ el Código Civil y Comercial al aludir al régimen de “obligaciones de dar cantidades de cosas”, está efectuando una remisión a un vacío legal, ya que “las obligaciones de este tipo, no sólo que no han sido contempladas sino por el contrario, eliminadas por completo del nuevo Código Civil y Comercial”.

Ello evidencia una incongruencia desde el punto de vista de política legislativa no sólo porque el art. 765 vuelve a calificar a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones de dar cosas pero sin un sentido específico sino también porque, este tipo de obligaciones no están previstas en el nuevo cuerpo legal.⁸

En segundo lugar, el último párrafo del artículo 765 se contradice con lo dispuesto por el subsiguiente artículo 766 que dispone respecto a las obligaciones del deudor que “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie

⁶ El Poder Ejecutivo reimplantó lo que disponía el primigenio art. 617 del Código Civil velezano hasta su reforma por la ley N°23.928.

⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A.; “Orden Público en el derecho de las obligaciones”; La Ley 24/11/15, cita online AR/DOC/4008/2015

⁸ FUNES, María Victoria, ob. cit.

designada”, suprimiendo de esta forma, un agregado aclaratorio propuesto por la comisión redactora que decía “...tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

Ante dicha contradicción, el interrogante que se plantea es ¿el deudor se libera de su obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal como lo dispone el art. 765? o por el contrario, ¿el deudor no se libera entregando moneda de curso legal ya que una de sus obligaciones principales es entregar la cantidad correspondiente de la especie designada como lo estipula el art. 766?

A estos interrogantes se suman excepciones al régimen establecido en el art. 765 que parecerían agravar más la cuestión en estudio. Tal es así que, el art. 868 del Código Civil y Comercial en la parte referida al pago de las obligaciones dispone que “El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta de la debida, cualquiera sea su valor”, infringiendo además el principio de identidad o integridad del pago contemplado en el art. 869.

En igual sentido, continuando con las excepciones al artículo 765, el Código Civil y Comercial al legislar sobre el contrato de mutuo, el art. 1525 dice que el mutuuario “se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie” de la que le fuera prestada y al referirse a los depósitos bancarios establece en el art. 1390 que el banco depositario tiene la obligación de “...restituirlo en moneda de la misma especie...”

Los artículos mencionados constituyen, sin duda, una muy importante excepción a la regla general del art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación”, de convertibilidad a “moneda de curso legal” por la sola voluntad del deudor, de cualquier obligación contraída en “moneda que no sea de curso legal en la República”. Ello es así, por cuanto dichos preceptos “especiales” prevalecen por sobre el principio general del artículo 765.⁹

Es así como, si continuamos dicho razonamiento, el art. 765 del Código Civil y Comercial, únicamente, quedaría circunscripto al pago del precio en dinero en los contratos de compraventa y al canon o alquiler en la locación de cosas (siempre que el precio, en ambos tipos de contratos, no se hubiese que determinar con referencia al valor de

⁹ TRIGO REPRESAS, Félix; ob. cit.

otra cosa cierta conforme lo autorizan los arts. 1133 y 1187 del cuerpo legal en estudio).

En tercer lugar, y quizás uno de los interrogantes más importantes en torno a las obligaciones en moneda extranjera, es si el art. 765 constituye una norma de orden público o si, por el contrario, las partes podrían apartarse de ella en virtud del principio de la autonomía de la libertad de los contratantes.

El Código Civil y Comercial aborda el tema del orden público en el primer párrafo del art. 12, al igual que lo hiciera el art. 21 del Código de Vélez, “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

Ahora bien, para poder determinar si el art. 765 del nuevo cuerpo legal constituye una norma de orden público que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto, resulta de vital importancia determinar a qué nos referimos cuando hablamos de orden público.

Algunos autores consideran que la noción de orden público está vinculada a un conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales para el pueblo, la Nación y la sociedad entera.¹⁰ Es precisamente por ello que, al decir que Luqui, la preservación del orden público constituye uno de los cometidos principales del Estado.¹¹

Las leyes que contienen principios de orden público se relacionan ante todo con el derecho público, como son el derecho penal, administrativo, fiscal y las de derecho constitucional, revistiendo este carácter, en particular, las normas y principios de la Constitución y las que se dicten en su consecuencia.¹² Mientras que, en

¹⁰ TOBIAS, José W., comentario al art. 12 del *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, Director general Jorge H. Alterini, Coordinador Ignacio E. Alterini, T° I, p. 96, N°6.

¹¹ LUQUI, Roberto E.; “Reflexiones sobre el concepto de orden público”, comunicación en la sesión privada del 8/10/15 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, último párrafo de su n°1

¹² LOPEZ OLACIREGUI, José María, “Adiciones” al *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General* de Raymundo M. Salvat. Edición del cincuentenario, Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 1964, T°I, p. 255, n°XXIX, citado por TRIGO REPRESAS, Félix.; ob. cit.

el ámbito del derecho privado, las normas de orden público son, en principio, de excepción atento a su naturaleza y a que las relaciones entre los individuos se inspiran en los principios de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad.

Como consecuencia de ello, el orden público se limita a aquellos casos en los que el ejercicio de la libertad individual y la autonomía de la voluntad pueden llegar a constituirse en una causa de turbación o peligro ante el orden público y la seguridad.

No obstante ello, el orden público no es ajeno a numerosas normas del derecho privado, como las referidas al estado y capacidad de las personas, a la organización de la familia, al matrimonio, la filiación, la adopción y los derechos reales, entre otros.

En lo que a los derechos de carácter patrimonial se refiere, ellos son en principio ajenos a la cuestión del orden público, aunque existen excepciones relacionadas con la moral y las buenas costumbres en las que el orden público adquiere relevancia ante supuestos de abusos del derecho o injusticias de la organización social, cumpliendo una finalidad reparadora.

Es así como, a esta altura del análisis de la cuestión, y retomando el interrogante propuesto párrafos anteriores de si el art. 765 del Código Civil y Comercial constituye una norma de orden público, autores como Alterini¹³, Bomchil¹⁴ y Marino¹⁵, han afirmado que la norma citada no resulta ser ni imperativa ni de orden público, postura seguida, también, por la Sala F. de la Cámara Nacional en lo Civil en los autos “F., M. R. c/A., C. A. y otros s/consignación”.¹⁶

¹³ ALTERINI, Ignacio E., “su opinión” en el *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, bajo su dirección y coordinación, Buenos Aires, La Ley, 2015, T°IV, dirigido por Felix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso. Ps. 190 y ss.

¹⁴ BOMCHIL, Máximo J.; “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas”; La Ley 06/07/2015, cita online AR/DOC/2098/2015

¹⁵ MARINO, Abel; “Obligaciones en moneda extranjera” en diario La Ley del 17/9/2015

¹⁶ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA F., “F., M. R. c/A., C. A. y otros s/consignación”, publicado en La Ley 14/9/2015. “...en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulten de carácter indisponible...”

En principio, todas las normas del Código Civil y Comercial que regulan las obligaciones y los contratos, son supletorias y no imperativas, extremo que se encuentra enfáticamente contemplado en el art. 958 de dicho cuerpo legal que reza:

“Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres” mientras que el art. 962 establece que “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte de carácter indisponible”.

Este principio de autonomía de la voluntad de los contratantes reposa en la garantía constitucional de libertad para el ejercicio del comercio y la industria como así también, el trabajo u la facultad de usar y disponer de la propiedad, consagrados en los arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

Incluso, de la literalidad de la norma tampoco se evidencia la existencia de dicha imperatividad, máxime si el mismo art. 765 dispone que el deudor “puede” desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal y no que “debe” hacerlo.

Bomchil¹⁷ entiende que, de la expresión y del contexto de la norma, resulta que la entrega de moneda de curso legal es una facultad del deudor y como tal puede ser renunciada y para eliminar toda duda al respecto, el art. 944 del Código Civil y Comercial dispone que toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. Concluye el autor citado que, “claramente, no se trata de una norma de orden público cuyo objetivo sería desterrar la utilización de la moneda extranjera en nuestro territorio para promover la utilización de la propia”, siendo numerosas las normas en las que el propio Código Civil y Comercial imponen la moneda extranjera como moneda de pago sin que el deudor tenga el derecho de sustitución.

Es innegable que el instituto de las obligaciones contraídas en moneda extranjera ha adquirido en las últimas décadas una importancia inusitada, situación que muestra a las claras, los vaivenes de nuestra economía.

¹⁷ BOMCHIL, Máximo J.; ob. cit.

Lamentablemente, como muchas veces sucede en Argentina, nuestros legisladores dejaron pasar la oportunidad de zanjar la problemática en estudio y de ese modo, evitar que los innumerables conflictos entre acreedores y deudores terminen en los estrados judiciales, en procesos eternos que pocas veces desembarcan en una salida equitativa para los intereses particulares en juego.

Será tarea de nuestros tribunales y de los juristas poner fin a la discusión, intentando alcanzar una solución equitativa que no desconozca la realidad económica de la Argentina y de cada uno de sus habitantes, respetando, por sobre todas las cosas, la autonomía de la voluntad que reposa en la garantía de la libertad para el ejercicio del comercio y la industria como así también, el trabajo y el derecho a usar y disponer de la propiedad, consagrados en los arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

■ ■ ■

DEUDAS EN MONEDA EXTRANJERA

Pamela Liz de la Iglesia

1. Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación considera a las obligaciones que tengan por objeto dar moneda que no sea de curso legal en la República como obligaciones de dar cantidades de cosas y prevé que el deudor puede liberarse de la obligación entregando el equivalente en moneda nacional.

Según interpreta la doctrina y jurisprudencia no se trata de una norma de orden público, por lo cual rige el principio de autonomía de la voluntad.

A lo largo del presente se pretende realizar un análisis de dicha norma, de los institutos relacionados y de aquellos otros recursos jurídicos ya utilizados para garantizar el pago en moneda extranjera.

2. Pago en moneda extranjera. Cláusulas contractuales de estilo.

Recientemente la Cámara Nacional Civil Sala F se pronunció en dos oportunidades¹ acerca de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación asumida por una de las partes, en un contrato de mutuo, de realizar el pago de las cuotas en moneda extranjera. Los argumentos para decidir de tal modo fueron los siguientes:

- a) la autonomía de la voluntad;
- b) y en “F. M. R. C/ A., C. A. y otros s/ consignación” (Expte. N°79.776/2012) “L. T. y otros C/ F. M. R. s/ ejecución hipotecaria” (Expte. N°76.280/2012) en los principios de especialidad e integridad del pago, los cuales resultan plenamente aplicables en aquellos supuestos en

¹“A., J. A. y ot. c/ P. M. S.A. s/ ejecución hipotecaria” y en “F., M. R. C/ A., C. A. y otros s/ consignación” (EXPTE. N°79.776/2012) “L., T. y otros c/ F., M. R. S/ ejecución hipotecaria” (EXPTE. N°76.280/2012).

donde se realiza el pago por consignación además de considerar que no se daban en el caso en particular los presupuestos necesarios para que proceda esa forma de pago.

Pero volvamos sobre el argumento señalado en el apartado a.

En el texto de los fallos se citan algunas de las cláusulas contractuales que sirven de fuente a la obligación del deudor de efectuar el pago en moneda extranjera como son la asunción del riesgo cambiario y la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión.

Si bien la Cámara entendió que al ser las normas contractuales supletorias resulta aplicable el derecho vigente a la fecha de celebración del contrato, razón por lo cual remite a la aplicación de los artículos 617 y 619 del Código de Vélez, la interpretación de las mencionadas cláusulas resulta, con algunas salvedades, aplicable al análisis del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¿A qué responde su utilización? Y ¿en qué consisten tales cláusulas?

Esper² señala entre los factores que coadyuvan a la utilización de dichas cláusulas, vinculadas con el precio en dinero extranjero³: la inflación, la sanción de la ley 23.928 de Convertibilidad del Austral y las medidas adoptadas por el Estado que restringieron la libre adquisición de la divisa extranjera, más conocidas como cepo cambiario.

La cláusula de asunción del riesgo cambiario implica asumir por una de las partes contractuales “el riesgo que se modifique la paridad entre la moneda nacional y la extranjera que debía entregarse por el contrato o se impida adquirir la moneda extranjera de que se trate”⁴. De este modo se elimina un alea común en los últimos tiempos de los contratos principalmente inmobiliarios.

² ESPER, M. “Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera”, en *Revista del notariado*, 917(1) 2014, pp. 191-209.

³ Corresponde aclarar que a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la obligación de realizar el pago en moneda extranjera no es considerada como obligación de dar sumas de dinero sino cantidades de cosas.

⁴ ESPER, M., op. cit., p. 202.

Las posibles vicisitudes cambiarias no podrán ser invocadas como caso fortuito o fuerza mayor que permitirían al deudor una vez acreditadas, eximirse de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de efectuar el pago⁵.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad la cláusula bajo análisis resulta plenamente válida y es común que se halle unida a otra por medio de la cual se renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. Vigente el Código de Vélez se discutía la validez de esta última cláusula.

Quienes se pronunciaban a favor de la misma se fundaban en la similitud con la renuncia a invocar el caso fortuito⁶ además de señalar que lo que interesa es el carácter o no de orden público del contrato en sí y no de la imprevisión.

El actual artículo 1091 referido a la imprevisión señala entre los requisitos para peticionar la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada.

La doctrina considera que con la disposición resaltada se alcanza a los contratos aleatorios.

En relación al artículo 765 del CCyCN Ossola en la obra *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigida por Ricardo L. Lorenzetti, señala que el artículo 765 no resulta ser una norma imperativa y las partes pueden convenir que se entregue la cantidad correspondiente a la especie designada conforme lo previsto en el artículo 766 del mismo cuerpo legal⁷.

El efecto es el mismo que se lograba a partir de la utilización de las cláusulas citadas.

A través de las mismas el deudor renunciaba a la posibilidad de invocar alguna causal que le permitiera no cumplir con la prestación a

⁵ Artículo 1733 CCyCN.

⁶ Para este sector de la doctrina la teoría de la imprevisión no es un instituto de orden público.

⁷ LORENZETTI, Ricardo L. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 126.

su cargo cuando el pago se convenía en moneda extranjera, obligación que se asemejaba por imperio del artículo 617 del C.Civ. a la de dar sumas de dinero.

Actualmente el artículo 765 faculta al deudor que se obligó a dar moneda que no sea de curso legal en la República a liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. No obstante al no tratarse de una disposición de orden público y conforme a lo previsto en los artículos 13, 958, 959 en materia de contratos; y 1121, inc. a para los contratos de consumo, se puede renunciar a la opción.

Hay que señalar que la renuncia no será válida en los contratos de adhesión en virtud de lo previsto en el artículo 988, inc. b.

Con relación a los contratos de consumo Esper⁸, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, señalaba que tales cláusulas se tendrán por no convenidas en virtud de lo previsto en la Ley de Defensa del Consumidor.

También se ha dicho que es razonable pensar que las restricciones a la aplicación de los criterios protectorios en materia de cláusulas abusivas no se trasladen al objeto o precio del contrato en la medida que aquella resulte clara y comprensible para el consumidor⁹.

3. La importancia de la causa.

El artículo 281 del CCYCN señala:

CAUSA. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

El Código recepta de este modo la teoría neocausalista.

⁸ Ibid., pág.209.

⁹ LORENZETTI, R.L. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 311.

Existen diferentes teorías acerca de lo que debe entenderse por causa de los actos jurídicos.

Un criterio objetivo que tiene en cuenta la finalidad común a todos los actos jurídicos de la misma especie. Para esta postura, no existen criterios individuales sino una razón práctica típica e invariable a cada acto jurídico. La crítica que se le realiza es que si la causa es siempre objetiva, nunca puede dar lugar a la configuración de la causa ilícita o inmoral¹⁰.

Para el criterio subjetivo, se debe atender a la finalidad en particular que se persigue al celebrar el acto. Se trata de los móviles que determinaron a la parte a celebrar el acto¹¹.

Por su parte el criterio ecléctico busca alcanzar una síntesis entre ambas posturas, considera no solo la finalidad común perseguida con la celebración del negocio sino también la finalidad en concreto que pretenden alcanzar las partes, siempre que se halla incorporado a la declaración de voluntad de los sujetos.

En la obra de Lorenzetti se señala que no debe confundirse la causa con los motivos que han impulsado a contratar¹². En principio los motivos carecen de relevancia jurídica salvo que se hayan exteriorizado y sean esenciales para ambas partes. Se elevan así a la categoría de causa.

Para que ello ocurra De Lorenzo citado en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado dirigido por Lorenzetti¹³, afirma que es necesario que concurran los siguientes requisitos:

El fin que motivo la contratación debe haber sido exteriorizado;

¹⁰ LORENZETTI, R. L. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 98.

¹¹ LORENZETTI, R. L. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 99.

¹² La causa es el fin inmediato que ha determinado la celebración del acto. Los motivos en cambio son subjetivos y no integran el acuerdo de voluntades.

¹³ LORENZETTI, R. L. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado*. Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 101.

- a) Tuvo que haber sido aceptado en forma expresa o tácita por la otra parte;
- b) Dicho móvil tuvo que haber sido esencial y determinante para que ambas partes, basadas en él hayan determinado la celebración del acto.

Este criterio es el que recepta el Código al sostener que también integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

Específicamente en materia de obligaciones el artículo 724 define a la obligación como “una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Como puede observarse la definición incorpora la noción de interés lícito y su inexistencia puede devenir en la extinción de la obligación, si por ejemplo se frustra la finalidad del contrato.

Una vez realizada esta introducción acerca de la causa podemos continuar con el análisis del artículo 765 de CCYCN.

Lamber, en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado coordinado por Eduardo Clusellas¹⁴ señala que en la redacción de los contratos cuyo precio sea pactado en moneda extranjera resulta conveniente incorporar una cláusula en donde se deje constancia de la causa. Entendida esta como la finalidad perseguida por una de las partes y aceptada por la otra. Por ejemplo: que la finalidad perseguida por A es la obtención de la moneda extranjera dólares estadounidenses billetes, con el objeto de concertar la compra de su vivienda sustituta, que le fuera ofrecida bajo esa condición.

Esper¹⁵ menciona entre las cláusulas usuales que se utilizan en los contratos pactados en moneda extranjera aquellas que colocan a la

¹⁴ LAMBER, R. en CLUSELLAS (Dir.), *Código Civil, y Comercial comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea; 2015, Tomo III, pág.269.

¹⁵ ESPER, op. cit., pág.197.

moneda extranjera como condición esencial de la celebración del negocio.

La condición en estos casos no es entendida en sentido técnico, es decir como todo acontecimiento futuro e incierto sino como elemento esencial de contrato.

Como dijimos el Código Civil y Comercial de la Nación recepta la noción de causa fin, por ello resulta recomendable incluir una cláusula que se refiera expresamente a la causa de modo tal que, con posterioridad, sea más sencillo invocar la frustración de la finalidad del contrato.

Si las partes hubieran previsto otras prestaciones alternativas a elección del *acreedor* para el supuesto de imposibilidad de cumplir con la prestación en moneda extranjera el principio de buena fe impide recurrir a la opción conferida en el artículo 765.

Además según el artículo 868 el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida. Si interpretamos este artículo en armonía con el 766 tenemos que si se convino el pago en moneda extranjera y se renunció a la opción o se incorporó alguna de las cláusulas citadas el deudor no puede liberarse de la obligación a su cargo si realiza el pago en moneda nacional.

4. Otras disposiciones que confirman la interpretación del artículo 765.

El artículo 1390 del Código vigente preceptúa:

Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

Por su parte el artículo 1525 referido al mutuo dice que hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al

mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Puede afirmarse que por el principio de especialidad para este tipo de contratos se hace a un lado la opción conferida al deudor en el artículo 765 y a su vez se confirma el carácter dispositivo de la norma citada.

5. Frustración de la finalidad del contrato.

El artículo 1090 incorpora un nuevo instituto mediante el cual el contrato se resuelve por haberse perdido la causa fin que es uno de sus elementos esenciales. De ahí la importancia de incluir la causa, expresamente, en aquellos contratos en los que se convino el pago en moneda extranjera. De lo contrario será más dificultoso probar que la misma era conocida o resultaba cognoscible por el co-contratante¹⁶.

En el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina¹⁷ se señalan una serie de requisitos para aplicar satisfactoriamente la teoría de la frustración de la causa fin del contrato:

- a) *Que el contrato al que se aplique sea bilateral, oneroso y conmutativo.* Por las similitudes con la excesiva onerosidad sobreviniente ya que en ambos casos se produce una quiebre del equilibrio o de la base objetiva del contrato. En los contratos aleatorios el Código Civil y Comercial admite invocar la teoría de la imprevisión siempre que la excesiva onerosidad no responda al álea propia. En relación a si es o no extensiva la aplicación del artículo 1091 a los contratos gratuitos la respuesta es negativa debido a que en virtud del

¹⁶ RIVERA, J. C; MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

¹⁷ *Ibid.*

artículo 968 del Nuevo Código únicamente los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios.

- b) *Que el contrato sea de cumplimiento diferido.*
- c) *Que el contrato tenga una causa fin.*
- d) *Que esa causa haya sido incorporada al contrato.*
- e) *Que se frustre dicho fin.*
- f) *Que la frustración se origine en un hecho ajeno a las partes.* De lo contrario nacería la obligación de indemnizar siempre y cuando se acrediten los demás presupuestos de la responsabilidad civil, es decir el daño, el nexo de causalidad y la antijuridicidad.
- g) *Que la frustración sea definitiva y no meramente temporal, salvo desde luego que ese retardo afecte un plazo esencial.*
- h) *Que no impida el cumplimiento del contrato.* Sino, sería un supuesto de caso fortuito o fuera mayor.

En relación a si procede o no el resarcimiento frente a la resolución del contrato por frustración de la finalidad la doctrina no es unánime al respecto. Según Carlos A. Hernandez¹⁸ deben resarcirse los daños emergentes en virtud de lo previsto en los artículos 9 y 1082 del CCYCN.

En cambio María Acquarone, Sebastián Cosola y Ricardo Roca en la obra de Clusellas¹⁹ consideran que la frustración de la causa fin del contrato no da derecho a obtener una indemnización debido a que el evento frustrante es ajeno a la voluntad de las partes.

¹⁸ LORENZETTI, R.L. (Dir), *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni 2014, Tomo VI, pág. 219.

¹⁹ ACQUARONE, M; COSOLA, S y ROCA, R. *Código Civil, y Comercial comentado, anotado y concordado.* Buenos Aires: Astrea; FEN, 2015, Tomo III, p. 854.

En igual sentido se pronuncia Juio C. Rivera²⁰, que considera que si bien no configura una causal de exoneración de la responsabilidad el efecto es el mismo.

6. Conclusión

Ante la posibilidad que el Código Civil y Comercial le reconoce al deudor de optar para liberarse de la obligación a su cargo de realizar el pago en moneda que no sea de curso legal en la República, mediante la entrega del equivalente en moneda nacional se puede recurrir a distintas cláusulas que tienen por objeto garantizar el pago en moneda extranjera.

A su vez resulta conveniente incorporar en forma expresa la causa fin de celebración de ese contrato de manera que sea más sencillo invocar eventualmente la frustración de la finalidad del contrato.

■ ■ ■

²⁰Ibid.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. PRÁCTICAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Emilce Noelia Moreno

1. Introducción.

En el presente trabajo se pretende abordar la temática referente a la protección de los consumidores en los contratos bancarios conforme la regulación que al efecto establece el Código Civil y Comercial de la Nación.

Para ello, y debido a la remisión dispuesta por el artículo 1384 del CCC, será necesario desarrollar la noción de contrato de consumo conforme quedó plasmado en el mencionado cuerpo normativo, y como se inserta esta regulación en el sistema del Derecho del Consumidor.

Es dable recordar que se trata de un sujeto protegido especialmente por el art. 42 de la Constitución Nacional, el cual preceptúa, en su primera parte, que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Igualmente importante a este respecto es el artículo 7 del Código, pues si bien establece la irretroactividad de la ley, excepto disposición en contrario y siempre que no afecte derechos amparados por garantías constitucionales, también dispone que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Consecuentemente, las disposiciones supletorias del Código Civil y Comercial en materia de protección del consumidor resultan de aplicación a los contratos en ejecución en los que una de las partes revista el carácter de consumidor a partir de la entrada en vigencia del mismo, siempre que resulten más favorables para este.

Dicho ello, me adentraré en las disposiciones relativas a los contratos bancarios cuando en estos intervienen consumidores, conforme los términos del código.

Finalmente, efectuaré un somero análisis de las conductas ilícitas sancionadas por la legislación aludida consistentes en las prácticas abusivas y en las cláusulas abusivas introducidas en esa clase de contratos.

Debo aclarar que el presente trabajo se efectuó en base a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, sin entrar en el análisis de la legislación específica de la materia, por lo que lo aquí dicho debe integrarse con lo reglamentado en ella.

2. Contrato de Consumo. Régimen y armonización con las leyes especiales.

El legislador reguló este tópico en el Libro Tercero del Código Civil y Comercial relativo a los derechos personales, pero lo hizo en el Título Tercero dedicándole así un espacio propio y diferenciado de los tipos contractuales tradicionales. Ello se explica en los fundamentos del proyecto elevado en su momento, en el que se evidencia que la comisión redactora consideró que los contratos de consumo no son un tipo especial más sino una fragmentación del tipo general del contrato que influye en todos los tipos particulares, pues se trata de una categoría que atraviesa transversalmente el mundo contractual.

Surge también de los fundamentos aludidos que el sistema del Derecho del Consumidor encuentra una multiplicidad de fuentes que deben ser interpretadas armónicamente. Así, en un primer lugar se encuentran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional (art. 42 y 43), luego se hallan los principios y reglas generales de protección mínima establecidos en el Código Civil y Comercial, y por último, la reglamentación detallada en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero se adapta a las circunstancias cambiantes de los mercados. Ello así, puesto que el Código incluye una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que implica que ninguna ley especial puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema pues actúan como

un núcleo duro de tutela jurídica. Además, el intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en dicha ley y para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor¹.

Dicho ello, corresponde analizar las disposiciones legales del *codex* referentes al contrato de consumo., las que serán de importancia para el tema central de esta presentación en virtud de lo dispuesto en el art. 1384 del CCC.

Así, encontramos el artículo 1092 que establece que “relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor” definiendo luego lo que debe entenderse por consumidor, quien puede ser cualquier persona humana o jurídica que adquiera o utilice, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Finalmente, la norma equipara jurídicamente al consumidor a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Con la norma citada se evidencia que el código pone el eje de la cuestión en el sujeto destinatario de la regulación protectoria, el consumidor, cuya nota característica es que adquiera o utilice los bienes o servicios como destinatario final, ya sea en beneficio propio o de su grupo familiar o social. La finalidad que se le asigne a los bienes o servicios adquiridos o utilizados será lo que determine la calidad o no de consumidor del sujeto. Asimismo, la última parte del artículo citado establece lo que se conoce como “consumidor indirecto”, invistiendo de tal carácter a todas aquellas personas que sin haber intervenido directamente en la celebración del contrato regido por las normas del derecho del consumidor se ven afectados por el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor, como sería el caso de los integrantes del grupo familiar alcanzados por la cobertura de salud de una obra social, los titulares de tarjetas de créditos adicionales, beneficiarios de seguros de vida, sucesores universales o particulares

¹ *Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, publicado en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

del consumidor directo, fiadores de una obligación de un consumidor, etc.

Seguidamente, el código normativiza el concepto de contrato de consumo en el artículo 1093 al establecer que se trata de aquel celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. Como se aprecia, la norma define lo que debe entenderse por proveedor, la que resulta ser “deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta del mercado”², más al establecer que el contrato debe tener por objeto la adquisición, uso o goce de bienes o servicios por parte del consumidor o usuario, se impone la necesidad de analizar si el destinatario del contrato es un consumidor o usuario, pues si ello no es así, no estamos en presencia de un proveedor a los efectos del Derecho del Consumidor.

Por otro lado, el codex impone dos pautas interpretativas claras que el interprete del derecho deberá tener siempre presente, una referida a la normativa aplicable al caso y la otra respecto a la inteligencia otorgada a las cláusulas contractuales.

En efecto, el artículo 1094 reza que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable, debiendo prevalecer la norma más favorable al consumidor en caso de duda sobre la interpretación del código o de las leyes especiales. Con ello el legislador quiso establecer que, *en caso de duda*, la calificación de consumidor y de contrato de consumo, con las consecuentes implicancias jurídicas, debe hacerse a favor de este, como así también debe efectuar la interpretación de las normas jurídicas una vez calificada la relación como de consumo.

Por su parte, el artículo 1095 norma que el contrato de consumo se debe interpretar en el sentido más favorable para el consumidor, debiendo adoptarse la obligación que resulte menos gravosa para el consumidor cuando existen dudas sobre los alcances

² LORENZETTI, Ricardo (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Ed. RubinzalCulzoni, 2015, pág. 235.

de sus obligaciones. De esta manera, la norma establece dos cuestiones: a) una pauta interpretativa para analizar el contrato de consumo en su conjunto, el que debe interpretarse en el sentido más favorable para el consumidor *siempre*, pues la norma es categórica e imperativa y no requiere que exista duda al respecto; y b) una pauta de interpretación referente a cada una de las cláusulas contractuales, debiendo adoptarse la obligación menos gravosa para el consumidor en caso de duda sobre los alcances de esta.

3. Protección del consumidor en los contratos bancarios.

A los contratos bancarios los encontramos en el Libro Tercero del Código Civil y Comercial relativo a los derechos personales, como un capítulo específico dentro del Título Cuarto referente a los contratos en particular. Específicamente, los contratos bancarios con consumidores y usuarios se desarrollan en el Parágrafo Segundo de la Sección Primera del capítulo respectivo, destinada a las disposiciones generales de este tipo de contratos.

Preliminarmente, es de destacar que en virtud del art. 1378 del CCC las disposiciones que se analizarán son de aplicación a los contratos celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable. Así, quedan alcanzados por las normas del capítulo referido los bancos comerciales, y toda otra entidad que el BCRA establezca, dentro de las que encontramos a las emisoras de tarjetas de créditos no bancarias.

Ahora bien, en lo que aquí concierne el art. 1384 (primero del parágrafo referido a los contratos bancarios con consumidores) reenvía a la normativa referente a los contratos de consumo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093, es decir que cuando el sujeto destinatario de la operación financiera sea un consumidor en los términos del art. 1902 del CCC entonces resultan de aplicación el estatuto del Derecho del Consumidor, el que debe ser integrado con las disposiciones específicas para esta clase de contratos (art. 1385 a 1389 del CCC), teniendo en cuenta que una supuesta contradicción o

colisión normativa debe interpretarse siempre a favor del consumidor (art. 1094 del CCC).

Sin perjuicio de la remisión aludida, el código articula reglas específicas para este tipo contractual dada la especialidad del mismo. Primeramente, regula lo relativo a la publicidad de las entidades financieras y de aquellas que el BCRA disponga, estatuyendo en el art. 1385 que los anuncios deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen, debiendo especificar obligatoriamente: a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas; b) la tasa de interés y si es fija o variable; c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación; d) el costo financiero total en las operaciones de crédito; e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios; y f) la duración propuesta del contrato.

La finalidad de la norma es permitirle al consumidor la apreciación acabada del impacto que la operación le provocaría en su economía doméstica, dejando asentado de ante mano todas las erogaciones que la misma implicaría.

En relación con el deber de información se reguló, también, que antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que este pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema publicadas por el Banco Central de la República Argentina. Asimismo, se dispuso que si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo (art. 1387 del CCC). La disposición es una expresión concreta del deber de buena fe que debe primar en la celebración de los contratos (art. 960 del CCC).

En cuanto a la forma que debe observarse, reiterando lo normado para los contratos bancarios en general (art. 1380 del CCC), el art. 1386 establece que el contrato debe ser redactado por escrito en instrumentos que permitan al consumidor: a) obtener una copia; b) conservar la información que le sea entregada por el banco; c) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato; y d) reproducir la información archivada. La norma exige la expresión escrita de la voluntad, por lo que la misma puede tener

lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, pudiendo hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286 del CCC).

Se debe tener en cuenta, además, que el Código establece requisitos mínimos de contenido de los contratos bancarios dirigidos al consumidor, pues expresamente sanciona con nulidad a aquellos contratos de crédito que no contengan información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso (art. 1389 del CCC). Se trata aquí de una nulidad relativa, pues se impuso en protección del interés de un grupo determinado de personas – consumidores- (art. 388 del CCC), y total, extendiéndose a todo el acto, pues el artículo es claro al respecto al decir que “son nulos los contratos de crédito...”.

Por último, el código se adentra en las particularidades de la obligación de pago de los consumidores en el artículo 1388, el cual, en su primera parte, establece que no puede exigirse a este el desembolso de ninguna suma de dinero que no se encuentre expresamente prevista en el contrato, ni pueden cargarse comisiones o costos por servicios que no fueran efectivamente prestados. En la segunda parte de la norma referenciada, se normativizó que se tendrán por no escritas las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no estén incluidas, o que lo estén incorrectamente, en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual.

La finalidad de dicho artículo es que las prestaciones que el consumidor deba desembolsar como contraprestación por los servicios que la entidad le preste estén expresadas en el contrato, tengan como fundamento servicios realmente prestados en su favor, y que estén incluidas en el costo financiero total, el que, tal como se dijo anteriormente, debe ser publicado en los anuncios que la entidad emita (art. 1385, inc. c y d del CCC) y debe estar comprendido expresamente en el contrato bajo pena de nulidad (art. 1389 del CCC). Si se omitió la inclusión o se lo hizo de manera incorrecta de la carga dineraria en el costo financiero total publicitado o incorporado al contrato, la cláusula que le sirve de base se tiene por no escrita, o lo que es lo mismo, resulta imposible exigir su pago. Ello implica una forma de contrarrestar la imposibilidad de declarar la abusividad de las

cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio (art. 1121 del CCC)³.

4. Prácticas abusivas.

Como se anticipó, la protección de los consumidores en los contratos bancarios, en virtud de la remisión dispuesta por el art. 1384, se debe integrar con las normas relativas a las prácticas y cláusulas abusivas que se encuentran desarrolladas en la Sección Primera del Capítulo Segundo y en el Capítulo Cuarto, respectivamente, del Título Tercero dedicado a los contratos de consumo, integrante del Libro Tercero del Código Civil y Comercial relativo a los derechos personales.

Primeramente hay que tener en cuenta que el art. 1096 del CCC dispone que las normas de la Sección Primera (prácticas abusivas) y de la Sección Segunda (información y publicidad dirigida a los consumidores) son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092 de igual cuerpo normativo. A este respecto, se entiende por prácticas comerciales todo procedimiento, mecanismos o técnicas usados por los proveedores para fomentar, mantener o garantizar la producción de sus bienes o servicios al destinatario final, es decir, aquellos mecanismos, técnicas y métodos que le sirven al proveedor, directa o indirectamente, para colocar en el mercado su producción⁴.

Siendo así, alcanza con que una persona, consumidor o equiparable a tal, determinado o no, se encuentre expuesta a algún acto del tipo de los detallados anteriormente y efectuado por un proveedor para que resulten operativas las normas tendientes a eliminar las prácticas abusivas y a regular el deber de información que pesa en cabeza de este.

Dicho ello, la legislación impone una serie de obligaciones en cabeza de los proveedores tendientes a garantizar a los consumidores un mínimo de dignidad y respeto por sus derechos.

³ LORENZETTI, Ricardo, op. cit., pág. 257.

⁴ LORENZETTI, Ricardo, op. cit., pág. 246/247.

En esta tarea, establece que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios, conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos, debiendo abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (art. 1097 del CCC). La norma se encuentra en consonancia con el art. 42 de la Constitución Nacional y tiene por finalidad crear un mínimo de protección para los consumidores que garantice el respeto por la dignidad de su persona, eliminando las practicas que limiten o nieguen sin fundamento sus derechos, o que los coloque en situaciones vergonzantes (humillantes, incómodas, que pongan al consumidor en ridículo), vejatorias (perjudiciales o que impliquen maltrato), o intimidatorias (que infrinjan temor de sufrir un perjuicio).

En igual sentido, dispone la obligación de trato equitativo y no discriminatorio, preceptuando que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio, al punto de que les está vedado establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores (art. 1098 del CCC). Esta disposición encuentra sustento en el art. 16 de la Constitución Nacional que impone el principio de igualdad ante la ley, y en el art. 20 de la Carta Magna que establece la igualdad de derechos para los extranjeros que se hallen en el territorio de la República.

Por otro lado, y en concordancia con lo normado por la Ley N° 25.156, el codex prohíbe las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo (art. 1099 del CCC). El precepto aludido tiene un sentido genérico, abarcativo de cualquier práctica o comportamiento efectuado por el proveedor tendiente a limitar o desvirtuar la libertad contractual del consumidor, siendo ejemplo de ello toda la casuística enumerada en el artículo segundo de la Ley N° 25.156. No obstante, el artículo en comentario veda expresamente las “contrataciones encadenadas”, entendidas como la imposición de un bien o servicio no pretendido para la concreción de la operación deseada por el consumidor.

En esas condiciones, dada la amplitud de la norma referenciada, puede ocurrir que exista un comportamiento del proveedor que restrinja la libertad contractual del consumidor, ya sea

en su faz positiva o negativa, que no encuadre en ninguno de los supuestos del art. 2^a de la Ley N° 25.156, pero resulte igualmente antijurídico por aplicación de la primera parte del art. 1099 del Código Civil y Comercial.

Para concluir, el código regula lo atinente al deber de información y la publicidad ilícita, estatuyendo la obligación del proveedor de suministrar información al consumidor en forma cierta, detallada, gratuita y con la claridad necesaria para permitir su comprensión, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato (art. 1100 del CCC). Este deber encuentra su fundamento axiológico en que es el proveedor el sujeto que cuenta con la información total del producto que ofrece, siendo conteste con la buena fe que la transmisión de dicha información se efectúe de manera clara y comprensible.

En relación con ello, se legisló la prohibición de utilizar publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; o que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; o que resulte abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (art. 1101 del CCC). La publicidad entendida como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones⁵, resulta de suma trascendencia jurídica pues el mismo cuerpo legal regula su *efecto vinculante para el proveedor* al disponer que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (art. 1103 del CCC).

En virtud del citado efecto vinculante el consumidor podrá exigir todo lo que se haya ofrecido en la actividad promocional o

⁵ CONSEJO DE EUROPA, Directiva 84/450/CEE, publicada en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31984L0450&from=ES>

publicitaria no pudiendo el proveedor alegar que ello no se encuentra receptado en el contrato respectivo, generando su incumplimiento la responsabilidad contractual correspondiente, pues los anuncios se integran al contrato sin importar su transcripción o no en el instrumento respectivo⁶. Es por ello que se prohíbe la publicidad engañosa (art. 1101 inc. a del CCC), la publicidad comparativa ilícita (art. 1101 inc. b del CCC) y la publicidad abusiva, discriminatoria o perjudicial para el consumidor (art. 1101 inc. c del CCC).

Finalmente, se establece que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, y la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102 del CCC). Los legitimados activos resultan ser los consumidores afectados y aquellos legalmente autorizados, siendo estos últimos las asociaciones de consumidores, el defensor del pueblo, el Ministerio Público y la autoridad de aplicación (art. 43 de la CN y art. 52 de la Ley N° 24.240).

5. Cláusulas abusivas.

Conforme a lo antedicho, las prescripciones relativas a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo integran la protección de los consumidores en los contratos bancarios, atento a la remisión del art. 1384 del CCC.

En consecuencia, es dable destacar que el artículo 1117 ordena la aplicación en esta materia de lo dispuesto por los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes, remitiendo así a la regulación que al efecto se estatuye respecto de los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas.

En esas condiciones, debemos tener en cuenta que las cláusulas contractuales deben ser comprensibles y autosuficientes, redactadas en forma clara, completa y fácilmente legible, a punto tal que la legislación establece que se tendrán por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la

⁶ LORENZETTI, Ricardo (Dir.), op. cit., pág. 267.

conclusión del contrato (art. 985 del CCC). Concordantemente se reguló que las cláusulas particulares son aquellas que al ser negociadas individualmente amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general, prevaleciendo estas sobre las generales en caso de incompatibilidad entre ellas (art. 986 del CCC).

Ahora bien, el código define lo que debe entenderse por cláusula abusiva en el art. 1119 al decir que es abusiva la cláusula que, *habiendo sido o no negociada individualmente*, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. La norma pone el eje de la cuestión en el resultado contractual final, el cual debe ser significativamente desventajoso para el consumidor a fin de calificar a una cláusula contractual como abusiva.

El precepto citado debe interpretarse armónicamente con el art. 988 del CCC que estatuye que se deben tener por no escritas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. Los primeros supuestos abarcan las cláusulas que alteran el vínculo obligacional a favor del proveedor o en perjuicio del consumidor, mientras que el tercero hace referencia a las cláusulas sorpresivas, aquellas que su uso no es habitual conforme el objeto contractual⁷.

En este contexto normativo el control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) *las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas*; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (art. 1122 del CCC); y d) la posibilidad de los jueces de declarar abusiva una cláusula aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor (art. 1118 del CCC), pues tal negociación no obsta a su calificación de abusiva (art. 1119 del CCC). Ergo, se estable un control judicial amplio, no condicionado por la aprobación administrativa previa del contrato ni por el consentimiento del consumidor, que no sólo se limita a la

⁷LORENZETTI, Ricardo (Dir.), op. cit.,pág. 653.

posibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato sino que, si ello sucede, el magistrado tiene la obligación de integrar el contrato siempre y cuando este no pueda subsistir sin comprometer su finalidad.

No obstante, se establece un límite a la facultad de los magistrados, ya que no podrán declarar abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado, ni las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas (art. 1121 del CCC), claro está siempre que estas normas legales imperativas no resulten repugnantes a la Constitución Nacional o a los Tratados Internacionales con rango superior a las leyes. Por otro lado, la circunstancia de que no se podrán declarar abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el producto se encuentra condicionada al hecho de que la misma cumpla con los requisitos del art. 985 del CCC.

6. Colofón.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los contratos bancarios y, en lo aquí concierne, establece estipulaciones específicas para aquellos supuestos en los que intervengan consumidores como destinatarios de tales contratos.

Se trata de una cuestión de política legislativa orientada claramente a la protección de los consumidores como sujetos vulnerables, la que se complementa con las normas referidas al contrato de consumo y preceptos afines del mencionado código y de la legislación específica de la materia.

Con ello se avanza en la protección de los consumidores atento a que la gran mayoría de los contratos celebrados por entidades financieras involucra a estos como sujetos destinatarios de los mismos, y es de público conocimiento que tales entidades se conducen con total indiferencia de los derechos de sus consumidores a los que imponen condiciones obligacionales totalmente ilícitas y condicionan su pretensión al suministro de productos o servicios ajenos, viéndose compelidos aquellos a adquirirlos.

Así, el código se erige como una herramienta a fin de lograr la transparencia en las operaciones bancarias o financieras y proteger a

los usuarios de manera inmediata a su entrada en vigencia, incluso respecto de los contratos en ejecución, debiendo ser complementado con las disposiciones específicas de la Ley N° 24.240 –Ley de Defensa del Consumidor- y la Ley N° 25.156 –Ley de Defensa de la Competencia.

■ ■ ■

PARADIGMA PREVENTIVO Y TUTELA INHIBITORIA

Carina Mercedes Salvay

1. Objeto.

Actualmente hablar de la responsabilidad civil en estricta vinculación con el Paradigma Preventivo en el marco de nuestro derecho vigente, implica comenzar por entender que estos nuevos principios vinieron a complementar, sin sustituir, la responsabilidad represiva, resarcitoria y restitutoria.

Con este trabajo pretendo mostrar como la acción preventiva puede ser el mecanismo adecuado para el resguardo de determinados derechos que por su importancia no pueden sino ser resguardados preventivamente. Las ventajas y la necesidad de una ley substantiva que viniera a contemplar el modelo de responsabilidad – prevención – precaución, se había tornado impostergable, debiéndose entender -tal como lo dije- que este modelo complementa, es decir que no sustituyen, a la responsabilidad represiva del siglo XIX ni a la responsabilidad resarcitoria del siglo XX.

2. Introducción

Podemos empezar afirmando, que ahora al Derecho Civil le interesa o pone foco en la protección a la víctima, no en el castigo al autor del daño. En función de este nuevo marco de tutela, en las últimas décadas se ha llegado a comprender que sólo se alcanzará la efectividad del Derecho cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención que para la reparación del daño. Precisamente, la inhibitoria es una clara manifestación de la función preventiva del Derecho¹.

¹ TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 187, Ed. Cedam, 33^a ed., Padova, 1992, p. 187 .

A partir de la reforma de 1994, el instituto de la tutela inhibitoria ha adquirido rango constitucional, pues el nuevo texto lo incorpora implícitamente, en su art. 43. Esa norma denomina "acción de amparo" a la acción "expedita y rápida" que puede interponerse contra el Estado y, también ahora, contra los particulares, cuando esté lesionado un derecho y no haya otra vía judicial más idónea. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, estamos por primera vez, ante una norma sustantiva integradora de carácter preventivo, basado en los principios de precaución y prevención como inspiradores de una responsabilidad civil precautoria-preventiva, debiéndonos ocupar ahora el encontrar un correlato procesal -o ley adjetiva- que refleje ese Paradigma en la tutela de cesación o inhibitoria.

El nuevo ordenamiento funda sus normas en la regla axiológica que consagra el deber general de no dañar, derivada del principio romanista del "*alterum nom laedere*". Este precepto supone un deber general de abstención que pesa sobre todos los individuos tendiente a que estos respeten los derechos absolutos y relativos (y toda situación jurídica relevante).

Trigo Represas reafirma el sentir dominante en nuestro país sobre que el *alterum nom laedere* constituye el primer precepto jurídico y moral que debe respetarse en una sociedad civilizada².

Muchos de los denominados "nuevos derechos", que detentan una calidad que excede a la de simples derechos "legales", porque indudablemente son "fundamentales", como por ejemplo lo son en materia de consumidores, medioambiente, derecho de la competencia, derechos personalísimos, son de difícil -cuando no de imposible- reparación pecuniaria o de restitutio ex ante.

En este sentido afirmo que el sistema de responsabilidad civil resarcitorio, restitutorio o punitivo, unido al sistema de clasificación trinario de las acciones: 1) declarativas, 2) constitutivas y 3) condena), resulta insuficiente para una adecuada tutela de determinados derechos.

² CALVO COSTA, "Daño Resarcible-responsabilidad Civil N°24- Editorial Hammurabi", año 2005, pág. 31.

3. El paradigma preventivo.

Este Paradigma es uno de los pilares y puntos de partida, sobre el cual el derecho civil argentino ha logrado un desarrollo muy importante en relación a la prevención del daño.

Concluyéndose que, la anticipación a la materialización del daño es, por muchas razones, preferible a la preocupación por la tradicional función de reparación.

Consiste dicho paradigma en el deber de adoptar las precauciones necesarias y razonables que eviten el daño. No dañar supone obviamente, "reparar el daño causado" -como ya dijimos- pero sobre todo "no causar daños", es decir, evitar que se produzcan.

4. La tutela inhibitoria.

En el Derecho italiano se ha definido la inhibitoria como "la orden judicial impartida a una persona de abstenerse de un comportamiento ilícito"³. Es decir que la "inhibición" es un acto del juez (provocado por el interesado) que tiende a hacer cesar la violación (incumplimiento) de la obligación de no hacer, cuando sea susceptible de repetirse.

Es una herramienta que -tal como ocurre con el Nuevo Código Civil y Comercial corresponde que surja del derecho sustancial, ello en virtud de que es una cuestión de fondo, que trata de la limitación al ejercicio de un derecho subjetivo.

Herramienta fundamental que nos brinda el ordenamiento jurídico con una finalidad absolutamente preventiva, que depende de un elemento activante: la posibilidad de un ilícito futuro, que resulta ser una amenaza de violación.

Resulta adecuado comenzar el desarrollo central de este análisis refiriéndome a lo expresado por el Dr. Ricardo LORENZETTI, quien ha manifestado que "...la noción de daño injusto se desenvuelve

³ BIANCA, C. Massimo, "Diritto Civile", t. 5, p. 781, Giuffrè editore, Milano, 1994. Para MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. Santiago Sentís Melendo, t. IV, parág. 114, N° 5 bis, Ejea, Buenos Aires, 1971.

dentro de un clima conceptual impreciso, y su falta de elaboración lleva a la "injusticia del daño". De tal modo todo lo que parece injusto es resarcible. Esta idea expande la responsabilidad más allá de su campo de legitimación, desdeñando otros instrumentos de solución de problemas y de injusticias"⁴. Pero no puedo continuar sin antes advertir que actualmente se nos presenta el fenómeno de que muchos daños no son monetizables.

Teniendo en cuenta que las indemnizaciones surgieron como un mecanismo adecuado para los daños patrimoniales, que fueron el principal campo de aplicación hasta la segunda mitad del siglo pasado, hoy no podemos desconocer que nos enfrentamos con mucha más frecuencia a aquellos daños que afectan a la esfera de la individualidad personal, en los que las indemnizaciones tienen un efecto menor.

Esto último se da en tanto y en cuanto no hay un mercado donde coticen los sentimientos, o la privacidad, razón por la cual no existen indemnizaciones por equivalente. Esto lleva a la indemnización por satisfacción y finalmente a la idea punitiva.

Las indemnizaciones que se conceden en protección de los derechos individuales arriban a un estadio punitivo, como modo de "sancionar" al invasor de la esfera ajena.

Ahora bien, en el Derecho Civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias.

No hay que perder de vista que en los derechos fundamentales hay un tiempo propio y distinto que el contemplado en las tradicionales formas de la acción y de la protección sustantiva; éstas están vinculados a la situación existencial del individuo⁵.

La aparición de los derechos fundamentales planteó el problema de su efectividad. Señala Félix Zamudio que la verdadera

⁴ LORENZETTI, Ricardo, *La tutela civil inhibitoria*, LA LEY t. 1995-C, p. 1217.

⁵ Conf. MORELLO, Mario, *El proceso justo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

garantía de los derechos humanos consiste precisamente en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos⁶.

Recurriendo un poco a la historia, encontramos que ya el Derecho Romano había desarrollado nociones que se asemejan a la tutela inhibitoria definitiva y cautelar. El interdicto era una orden cautelar del magistrado, que podía consistir en vedar un acto, aplicándose cuando había un interés casi público y para proteger la posesión⁷. También tiene una finalidad inhibitoria la *actio confesoria*, la *actio negatoria* o el juicio de jactancia. Este último era un remedio atípico de prevención del ilícito frente a una amenaza⁸.

Con el curso del tiempo y el surgimiento de la economía agraria e industrial, estos instrumentos se concentraron alrededor del derecho de propiedad, que se convirtió en el modelo típico de tutela inhibitoria. En este caso se trata de un derecho absoluto y sobre esa base el legislador ha pensado en una protección fuerte⁹. Tal vez un ejemplo rico de ello son las acciones posesorias, cuyo objeto es "obtener la manutención de la cosa" (art. 2487 del CC) (actual art.2238 del CCyCN)¹⁰. En virtud de ello se le reconocen acciones inhibitorias al propietario, al poseedor y aun al tenedor. Esta protección se sustenta en la noción de derecho absoluto, exclusivo y de su oponibilidad *erga omnes*.

Desde la dimensión axiológica, la tutela inhibitoria aparece como un instrumento apto para la realización de la justicia conmutativa. Por otro lado, realiza una justicia un tanto más perfecta¹¹ que las acciones resarcitorias de los daños, porque estas últimas buscan reconocer el pasado y, si encuentran en él un daño,

⁶ ZAMUDIO, Félix, *La protección procesal de los derechos humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 51.

⁷ Cf. BONFANTE, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", p. 135, Ed. Reus, Madrid, 1979.

⁸ Conf. RAPIARDA, Cristina, *Profilidella tutela civile inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987, p. 78.

⁹ Conf. ALTERINI, Jorge, "Tutela de la propiedad", en *Derecho de Daños, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 415 y sigtes.

¹⁰ Conf. HIGHTON, Elena, *Derechos Reales-Poseción*, Ed. Hammurabi, 1984.

¹¹ GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., parág. 408.

ordenan que sea reparado¹², mientras que la inhibitoria centra su esfuerzo en evitar la producción del daño temido, tratando de superar los obstáculos que se derivan de no poder conocer el futuro. Pero precisamente en su mayor justicia, está su mayor riesgo, siendo por ello que la prueba que se rinda acerca de la probabilidad, gravedad e inminencia del daño debe ser decisiva y razonable; de lo contrario, la intromisión en la libertad de una conducta humana resultaría una injusticia notoria.

La evolución actual muestra la aplicación de estos instrumentos a los derechos y bienes fundamentales. Así sucede con la esfera de la individualidad personal, o con algunos bienes públicos, como la competencia o el medio ambiente.

Puedo afirmar que el Principio Preventivo encuentra sus raíces en nuestra Constitución Nacional, ya que ha sido este cuerpo legal, el que a través del rango concedido a los Tratados Internacionales, ha dado el punta pie inicial del rango constitucional a la protección de la esfera individual, tal como ocurre por ejemplo con el trato discriminatorio.

Con referencia a los bienes de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución menciona al medio ambiente o la competencia.

Finalmente, el amplio reconocimiento del amparo produce la gran expansión de este tipo de medidas preventivas, ya que constituye una acción expedita y rápida frente a una lesión inminente, o amenaza de ella, ya sea que provenga de autoridades públicas o de particulares (art. 43).

La amplitud con que ha sido concebido el amparo en la Constitución Argentina, posibilita que, en supuestos de defensa de la competencia, del usuario y consumidor, o en casos de bienes de incidencia colectiva, o derechos y garantías individuales, es posible la tutela inhibitoria cuando hay una amenaza de una lesión inminente (art. 43, Constitución Nacional), resultando esta vía procesal -el amparo- la idónea.

En este sentido, el Código Civil y Comercial, establece una serie de disposiciones referidas a los Derechos y Actos Personalísimos a partir del arts. 51 y siguientes, viéndose

¹² BIANCA, C. Massimo, op. cit., p. 781.

complementada por las disposiciones del Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 (art.1710 y ss).

Valorando la inhibitoria, tal como aparece actualmente en el Derecho argentino, en primer lugar hay que destacar que el régimen es justo porque, como principio general, determina que el encargado de dictarla sea el juez, aunque admitiendo que en determinadas cuestiones puedan hacerlo los órganos administrativos y siempre atendiendo a razones de prevención y urgencia. En este último caso, sólo será justo si se prevén recursos ante los órganos jurisdiccionales para garantizar la defensa de los derechos mediante el control judicial.

A esta altura del desarrollo del presente trabajo puedo afirmar que la herramienta fundamental que nos permite materializar en cada caso concreto el Paradigma Preventivo es la Tutela Inhibitoria.

En relación a ella y a los fines de poder entender mucho mejor como funciona ante el caso concreto, debemos tener presente que el actual marco normativo le confiere algunas características especiales:

1°) Prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza.

2°) El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.

3°) La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido. Por ejemplo, la polución ambiental o la difusión de noticias.

4°) La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.

5°) Es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido.

6°) También es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

Se suele confundir la tutela inhibitoria con la cautelar, confiriéndole al instituto un carácter exclusivamente procesal. Sin embargo, puede existir una tutela inhibitoria definitiva, que se tramita por la vía ordinaria y otra cautelar, que tiene una función anticipatoria de la primera.

De tal manera, la tutela civil inhibitoria admite una acción definitiva y otra cautelar, que se diferencian en su instrumentación procesal.

Las separa el procedimiento utilizado. La vía cautelar se caracteriza por el proceso de conocimiento sumario que se opone al ordinario; su característica es la urgencia, la brevedad temporal.

Las distinguen los requisitos. En la medida cautelar se debe probar el "*periculum in mora*". Esta se configura cuando existe un perjuicio irreparable si transcurre el tiempo ordinario. De tal manera, el pretensor deberá probar, además de los presupuestos de hecho y derecho que hacen a la procedencia de la tutela civil inhibitoria, aquel requisito del peligro en la demora.

La tutela final está relacionada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final.

Dentro del género de la tutela inhibitoria, tanto la definitiva como la cautelar están unidas por la finalidad preventiva. Para tales fines, ambas admiten una concretización mediante mandatos de innovar y de no innovar.

La cautelar se caracteriza porque ambos mandatos se realizan anticipadamente, en virtud del peligro, y a fin de no desnaturalizar la base de discusión en el proceso ordinario. Por ello es provisoria y por lo tanto modificable.

5. Regulaciones novedosas del nuevo CCyC.

La esfera íntima y privada del individuo ha sido revestida de este tipo de protección. Como ejemplo de ello podemos citar aquello

que tiene que ver con la intimidad o tal como se denomina en el art.1770 del CCyCN “Protección de la vida privada”. Articulado que dispone que el juez puede obligar a cesar en su actividad a quien se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad.

Como expansión de esta forma de tutela se ha admitido la prohibición de circulación de la publicación lesiva, la supresión de párrafos o textos agraviantes, la autorización de diligencias para impedir la identificación de una persona fotografiada, o la publicación de avisos en varios diarios¹³.

Pero a este artículo debemos sumarle lo regulado en relación a los “Derechos Personalísimos” que surge de los art.51, 52, 53 y 55 del CCyCN.

De estas normas surgen las consecuencias que se derivan de la vulneración a la persona humana. Cualquier menoscabo o afectación a estos derechos personalísimos habilita a su titular a reclamar la prevención y reparación de los daños conforme estipulado en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 del CCyCN, art. 1708 al 1780.

En relación a la importancia que se le ha reconocido a la persona humana, situación que comenzó a gestarse y desarrollarse a partir de la reforma de la Carta Magna en 1994, es que surge esta protección y el marco normativo preventivo con el que resulta imprescindible contar, el cual ya venía quedando plasmado en los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dijo:

- “El derecho a la privacidad impide que las personas sean objeto de injerencia arbitrarias o abusivas en su vida privada (art.11.2 de la CADH; art. 5° de la DADDH; art. 12 de la DUDH y art. 17.1 del PIDCP)”¹⁴.
- “Este derecho se encuentra especialmente protegido conforme se desprende con meridiana claridad del art.19 primera parte de la CN, ya que no se puede interferir en el

¹³ Conf. RIVERA, Julio, "Derecho a la intimidad", publicado en *Derecho de Daños, Homenaje a Jorge MossetIturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 355 y sigtes.

¹⁴ CSJN, 25/8/2009, Fallos: 332:1963.

ámbito de las acciones privadas, salvo que ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen a terceros, pues dichos actos privados no solo son ajenos a la autoridad de los magistrados, sino protegidos de la intromisión de terceros, especialmente cuando no se hallan implicados asuntos institucionales o de interés público ni son atinentes a funcionarios o figuras públicas”.¹⁵

- “La protección del ámbito de la privacidad... resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno”¹⁶.

También si nos detenemos en el texto del art. 1973 del Cód. Civil y Comercial, allí observamos que en relación al tema de ruidos y molestias que resulten inmisiones en inmuebles vecinos, el juez puede hacer cesar las actividades -de vecinos- que causen molestias por el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños. Frente a esta norma corresponde aclarar que el campo de esta protección excede la de la propiedad, alcanzando la noción de vida comfortable.

No puedo dejar de referirme brevemente a algunas de las normas más novedosas, que en función del Paradigma Preventivo, se incorporaron al texto del Nuevo Código Civil y Comercial.

Comienzo por referirme al conjunto normativo vigente en relación a la defensa del consumidor, en relación al cual se añaden contratos de consumo, que permiten mejorar notoriamente el sistema de protección jurídica.

En particular, regulaciones pormenorizadas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas (en general), publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual, comercio electrónico, etc., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240.

¹⁵ CSJN, 30/10/2007, Fallo: 330:4615

¹⁶ CSJN, 21/11/2006, Fallos: 329:5266.

Se añaden otras novedosas normas en defensa de los consumidores: un párrafo íntegro, sobre “contratos bancarios con consumidores y usuarios” (arts. 1384 a 1389 del Código), con reglas especiales en torno a publicidad, forma escrita, obligaciones precontractuales, restricciones en cargos o costos al consumidor, e informaciones en los contratos de crédito bajo pena de nulidad.

También en materia de “tiempo compartido” y “cementeros privados” (arts. 2100 y 2111), con aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo, previstas en el mismo Código y en las leyes especiales.

Uno de los aportes principales que hace el Código al sistema del Derecho del Consumidor, puede encontrarse en los arts. 1096 a 1099 que legislan sobre las prácticas abusivas en general, enriqueciendo con evidencia el escaño enunciado del art. 8 bis de la ley 24.240. Básicamente este articulado añade las siguientes pautas:

a) que la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos;

b) se exige un trato “no discriminatorio” a favor de todos los consumidores y no solamente respecto a los extranjeros (como estableció la ley 26.361, art. 8 bis);

c) específicamente, se añade que los proveedores no pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad;

d) finalmente, se agrega la prohibición, como abusivas, de las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros (y otras prácticas similares).

Además de la publicidad engañosa y comparativa, el Código introduce en el Derecho argentino, la prohibición de la publicidad abusiva (art. 1101 inc. c.), o discriminatoria, o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

El art. 1102, al otorgar las acciones judiciales correspondientes, incluye expresamente aquellas tendientes a la cesación de la publicidad ilícita y a la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado.

Por otro lado cabe destacar el régimen sobre “modalidades especiales” en los contratos de consumo (arts. 1104 a 1116), “celebrados fuera de los locales comerciales”, y “a distancia”, que recepta específicamente el “comercio electrónico”, regulando el lugar de cumplimiento, la revocación y sus efectos (excepciones, imposibilidad de devolución, gastos, etc.).

Finalmente vemos que contiene un régimen sobre cláusulas abusivas en los arts. 1117 a 1122, en los cuales brinda una adecuada definición y reglas generales; incorpora soluciones novedosas en orden a conexidad contractual y “situaciones jurídicas abusivas”; impone un mayor rigor en el control judicial, al explicitar que corresponde la nulidad, aun cuando las cláusulas fueran negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor ; o hayan sido aprobadas administrativamente; en el ámbito de la responsabilidad civil (art.1.720), el Código establece que el consentimiento del damnificado (aunque sea libre e informado), no exime si constituye cláusula abusiva; y en el campo de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia y con utilización de medios electrónicos o similares (art.1109), se establece la nulidad de la cláusula de prórroga de la jurisdicción (se tiene por no escrita).

Ahora bien, desde el punto de vista procesal debemos saber que contamos con una vía rápida y expedita que es el amparo o en su caso podemos solicitar de forma inmediata una tutela preventiva cautelar, para luego dar rápidamente inicio a una acción ordinaria que pretenda una tutela inhibitoria definitiva.

Pero resulta necesario tener presente que esta tutela para ser efectiva tiene que observar fuertemente ciertos parámetros a los fines de que su aplicación no se transforme en injusta y/o también ilusoria.

La inhibitoria puede encontrar sus propios límites en la realidad social al momento de su cumplimiento.

Quien la regula legalmente, o la dicta en un proceso, debe considerar esos límites y esforzarse por superarlos.

En ocasiones, la inhibitoria puede encontrarse con un límite derivado de las leyes de la naturaleza, por ejemplo, cuando el juez ordena cesar un tratamiento distanásico pero, a consecuencia de la

lentitud del trámite, el paciente muere antes de que se cumpla la sentencia.

Otras veces, el límite puede provenir de la realidad económica; tal lo que puede suceder si se dicta la orden de abstenerse de una práctica competitiva, después del largo y complicado trámite previsto por la ley de defensa de la competencia, cuando el daño, por la propia dinámica de la economía, ya se consumó.

También los límites pueden estar dados por la realidad político-social, por ejemplo, cuando se ordena cesar una violación a la intimidad, pero la sentencia alcanza tal estado público que ocasiona una mayor intromisión en la privacidad.

En definitiva con la sanción del texto del Nuevo Código Civil y Comercial, que vino a complementar lo ya normado en la Constitución Nacional, en particular con la herramienta procesal fundamental que brinda el art.43 de nuestra Carta Magna, y la posibilidad de recurrir a la vía cautelar e incluso a la vía del juicio ordinario, se abre un claro camino en la consolidación de este tipo de tutelas. Se trata de por sobre todo de "preservar" derechos mediante la prevención y de "recomponer" en su caso, por lo que no hay duda alguna de que, en concordancia con estas normas proceden los mandatos que surgen del Paradigma Preventivo.

6. Conclusión

Tenemos el privilegio de ser protagonistas de un hecho histórico, frente a importantes cambios de un nuevo Código Civil y Comercial. La influencia de los Derechos Humanos en el derecho privado, impone una reconsideración de las instituciones, dando paso a la igualdad y no discriminación como derechos fundantes de la dignidad humana.

Ello se ve reforzado con la normatización del Paradigma Preventivo que se refleja en muchos de los artículos del nuevo cuerpo legal de fondo.

Sin lugar a dudas estamos inmersos en tiempos de estudio, reflexión y capacitación para brindar en la práctica, una adecuada solución a los justiciables, acorde con los principios que inspiraron y animaron este nuevo marco normativo.

Nuestra cuota de responsabilidad y compromiso debe estar orientada a desplegar al máximo las herramientas jurídicas con el fin de lograr pasar de una sociedad basada en el resarcimiento a una sociedad que se desarrolle sobre el principio y paradigma de la prevención.

■ ■ ■

¡CUIDADO CON EL RIESGO DE ACTIVIDAD!

Pablo Daniel Rodríguez Salto

1. Introducción.

En general, los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) se han limitado a reconocer normativamente las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas en torno al art. 1113 del Código de Vélez Sarsfield¹. Quizás la novedad más importante sea la regulación expresa de la responsabilidad derivada de las actividades riesgosas.

Si bien para buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, una interpretación amplia del art. 1113 del Código anterior llevaba a incluir los daños derivados de actividades riesgosas, la cuestión no era unánime. Ahora que la cuestión fue regulada expresamente en los artículos antes citados del CCyC, con una gran amplitud, ya se empiezan a advertir opiniones de autorizados doctrinarios, proponiendo realizar una interpretación cautelosa de la norma, para no extralimitar su ámbito de aplicación de modo que desaliente fuertemente muchas actividades socialmente valiosas.

Esta monografía tiene como objetivo analizar esas cuestiones polémicas en la doctrina y la jurisprudencia, sumando una modesta opinión personal al respecto.

2. Concepto y Caracterización de la Actividad Riesgosa.

De acuerdo con el art. 1757 CCyC, se responde por el daño derivado de "...las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su

¹ La comparación entre las dos obras más modernas de PIZARRO referidas al tema (*Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, del año 2006, y *Tratado de la Responsabilidad Civil Objetiva*, del año 2015), demuestra que en los puntos más trascendentales las soluciones siguen siendo las mismas.

realización...”. Como se advierte, da pautas en virtud de las cuales una actividad puede resultar riesgosa o peligrosa, pero no define claramente a qué se refiere con ese carácter.

Se ha propuesto que

“...la actividad riesgosa o peligrosa constituye la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas (máquinas, herramientas, aparatos, establecimientos, explotaciones, etc.) en las que el riesgo (la inminencia de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico. Esa actividad lucrativa asociada con el riesgo o peligro conduce a imputar objetivamente el deber resarcitorio...”².

Del párrafo transcrito parece deducirse la idea de que la actividad es riesgosa cuando puede generar daños (“inminencia de daño” es la expresión que se utiliza), lo cual nos podría llevar a entender que ante la ocurrencia de un daño derivado de una actividad, habría que predicar que esta última que le sirve de causa es riesgosa. Esta forma de pensar ya se daba con respecto al art. 1113 del Código anterior, al tratarse sobre el riesgo de la cosa, habiéndose dicho que “...en cierto modo es la presencia de un daño causado por la cosa la que muestra su carácter riesgoso. El riesgo se muestra dañando”³.

² GALDÓS, *Riesgo Creado y Actividad Riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación*, RDD 2012-3, p. 362; ídem, *El Art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil)*, RCyS 2015-IV-176, apartado III.2; ibídem, *Comentario al art. 1757 del CCyC en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir. LORENZETTI, T. VIII, p. 587. Nótese cómo parece inclinarse por el fundamento en el riesgo provecho más que en el riesgo creado.

³ LORENZETTI, *Estudios Sobre la Nueva Concepción Normativa del Riesgo Creado en el Derecho Argentino*, en *Derecho de Daños (Homenaje a Trigo Represas)*, Segunda Parte, Ed. La Rocca, Año 1993 p. 346. Como veremos en el texto, esta posición

Contra esta concepción se alzaba Zavala de González, quien hace ya casi tres décadas tuvo la lucidez de interpretar que el riesgo circunstancial⁴

“...no puede partir de la simplista concepción de que toda cosa dañadora o toda actividad dañadora sea riesgosa... La noción de riesgo no puede ser un *posterius*, sino un *prius*, aunque se indague retrospectivamente luego de producido el daño. No cabe vaciar el concepto de riesgo, encontrándolo en cualquier fuente de daño. El art. 1113 proyectado⁵ no dice ‘daños causados por actividades’, sino que agrega: ‘que sean riesgosas’. Adiciona, por consiguiente, una calidad que no pueden tener todas las actividades, sino solo algunas; de lo contrario, tanto valdría suprimir la referencia descripta del atributo de la actividad (el riesgo), como tautológica, superflua e inútil: bastaría que la actividad hubiera producido un daño. El riesgo no puede quedar reducido a una simplista relación de causalidad, ciega y mecanicista, entre un cierto elemento y el perjuicio. Por el contrario, el riesgo es un factor de atribución y, por ende, una razón especial para responder, que reviste connotaciones axiológicas operativas para justificar (conferir justicia) la imputación de la obligación resarcitoria”⁶.

Más adelante agregaba que

“Por ende, si bien en sentido vulgar, riesgo es cualquier contingencia o posibilidad de daño, como factor de atribución, el riesgo debe ser especial, intenso, grave. No equivale al riesgo genérico de vivir, sino a un peligro particular o muy frecuente, que torna imperiosa la adopción de severas medidas de

mereció serios reparos, ya que convertiría a toda cosa –y a toda actividad– en riesgosa a condición de que haya sobrevenido un daño.

⁴ Por oposición al riesgo natural intrínseco, propio y permanente de la cosa o de la actividad.

⁵ Se refiere al Proyecto de Código Civil Unificado con el Comercial de 1987.

⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La Noción de Actividades Riesgosas en el Proyecto de Código Civil*, JA 1988-I, ps. 905/906, énfasis en el original.

protección. Reside allí una multiplicación, aumento o potenciación de las posibilidades de dañosidad, que elevan la situación desde el ámbito de la conjetura o hipótesis de perjuicio, hasta un umbral de fundada probabilidad. Nos parece, por tanto, que la cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción de daños, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad. Si sobre la base de tales conceptos concurría una clara probabilidad (aunque abstracta o genérica) de eventuales perjuicios, funcionará el factor objetivo de atribución si el daño ocurre. En cambio, si la actividad, no peligrosa por naturaleza, además era desarrollada de manera inocua, sólo media una posibilidad de que se cause un daño, posibilidad que **nunca** deja de amenazar en todo emprendimiento humano. En este último caso no se aplicará la responsabilidad por riesgo, aunque sobrevenga un daño”⁷.

A partir de estas ideas, se ha sostenido que

“Una actividad es riesgosa cuando... genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas... El carácter riesgoso de la actividad deviene de su relevante y especial peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar... La actividad riesgosa que prevén los arts. 1757 y 1758 debe ser notablemente peligrosa. O lo que es igual, evidenciar un riesgo grave, importante, relevante, perceptible, circunstancia que debe ser calibrada a la luz de los estándares que rigen la previsibilidad en la causalidad adecuada... Nosotros creemos que una interpretación sensata debe llevar al intérprete a modelar el concepto de actividad riesgosa o peligrosa con un criterio estricto. De lo contrario..., todo el esquema de responsabilidad terminaría absorbido por el régimen previsto para dichas actividades, lo cual llevaría al sistema a un rigor insostenible. No habría tipología de

⁷ *Ob. cit.*, p. 907, énfasis en el original.

responsabilidad civil, particularmente extracontractual, que no fuese susceptible de caer bajo la órbita de la responsabilidad por actividades riesgosas. Lo cual es absurdo y sin precedentes en el derecho comparado. Por tal motivo sostenemos que la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas debe ser objeto de una ponderación rigurosa. Una actividad para ser considerada tal... debe ser especialmente peligrosa, noción que significa que conforme al curso normal y ordinario de las cosas, existe una clara probabilidad objetiva de que genere peligro o riesgo de dañosidad grave o frecuente”⁸.

Es interesante destacar que si bien PIZARRO ya se refería a una peligrosidad “significativa” como requisito de la responsabilidad por riesgo de actividad en su libro del año 2006⁹, en sus últimas obras¹⁰, refiriéndose ya al texto del art. 1757 CCyC, enfatizó mucho más esa circunstancia, no obstante pronunciarse a favor del supuesto. Esto porque, de otro modo, el factor de atribución en cuestión terminaría absorbiendo al resto de los fundamentos del deber de resarcir, a la par que extendería la responsabilidad hasta supuestos impensados.

Pizarro propone tomar la pauta interpretativa del Proyecto de Código Civil de 1998, que en el art. 1665 aludía a la actividad especialmente peligrosa, y la definía como aquella que por su naturaleza o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves. He ahí una definición de lo que significa “riesgosa” o “peligrosa”: aptitud para causar daños frecuentes o graves.

Pero, ¿cómo decidir si una actividad tiene o no tiene dicha aptitud? El autor que venimos siguiendo opina que se puede: a) considerar un criterio cuantitativo o estadístico, concerniente a la peligrosidad de diversos tipos de actividades; b) ponderando los

⁸ PIZARRO, *Responsabilidad Civil por Actividades Riesgosas o Peligrosas en el Nuevo Código*, LL 2015-D-993, apartado V.b; ídem, *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, Año 2015, T. I, ps. 578/592. Negritas añadidas. Comparte esta visión CERUTTI, *La Responsabilidad por el Hecho de las Cosas y por Actividades Riesgosas*, RDD 2012-3, p. 330.

⁹ *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, T. II, p. 161.

¹⁰ Citadas en nota 8.

estándares dados por el propio legislador, lo cual ocurre: b.i) cuando la propia ley califica a la actividad como riesgosa¹¹; b.ii) cuando se imponen deberes u obligaciones expresas de seguridad, demostrando implícitamente el carácter riesgoso de la actividad¹²; b.iii) cuando el marco normativo de la actividad determine controles especiales¹³; y c) finalmente, atendiendo razonablemente a las reglas de la experiencia¹⁴.

Aquel consejo de Pizarro, proponiendo apoyarse en el texto del art. 1665 del Proyecto de 1998, constituye una guía muy importante para interpretar la norma del art. 1757 CCyC. No es casual que, un autor que se ha expresado tan decididamente a favor de los factores objetivos de atribución, realice estas advertencias que hemos transcripto. No obstante, como el CCyC no introdujo el requisito de la peligrosidad especial, ni la definió por la posibilidad de generar daños frecuentes o graves, no faltarán autores que sostengan que no hace falta que concurra esa calidad.

A esto debería contestarse, en todo caso, que la norma igualmente requiere peligrosidad, y esa calidad no resulta de la mera circunstancia de haberse producido un daño en el caso concreto. Tal como recuerda Pizarro, con cita de Zavala De González,

“...la actividad no se ‘transforma’ en peligrosa sino que ‘es’ peligrosa ya inicialmente, reconociéndose el riesgo ‘desde el vamos’”¹⁵. “El riesgo no se demuestra ni evidencia por la producción del perjuicio sino que requiere de una ponderación cualitativa previa...”; “...será menester valorar todos los antecedentes **anteriores** a la producción del evento, conforme a las reglas de la causalidad adecuada, para determinar si la

¹¹ Por ejemplo, art. 40 ley 24.240.

¹² Art. 5 ley 24.240.

¹³ Pensemos en los deberes que emanan de la ley 24.449, respecto de la circulación de automotores; de las leyes 17.319 y 24.076 para la producción, transporte y distribución de gas natural; de la ley 24.065 para la electricidad; de la ley 20.429 para las armas de fuego y municiones; del Código de Minería para la actividad minera; de la ley 24.084 para energía nuclear, etc.

¹⁴ *Ob. cit.*, LL 2015-D-993.

¹⁵ *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, T. II, p. 168.

cosa (o, mejor dicho, la actividad) es o no peligrosa, **siendo insuficiente una apreciación a posteriori**¹⁶.

3. Factores por los que una actividad puede ser riesgosa.

Como vimos, el art. 1757 CCyC enumera tres factores por los cuales una actividad puede ser riesgosa. Al respecto, GALDÓS explica que

“Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea, las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas... Cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleva un peligro inmanente (v.gr., explotación de energía nuclear). Las actividades peligrosas ‘por las circunstancias de su realización’ son aquellas en las que no obstante no revestir un peligro regular o constante, las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra... Por los medios empleados es riesgosa la actividad que adquiere esa entidad aunque normalmente es inocua, como por ejemplo cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan...”¹⁷.

3.a) Alferillo¹⁸ da como ejemplos de actividades riesgosas por naturaleza, a la prevención y persecución de los delitos por parte de la policía, a consecuencia de lo cual resulta dañado un agente policial¹⁹. También ejemplifica con la actividad de venta telefónica en cuanto al perjuicio para la voz²⁰. Por otra parte, se ha considerado como

¹⁶ *Idem*, p. 120, texto y nota 15, énfasis en el original.

¹⁷ GALDÓS, comentario a art. 1757 en *CCyC Comentado* cit., p. 587.

¹⁸ Comentario al art. 1757 CCyC en *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Dir. Gral. ALTERINI, J. H., T. VIII, p. 342.

¹⁹ SCBA, 15/10/2014, “A. c/ Pcia. de Bs. As.”, LLBA 2015-194; el caso fue comentado por SIERRA GERCOVICH en DT 2015-2224.

²⁰ CNTrab, Sala VI, 20/11/2013, “Gasalla c/ General Sweet S.A.”, LLO.

actividad riesgosa por naturaleza al transporte de caudales, en cuanto expone al trabajador a sufrir asaltos a mano armada²¹.

3.b) En cuanto a las actividades peligrosas por las circunstancias de su realización, Alferillo²² cita un caso en el cual se condenó a reparar el daño psíquico sufrido por un *telemarketer*, derivado del estrés generado por las condiciones laborales²³. Otro supuesto podría ser la tarea de vigilancia en una estación de servicio ubicada en una zona de altos niveles de comisión de delitos²⁴.

Alferillo también trae el caso del daño derivado de la práctica de rugby²⁵. Aclaro con respecto a este último fallo que solo la minoría sostuvo que la práctica de rugby era una actividad riesgosa encuadrable en el art. 1113 del Código Civil anterior –Dres. Negri y Kogan-. El Dr. Hitters –a cuyo voto adhirió el Dr. Domínguez- sostuvo que aquella norma requería que el daño derivara de la intervención de una cosa. El Dr. De Lázzari adujo que si bien en aquel dispositivo se encuadraban también los daños derivados de ciertas actividades, la razón de esa interpretación extensiva era adecuada en casos de daños sufridos por trabajadores, en los cuales existe riesgo creado o provecho de parte del empleador, pero no cuando se trata de un deporte amateur, porque se desalentaría completamente la práctica deportiva. El Dr. Soria –y Genoud por adhesión- explicó que el art. 1113 requiere la presencia de una cosa, pero agregó que las lesiones deportivas solo generan responsabilidad cuando derivan de violaciones culposas al reglamento del juego, descartándose una responsabilidad objetiva. Tal vez para sortear este “malabarismo interpretativo”, se ha predicado que hubiera sido conveniente aclarar

²¹ CNTrab, Sala V, “Nieto c/ Transportadora de Caudales Juncadella S.A.”, 08/05/2006, citado por DUARTE (*Responsabilidad por Daños al Trabajador y Riesgo de la Actividad*, LL 2014-A-308); en el mismo sentido, STJ Corrientes, “Albertengo c/ La Flecha S.A.”, 16/08/2011, LLO.

²² *Ob. cit.*, ps. 343/344.

²³ CNTrab, Sala I, 07/03/2013, “Mazza c/ Nextel”, DT 2013-3336, con nota aprobatoria de ORSINI, *Responsabilidad Civil Objetiva del Empleador por Daños Laborales Derivados de la Actividad Riesgosa. El Caso de los Telemarketers*.

²⁴ CNTrab, Sala I, “Casiva c/ Dagward S.A.”, 18/07/2006, citado por DUARTE, *ob. cit.* en nota 21.

²⁵ SCBA, 10/10/2012, “Montenegro Velázquez c/ Club San Ignacio”, RCyS 2013-IV-97.

que la responsabilidad por actividad riesgosa no se aplica a las lesiones derivadas de los deportes de riesgo²⁶.

3.c) Finalmente, con respecto a las actividades peligrosas por los medios empleados, ALFERILLO²⁷ brinda el ejemplo del daño ocasionado a un bañista en una playa por parte de una persona que conducía un cuatriciclo, habiéndose responsabilizado a quien alquiló ese vehículo y a la municipalidad que permitió tal actividad²⁸. También el caso del daño ocasionado a un vehículo por una pelota de golf disparada fuera del campo respectivo, habiéndose responsabilizado a la asociación propietaria del mismo²⁹.

4. ¿Para qué Sirve el Deber de Responder por las Actividades Riesgosas?

Me refiero a qué soluciones distintas se alcanzan al incluirse este nuevo supuesto de responsabilidad objetiva, que no se lograban con la interpretación del art. 1113 del Código anterior, según la cual debía intervenir activamente una cosa. Y también si reviste algún interés hablar del riesgo de la actividad cuando en el caso indudablemente también participó activamente una cosa.

Se ha mencionado³⁰ como el comienzo de una interpretación extensiva del art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield, basada más en el riesgo de la actividad que en el de la cosa involucrada, la corriente jurisprudencial que desembocó en el fallo plenario de la CNTrab, in re “Pérez c/ Maprico S.A.”³¹. Allí se resolvió que “En los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 del Código Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador

²⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, *Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*, LL 14/10/2015, p. 1, capítulo X *in fine*.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 343.

²⁸ CCC de Necochea, 15/07/2014, “P. M. c/ V.”, LLBA 2014-1153.

²⁹ CCC de Morón, Sala II, 13/08/2013, “Salatino c/ Asociación Civil Hurlingham”, LLBA 2014-255.

³⁰ DUARTE, *ob. cit.*, LL 2014-A-308.

³¹ 27/12/1988, LL 1989-A-561.

para desplazar una cosa inerte, puede imputarse a riesgo de la cosa”. Ese precedente, según ORSINI³², fue la “natural consecuencia” del fallo “Costa”, en el cual la CSJN entendió que era atribuible al riesgo de una máquina textil el daño derivado de micro-traumatismos sufridos por una trabajadora que la manipulaba, con posiciones incómodas y de esfuerzo de su columna vertebral a lo largo de años de trabajo³³.

Creo humildemente que algunas de las respuestas al interrogante planteado son las siguientes:

a) Por un lado, se hace posible responsabilizar objetivamente cuando se desarrolla una actividad riesgosa sin intervención de cosas. Por ejemplo, en un caso se responsabilizó a una clínica por la hernia de disco sufrida por una enfermera que se dedicaba a atender enfermos con mal de Alzheimer, lo que implicaba movilizarlos, higienizarlos, darlos vuelta, cambiarlos, en muchas ocasiones a personas de considerable tamaño y peso³⁴. Como es obvio, los pacientes no son cosas, de modo que una interpretación literal del art. 1113 del Código Civil anterior hubiera llevado al rechazo de la demanda.

b) En segundo lugar, se amplía el espectro de legitimados pasivos cuando se desarrollan actividades que involucren cosas. Se podrá responsabilizar tanto al dueño o guardián de la cosa, como a quien realiza, se sirve u obtiene provecho de la actividad desarrollada con esa cosa, pudiendo tratarse perfectamente de personas diferentes.

Esto sería especialmente útil en los casos de personas que resultan dañadas por parte de terceros, mientras desarrollan actividades peligrosas cuyo beneficiario, generador u organizador es una persona distinta al dañador. Por ejemplo, los casos de los agentes de las fuerzas de seguridad que resultan dañados mientras cumplen su función específica de prevención y persecución del delito, cuando

³² *Responsabilidad Civil Objetiva del Empleador por Daños Laborales Derivados de la Actividad Riesgosa. El Caso de los Telemarketers*, DT 2013-3312.

³³ CSJN, *Fallos* 307:1634.

³⁴ CNTrab, Sala VI, “Pacheco c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires”, 27/04/2011, citado por DUARTE, *ob. cit.*, LL 2014-A-308.

reciben disparos de parte de delincuentes. Ahora existe un escollo derivado de los arts. 1764 y 1765 del Código Civil, y 1º, párrafo tercero, ley 26.944 –así como de las normas locales existentes o a dictarse-, cuyo análisis excede largamente los límites de esta monografía. Sea como fuera, el factor de atribución sigue siendo útil para el personal de vigilancia privada.

De modo que el riesgo de actividad puede resultar útil para encontrar a un responsable solvente, cuando el dueño o guardián de la cosa involucrada no lo sea³⁵.

c) Podría proponerse su aplicación para responsabilizar al empleador por los daños derivados de los accidentes laborales *in itinere*, en los cuales no intervenga una cosa de la cual aquél sea dueño o guardián. En efecto, al referirse al “riesgo de empresa”, se había postulado su utilidad para esa finalidad³⁶.

d) Según Pizarro, la responsabilidad del conductor de un automotor queda alcanzada por el riesgo de la actividad, y la mayoría de los infortunios laborales quedan comprendidos en esta hipótesis. A su vez, refiere a cierta doctrina según la cual también alcanza la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, de modo que no haría falta probar la culpa de este último³⁷.

5. Legitimación Pasiva: generalidades.

La amplitud de la norma en este aspecto es también notoria, lo cual ya ha originado dudas a los intérpretes, aún desde antes de entrar

³⁵ La obligación será concurrente entre el dueño y el guardián de la cosa, con quien realiza o se sirve de la actividad.

³⁶ LORENZETTI, *Estudio Sobre la Nueva Concepción Normativa del Riesgo Creado en el Derecho Argentino...* citado por PIZARRO, *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, T. I, p. 70, nota 151. Se refiere indudablemente a la acción fundada en el derecho común y no en la LRT.

³⁷ *Responsabilidad Civil por Actividades Riesgosas o Peligrosas en el Nuevo Código*, LL 2015-D-993, punto IV.f.

en vigencia. Dispone que responden aquellos que realizan la actividad peligrosa, se sirven u obtienen provecho de ella, por sí o por terceros.

Según un autor, la responsabilidad recae sobre quien

“...genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa... [la cual] puede presentar una proyección espacial y temporal lo suficientemente amplia como para posibilitar la imputación a más de un posible obligado a resarcir, en forma concurrente. Todo aquel que intervenga en la realización de la actividad riesgosa, sea o no su último ejecutor, o más aún, aunque éste sea desconocido, debe responder frente a la víctima, obtenga o no un beneficio con dicha actividad, pues el fundamento de la obligación de resarcir radica en la creación del riesgo y no en una contrapartida por el beneficio experimentado.”³⁸

Para Zavala de González, responde todo aquel que ha generado la actividad, introduciendo en el medio social el riesgo que es anexo a ella, adquiriendo, por lo tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control a fin de evitar que ese peligro se actualice en daño, con independencia de que obtengan provecho de la actividad y que sean los ejecutores finales de la misma.³⁹

Para otra autora, hay que tener presente que la responsabilidad se endilga a quien introduce la actividad riesgosa en el medio social, debiéndose interpretar la última alusión de la norma al legitimado pasivo (“quien obtiene provecho de ella”) sin perder de vista aquella circunstancia, que es la que genera el deber de control. De otro modo se podría llegar a responsabilizar a personas que obtienen provecho indirecto de una actividad peligrosa sin haber participado en su producción⁴⁰. Por ello, concluye que

“...responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho, resultando necesario establecer la relación entre el o

³⁸ PIZARRO, *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*, T. II, ps. 169/170; ídem, *Responsabilidad Civil por Actividades Riesgosas o Peligrosas en el Nuevo Código*, LL 2015-D-993, punto IV.d.

³⁹ *Responsabilidad por Riesgo. El Nuevo Artículo 1113*, p. 225.

⁴⁰ CERUTTI, *ob. cit.*, p. 339.

los sindicatos como responsables, con la actividad, para determinar quiénes fueron los que generaron la introducción del riesgo y el correspondiente deber de cuidado, supervisión y control de la actividad...”⁴¹.

Se invoca como ejemplo el caso de una persona que vende bebidas en un pequeño kiosco montado cerca de un estadio donde se desarrolla un espectáculo musical, ya que es indudable que se beneficia con la afluencia de público al cual vende esas bebidas. Quien planteó la cuestión fue TALE, agregando otros interesantes supuestos que mueven a la reflexión, para concluir recomendando que se eliminara la referencia a quienes “obtienen provecho” de la actividad peligrosa, ya que la doctrina nacional ha circunscripto la legitimación pasiva a quienes realizan o generan la actividad, mientras que el derecho comparado solo hace responsable a quien la *realiza*⁴².

Los otros ejemplos que trae TALE merecen ser referidos, sumándole algunos propios. ¿Responden por los daños sufridos durante un espectáculo masivo de rock, los presentadores, los iluminadores, los sonidistas, etc.? ¿Es responsable el periodista profesional que relata un partido de fútbol, por los daños ocurridos en el estadio? ¿Y el medio de comunicación para el cual trabaja? ¿Y quienes imprimen las entradas? ¿La empresa que vende materiales a quien construye un edificio, por el daño derivado de la construcción en altura? Es claro que obtienen beneficio económico de esas actividades. ¿Los propietarios de inmuebles responden por el daño ocasionado por la excavación realizada en la calle por parte de una empresa de servicios públicos para instalar las cloacas, gas, electricidad, etc.? Se refiere a la excavación hecha fuera del inmueble; en la calle. Es indudable que aquellos se benefician con esas obras, como también lo hacen los ocupantes de los inmuebles a cualquier título. ¿Todos responden? ¿Acaso concurrentemente por el total del daño?

⁴¹ *Ídem*, p. 342, énfasis añadido.

⁴² *Observaciones y Propuestas de Modificaciones en el Capítulo de la Responsabilidad Civil (Libro II, Título V, capítulo 1) del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, punto “A” (disponible en la URL http://ccyn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigo/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf).

Los autores que hemos analizado prefieren aludir a la “titularidad” de la actividad, o a su “control y supervisión”⁴³, enfatizando que la responsabilidad es de quien introduce la actividad en el medio social. Pero lo cierto es que el art. 1758 CCyC establece que responde quien “la realiza, se sirve u obtiene provecho”, de modo que también hay margen para interpretar que con una sola de esas condiciones alcanza para ser legitimado pasivo.

De hecho, Pizarro escribe que

“Se sirve u obtiene provecho de la actividad riesgosa quien satisface a través de la misma un interés patrimonial o extra-patrimonial. A menudo quien realiza la actividad riesgosa es quien se sirve u obtiene un provecho de ella. Pero puede ello no ser así y aparecer ambas calidades disociadas. En tal caso, ambos responden”.

Agrega que no importa que la ejecución de la actividad riesgosa sea realizada de manera directa por el agente o valiéndose de auxiliares, colaboradores, dependientes o sustitutos. Finalmente, añade que el responsable debe intervenir activamente en la realización de la actividad, o bien debe servirse u obtener provecho de aquélla⁴⁴.

Me parece humildemente que el único modo de evitar endilgar responsabilidad en casos como los ejemplos que da TALE⁴⁵, es interpretar que cuando el art. 1758 CCyC alude a quien “se sirve u obtiene provecho” de la actividad peligrosa, se está refiriendo a quien interviene en su realización a través de terceros (auxiliares, colaboradores, sustitutos, etc.). De modo que de alguna manera encarga la realización de la actividad a otros, para beneficio o provecho suyo –que puede ser patrimonial o no-. De esta manera, es compartible atribuirle responsabilidad porque sí ha participado activamente en su realización, aunque no en forma directa.

⁴³ Por ejemplo, GALDÓS, *El Riesgo Creado y la Actividad Riesgosa...cit.*, RDD 2012-3, p. 375.

⁴⁴ *Responsabilidad Civil por Actividades Riesgosas o Peligrosas en el Nuevo Código*, LL 2015-D-993, punto IV.d.

⁴⁵ Entre muchísimos otros que podrían imaginarse.

6. Responsabilidad de Integrantes y Administradores de Personas Jurídicas.

Por otra parte, vale la pena mencionar que en el último artículo que citamos de Pizarro, aclara que a pesar de postular que responden quienes realizan la actividad por intermedio de terceros, opina que los accionistas de una sociedad anónima no responden por los daños generados por actividades peligrosas que realice la misma⁴⁶. La solución contraria podría conspirar contra la realización de variados emprendimientos empresarios por parte de quienes legítimamente pretenden limitar el riesgo que asumen al aporte que hacen a la sociedad de la que forman parte –y al patrimonio de la misma–.

Tampoco habría razones para que sí respondieran los integrantes de otras entidades con personalidad jurídica propia. No solo las otras sociedades comerciales de capital sino también las sociedades comerciales “de personas”, ya que la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que en esos casos tienen los socios proviene de las normas societarias⁴⁷, y no de la regla de la responsabilidad por actividades riesgosas.

Tampoco habría motivos para no eximir de responsabilidad a los integrantes de otras personas jurídicas como ser las asociaciones civiles, cooperativas, mutuales, etcétera. Lo contrario podría generar un verdadero caos, y desalentar la participación en organizaciones de bien común como las nombradas. Además, en ese tipo de personas jurídicas es mucho más difícil entender que los integrantes obtienen un provecho de la actividad que realizan aquéllas.

Hasta aquí va dicho que comparto la conclusión de Pizarro – que he extendido a otros casos–, pero no puedo dejar de mencionar que el art. 1758 CCyC tiene semejante laxitud, que habrá que buscar buenos argumentos para sostener que los miembros de las personas jurídicas no responden por las actividades riesgosas que éstas desarrollan. Dicho autor no brinda el basamento de su opinión, y es inocultable que al menos los socios de las sociedades comerciales buscan obtener beneficios económicos a partir de las actividades que desempeñan esas personas jurídicas.

⁴⁶ *Ob. cit.*, LL 2015-D-993, nota 40.

⁴⁷ Arts. 125, 134 y 141 ley 19.550.

Entiendo que el fundamento jurídico para sostener que los integrantes no responden lo da el segundo párrafo del art. 143 CCyC: “Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”. Ese título prevé el supuesto de la extensión de la responsabilidad a ciertas personas en casos de inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 144 CCyC), cuyos presupuestos fácticos no se cumplen con la sola existencia de un daño derivado de una actividad riesgosa realizada por la persona jurídica. En cuanto a la ley especial, se trata de la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los arts. 125, 134 y 141 de la ley 19.550.

Los administradores de las sociedades comerciales y de cualquier persona jurídica tampoco responden por la actividad riesgosa llevada a cabo por la sociedad, ya que está previsto que su responsabilidad civil hacia la sociedad, los socios o miembros y los terceros tiene base subjetiva (art. 160 CCyC y art. 59 ley 19.550). Además, los administradores no son quienes realizan la actividad por intermedio de la sociedad, sino que simplemente dirigen y administran la sociedad, pero la que actúa es ésta.

7. Conclusiones.

1) El requisito de que la actividad sea riesgosa, previsto en el art. 1757 CCyC, permite interpretar que aquélla tiene que tener una aptitud de causar daños frecuentes o graves, lo que no viene demostrado con la producción del daño, sino que tiene que poder predicarse esa cualidad en forma previa.

2) Cuando el art. 1758 CCyC alude a quien “se sirve u obtiene provecho” de la actividad peligrosa, se está refiriendo a quien interviene en su realización a través de terceros (auxiliares, colaboradores, sustitutos, etc.), en vez de hacerlo en forma directa. De modo que de alguna manera encarga la realización de la actividad a otros, para beneficio o provecho suyo –que puede ser patrimonial o no-. Sin esa interpretación, la legitimación pasiva alcanzaría límites demasiado bastos.

3) Los miembros de personas jurídicas y sus administradores no responden en forma directa por el daño ocasionado por la actividad riesgosa que aquéllas desarrollan.



EL CONTRATO DE CORRETAJE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ¿UNIFICACIÓN?

Federico López Lavoine

1. Etapa previa al dictado del nuevo Código Civil y Comercial.

Para simplificar el abanico normativo que existía en forma previa al dictado de este código unificador del derecho civil y comercial, mostraremos que el contrato de corretaje encontraba su regulación en el Código de Comercio (Libro Primero – De las personas del Comercio – Título IV – De los Agentes y Auxiliares del Comercio – Capítulo I – De los corredores – arts. 88 a 112).

El decreto ley 20.266/1973 regía para la actividad del Martillero.-

La ley 23.282 de 1985 modificó las condiciones habilitantes para el ejercicio profesional de los corredores.

Posteriormente la llegada de la ley 25.028 derogó las normas que regían este contrato en el Código de Comercio y modificó el decreto ley 20.266/1973 insertando normas aplicables a los corredores.-

Paralelamente las provincias dictaron normas que regulaban las actividades de martilleros y corredores de comercio.

Específicamente en nuestra provincia de La Pampa se dictó la Ley Provincial N° 861/85.

2. Sanción del Nuevo Código Civil Y Comercial.

La reciente creación normativa introduce el Contrato de Corretaje en los artículos 1345 a 1355.

Sin perjuicio de ello, estas normas continúan conviviendo con otras no derogadas del decreto ley 20.266/1973 (el nuevo código

derogó únicamente los arts. 36,37 y 38) y con las normativas locales de los estados provinciales.

En cuanto a la colisión de las normas provinciales con las normas nacionales, los doctrinarios Dr. Francisco Junyent Bas y la Dra. Silvina Izquierdo refieren en cuanto a las normas provinciales que "...conforme lo establece el art. 31 de la Constitución Nacional y ha sido materia de debate jurisprudencial, se encuentran subordinadas al principio de supremacía constitucional (Corte Suprema de Justicia de la Nación; 24/11/1998, Diehl, José s/solicita inscripción)...".

3. Concepto.

El art. 1345 del CCCU lo define:

"Hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes."

Conceptualizado en un acuerdo entre el comitente y el corredor, a través del cual este último se obliga mediante retribución a buscar la persona o cosa necesaria para llegar a la conclusión de un negocio proyectado por el comitente.

Dos contratos diferentes se ligan en forma estrecha.- Uno de ellos el que celebran comitente y corredor; y el restante el que celebran las partes.

El primero es el contrato de corretaje , donde una persona se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.- Como contrato tiene los caracteres de bilateral, oneroso, consensual, típico de colaboración gestoría no representativa, aleatorio, y no formal.

El segundo contrato es cuando las partes aceptan y realizan el negocio en cuestión; donde aquí como observaremos, nace el derecho a percibir una comisión.

El corredor es un oficial público que debe cumplir requisitos de idoneidad, inscripción, y prestar juramento.- De allí que su actividad sea profesional, indelegable, imparcial y autónoma.

La obligación que asume es de medios y el pago de la comisión está condicionado a la obtención del resultado pretendido por el cliente.

El art. 1346 pone de resalto la necesidad de que para que exista contrato de corretaje el corredor (persona humana o jurídica) debe estar habilitado para el ejercicio profesional del corretaje.

Para matricularse, deberá ser la persona humana mayor de edad, tener buena conducta, poseer título universitario, domiciliarse en el lugar donde se quiere ejercer y constituir garantía.

Las personas jurídicas deben tener por objeto exclusivo las operaciones de corretaje y deben ser integradas por profesionales.

Nuestra jurisprudencia provincial ya se había expedido en este sentido entendiendo que esta exigencia es de orden público y si el juez examina que no se prueban los extremos de matriculación del corredor debe rechazar toda pretensión al cobro de una comisión demandada judicialmente (autos: “Arias, Rafael c/Crova, Carlos Alberto Lucas S/Cobro ordinario de pesos” Expte. N° 3456/06 r.C.A., Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la provincia de La Pampa).

4. Obligaciones del corredor.

Aquí se transcribirá el art. 1347 que establece las obligaciones del corredor para luego referirme puntualmente a una obligación que subsiste legislada y a otra obligación derogada pero que a mi entender perdurara por las razones que se esgrimirán.-

Artículo 1347.- Obligaciones del corredor. El corredor debe:

a) asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar;

b) proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes;

c) comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio;

d) mantener confidencialidad de todo lo que concierne a negociaciones en las que interviene, la que sólo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente;

e) asistir, en las operaciones hechas con su intervención, a la firma de los instrumentos conclusivos y a la entrega de los objetos o valores, si alguna de las partes lo requiere;

f) guardar muestras de los productos que se negocien con su intervención, mientras subsista la posibilidad de controversia sobre la calidad de lo entregado.

A esta enumeración debemos añadir lo que establece el art. 35 del decreto ley 20.266/73; pues este artículo no fue derogado. El mismo establece:

“Los corredores deben llevar asiento exacto y cronológico de todas las operaciones concluidas con su intervención, transcribiendo sus datos esenciales en un libro de registro, rubricado por el Registro Público de Comercio o por el órgano a cargo del gobierno de la matrícula en la jurisdicción.”

Los autores del *Manual de Derecho Comercial*, Dres. Juan José Zandrino y Patricio Tomás McNerny en lo que respecta a los libros que deben llevar los corredores, nos ilustran:

“...Por su actividad intermediadora es necesario que el corredor lleve dos libros especiales con las formalidades exigidas para los libros de comercio. Estos le permitirán ofrecer a las partes un medio de prueba respecto a la realización del acto de corretaje y de las condiciones del negocio principal en el cual el corredor medió.- En dichos libros se asentarán las operaciones que se realicen, debiendo contener: nombre, apellido y domicilio de los contratantes; según corresponda: la ubicación de los bienes inmuebles o la especificación, cantidad, calidad y precios de los bienes muebles; el monto de la operación; el plazo y las condiciones de pago y todas las circunstancias ocurrentes que puedan contribuir al mayor esclarecimiento del negocio.

Son libros obligatorios los siguientes:

- Libro Manual: es semejante a un borrador, donde se anotan, inmediatamente después de concluidas, todas las operaciones en que interviene el agente. No es necesario que esté encuadernado pero sí foliado y los asientos deben realizarse en riguroso orden cronológico.-
- Libro de Registro: esta sujeto a las formalidades impuestas a los libros de contabilidad de los comerciantes. Todas las operaciones asentadas en el Manual deben ser trasladadas diariamente al Registro.

Sólo el Libro de Registro hace prueba en juicio, dado que sus formalidades aseguran la autenticidad de sus constancias, y en él se deben fundar los certificados y las minutas que el corredor expida. Sin embargo, en caso de diferencias entre el Libro Manual y el Registro se los apreciarán en un pie de igualdad, sujetos a las reglas de la sana crítica...”¹

Mientras que fue derogada la obligación del corredor de corroborar los títulos, inscripción de dominio, gravámenes, embargos, restricciones y anotaciones, como también inhibiciones o interdicciones, que se encontraba legislada en el inc. c del art. 36 del decreto ley 20.266/73. Este artículo 36, conjuntamente con el 37 y 38 de la misma ley, repetimos, si fueron derogados. Y este inc. c, no fue reproducido en el nuevo art. 1347 del CCCU.

Si como expresáramos anteriormente el corredor ejerce una actividad profesional; su actividad diligente esta dirigida a la celebración de un contrato perfecto entre las partes que vincula.- Mal podrá dejar de lado el corredor la obligación que establecía el inc. c del art. 36 del decreto ley 20.266/73.-

Es decir, esta obligación esta subsumida dentro de las obligaciones que establece el art. 1347 del CCCU y ningún corredor matriculado, en opinión de quién suscribe el presente, podría escudarse en su derogación para justificar la omisión de su cumplimiento.

¹ ZANDRINO Juan José - MC INERNY, Patricio Tomás, *Manual de Derecho Comercial Contratos*, La Ley, Buenos Aiers, 2011, pág.41.

5. Comisión.

No conteniendo este trabajo la ambición de abordar el comentario de todos los artículos que desarrolla el código; sino destacar los aspectos más relevantes a mi criterio. Pasaremos al art. 1350:

“*Comisión.* El corredor tiene derecho a la comisión estipulada si el negocio se celebra como resultado de su intervención. Si no hay estipulación, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realiza su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez.”

Dogmáticamente se establece que para que el corredor tenga derecho a cobro de la comisión se requieren dos requisitos:

1.- Que se haya producido la conclusión del negocio.- La excepción es el art. 1352 inc. c del CCCU que más adelante se transcribe.

2.- Que medie relación de causalidad entre la actividad del corredor y la conclusión del contrato.²

En la provincia de La Pampa la Ley N° 861 dedica su Capítulo XV a regular los aranceles y las normas que lo rigen tanto a Martilleros como a Corredores (arts. 90 a 97; también los arts. 106 y 107 correspondientes al Capítulo XVI). Como puntos salientes establece la nulidad de todo o pacto que disminuya los aranceles que se fijan; la obligación del comitente de responder por todos los honorarios cuando la operación se realiza sin su intervención pero durante la vigencia de su autorización, la acción ejecutiva para demandar honorarios o comisión cuya exigibilidad surja de contrato escrito o de actuaciones judiciales, entre otros.

Algunas pautas ha brindado la jurisprudencia de la provincia de La Pampa en cuanto al derecho a cobro de la comisión, observemos:

² Sobre el particular se desarrolla el fallo: “Schcolnick, Martha Ruth c/Irondo, Gladys Mabel y Otros s/Ordinario”, E.D. 16/4/2001,p.5

- “Para resolver el derecho al cobro de comisión es necesario indagar sobre la actividad de acercamiento de las partes y la eficacia del negocio y también, si la actividad de intermediación le fue solicitada a quién reclama la comisión”³.
- “No se puede pretender honorarios por corretaje, si no se acreditó la autorización para la venta del inmueble, como así tampoco los restantes requisitos contemplados por el art. 95 de la ley 861.”⁴
- “En definitiva, el apelante no probó su participación eficaz en la operación de venta que nos ocupa. Es ilustrativo para el caso que tratamos lo dicho por la CNCom., Sala A, en el fallo siguiente. “No tiene derecho a comisión el corredor que en una fecha muy anterior ofreció el inmueble, pero no así su intervención directa o indirecta al tiempo en que se realizó la operación... No se debe la comisión al corredor con cuya intervención no logra celebrarse el contrato, que luego se concluye por intermedio de otro corredor... El corredor no tiene derecho a comisión si la operación no se realiza con su intervención directa, aún cuando luego y en definitiva se celebre... El corredor no tiene derecho a cobrar comisión si la operación se realiza sin su intervención, luego de vencido el plazo de la autorización y por precio diferente (ED 59-389)”⁵.

En un sentido protector del cobro de comisión, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de

³ Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, Sala 2 – Dres. Mazza – Forastieri – caratula: Quinteros de Del Rio C/Costilla Enrique y otro s/Cobro sumario de pesos, N° 8751/98, Fecha 29/9/98

⁴ Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, Sala 2 – Dres. Galeano– Forastieri – caratula: Burgos , Jorge Juan c/Susana Mirtha Diab de Charuf y otra s/ordinario, N° 7153/95, Fecha 15/6/95.

⁵ Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la provincia de La Pampa, autos: “Negrotto, Guillermo Luis C/Fagin, Juan Jose S/Cobro Ordinario de pesos” Expte. N° 2712/03 r.C.A.

Mendoza, en los autos. “Drozd, Carina c/Batagliese, Juan Enrique S/Cobro de pesos” estableció que: “... Cuando las partes del negocio principal no acuerdan el contrato en forma inmediata a las gestiones del mediador, sino que difieren dolosamente la conclusión para un momento posterior, la comisión igualmente se debe pagar...”

6. Pautas incluidas en el Código Civil y Comercial.

El código civil y comercial luego trata la intervención de uno o varios corredores (art. 1351), la obligación de pagar comisión (art. 1352) y la ausencia de obligación al pago de comisión (art. 1353).-

Artículo 1351.- *Intervención de uno o de varios corredores.* Si sólo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1346. No existe solidaridad entre las partes respecto del corredor. Si interviene un corredor por cada parte, cada uno de ellos sólo tiene derecho a cobrar comisión de su respectivo comitente.

Artículo 1352.- *Supuestos específicos de obligación de pagar la comisión.* Concluido el contrato, la comisión se debe aunque:

- a) el contrato esté sometido a condición resolutoria y ésta no se cumpla;
- b) el contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto;
- c) el corredor no concluya el contrato, si inicia la negociación y el comitente encarga su conclusión a un tercero, o lo concluye por sí en condiciones sustancialmente similares.

Artículo 1353.- *Supuestos específicos en los que la comisión no se debe.* La comisión no se debe si el contrato:

- a) está sometido a condición suspensiva y ésta no se cumple;
- b) se anula por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor.

6. Gastos.

Por último, el art. 1354 del CCCU establece que el corredor no tiene derecho al reembolso de gastos, salvo pacto en contrario.

El texto los extiende aún para los casos donde la operación encomendada no se concrete.

Frente a la norma, será tarea de los corredores, suscribir contratos de corretaje que dejen establecido expresamente, que el comitente debe asumirlos.

7. Conclusión.

Partiendo de la base que siempre es notablemente más sencillo elaborar críticas que colocarse en la enorme tarea de hacer y crear.

Vierto mi opinión y expreso que la pretensión unificadora del nuevo código, en lo que al contrato de corretaje se refiere, no ha sido feliz.

El derecho comercial, como en tantos otros institutos, sigue disperso en un sinnúmero de leyes que no quedan comprendidas en este nuevo marco de regulación. Entiendo que la velocidad y premura de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, lo privó de corregir errores que harían de la obra una creación más pulida y beneficiosa para los operadores del derecho.

■■■

JUDICIALIZACIÓN DE LA PERCEPCIÓN TRIBUTARIA. EL JUICIO DE APREMIO

Rubén Capdevielle

1. El Juicio de Apremio.

Agotada la vía administrativa de interpelación de pago al contribuyente deudor sin obtener satisfacción, el Fisco debe acudir a la instancia judicial, y la vía procesal para la ejecución forzada a esos fines es el juicio de Apremio.

En tal sentido, el art. 102 del Código Fiscal de la Provincia de La Pampa establece:

“El Fisco tiene facultad suficiente para exigir el pago, no efectuado en su oportunidad, de los débitos tributarios y sus accesorias, o de cualquier otra obligación escrita que proceda de valores adeudados al Tesoro Público por medio del procedimiento ejecutivo de apremio que se establece en el presente Título, el que regirá también para las ejecuciones que por esta vía entablen las Municipalidades y entes autárquicos”.

El proceso de apremio es una ejecución especial regulada en los arts. 102 a 136, aplicándose supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial (art. 135 CFP).

Pueden distinguirse en dicho juicio tres etapas:

1) interposición de la demanda con sustento en el título ejecutivo que en el juicio de apremio, se instrumenta en la denominada "boleta de deuda", cuyos recaudos están fijados en el art. 104 CFP. Verificados "*prima facie*" por el juez el cumplimiento de requisitos de admisibilidad de la pretensión, dicta despacho inicial ordenando la intimación de pago, embargo y citación para la defensa del ejecutado.

2) etapa que se encuentra supeditada a la reacción procesal que asuma el demandado. Si éste interpone las excepciones admitidas por

la normativa fiscal, el juez evaluará si abre la causa a prueba o resuelve con las constancias aportadas por las partes (cuestión de puro derecho), dictando resolución sobre el fondo de la cuestión controvertida. Si el accionado no deduce oposición o la defensa planteada es rechazada, el juez dicta sentencia de trance y remate.

3) Firme la sentencia que manda llevar adelante la ejecución, comienza la última etapa procesal. Consiste en todos aquellos actos procesales enderezados a la realización de aquellos bienes que en la litis fueron afectados con embargo ejecutivo, siempre que integren el patrimonio del ejecutado y en la proporción de dominio que le correspondiera, a los fines de hacer efectiva la pretensión crediticia reconocida en favor del Fisco.

Citado el demandado a juicio para que oponga su defensa, debe deducir en el plazo de cinco y en un mismo escrito, únicamente las excepciones enumeradas en el art. 114 CFP. Ahora bien, de todas las defensas allí enumeradas, la que más debates ha generado desde un tiempo hasta el presente, ha sido sin lugar a dudas, la excepción de prescripción liberatoria.

La defensa de prescripción, frustra la expectativa de cobrabilidad del ejecutante cuando se comprueba que el crédito que reclamaba, no resulta -en todo o en parte- judicialmente exigible. El transcurso del tiempo previsto en la ley ha determinado la liberación del contribuyente de verse obligado a afrontar el pago de determinados períodos impositivos.

2. Prescripción Tributaria en la Doctrina Judicial.

La línea jurisprudencial desarrollada en la materia fué perfilando una doctrina que ha determinado una notoria tensión dialéctica entre los tribunales y el ente recaudador estatal, particularmente sobre tres aspectos principales:

- 1) El plazo de prescripción;
- 2) la actividad administrativa suspensiva o interruptiva del cómputo del plazo;
- 3) el comienzo del plazo de prescripción.

3. La cuestión sobre el plazo de prescripción antes de la reciente reforma.

Cuando los ordenamientos especiales guardan silencio sobre el tema, es aplicable el Código Civil, y en este marco legal juega en principio el plazo de prescripción decenal (art. 4023)¹ Más, si la obligación en ejecución debía pagarse en plazos periódicos, corresponde computar el término de cinco años (art. 4027 inc. 3 C.Civil)². Siempre ha sido materia de discusión lo relativo al plazo de prescripción y las potestades de la autoridad provincial o municipal para establecerlo al margen de las disposiciones de la legislación nacional (Código Civil).

La CSJN fue fijando postura en ello y sostendría que las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materia de derecho público local³.

Esta posición de la CSJN cobró decisiva importancia en la provincia de La Pampa porque tanto el Código Fiscal Provincial (art. 135 t.o. 2006) como la Ley N° 1597 Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento (art. 161), establecían un plazo decenal. Los antecedentes judiciales como el caso "Filcrosa"⁴ fue receptado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial en ambas salas⁵, doctrina luego seguida por todos los tribunales inferiores, acogiendo favorablemente el planteo liberatorio del ejecutado por entender que el término de 10 años excedía la normativa de fondo entonces vigente

¹ Art. 4023 C.C: Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.

² Art. 4027 inc.3 C.C.: Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos.

³ CSJN, Fallos, 175:300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209; 320:1344; entre otros.

⁴ CSJN; Fallos 326:3899; 30/09/2003.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, Municipalidad de Toay c/ Biscayart s/ Apremio"; Expte. 12314 reg. C.Apel.S.R.)

(cit. art. 4027 inc. 3 del Código Civil), declarando por ello la inconstitucionalidad de la normativa tributaria local, haciendo prosperar la defensa de prescripción de aquellos períodos reclamados que excedían el plazo quinquenal.

Ello determinó que hacia fines de 2005 la Legislatura Provincial modificara aquellas disposiciones reduciendo el plazo decenal a quinquenal⁶.

Así, la reforma legislativa provincial, acoplándose al plazo de la normativa de fondo, zanjó definitivamente la diferencia de criterio en el término de exigibilidad que dividían la interpretación a órganos jurisdiccionales por un lado y recaudatorios (DGR - Municipios; etc), por otro, fijando el plazo quinquenal de prescripción liberatoria en materia tributaria.

4. La cuestión sobre la actividad del ente recaudador en sede administrativa y sus efectos sobre el plazo de prescripción.

Conforme lo establecido por la normativa fiscal, toda actividad administrativa llevada adelante por el organismo recaudador tendiente a percibir del contribuyente los montos adeudados, tenían por efecto la interrupción del curso del plazo de prescripción. Esta postura se vio significativamente morigerada por la jurisprudencia local quien entendió que sólo el reconocimiento expreso del deudor (ej: presentándose en sede administrativa pagando el gravamen o solicitando un plan de facilidades de pago, etc.), tenían por efecto interrumpir el plazo de prescripción. Los demás actos llevados adelante en sede administrativa (ej: intimar de pago mediante carta documento al contribuyente, actualizaciones del monto de la deuda tributaria, etc.), sólo tenían por efecto por única vez y por un año, la suspensión del curso del plazo de prescripción (arg. art. 3986 C.Civil).

Esta doctrina, reafirmada en el caso "DGR c/ Vázquez s/ Apremio"⁷; entre muchos otros que le siguieron, si bien no se cristalizó en una modificación legislativa del ordenamiento fiscal, quedó

⁶ Reforma art. 135 C.Fiscal: publicado B.O. 18/11/2005.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, "DGR c/ Vázquez s/ Apremio" Expte. 13175/05, reg. CASR.

consolidada ante el consentimiento del Fisco Provincial que haría propio estos argumentos en lo sucesivo, siendo a su vez continuada mayoritariamente por los tribunales de grado.-

5. La cuestión sobre cuándo comienza el plazo de prescripción quinquenal.

A diferencia de los dos tópicos tratados con anterioridad, la presente cuestión mantiene actualmente estado controversial. Para abordar la misma es imprescindible transcribir el actual art. 138 CFP, el cual expresa:

"Los términos de prescripción de las facultades y poderes (de la DGR para determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales) comenzarán a correr desde el 1 de enero siguiente al año al cual se refieren las obligaciones fiscales, excepto para las obligaciones cuya determinación se produzca sobre la base de declaraciones juradas de período fiscal anual, en cuyo caso tales términos de prescripción comenzarán a correr desde el 1 de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas e ingreso del gravamen..."

5.2. Posición de los tribunales.

Los tribunales de grado sostienen que el art. 138 CFP establece modos de interrupción y cómputo del plazo de prescripción que resultan antagónicos con la normativa del derecho de fondo (Código Civil), ordenamiento legal éste que es el que debe regir al respecto, incluso, en cuanto al comienzo del curso del plazo liberatorio. La forma de computar el inicio del plazo de prescripción establecido en el dispositivo fiscal, no hace otra cosa que alterar por vía de normativa local no habilitada para ello, los plazos de prescripción establecidos en forma exclusiva y excluyente por la legislación de fondo, determinando en definitiva que en los hechos, un plazo supuestamente quinquenal termine extendiéndose mucho más allá del término legal establecido, lo cual resulta jurídicamente inadmisibles. Los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde

a la legislación común; las provincias no pueden dictar leyes que resulten incompatibles con esas normas de fondo y en desconocimiento de la jerarquía normativa, pues ello implicaría un apartamiento de la delegación de facultades que las provincias hicieron hacia la Nación (arts. 31, 121 y concs. Constitución Nacional).

5.2. Posición de la Administración Pública

Se agravia de tales argumentos por entender que la relación jurídica tributaria pertenece al ámbito del Derecho Público Provincial y por lo tanto, le son aplicables sus propias normas, para el caso, el Código Fiscal Provincial (art. 137 y concs). Considera que no puede cercenarse a las provincias la facultad de regular lo atinente a uno de los modos de extinción de las obligaciones tributarias como lo es, el instituto de la prescripción, tanto sea en lo relativo a su plazo como al comienzo del cómputo del mismo, pues ello implicaría desconocer la importancia que tiene para la administración local la obtención de recursos y la limitación de su potestad regulatoria en materia tributaria no delegada a la Nación. La postura estatal se apoya en el principio de la autonomía del derecho tributario, y por lo tanto, sólo de un modo supletorio o subsidiario puede tener influencia la legislación de fondo, que rige relaciones de derecho privado como en el caso, el Código Civil de la Nación.

A su entender, las normas del Código Fiscal fueron dictadas en uso de facultades que los gobiernos locales reservaron para sí y no delegaron en favor de la Nación. Su aplicación obligatoria resulta del carácter de estricto orden público que detentan las mismas y su apartamiento por parte de los jueces importa franca violación al principio de aplicación del derecho vigente a cada caso en particular.-

5.3. Criterio de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa

Conforme el desarrollo argumental de una y otra postura con el correr de los casos, el Tribunal de Alzada fue adoptando una posición de gradual desestimación de los argumentos del ente recaudador, tanto en el modo de interrumpir el cómputo del plazo, como en cuanto al modo de comenzar a contar el término de

prescripción; partiendo de una "inaplicabilidad" del art. 137 del C.Fiscal (t.o.2006), hasta concluir en una "inconstitucionalidad" de la citada norma.

Así en lo que respecta a lo primero –inaplicabilidad- sostuvo:

"Deberá tenerse en cuenta ... la inaplicabilidad del art. 137 del Código Fiscal en cuanto establece modos de interrupción de la prescripción que resultan antagónicos con la normativa del derecho de fondo, tal como se resolviera en la causa Nro. 13289/05 r.C.A....⁸; en cuanto a lo segundo – inconstitucionalidad- afirmó: "... esta Cámara ha resuelto en la causa N° 14956/08 que el modo de comenzar a contar el término de prescripción previsto por el art. 137 del Código Fiscal, resulta contradictorio con lo normado por el art. 3956 del Código Civil, según el cual, en las obligaciones personales el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha del título de la obligación (tal como se concluyera en la causa 14614/07),,, entonces luego de marzo del año siguiente de hacerse efectivo el anticipo, con la presentación de la declaración jurada -o ante su ausencia mediante el respectivo procedimiento- que la ejecutante estuvo en condiciones de perseguir ejecutivamente el impuesto, sin resultar menester para ello agregar nueve meses más para comenzar el cómputo de la prescripción, como dispone la normativa fiscal. En esto último es entonces la norma provincial claramente inconstitucional por oponerse a lo normado por el art. 3956 del Código Civil en violación al orden jerárquico normativo consagrado por el art. 31 de la Constitución nacional, lo que así cabe considerar en autos, en consonancia con aquellos antecedentes, firmes a la fecha".⁹

⁸ Inaplicabilidad del Art. 137 C.F.: (Sala I; 10/04/06; in re: "Municipalidad de Santa Rosa c/ Burgos s/ Apremio y Medida Cautelar"; Expte. 13327/05, r.C.A.; entre otros

⁹ Inconstitucionalidad del art. 137: (Sala 1, 14/09/2009; in re: "Dirección General de Rentas c/ Martínez Alberto Jesús s/ Apremio"; Expte. N° 15301/09, r.C.A.; "DGR c/ Alomar"; Expte N° 16272/10; r.CA; entre otros).

5.4. Otros criterios en alzada y en la doctrina.

Esta posición es diametralmente opuesta con la adoptada por otros Tribunales en casos análogos, en donde la Corte Bonaerense afirmó que:

"La indicación del punto de partida de los plazos de prescripción de impuestos locales no se opone a la supremacía que el art. 31 C.N. confiere a las leyes de la Nación ni vulnera ninguna de las garantías que reconoce la Carta Magna. Por el contrario son facultades ejercidas por la Provincia en la parte del poder que se ha reservado (arts. 121/122), lo que además resulta razonable por el interés público comprendido en la percepción de los recursos fiscales... quien tiene la facultad de crear la obligación tributaria está habilitado para regular la forma de su extinción"¹⁰

Por su parte la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires, sostuvo:

"(...) el derecho tributario es una rama autónoma del D.Público y por expresa atribución constitucional, es de exclusivo resorte de las autoridades locales. En principio, no se aplican las normas del C.Civil, las cuales sólo regirán en caso de analogía previsto en el art. 16 Código Civil, ... es inaceptable limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del C.Civil... La delegación que han hecho las provincias en la Nación para dictar los códigos de fondo sólo significa que aquéllas han querido un régimen uniforme en materia de derecho privado, resultando excesivo interpretar que han tenido voluntad de limitar las facultades de derecho público del que no se han desprendido..."¹¹

Por citar doctrina en esta línea: ver Gladys V. Vidal en Periódico Económico Tributario "La Ley" del 14/05/2004, pág.2; y Juan F. Doglioni en el Diario "La Ley" del 03/06/2004.-

¹⁰ SCJBA. "Municipalidad de Vicente López c/ Maitini y Sinaí S.A. s/ Apremio"; 31/03/98, JUBA

¹¹: Cám. Contencioso Adm.y Tributario de Bs.As.: "Sociedad Italiana de Beneficencia; Sala I; fallo del 7/6/2004).

5.5. La cuestión en la Provincia de La Pampa.

En La Pampa, desde el precedente "Filcrosa" y hasta el presente, los principales lineamientos de doctrina judicial en materia tributaria son:

- La amplitud de facultades que el Derecho tributario acuerda a las provincias se refleja en que éstas pueden crear los impuestos y, por esa vía, convertirse en "acreedores" frente al contribuyente que se ve sometido a la condición de deudor. Tienen, pues amplias facultades para crear obligaciones en las que los entes provinciales ocuparán la situación de un sujeto activo, pero esas obligaciones se regirán por las normas del derecho común, en cuanto a su forma de extinción. Y sobre ello no hay ya discusión a nivel jurisprudencial."¹²

-El reconocimiento de deuda del contribuyente -generalmente manifestado en el marco de una solicitud de financiación de pago en cuotas- importa un acto interruptivo de la prescripción liberatoria (art. 3989 CC), determinando el comienzo de un nuevo período de la obligación;

- Ello -claro está-, siempre que ese reconocimiento de deuda hubiere ocurrido antes del vencimiento del plazo de la prescripción, "...pues mal puede suspenderse o interrumpirse un plazo ya cumplido"¹³; dado que "la interrupción de la prescripción sólo afecta los plazos en curso, no los fenecidos"¹⁴, puesto que ese reconocimiento realizado con posterioridad al vencimiento del término de prescripción, resulta inocuo a esos fines.

- La intimación administrativa efectuada por el ente recaudador en forma extrajudicial tendiente a la percepción de la deuda devengada, importa un acto suspensivo del plazo de prescripción liberatoria por única vez y por un año, en los términos previstos en el art. 3986 del Código Civil y art. 140 inc.a Código Fiscal.¹⁵

¹²"DGR c/Mora" Expte. N° 16906 r.C.A.); "DGR c/CervelliniRanochia" N° 17465 r.C.A

¹³ CSJN, 22/05/97, La Ley, 1998-B,58

¹⁴ CNTrab, Sala II, 31/08/94, DT, 1994-B,2331

¹⁵ DGR c/ Vázquez", Sala I, 02/12/05, Expte. n° 13175/05 r.C.A

- En el caso de deuda por impuesto inmobiliario (básico/adicional ó urbano/rural) como del impuesto sobre los vehículos (patentes) la prescripción de la deuda comienza cuando la obligación es exigible, es decir, desde la fecha del título de la obligación, con clara referencia al período o cuota considerado.

-En el caso del impuesto sobre los ingresos brutos, la prescripción de la deuda comienza a computarse luego del vencimiento del plazo para presentar la declaración jurada (generalmente en el mes de marzo de cada año)-o ante su ausencia mediante el respectivo procedimiento-, por cuanto es a partir de esa oportunidad que el órgano recaudador está en condiciones de determinar el monto definitivo del impuesto y exigir su pago, no correspondiendo agregar nueve meses más para comenzar el cómputo de la prescripción, como dispone la normativa fiscal (art. 137 C.F.), pues ello resulta contradictorio con lo normado por el art. 3956 del Código Civil¹⁶

- la declaración unilateral de caducidad del plan de pago dispuesta por la ejecutante no posee los efectos interruptivos del plazo de prescripción, por lo que corresponde rechazar por inaplicable el actual art. 139 C.Fiscal en cuanto se opone a lo normado por el art. 3956 del Código Civil en violación al orden jerárquico normativo consagrado por el art. 31 de la Constitución Nacional.¹⁷

6. Código Civil y Comercial y Prescripción de las obligaciones tributarias locales.

A partir de un procedimiento de actualización y unificación de los anteriores códigos civil y comercial, el nuevo Código Civil y

¹⁶ DGR c/ Román"Expte. N° 14956/08 r.C.A.; 14/09/2009, la Sala 1 "DGR c/ Martínez"Expte. N° 15301/09 r.C.A.; *causa N° 14614/07*; mayo/2010, Sala 1 en autos: "DGR c/Rotelli"Expte. N° 15702/09 r.C.A., abril/2012; la Sala 2 en autos "DGR c/Sacks"Expte. N°16948/11 r.C.A), Expte. 18704/14, Sala 1; entre otros.

¹⁷ Sala 1 en fecha 08/10/10 en los autos "DIRECCION GENERAL DE RENTAS c/CARLOS C. GADEA E HIJOS S.A." (Expte. N° 15775/09 r.C.A.

Comercial de la Nación, promulgado el 7 de octubre de 2014 por Ley N° 26994, introduce significativas modificaciones. En lo que atañe al impacto de la reforma con respecto a la prescripción en materia tributaria corresponde transcribir el actual art. 2560C.C y C.N, cuyo texto expresa:

"Art. 2560. *Plazo genérico*. El plazo de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local."

De la lectura de la norma transcripta, se colige que el anterior término ordinario de prescripción decenal queda ahora reducido a cinco años en el ordenamiento unificado.

Ahora bien, en lo que respecta al tema aquí tratado, es decir, la aplicación en el juicio de apremio del instituto de la prescripción, cobra particular importancia la segunda parte de la norma, que como se aprecia, remite a la legislación local.

Una primera sensación es que se ha producido un cambio de paradigma, esto es, que la reforma se ha inclinado por una posición tributista, apartándose del antecedente "Filcrosa" con anclaje en el derecho común *iusprivatista*, conduciendo ahora la cuestión hacia las normas de Derecho Público Provincial y Municipal.

Pero a poco que se analiza el texto en el contexto del ordenamiento jurídico que resulta inserto, arribar a esa conclusión no parece tan concluyente y a decir verdad, contrario a ello, la disposición plantea ciertos interrogantes que justamente conducen a una solución distinta.

Las fuentes del nuevo texto lo constituyen el art. 4023 C.Civil y los arts. 844 y 846 del C. de Comercio,¹⁸ pero ajustado a un plazo más reducido -quinquenal- considerado más conveniente por razones de seguridad jurídica y a la realidad actual, obligando a los acreedores a

¹⁸ Art. 844 C.Com: La prescripción mercantil está sujeta a las reglas establecidas para las prescripciones en el Código Civil, en todo lo que no se oponga a lo que disponen los artículos siguientes. Art. 846: La prescripción ordinaria en materia comercial tiene lugar a los diez años, sin distinción entre presentes y ausentes, siempre que en este Código o en leyes especiales, no se establezca una prescripción más corta.-

ser más diligentes en su reclamo, so pena que la inacción libere al moroso.

No obstante ello, si bien es cierto que las fuentes del texto legal no son sino normas del derecho común privado armonizadas a los nuevos tiempos, también lo es que los impuestos provinciales (automotor, inmobiliario, ingresos brutos, etc) por su naturaleza se encuentran regidos por normas de derecho local -códigos fiscales- y a ellas remite el art. 2560 CCyC.

Si no abandonamos la doctrina "Filcrosa", esa parcela del art. 2560 del CCyC ¿no deviene inconstitucional?

El planteo es menos excéntrico de lo que parece. Ricardo Luis Lorenzetti, actual integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y uno de los tres juristas que encabezaron la Comisión de Reforma designada por decreto del P.E.N. 191/11, sostuvo en tal sentido:

"Sin lugar a duda se está en presencia de un conflicto de índole constitucional, dado que si la determinación de los plazos de prescripción fue una facultad delegada a la Nación, no puede ser restituida por ley (aun cuando fuere en un Código) a las provincias... El criterio decidido contradice la doctrina actual de la CSJN que mantiene su vigencia cuando dice que "la sentencia apelada debe ser revocada si se fundó, a efectos de llevar adelante una ejecución fiscal, en las normas provinciales... en lugar de las nacionales en materia de prescripción de las obligaciones tributarias locales, pues tanto en lo relativo a los plazos, como al momento de su inicio, y a sus causales de suspensión e interrupción, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, se rigen por lo estatuido por el Congreso de la Nación y, ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline, , su solución debe buscarse en el Código Civil, ya que no es un instituto del derecho público local sino un instituto general del derecho". Las normas reguladoras de la prescripción no son del derecho público provincial sino es una facultad delegada a la Nación y, por ende, deben ser reguladas en los códigos sustanciales.¹⁹

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Código Civil y Comercial de la Nación*; Tomo XI, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores; pág 350/352, con cita de fallo CSJN, 11-2-2014,

Como resulta impropio el tratamiento en abstracto de cuestiones vinculadas con la inconstitucionalidad, el análisis requiere metodológicamente ensayar algunas hipótesis.

Un reproche inicial de inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 2560 puede estar fundado en que dicha norma resulta contraria al mandato constitucional en virtud del cual es el legislador nacional quien debe fijar el plazo de prescripción, por lo tanto no le está permitido el reenvío de esa determinación al legislador local. Frente a ello, podría replicarse que el codificador no guardó silencio, en realidad se pronuncia en tal sentido remitiendo al código fiscal de cada provincia. Si a eso se suma, como ocurre en La Pampa, que el Código Fiscal Provincial establece que "Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción para el cobro judicial de los tributos y sus accesorias y multas por infracciones fiscales" (art. 137 t.o. 2010), la remisión termina anclando en una norma que no sólo se modificó en 2005 armonizando con la doctrina sentada en "Filcrosa" y la jurisprudencia local que la siguiera, sino que además, se ajusta al plazo residual u ordinario -también quinquenal- de la primera parte -no cuestionada- del art. 2560 del CCyC. En ese marco, la inconstitucionalidad no encuentra basamento de un agravio real, más allá de una técnica de remisión que, aunque mejorable, en lo sustancial no altera los parámetros fijados por la jurisprudencia consolidada.

Salvado con ello el reproche inicial, podría decirse además que la norma en crisis sólo se limita al "plazo" de la prescripción, por lo que los demás aspectos vinculados con el instituto, tales como el inicio del cómputo, su suspensión e interrupción, etc, quedan sujetos a la legislación de fondo, no correspondiendo una interpretación extensiva allí donde el dispositivo legal no prevé tal posibilidad.

¿Y si una reforma legislativa local reimplantara en el código fiscal el término de prescripción decenal para exigir el cobro de los impuestos adeudados y sus accesorias?

El reproche de inconstitucionalidad encontraría campo fértil en tales circunstancias. Si la reciente unificación de la legislación de fondo ostensiblemente abrevió los plazos en aras de favorecer la consolidación de situaciones jurídicas, es claro que modificarlos extensivamente importaría contradecir el espíritu del legislador y la

"Municipalidad de la ciudad de Corrientes c/ Hermann, Alejandro Enrique s/ Premio"; D.J. del 25-6-2014, p.31, entre otros antecedentes, según el autor.

doctrina "Filcrosa" cuya vigencia parece por el momento inalterable, y a partir de la cual se ajustó la exigibilidad de las deudas tributarias al término quinquenal que disponía el entonces art. 4027 inc. 3) del C. Civil.

Citamos recién el antiguo art. 4027 inc. 3) del Código Civil. Así como el anterior art. 4023 C.Civil encuentra correlato en el actual art. 2560, aquella disposición lo halla en el actual art. 2562 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación.²⁰

En tal marco, bien podría nuestro hipotético demandado dirigir el planteo de inconstitucionalidad del art. 2560 CCyC en cuanto allí el codificador remite inapropiadamente al plazo de prescripción fijado en legislación local no habilitada por mandato constitucional, y plantear además que resulta de aplicación -con relación a los períodos de deuda reclamados- el plazo de prescripción bienal del art. 2562 inc.c) CCyC, de redacción similar al citado art. 4027 inc. 3 del C. Civil, coincidiendo ambos que reducen el plazo ordinario fijado por la ley.

La solución del planteo ofrece aristas diversas que el nuevo articulado, en ciernes de aplicación, y con todo un desarrollo jurisprudencial y tratamiento doctrinal por delante, parece exceder los alcances del presente trabajo.

No obstante esta salvedad, diremos que en el estadio inicial de entrada en vigencia del texto unificado, se percibe que la aplicación del art. 2562 inc. c) del CCyC, fundada en el mero correlato de redacción con el antiguo art. 4027 inc. c) del C.Civil, no se aprecia como un factor decisivo, y no puede soslayarse que el codificador no optó por esa ruta normativa, contrario a ello, ancló su posición en el art. 2560, remitiendo a la legislación local. Otro elemento de ponderación lo constituye el hecho que la materia involucrada se trata de impuestos adeudados al erario cuya recaudación permite al Estado Provincial y a los municipios contar con recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines político-sociales, coadyuvando al equilibrio fiscal y presupuestario, y a esos efectos el plazo de cinco años para exigir a los contribuyentes morosos el pago de las deudas parece ajustarse más

²⁰ Art. 2562 CCyC: Prescriben a los dos años: a) ...b)... c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos... Art. 4027 inc.3 C.C.: Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos.

apropiadamente que el exiguo término de dos años, más afín con las obligaciones surgidas de relaciones entre particulares con prestaciones periódicas con plazos muy breves.

La trascendencia de la doctrina "Filcrosa" sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹, ratificada hasta nuestros días²², en lo sustancial afirma que en virtud de lo normado por el art. 75 inc. 12° de la Constitución Nacional²³, es atribución del legislador nacional -al dictar los códigos de fondo- regular los aspectos sustanciales del régimen general de las obligaciones y en consecuencia sus modos de extinción, estando vedado a los gobiernos locales dictar reglas incompatibles con las consagradas en aquellos códigos.

El Estado nacional, es quien ostenta la potestad de regular lo concerniente al vínculo obligacional entre acreedores y deudores, siendo la fijación del plazo de prescripción de las obligaciones, el modo de computarlo y las causales de suspensión e interrupción, conforme la regla de jerarquía normativa establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, si conforme ello los Estados Provinciales deben adecuar su regulación a las pautas establecidas en la legislación de fondo, la remisión a la legislación local que prescribe el art. 2560 CCyC, se da de bruce con estas pautas del Máximo Tribunal de la Nación, y plantea una verosímil sospecha de inconstitucionalidad.

Dicho de un modo más claro, si por mandato de jerarquía constitucional es el Congreso de la Nación -al legislar en materia de fondo- quien debe fijar los plazos de prescripción, tal potestad no es de naturaleza delegable, es un mandato "*intuitupersonae*", pues tiene en especial consideración la persona de derecho público erigido en

²¹ CSJN, Fallos 326:3899, CSJN, 30/09/03) y su progresiva consolidación al respecto (Fallos 332:616, CSJN, del 26/03/09, "Casa Casmma SRL"; Fallos 332:2108, CSJN, del 08/09/09, "Municipalidad de Resistencia"; SCBA, causa C. 81.253, del 30/05/07, "Cooperativa Provisión de Almaceneros Minoristas de Punta Alta"; Ac. 99.094, del 14/07/2010, "Fadra S.R.L. y otros"; Ac. 102.213, del 14/07/2010, "Escudero"

²² CSJN, *Municipalidad de Corrientes c/ Hermann, Alejandro Enrique s/ Apremio*; D.J. del 25-6-2014, p.31

²³ Atribuciones del Congreso. Artículo 75.- "Corresponde al Congreso:... Dictar los Códigos Civil, Comercial ... en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

mandatario exclusivo y excluyente de cualquier otro a esos fines. Aunque parezca pueril la expresión, "fijar el plazo de prescripción", quiere decir precisamente eso, fijar el plazo de prescripción, y ello no se cumple si el codificador remite al plazo que establezca otro legislador, pues al subdelegar no se cumple con el deber legal individualmente asignado, y toda otra interpretación por la que se pretenda convencer que en definitiva el Congreso Nacional ha fijado un plazo, sólo que lo ha hecho por vía de la remisión normativa del art. 2560, podrá con suerte configurar un bello juego de palabras, pero a fin de cuentas, no se ha cumplido con la manda constitucional en virtud de la cual y en correcta hermenéutica jurídica, el plazo de prescripción liberatoria debe encontrarse expresado en el texto mismo del Código Unificado (art. 75 inc. 12 C.N).

7. Impacto del art. 2560 CCy CN en el art. 137 del Código Fiscal

Conforme lo expresado hasta aquí, la impostura asumida por el Codificador en la redacción del art. 2560 compromete la constitucionalidad de la segunda parte de la norma. En tal contexto es dable preguntar si este juicio disvalioso se extiende al art. 137 C.F. por resultar este dispositivo la "legislación local" a la que el intérprete debe dirigirse por remisión legal.

Analizado ello en el estado actual de la legislación vigente, se concluye por la negativa.

1. Si la reforma veladamente propone un cambio de paradigma, conduciendo el instituto de la prescripción en materia impositiva, hacia una postura tributista, es claro que el art. 2560 al remitir a la legislación provincial el plazo liberatorio allí fijado, el dispositivo no resulta pasible de reproche y por lo tanto, mucho menos la normativa local a la que remite.-

2. Si por el contrario, más allá de la técnica legislativa empleada por el Codificador, el antecedente "Filcrosa" goza de buena salud, y por lo tanto la reforma no implica un apartamiento de su doctrina, manteniéndose el modelo iusprivatista con sustento en la jerarquía constitucional de los arts. 31 y 75 inc.12 de la C.N., tampoco el art. 137 del C. Fiscal Provincial resultaría alcanzado por juicio de reproche de infralegalidad alguno, toda vez que aunque se admitiera la

inconstitucionalidad de la remisión legal contemplada en el art. 2560 CCyC, el citado dispositivo local (art. 137 C.F.), vigente con mucha antelación a la promulgación del código unificado (diez años), contiene en sí mismo la doctrina del citado precedente de la CSJN, puesto que el primigenio plazo decenal fue precisamente reducido a cinco años en concordancia con aquél criterio del Máximo Tribunal de la Nación, acogido en el ámbito local por nuestro Tribunal de Alzada a partir de la causa "Biscayart", y consolidado mediante el pronunciamiento reiterado en numerosas causas judiciales que le siguieron -y hasta la fecha del presente trabajo-, en todos los casos, con expresa remisión al plazo quinquenal del entonces art. 4027 inc. 3) del C.Civil.

Dicho de un modo más claro, la doctrina "Filcrosa" está en el ADN del actual art. 137 del Código Fiscal, (art. 135; B.O. 18/11/2005), texto local precisamente reformado a la luz del antecedente de la Corte, en aras de alinear la norma local a ese precedente y a los principios de la Carta Magna, y por lo tanto, el sólo argumento esgrimido en la ilegal remisión dispuesta en la segunda parte del art. 2560 CCyC no puede servir de fundamento para la declaración de inconstitucionalidad de una norma que justamente, participa de la doctrina constitucionalista que se pretende mantener incólume.

7. Consideraciones finales.

En suma, aunque la norma remitente (art. 2560 CCyC) sea de dudosa constitucionalidad, la norma local remitida, (art. 137 C.Fiscal; t.o. 2010) no resulta alcanzada por ese juicio de sospecha en razón de su manifiesta afinidad con la doctrina "Filcrosa" de la CSJN, de la que participa con una vigencia de diez años con anterioridad a la promulgación del código unificado. Por ello, en la medida que el plazo de prescripción quinquenal del actual art. 137 del C. Fiscal no resulte en lo sucesivo modificado por el legislador local, dicha norma claramente resiste el test de constitucionalidad. Este delgado velo de intangibilidad normativa se constituye en garante de la admisibilidad legal de la pretensión ejecutiva por la vía de apremio del Estado Provincial y Municipal para reclamar el pago de las deudas no prescriptas de naturaleza tributaria devengadas por el incumplimiento de los contribuyentes morosos.

Finalmente, ha de decirse que estas reflexiones, lejos de agotar la discusión en la materia, intuye que otras hipótesis a las planteadas, como otras respuestas a las sugeridas, pueden suscitarse conforme los diferentes planteos de casos concretos llevados a decisión ante los estrados judiciales, sellando inevitablemente un final abierto al presente trabajo, en razón del estadio inicial en que se encuentra la legislación unificada y la hermenéutica pendiente de desarrollo por parte de los jueces y especialistas en la materia.

■ ■ ■

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN EL PROCESO JUDICIAL. UNA MIRADA A TRAVÉS DE LAS NORMAS

María Silvina Cony

“Los adultos quieren comprender a los niños y
dominarlos: deberían escucharlos.

Uno pequeño, el otro grande, pero de igual valor”

Françoise Dolto.

1. Introducción.

La finalidad del presente trabajo es indagar acerca de la trascendencia del derecho del niño a ser oído en el marco de un proceso judicial, en el que de manera directa o indirecta se vean afectados sus intereses o sus derechos. Para ello es de fundamental importancia detenerse en los cambios ocurridos en el ordenamiento jurídico, partiendo del análisis de principios generales reconocidos en primer lugar por los tratados internacionales, incorporados al bloque de constitucionalidad mediante el artículo 75 inc. 22, hasta aquellos receptados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el que en el marco de un proceso de constitucionalización del derecho privado, se ha hecho eco de la realidad imperante en la sociedad para ser plasmada en el Código de fondo, dando un marco regulatorio a una serie de situaciones y conductas sociales que no se podían ignorar. En primer lugar haré una breve descripción sobre la normativa internacional de derechos humanos respecto del derecho a ser oído, propio de la condición de ser humano. Luego, un análisis de aquellos instrumentos tanto internacionales como nacionales que refieren específicamente al derecho de los niños a ser escuchados. Como así también su regulación en el Código Civil y Comercial. Para concluir, finalmente, con una breve síntesis sobre un fallo en particular, el que resulta una aplicación a un caso concreto del derecho a ser oído del niño en un proceso judicial, a la luz del nuevo Código.

2. Normativa Internacional. El derecho a ser oído de todo ser humano.

En primer término corresponde detenerme en el análisis de la normativa vigente en la materia. El derecho a ser oído es reconocido tanto por el sistema internacional como el sistema regional de derechos humanos. A nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 10 que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere en el artículo 14 que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías.

Por su parte, en el sistema regional de protección de derechos humanos encontramos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo XVIII señala que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a ser oído a lo largo de diferentes artículos, entre ellos el artículo 8 que en su inciso 1 establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...” Asimismo, el artículo 25 regula en general la protección de los derechos fundamentales de las personas reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Son instrumentos que protegen toda condición de ser humano.

3. El derecho de los niños a ser escuchados.

Específicamente referida a los niños, cabe analizar la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, de la que nuestro país es parte, y goza de jerarquía constitucional a partir de la su incorporación luego de la reforma constitucional de 1994. Su artículo 12 establece: 1.”Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en

función de la edad y madurez del niño.” Esta primer parte del artículo, deja claramente plasmada la obligación de los estados de materializar y hacer operativo el derecho a ser oído de los niños. El Comité de los Derechos del Niño estableció que recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta.

Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.¹ Asimismo, al referirse el artículo “ al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, se debe considerar el principio de autonomía progresiva, de raigambre constitucional y receptada tanto en la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como en el nuevo Código Civil y Comercial. El Comité sobre los Derechos del Niño ha dicho “...los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.”² En su parte final el inciso primero del mencionado artículo señala: “...teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Esto último también se vincula directamente con el principio de autonomía progresiva mencionado anteriormente.

Por su parte el inciso 2 del artículo 12 establece: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. En relación al mismo corresponde destacar, que al mencionar la “oportunidad” del niño a ser escuchado, debemos determinar si este término implica una carga o un derecho. La norma no utiliza la palabra deber u obligación procesal, de esto se infiere que el artículo refiere al derecho a ser oído y no a una obligación, por

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 12/2009, párrafo 15.

² Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 12/2009, párrafo 20.

tanto el niño puede decidir hacer o no uso de esa prerrogativa, y no debe ser objeto de presión o de coacciones a los fines de que exprese su opinión.

A su vez el artículo señala que el niño puede ser escuchado directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Esto significa que puede actuar y participar activamente en el proceso, o por medio de un representante que haga valer su voz. Esos representantes pueden ser sus progenitores, un abogado o cualquier otra persona. Respecto a la asistencia técnico-jurídica que puede tener el niño, cabe resaltar que la Convención señala en su artículo 40 inc. 2, que se le garantizará defensa técnica cuando se alegue que ha infringido las leyes penales, sin fijar expresamente dicha garantía cuando se vean involucrados sus intereses en otros tipos de procesos, como por ejemplo en el ámbito civil, que en una gran cantidad de casos, específicamente en materia de familia, se ven vulnerados directamente sus derechos e intereses.

Estimo importante resaltar que en los mencionados procesos de familia, generalmente se toman decisiones en las que se encuentran involucrados los intereses de los niños. Las contiendas en materia de responsabilidad parental, cuidado personal y su ejercicio, y régimen comunicacional, se suscitan en primer término por diferencias existentes entre los progenitores, pero finalmente concluyen de manera directa en la afectación y destino de los niños que forman parte necesaria y exclusiva del conflicto en cuestión. Por eso su opinión debe ser tenida en cuenta a los fines de resolver de manera razonada y fundada principalmente en su interés superior.

El derecho a ser oído-receptado por los jueces de familia, en general- no es más que un aspecto del más amplio derecho a la participación, por el cual no basta con escuchar al niño, es preciso además tener en cuenta su opinión en las decisiones que lo afectan y, más aún, reconocer su autodeterminación, si su edad y desarrollo así lo aconsejan. Ello no quiere decir que la voluntad u opinión del niño resulte siempre determinante para su interlocutor, pero sí significa que ésta no puede ser obviada ni desconocida.³

³ GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 574.

4. Normativa Nacional.

En el marco de la normativa nacional la Ley N° 26.061, de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce en los artículos 3, 24 y 27 el derecho del niño a ser oído.

El artículo 3, refiere al interés superior del niño, señalando que se debe respetar: inc. b) “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

Por su parte el artículo 24 reconoce el derecho a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme su edad y madurez. Reitera el principio sentado en el art 12 de la Convención de los Derechos de Niño, y lo hace extensible a todos los contextos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, ya que en su última parte señala: “Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”

De este artículo se desprende que la participación del niño en el proceso es mucho más amplia que la expresada en la Convención. Como han dicho importantes referentes del derecho de familia “... en un sistema democrático la importancia de la opinión del niño no debe limitarse a las situaciones en que resulten directamente afectados sus intereses particulares, sino también a todas aquellas cuestiones en la que éstos pretendan participar, aunque se trate de intereses generales, donde su participación tendrá una función decisiva.”⁴

El artículo 27 organiza el derecho a ser escuchado en un proceso judicial. El mismo establece: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A

⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 415.

ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

Respecto al inciso a), es importante resaltar que el artículo menciona la oportunidad en que el niño sea oído, “...cada vez que así lo solicite...”, de allí se desprende que el mismo es un derecho del niño y no una obligación, y que los órganos encargados de hacer valer ese derecho deben responder ante el pedido del niño de ser escuchado. De allí se infiere la obligación activa por parte del estado de brindarle esa posibilidad, aunque no puede exigirle que exprese su opinión.

En relación a lo establecido en el inciso c), su decreto reglamentario aclaró que el derecho a la asistencia letrada implica la designación de un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.⁵

Cabe recordar que el abogado del niño no debe confundirse con el rol que cumple el Defensor de los Derechos del Niño, o el Asesor de Menores. La función del Asesor de Menores es la de proteger y velar por el cumplimiento de los derechos de los niños, es decir, fiscalizar el debido proceso. En cambio, la figura del abogado del niño es una garantía mínima del procedimiento, es quien representa los intereses personales e individuales de la niña, el niño o el adolescente.

“Ubicada la defensa técnica en la figura del abogado del niño la participación del asesor queda comprendida en el deber de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los intereses del niño, y aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por su representante individual. El

⁵ Decreto Reglamentario Nro. 415/06.

defensor de menores actúa en nombre del Ministerio que integra y no en nombre del niño.”⁶

De lo expuesto surge que la Ley 26.061 si bien no establece la obligatoriedad de la designación del abogado del niño, por lo menos de manera inicial reconoce su participación en el proceso más allá de la intervención del Asesor de Menores.

El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de Agosto del corriente año, reconoce de manera expresa el derecho del niño a ser oído. En el Libro Primero, referido a la parte general, en su Capítulo 2 (Capacidad), específicamente en la Sección Segunda que está dedicada a la persona menor de edad. Es el artículo 26, el que al señalar el ejercicio de los derechos de la persona menor de edad, dispone: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su persona.” Esta reforma implica un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los niños, cumplimentando de esta manera a partir de su incorporación con los principios constitucionales, la normativa convencional y con las obligaciones que devienen de la Observación General N° 12/2009, citada precedentemente.

Asimismo, el nuevo código garantiza el derecho a ser oído de los niños al regular otras instituciones del derecho de familia como la adopción y la responsabilidad parental. Respecto de la primera el artículo 595 establece en su inc. f) como uno de los principios generales que rigen la adopción, “... el derecho del niño, niña o adolescentes a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez suficiente, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.” La norma deja claramente establecida la vinculación entre el derecho a ser oído y el principio de autonomía progresiva. No establece una edad para ejercer el derecho pero si dispone como obligatorio el consentimiento a partir de los diez años. Este supuesto, va más allá de la simple participación del niño en el proceso de su adopción, sino que requiere que luego de haber sido informado sobre las condiciones y consecuencias del proceso y

⁶ NOVELLA, Silvina Lorena, “El derecho a ser oídos y la cuestión de la representación legal”, en “Dialogo abierto acerca del estado de implementación de la ley 26.061, Eudeba, Buenos Aires, 2011, p. 128.

decisión del que es parte esencial, sea directamente indagado acerca de su opinión y exprese su voluntad.

Por otra parte, en materia de responsabilidad parental, el artículo 639 señala como principio que rige la figura del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.(inc. c.). De la misma manera, se enumera como uno de los deberes de los progenitores el respeto al derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos, conforme surge del art. 646, inc. c). Finalmente, cabe considerar el caso previsto en el art. 653, en materia de cuidado personal unilateral. El mismo se trata de un supuesto excepcional, y la norma en cuestión establece pautas que el juez deberá ponderar al fijar el cuidado personal en cabeza de uno sólo de los progenitores, mencionando entre ellas, la opinión de hijo, cuya valoración quedará sujeta a criterio judicial.

5. Fallo: “Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección (S. S. B.)” (Expte. N° 145 – Año 2015 CAT)”.

Se trata de un fallo emitido en el mes de Agosto del corriente año por la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Trelew, Provincia de Chubut, en el cual se revocó parcialmente una sentencia que disponía la revinculación entre una adolescente de catorce años y su madre⁷. El Tribunal determinó que correspondía la aplicación del art. 26 del Código Civil y Comercial, escuchó a la adolescente y determinó su participación como sujeto activo de la decisión. Se pronunció en protección del interés superior del niño, y destacó la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como asimismo, la importancia los principios que surgen de la Ley 26.061.

En primer lugar, el tribunal de alzada consideró que en la decisión tomada por la jueza de grado, no se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los informes de los profesionales

⁷ Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/camara-apelaciones-local-chubut-asesoria-familia-incapaces-medidas-proteccion-fa15150005-2015-08-21/123456789-500-0515-1ots-eupmocsollaf>

intervinientes, y se ordenó una revinculación coercitiva, atendiendo más el interés de la madre que el de la propia adolescente.

Respecto a la importancia de la opinión de la adolescente, en su voto la Dra. Spoturno señaló:

“(...) es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo. Considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del vocal preopinante, que no se respeta su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada -o no lo esté su madre-”

“(...) no se obligará a la adolescente a tener contacto con su madre hasta tanto ella no esté plenamente de acuerdo y en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico.”

Finalmente, se dispone que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto la misma no esté plenamente de acuerdo con ello. Como asimismo, se señala que los padres de la adolescente deberán seguir un tratamiento psicológico con la finalidad de revertir situaciones que puedan afectar a la adolescente, y deberán acreditar el cumplimiento del mismo.

Luego del breve análisis del caso mencionado, resulta claro destacar la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial, en una manifiesta valoración de la opinión de la adolescente, la que fue escuchada y su palabra fue valorada con criterio judicial, a la luz del cumplimiento de principios constitucionales e internacionales, entre ellos el derecho a ser oído, a que su opinión sea valorada y tenida en cuenta, como así también el principio de autonomía progresiva y el interés superior del niño.

6. Conclusión.

Luego del análisis de la normativa señalada, entiendo que el derecho del niño a ser escuchado está plenamente reconocido desde el punto de vista de las normas. Sin embargo, respecto al rol del Estado, resulta indiscutible la necesidad de garantizar los recursos suficientes para que la figura del abogado del niño no sea sólo una norma

abstracta, y brindar medios idóneos que posibiliten el ejercicio del derecho.

Considero que se trata de un derecho que tiene carácter personalísimo, que resulta obligatoria la intermediación entre el juez y el niño. Se encuentra en cabeza de los jueces el deber de escucharlos y valorar sus opiniones. Estimo que la forma más apropiada es que el niño haga valer su derecho por sí mismo, que pueda participar activamente de cualquier especie de proceso en el cual esté en juego la afectación de sus intereses.

El avance normativo permitió que el niño no sea más considerado como un incapaz y objeto procesal. El niño es entendido como sujeto de derecho y no como objeto del mismo. Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, las normas nacionales, como el nuevo Código de fondo reafirman el reconocimiento de los niños como personas humanas, de manera tal que sus derechos no dependen de una condición especial, y constituyen un conjunto de derechos y garantías. El nuevo sistema de capacidad, incorporado a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación refleja el paradigma de la autonomía progresiva instaurado ya por la Convención sobre los Derechos del niño.

Como mencioné al principio de este trabajo, el nuevo Código receptó la realidad de una sociedad multicultural, y estableció como principios que atraviesan todas sus instituciones, la igualdad real, el paradigma no discriminatorio, la democratización de la familia. Pone el eje central en la persona humana. Se trata de un código de derechos individuales y colectivos, fundamentalmente de principios y valores, que trascienden la norma jurídica en sí misma.

Existen cambios fundamentales en materia de familia, donde se le presta al niño, niña o adolescente suma atención. Se avanza hacia la consolidación de un cambio para que se internalice esta concepción del niño como sujeto de derecho. Es, como lo llamaron sus redactores, un código de las personas. Es nuestra responsabilidad, como operadores jurídicos, que el derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado no quede solamente en la letra de la ley.

■■■

LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL PROCESO CONCURSAL LIQUIDATIVO.

Adriana I. Cuarzo

1. Introducción.

En el país desde la sanción de la ley 14.394, se le dio resguardo legal a la vivienda con destino a la familia, a través del instituto denominado “bien de familia”.

Con esa legislación se recepcionó la reforma constitucional del año 1949 contenida en el art. 37.II, inc. 3, concretándose así el principio por el cual el Estado garantiza el bien de familia conforme a una ley especial que así lo determine.

La concepción que reflejaba dicho articulado es la de protección de un inmueble rural o urbano cuya incorporación lo era tanto para satisfacer las necesidades de la familia en cuanto a la vivienda que en ella habita, como al lugar donde se desarrolla la actividad que sirve de sustento a aquélla, respondía al mandato constitucional y a la necesidad de proteger ese patrimonio familiar de una eventual ejecución o remate.

A su turno el art. 14 de la Constitución Nacional establece la defensa del bien de familia.

Por su parte después de la reforma constitucional del año 1994, con la incorporación de los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22CN), se acentuó la protección a la vivienda familiar; en tal aspecto lo contemplan:

a) la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada en París el 10.12.48 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado” (art. 16); “Toda persona tiene derecho a un nivel

de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”(art. 25),

b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), que afirma: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”,

c) La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, aprobada por la ley 23.054 de 1984), que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado (art. 17),

d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19.12.66 y ratificado por la ley 23.313 que declara: “Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia”(art. 11.1),

e) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en Nueva York el 13.07.67 y ratificada por ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5º, inc. e.III),

f) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por ley 23.179 de 1985, que consagra, especialmente para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14, inc. h),

g) La Convención de los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse.

En el ámbito provincial la Ley 505, fijaba las pautas y regulaciones de su régimen.

2. Definición.

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se le ha dado un marco normativo de fondo a la vivienda (arts. 244 a 256 y 522), de modo que ahora se puede afectar un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.(art. 244).

Atento haberse derogado la ley 14.394, ahora sólo es viable la afectación en los supuestos de vivienda –urbana y rural- (arts. 244 y 256).

El derecho de toda persona al acceso y protección de la vivienda constituye un derecho humano fundamental. Ahora el Código lo recepta y flexibiliza, ampliando el número de beneficiarios, en sintonía con el respeto al principio de autonomía personal que deriva en la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento.

Compartimos el principio que la vivienda tiene para la persona humana un gran valor, no sólo patrimonial, sino también en el extrapatrimonial: en el plano material, le da amparo a su integridad física, pues lo protege de los peligros de la naturaleza y de las amenazas de los malvivientes; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de la intimidad, al decir de Kemelmajer, el santuario de su vida privada.²

Se ha dejado de lado el concepto de protección exclusivamente para el núcleo familiar, extendiéndola al propietario único, lo que ya había sido advertido como una necesidad por la doctrina.³

²KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p.29.

³Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UBA , Bs. As., septiembre de 2005.

La inscripción en el sistema registral, ha conservado el espíritu que ya estableciera la ley de bien de familia, es decir tiene por finalidad brindar oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. De igual manera ampara el negocio en gestación y está dado por los certificados de la norma registral. Y esto reviste importancia, pues la oponibilidad del bien de familia a los acreedores dependerá de la fecha de afectación.

A su turno, resulta novedoso la posibilidad cierta de efectuar afectaciones parciales.

Así tiene por objeto la afectación voluntaria de un inmueble, el que constituye el hogar conyugal o la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad Inmueble, de manera tal que su inscripción lo torna insusceptible de ser agredido por eventuales acreedores.

Este instituto del bien de familia se creó para proteger patrimonialmente al núcleo familiar y poner a la propiedad a salvo de una ejecución o remate.⁴

3. Características de inembargabilidad e inejecutabilidad y su correspondencia en el régimen concursal de quiebra.

Se dice, entonces que la afectación de un inmueble al régimen del bien de familia se vincula a la protección del interés familiar. Guastavino enseña que el bien de familia es una institución jurídica del Derecho de Familia Patrimonial, y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio.⁵

El inmueble luego de inscripto registralmente queda fuera del comercio, debiendo cumplir la función de vivienda familiar, y

⁴ PANDIELLA Molina, "Vivienda Protegida", en "Proyecto de Código Civil y Comercial" I, Rev. de Der. Priv. y Com., 2012-2, RubinzalCulzoni.

⁵ GUASTAVINO Elías, "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de familia", 2º ed., t.II, p. 161.

contando el derecho de propiedad sobre aquel con una protección relativa de inembargabilidad e inejecutabilidad.

Así el art. 249 del CCCN contempla el efecto de la afectación:

“La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) Obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente el inmueble. b) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250. c) Obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda. c) Obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”.

Es decir que el bien de familia no puede ser ejecutado por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra.

Más analizada la cuestión desde la óptica del proceso concursal de quiebra, principia por recordarse que “...el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.(art. 1 LCQ)

Luego, en el caso de quiebra del titular registral del bien de familia, el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra (art. 107 de la LCQ), enumerando la normativa seguidamente, y en forma taxativa los bienes que se encuentran excluidos de tal desapoderamiento, entre los cuales detalla a :...2) los bienes inembargables y ...7) los demás bienes excluidos por otras leyes(art. 108 LCQ).

Sentado esos lineamientos, huelga decir que antes de la reforma del código civil se presentaban problemas cuando:

a) todos los acreedores ostentaban créditos de fecha anterior a la constitución del bien de familia, o

b) cuando todos eran titulares de créditos de fecha posterior a tal afectación.

En el primer supuesto, no había dudas de que el inmueble no estaba excluido entonces del desapoderamiento y consiguientemente, ingresaba en el activo concursal, pues el bien de familia no era oponible a esos acreedores, como tampoco lo sería en la ejecución individual (art. 38, ley 14.394).

En el segundo caso, era indiscutible que sucedía todo lo contrario, de modo que el inmueble venía a ser inembargable y no ingresaba a la masa.

Así, si se estaba frente a acreedores posteriores, no quedaban dudas que el bien de familia permanecía totalmente al margen del proceso concursal, por cuanto tales acreedores nunca contaron con ese bien dentro de la prenda común del deudor.

4. Legitimación activa para peticionar la desafectación del bien de familia.

Despejado ello, el inconveniente se presenta cuando concurren acreedores anteriores y posteriores a la afectación.

En el marco de este último supuesto y habiendo perdido legitimación procesal activa el fallido, cabe preguntarse si la Sindicatura Concursal posee legitimación para atraer al concurso el bien excluido del desapoderamiento?

La doctrina judicial ha tomado diferentes posiciones en torno a ello las que sintéticamente pueden resumirse en las siguientes:

1) la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Baumwohlspiner de Pilevski"⁶ sentó la doctrina judicial por la cual el síndico carece de legitimación para solicitar la desafectación de un

⁶ CSJN, 10.04.2007 en MJ-JU-M 11829.

bien sometido al régimen de familia, excepto para el supuesto en que los acreedores anteriores a la afectación lo peticionen.

Explicó la Corte, que la Cámara de Apelaciones admitió “la solicitud del síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, a pesar de ser manifiesta su falta de interés en sustentar la petición del funcionario concursal y que tales acreedores hicieron uso de su facultad de cobro insinuando sus acreencias en el concurso y sometiéndose a las pautas igualitarias propias de la ejecución universal”.

Mas entendió que “la legitimación del síndico no se extiende a la actuación respecto de bienes que, como en el caso, no han sido objeto de desapoderamiento por encontrarse excluidos por leyes especiales (art. 108, inc. 7° de la ley 24.522), dado que la inscripción del inmueble como bien de familia es anterior al período de retroacción establecido por el art. 116 de la Ley de Concursos”.

Resaltó que “lo resuelto se aparta de lo dispuesto en el art. 38 de la ley 14.394 en cuanto declara la oponibilidad del bien de familia aun en caso de concurso o quiebra, ya que la tutela legal, de base constitucional, sólo cede frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación, derecho que es disponible por lo que carece el síndico de atribuciones para enervar los efectos de una renuncia u omisión en la que no se encuentra comprometido el orden público”.

Concluyó aconsejando que “la decisión impugnada por la vía extraordinaria desvirtúa la esencia de la institución del bien de familia y neutraliza su fin tuitivo, ya que al ampliar la categoría de los sujetos con aptitud para requerir la desafectación, en apartamiento de los principios rectores de la normativa específica, formula una indebida extensión del sistema legal, con severa lesión de la garantía establecida en el art.14 bis de la Constitución Nacional. Tales defectos revisten particular gravedad por proyectarse en desmedro de un instituto de raigambre constitucional que fue concebido en protección del núcleo familiar, de modo que exige evaluar las circunstancias que lo afectan, con cuidado de no desatender su finalidad esencial (Fallos: 315:565, disidencia de los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Petracchi y Moliné O'Connor)”.⁷

7 CSJN, “Baumwohlspiner de Pilevski Nélida s/ quiebra”, 10-abr-2007.

Y ese criterio es seguido por una respetable doctrina jurídica en la cual se enrola la destacada doctrinaria mendocina Kemelmajer al sostener argumentativamente que “sólo los acreedores a los que el bien de familia es inoponible pueden solicitar la desafectación, tratándose del ejercicio de una facultad renunciable, por no estar en juego el orden público, ya que pueden contentarse con cobrar a prorrata con los demás acreedores. El pedido de desafectación debe ser expreso, no pudiendo inferirse del hecho de haber verificado el crédito en el concurso o la quiebra”.⁸

Así, los que se enrolan en el criterio sentado por el máximo Órgano Judicial consideran que solo pueden la desafectación del bien de familia: a) el acreedor anterior a la constitución del bien de familia; b) el acreedor por impuestos o tasas que gravan directamente el inmueble, independientemente de que sean anteriores o posteriores a la afectación; c) el acreedor por construcción o mejoras introducidas en la finca, aún posterior a la afectación; d) el acreedor en los términos del art. 37 ley 14.394; e) cualquier acreedor cuando el fallido o su familia no habiten el inmueble o no exploten por cuenta propia la industria en él existente⁹.

La postura que niega legitimación al síndico la fundan por cuanto:

a) no está legitimado directamente por el ordenamiento específico (art. 49 de la ley 14.394); b) no es "parte interesada" en los términos del art. 49 inc. "d" de la ley 14.394.¹⁰;

c) el síndico no puede realizar actos de disposición sobre bienes que no se encuentren desapoderados; si se permitiera la desafectación se avanzaría sobre la exclusión del desapoderamiento dispuesta por el art. 108 inc. 7) y 109 de la LCQ.;

d) no se trata tampoco de una legitimación indistinta, tal como lo preven los arts. 120 ó 163 de la LCQ;

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, PARELLADA Carlos y MEDINA Graciela: "Bien de familia y quiebra", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1984, año 17, n° 100, pág.467..

⁹ ESPARZA, Gustavo A, *Desafectación del bien de familia en la quiebra: algunas observaciones en materia de legitimación en los procesos concursales*, J.A. 2004-I-37.

¹⁰ STJNQN, 5/3/1996 "Tres S.A. c/Munic. de Plottier".

e) el art. 275 de la LCQ, que dispone que el síndico es parte en el proceso principal, en todos sus incidentes y en los demás juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado, deja a salvo los que deriven de relaciones de familia en la medida dispuesta por la ley; y siendo el bien de familia un tema típico de las relaciones de familia -específicamente se trata de una institución de derecho de familia patrimonial-, hay aquí un nuevo valladar para conceder legitimación al síndico.

En el otro extremo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, apartándose de lo decidido por la Corte Suprema, se expidió a favor de la legitimación del síndico de la quiebra para promover el incidente de desafectación del bien de familia de un inmueble que forma parte del activo.

Con una postura contraria, la Alzada de Bahía Blanca -por mayoría- resolvió favorablemente en el precedente “Albero Manuel s/incidente de desafectación de bien de familia”¹¹, la legitimación activa del síndico para promover el incidente de desafectación del inmueble al régimen del bien de familia.

Allí, los Dres. Pilotti y SalvatoriReviriego disintieron con la solución dada por la Corte Suprema en el precedente “Baumwohlspinner” entendiendo que el síndico posee legitimación derivada de velar por el cumplimiento de la “*parsconditiocreditorum*” y por no encontrándose su actividad limitada por norma positiva alguna.

En su voto, el Dr. Pilotti expuso:

“En dicho orden de ideas, y coincidiendo en términos generales con cierta doctrina, como la sostenida por Claudio Alfredo Casadio Martínez comentando el citado fallo (LL t. 2007-C pág.469), entiendo que, no siendo legalmente vinculante la doctrina emanada del Máximo Tribunal, y desde una posición de sincera humildad creo revertible la misma al analizarse, como lo hice precedentemente que, condicionar (no negarle) la legitimación al síndico para solicitar la desafectación del bien al requerimiento expreso de un acreedor excluido de la tutela en cuestión, es minorar injustificadamente la expectativa de recuperación de sus créditos a los restantes acreedores (posteriores no incluidos en el art. 38 ley 14394),

¹¹CAPEL CIV.COM. BB, 16.03.10 en MJ-JU M-55819

con lo que entiendo se configura una no querida violación de la *pars conditio creditorum*, la que, además, bajo el aspecto de una falta de legitimación de la sindicatura, se deja librada - injustificadamente entiendo- a la mera discrecionalidad de determinados acreedores”.

Y sigue diciendo:

”Si hay acreedores a los que les resulta inoponible la constitución del bien de familia, y si ellos verificaron su crédito, obvio resulta de ello su expresa voluntad de percibir el crédito, por lo que nada más que aquella insinuación concluida en verificación corresponde exigir que se encuentre presente para que el síndico, en cumplimiento de sus funciones pueda, en verdad DEBA, pedir la desafectación del bien de familia para atender los créditos a los que les resulte inoponible, sin perjuicio de la postura que adoptemos luego respecto del saldo remanente, cuestión que recién merecerá ser juzgada si mi posición, respecto de la legitimación del síndico prevalece y debemos atender el fondo de la cuestión llegada a esta instancia”.

Por su parte, el Dr. Salvatori Reviriego resalta que “el deber de seguimiento del fallo de la Corte es un deber solo moral, o más bien “institucional”, contando los jueces con la posibilidad de seguir su propio criterio, en la medida en que suministren a ese efecto argumentos que no hayan sido considerados por el Tribunal”.

En ese sentido se ha dicho que

(...) emana de la finalidad y de la propia estructura del proceso de quiebra toda una serie de acciones cuyo ejercicio se transfiere a la sindicatura por todo el tiempo que dure el desapoderamiento. Ello es así toda vez que declarada la quiebra surge la necesidad de recomponer y restaurar la integridad del patrimonio del deudor, a fin de conservar su finalidad de garantía de los derechos de los acreedores con arreglo a la ley de la *pars conditio creditorum*. Tal postura ha sido seguida también por la Cámara Comercial de la Capital Federal Sala E, por unanimidad.¹²

¹² ED, 186-373, 14.05.1999.

5. Lo normado en el Código Civil y Comercial.

Dice el art. 244 del Código que puede afectarse al régimen previsto en este capítulo, “un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”.

El efecto principal y en lo que afecta al proceso liquidativo de quiebra, sigue siendo el mismo que en el régimen anterior, por el cual la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción y si por obligaciones anteriores a la inscripción.

Pero lo novedoso del sistema -conforme lo determina el art. 249- se encuentra en los créditos por los cuales se puede pedir la ejecución; a saber: obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble, obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

6. Colofón.

En el tema tratado se resuelven algunos de los problemas que han dado lugar a las diversas posiciones señaladas sobre la legitimación procesal para pedir su desafectación en la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, luego esos acreedores son los únicos legitimados para pedir su desafectación y cesando, el derecho a la ejecución con el pago de sus créditos, realizado el bien si quedare remanente, este se entrega al propietario-fallido- subastado.

■■■

INICIO DE LA VIDA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Cecilia Domínguez

1. El inicio de la vida en el Código Civil y Comercial.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (a partir de ahora CCyC) a partir del 1 de agosto de 2015, se estableció una serie de modificaciones en cuanto al momento en que se comienza a proteger el bien jurídico vida, o dicho también de otra forma, desde cuándo el Derecho establece que existe la vida.

Si nos remitimos a nuestro actual CCyC, en su artículo 19 podemos observar que instituye el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción.

Es importante mencionar antes de continuar, que el anteproyecto del CCyC establecía en su segundo párrafo que: “En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Sin embargo, este último no se vio plasmado en la redacción que fue aprobada por el Poder Legislativo. Hay que tener en cuenta que es importante establecer la relación de éste artículo 19 en conjunto con la Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, y con los artículos 560 a 564 del mismo cuerpo normativo.

A la hora de hacer una interpretación del mismo, no podemos desligar de éste lo que se encuentra enunciado en el Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o conocido también con el nombre de Pacto de San José de Costa Rica. En dicho artículo se enuncia con relación al derecho a la vida:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.
Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir

del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

¿Qué es lo importante de dicha protección? O Cual es el factor a analizar en tal enunciado? En primer lugar, el actual CCyC a diferencia del código de Velez Sársfield quita de su enunciado la frase que establecía que la concepción se iniciaba en el seno materno. Al quitar dicha frase se buscaba de alguna forma que se viera plasmada en la redacción actual del código, lo que ya se encontraba legislado con las leyes de Reproducción Asistida, la Ley de Matrimonio Igualitario, e incluso la Ley de Igualdad de Género. “La referida coherencia radica en que en el derecho argentino no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazado; en tal caso no sería jurídicamente seno “materno” porque este niño nacería de un padre que es la identidad “autopercibida” de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad”.¹ Y, en segundo lugar, planteando que hay momentos en los cuales no se protege desde la concepción.

A su vez, tampoco se aclara en el CCyC que es lo que se entiende por concepción, y esto deviene en una buena técnica legislativa dado que, los avances técnicos y científicos se encuentran en constante evolución existiendo la posibilidad de que dicho concepto pueda sufrir modificaciones a futuro, debiéndose modificar también el CCyC en caso de que este concepto hubiese sido incorporado en la redacción actual.

Continuando con el análisis del artículo 19 en relación con lo determinado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: La redacción actual del código, viene a asemejarse a lo que establece el artículo 4.1 de La Convención.

En relación en lo que menciona el artículo 4.1 de La Convención, más precisamente sobre el término “en general”, y como factor a analizar, éste significa, que en general en la mayoría de los casos el inicio de la vida comienza desde la concepción. Sin embargo hay algunos casos en los cuales no se cumple con dicha premisa. Y esto se ve ejemplificado a la hora en que dos derechos se encuentran

¹ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Ed. Infojus Año 2015. Pág. 50

en conflictos y se debe realizar una valoración de uno por sobre otro. Podemos observar el análisis realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”, en donde se sostiene que se debe realizar un adecuado balance. La finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención.

“En ese sentido, la clausula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”.²

Hay que tener muy presente al momento del análisis que la Convención no establece el momento del inicio de la vida, sino el momento en que comienza a protegerse a ésta.

2. La concepción.

Una vez observados los artículos mencionados, debemos preguntarnos: ¿Qué significa concepción? Y como principal ítem que debemos establecer es que

“la enunciación de la palabra concepción, no es un término médico, sino más bien un término jurídico al cuál deberemos llenar de contenido. Se desprende de esto que, en lugar de hablar de concepción lo más correcto sería hablar sobre fecundación, siendo ésta la unión de los gametos sexuales masculinos y femeninos”.³

Realizando un análisis sobre la fecundación, de forma sucinta, sin términos médicos y siendo lo más llanos posibles, con la mera finalidad de rellenar este concepto que se mencionó anteriormente,

²CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, pfo. 258.

³ Dra. Noemí Goldztern de Rempel. “La Familia en el Derecho Penal ” Facultad de Derecho UBA 2014

estamos de acuerdo en que la fecundación comienza desde el momento en que el espermatozoide atraviese las paredes del óvulo, ingresando a su núcleo. Esta unión de gametos sexuales se produce en las trompas de Falopio del aparato reproductor femenino. Luego, esta célula fecundada que se llama ovocito, comenzará a realizar dos acciones diferentes: tendrá actividad interna, y a su vez se desplazará hacia el útero para posteriormente realizar la correspondiente anidación.

Esta Fecundación se produce aproximadamente entre la hora dieciocho y la hora veinte. Esta acción se llama singamia. Dicha célula que previamente ha realizado todo este trayecto en el interior del aparato reproductor femenino se va a dividir de a pares y va a ir desarrollándose para luego implantarse en el útero.

Es importante destacar y agregar en esta escueta explicación realizada, que La Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien menciona que al momento en que el óvulo es fecundado éste se constituirá en una célula independiente con la suficiente información genética que requiere un ser humano para su desarrollo. Si no llega a realizar la implantación en el útero, no podrá tener posibilidad alguna de vida pues no recibirá los nutrientes que son transmitidos por el cuerpo de la madre ni tampoco estará en un ambiente propicio para su crecimiento y desarrollo.

Cuando anteriormente mencioné que la palabra concepción era un continente jurídico al cual había que llenarlo de contenido, éste es el contenido (desarrollado en forma muy escueta) de la cual lo voy a tener que completar. No es posible determinar el punto exacto durante todo este trayecto desde que el óvulo es fecundado, hasta que se produce la anidación del mismo en el útero en que se pueda determinar la concepción. Es un proceso y no un punto exacto y único que se podrá establecer. Es un proceso que desde el punto de vista biológico se podrá fundar cuando comienza la vida. Y el conflicto se presentará al momento de querer establecer durante este período, hasta que el embrión comienza a desarrollarse y se forma la cresta neural en él. ¿Cuándo será la concepción? ¿En qué momento establezco que se inicia la concepción? Ya que lo que se encuentre anterior a este momento, no tendrá protección jurídica. “Se trata de una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico, por el cual el Código

no puede resolver”.⁴ Y dependerá de cada postura el alegar que la concepción se inicia desde la fecundación o desde la anidación, y lo que pase anterior a ésta estará por fuera de la protección jurídico penal. Sin embargo no debemos olvidar que

“más allá de la postura jurídica que se tome al respecto ésta no dejará de ser un límite legal, y como todo límite legal no será más que arbitrario. El derecho no puede decir si habrá o no vida, el derecho únicamente establecerá a partir de qué momento comienza a regir la protección jurídica del embrión”⁵ que ha sido concebido, fecundado, o transferido y luego implantado.

Por último, no puedo dejar de mencionar otro instrumento internacional en materia de Derechos Humanos que conforma nuestro bloque de constitucionalidad, siendo éste la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Ley 23.849. Dicho instrumento establece en su artículo 1ro que:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menos de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Sin embargo, dicho artículo no merece mayores explicaciones, la discrepancia si la encontramos al momento en que el artículo 2do realiza una salvedad:

“Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

No debemos realizar un análisis cerrado de estos artículos y es dable destacar el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de

⁴ Lorenzetti (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ra Ed. Ruizabál – Culzoni 2014, Tomo 1 pág., nro 89.

⁵ Dra. Noemí Goldztern de Rempel. Conferencia “*Inicio de la vida*” Facultad de Derecho UBA 01 de Octubre de 2015.

Justicia de la Nación en el fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” con fecha 23 de Marzo de 2012, en donde establece que: la autorización de dicho aborto violaría claramente el derecho a la vida (dado lo establecido por los artículos primero y segundo de dicha Convención), sin embargo, “hace hincapié en la “reserva” que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño” no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa”⁶.

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial”.⁷

3. El uso de las técnicas de reproducción asistida.

Zanjada esta discrepancia relacionada con el Derecho Penal y el Derecho Civil pasará a analizar cómo se relaciona el inicio de la vida humana tanto dentro como fuera del seno materno, es decir, mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Una novedad que trajo el actual CCyC son las reglas que se establecen en los artículos 560 a 564 dentro del Libro segundo correspondientes a las relaciones de familia, Título V referido a filiación, Capítulo 2, denominado: “Reglas Generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)”.

Remitiéndome nuevamente al “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica”, la Corte realiza un análisis

⁶ CSJN, F., A. L. s/medida autosatisfactiva, Fallos 335:197 (2012).

⁷ Lorenzetti (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ra Ed. Ruizabal – Culzoni 2014, Tomo 1 pág., nro 90.

profundo acerca del derecho de las personas a poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. En el considerando 139 del fallo mencionado, el representante May establece que la reglamentación de las TRHA es “desarrollar y posibilitar el contenido de los derechos a la salud, al acceso al progreso científico, al respeto a la intimidad y autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, al derecho a fundar una familia, y al ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las personas”.⁸

Comenzaré por la definición. ¿Qué son las técnicas de reproducción humana asistida?

Son técnicas que se utilizan mediante procedimientos clínicos y de laboratorio con el fin de concebir a un ser humano sin mantener relaciones sexuales entre el hombre y la mujer. Entonces serán tanto técnicas de alta o baja complejidad, o tanto intra como extra corpóreas dependiendo de donde se las realice, ya sea dentro o fuera del útero o del cuerpo humano.

La forma en la cual se realiza esta técnica es a través de la estimulación ovárica de una mujer a fin de poder obtener un óvulo. Luego éste será extraído por vía vaginal y con estos óvulos se realizará la fertilización in vitro en conjunto con espermatozoides. Una vez que estos óvulos, que serán implantados por los espermatozoides, serán transferidos al cuerpo de la mujer y por último se implantará en el útero. Los óvulos que hayan sido fecundados podrán ser guardados para posteriormente transferirse, en caso que no se haya implantado el primero (se produce el desprendimiento del óvulo fecundado en forma natural y de esta forma no queda aprehendido en las paredes del útero), en caso que la pareja quiera tener más hijos, o podrán ser guardados para darse a otras parejas, para realizar investigaciones o bien destruirlos pasado el lapso de tiempo establecido. La forma en que se guarda éstos será mediante la crio-conservación, la cual consiste en sumergirlos en nitrógeno líquido a 200° bajo cero. Para poder entender este desarrollo hay que tener en cuenta que es el médico quien transfiere y es el embrión en que se implanta o anida en

⁸ CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica Considerando 258.

el útero, siendo un acto biológico que realiza el embrión. La implantación es una acción que realiza el embrión.⁹

4. Regulación de las técnicas de reproducción asistida.

En Argentina contamos con la Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida y su correspondiente decreto reglamentario Nro. 956/2013, Dicha ley es de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Sin embargo es forzoso destacar que es una ley solamente de cobertura y no una ley que regule dichas prácticas o que nos establezca a partir de qué momento comienza la protección jurídica del embrión. No obstante en forma implícita realiza determinadas enunciaciones referidas más a una ley que regula dicho proceso, no siendo esto de una buena técnica legislativa ya que se requieren dos leyes; una que sea de cobertura que es con la que contamos actualmente y otra referida específicamente a su regulación y que establezca que entendemos por embrión más allá de lo que se determina en el artículo 4.1 de la convención al cual mencioné arriba.

Nuestra ley en su artículo 2 establece la definición de cómo serán las técnicas que se realicen para los tratamientos de reproducción humana asistida. Como ya he mencionado, aquellas técnicas que son enunciadas como de alta o baja complejidad. Esta definición establece que: “Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”.¹⁰

Asimismo dentro del mismo cuerpo normativo en su artículo 4 establece la creación del “registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.”¹¹

⁹ GOLDZTERN DE REMPEL, Noemí. “La Familia en el Derecho Penal ” Facultad de Derecho UBA 2014

¹⁰ Artículo 2. Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida

¹¹ Artículo 4. Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida

5. El requisito del consentimiento y su visión jurisprudencial.

A los fines del análisis que nos convoca, el cuál es el inicio de la vida en relación con las técnicas de reproducción humana asistida en el CCyC debemos saber que el artículo 560 del CCyC establece cómo se presenta la figura del consentimiento con relación a éstas. Debemos partir de la base que deben existir dos tipos de consentimiento diferentes que se deben prestar. Uno deberá realizarse al momento en que se forja la unión de los gametos masculinos con el femenino y otro al momento de su transferencia al útero.

Anterior a la sanción del CCyC, e incluso a la Ley 26.682, en los autos caratulados: “P., A. c/S., A. C. s/Medidas Precautorias” el Juzgado Nacional en lo Civil n° 92 resolvió que se debían implantar los 5 embriones que habían sido creio-conservados, pese a que la voluntad del ex marido al momento de su transferencia por el Instituto Médico era negativa. No obstante se falló a favor de la mujer y se procedió a realizar transferencia. Los embriones no pudieron anidar en el útero de la mujer y por tal motivo no llegaron a nacer¹².

Este fallo obtuvo muchísimas críticas, dado que no se había respetado el requisito del doble consentimiento que se requería.

Este doble requisito, si bien no se encontraba en nuestro sistema legal, si se conocía por el fallo de la Corte Europea “Evans vs. U.K.” del 10 de Abril de 2007¹³. En dicho caso, una mujer se había separado del marido recientemente y había iniciado una nueva relación afectiva con su amigo. A la Sra. Evans le detectan un tumor maligno en el útero el cuál crece rápidamente y se le debe extirpar. Se le propone entonces dado que ésta era joven por su edad, realizar una fertilización in-vitro y crio-conservar embriones para su posterior transferencia cuando se encontrase en estado óptimo de salud. Esta, realiza la petición de la vitrificación de sus óvulos dado que posiblemente en una futura o posterior decisión de transferencia, podría llegar a ser factible que su pareja pudiera negarse. La pareja de

¹² Juzgado Nacional en lo Civil n° 92, “P., A. c/S., A. C. s/Medidas Precautorias”, fallo del 13/11/2011.

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, Evans v. United Kingdom, 43 E.H.R.R. 21 (2007).

la Sra. Evans le informa que no realizará tal negación y que su voluntad es la de tener esos embriones.

Una vez curada de la enfermedad que la Sra. Evans se encontraba transitando, y concluida la relación con su pareja, Evans manifiesta su deseo de que se realice la transferencia de los embriones. Su ex pareja se niega. Accede a la justicia informando lo sucedido y el hecho de que nunca más iba a poder tener hijos propios. La Corte del país donde ella residía resuelve que no se realizará dicha transferencia ya que no puede haber una paternidad que sea impuesta. El caso llega al Tribunal Europeo, quién falla en primer término, lamentando el problema de salud que tenía la Sra. Evans, empero no se podía imponer la paternidad a su ex marido, no existiendo una presunción previa del consentimiento.

La voluntad paterna es preciso que se de, no sólo en situaciones biológicas sino también afectivas. Y habiendo cambiado las condiciones y la voluntad del progenitor, no podía realizársele dicha transferencia.

Si bien el fallo del Tribunal Argentino fue muy cuestionado, subsiguientemente la ley 26.862 toma la postura de la necesidad que exista un consentimiento afirmativo al momento en que el médico realice la transferencia de los embriones. El texto de la ley establece en su artículo 7° “el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.¹⁴ Se ha dicho al respecto que es errónea la utilización del vocablo implantación ya que quien se implanta es el embrión y quien realiza la transferencia es el médico¹⁵.

Acorde al texto de la ley, el artículo 560 del CCyC en su último párrafo establece que “el consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. Relacionado esto último con el artículo siguiente, en tanto su último párrafo nos menciona que “el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción de la persona o la implantación del embrión”. “Justamente –explica la doctrina- se trata de reafirmar la actualidad que debe tener una decisión de tal envergadura como lo es consentir las TRHA como exteriorización de la voluntad procreacional,

¹⁴ Artículo 7. Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida

¹⁵ GOLDZTERN DE REMPPEL, Noemí, “La familia en el derecho Penal ” Facultad de Derecho UBA 2014

por lo cual debe renovarse y, a la vez, puede revocarse hasta un determinado momento”¹⁶.

Este artículo 561 menciona las formas en las cuales deberá otorgarse el consentimiento y los requisitos del mismo. “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previos a las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción”.

De ésta última oración se desprende que los requisitos que fueron plasmados en el Código, son aquellos que ya habían sido previamente mencionados en la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario Nro. 956 del año 2013.

En tanto se busca que se vea plasmada la voluntad de quien presta su consentimiento para el acceso a dichas técnicas, “materializar la voluntad procreacional que constituye la columna vertebral de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”.¹⁷

Se le brinda tal importancia a dicha manifestación de la voluntad procreacional, que por tal motivo se establece en el artículo que “dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Esta modificación, en tanto se establece dos momentos diferentes para brindar el consentimiento, posee un gran acierto. Y viene a clarificar la gran confusión que hubo respecto del fallo “P.,A. c/S.,A.C.”, mencionado anteriormente, en tanto no se tuvo en cuenta al momento de realizar la transferencia; que quién había otorgado previamente su consentimiento para que se realizaran las técnicas, no obstante, no lo había otorgado posteriormente para que se realice la transferencia a la mujer. “Una vez otorgado el consentimiento –dice la doctrina- este Código establece que podrá ser libremente revocado

¹⁶ PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Ed. Infojus Año 2015. Pág. 287

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo (Dir.) - DE LORENZO, Miguel; LORENZETTI, Pablo(coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ra Ed. Rubinzal – Culzoni 2014, Tomo III pág., nro 497.

mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación del embrión, considerándose un acto jurídico que fijará sin efecto otro anterior, por voluntad del o los comitentes”¹⁸.

6. Conclusión.

Para finalizar y a modo de conclusión personal, considero que la actualización del código civil y comercial se ajusta a lo que se venía peticionando, solicitando en forma directa o indirecta por la sociedad, y a su vez lo que ésta exigía. Sí era necesaria la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. Y a mi modo de ver, como dije anteriormente, considero que es de una excelente técnica legislativa que dichas técnicas continúen formando parte de una ley independiente y fuera del código civil y comercial, dado que la ciencia avanza a pasos agigantados y de ésta forma se tendría que estar realizando continuas modificaciones sobre un cuerpo normativo que constituye la base de nuestras relaciones como personas, individuos y sociedad.

Con respecto a la existencia de la persona, que fue el primer tópico abordado, considero que es de carácter netamente necesario que se expida el Congreso Nacional, a fin de sancionar una ley que determine, en definitiva, cuál será la protección jurídica para los embriones que no han sido transferidos y aún se encuentran crio-conservados. Es fundamental que nuestro Estado defina que entiende por concepción, embrión, pre-embrión y cual será la postura a tomar, más allá de cual sea el parámetro que sea tenido en cuenta. No obstante, debemos entender que estando o no conformes con aquello que la ley establezca en uno u otro caso, y mas allá del alcance o protección jurídica que le brinde a partir de un determinado período, éste será un límite, y tal como menciona la Dra. Noemí Goldztern de Rempel, dicho límite es arbitrario.

■■■

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo (Dir.)- DE LORENZO, Miguel; LORENZETTI, Pablo(coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ra Ed. Ruizabal – Culzoni 2014, Tomo III pág., nro 498.

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE LA ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Especial consideración a la “entrega directa” y el “factor tiempo”

Verónica Alejandra Fernandez

1. El marco de la constitucionalización del derecho privado.

La entrada en vigencia de la Ley 26.994 mediante la cual se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a poner en funcionamiento lo que en la jerga jurídica se denomina la “constitucionalización del derecho privado”; es decir ha venido a cambiar radicalmente los conceptos “privados” que Vélez Sarsfield había incluido en el código que nos rigió hasta el 31 de Julio de este año cuando se trataba del Derecho de Familia.

Esta nueva visión, implica dejar de lado la idea tradicional según la cual el derecho privado tiene su propia dinámica y sus propios principios. Y en especial, el abandono de la idea de familia como una institución privada, al margen de la actuación del Estado.

Esta idea se comenzó a gestar ya en 1994 cuando se reformó la Constitución Nacional, y se le otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales que la Argentina había aprobado, y en los que se otorgaba especial protección a la familia; luego se continuó en este camino con la sanción de la Ley 26.061 de Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes; para finalizar con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, como herramienta fundamental de extensión de la aplicación de los principios constitucionales en las vidas de los Argentinos.

Precisamente uno de los institutos en donde quizás con mayor énfasis se nota esta “constitucionalización” es sin dudas la adopción, la segunda categoría filiatoria que incluye el Código.

En este sentido, no sólo se establecen expresamente los principios básicos en los cuáles debe basarse toda adopción, los que

además surgen de normas internacionales, sino que además se ha reaceptado claramente las indicaciones que a través del caso “Fornerón”¹ la CIDH señaló a la Argentina, con relación a los tiempos del proceso.

Este nuevo código es innovador, aunque si bien no puede ser prometedor de milagros, al menos intenta poner freno a dos cuestiones que eran “hitos” en el tema: las entregas directas, y el factor tiempo; cuestiones en las que se basará esta redacción.

2. El nuevo régimen de la adopción. Sus principales modificaciones.

Pues bien, desde el 1° de Agosto de este año rige este nuevo Código Civil y Comercial, el que introdujo varias reformas en materia de adopción; en primer lugar, conviene destacar la inclusión de los principios constitucionales sobre los que se basa la adopción.

El artículo 595 en sus 6 incisos menciona uno a uno estos pilares fundamentales que tanto las Convenciones Internacionales (con jerarquía constitucional) como la mismísima Ley 26061 establecen como principios básicos de toda adopción; a modo ejemplificativo se mencionan: el interés superior del niño; el agotamiento previo de todas las instancias de permanencia del niño con la familia de origen o ampliada; la preferencia en la adopción de hermanos; el respeto por el derecho a la identidad y a conocer los orígenes; y el derecho a ser oído.

Aunque pueda parecer redundante, por tratarse de principios “harto” conocidos, implícitos y explícitos en tratados internacionales y leyes internas, lo cierto es que era necesario establecerlos dentro del articulado del código, para así reafirmar el compromiso Argentino en el cumplimiento de los mismos.

Por otro lado, se ampliaron los requisitos para ser adoptantes. En este sentido se marcó lo que ya había empezado a decidirse jurisprudencialmente: la “adopción del hijo del conviviente”, la que ahora se permite expresamente.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Forneron e hija vs. Argentina* – Sentencia 27/04/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

También se incluye esta premisa fundamental del derecho a conocer los orígenes; basado en el derecho a la identidad. En este punto el nuevo Código en el artículo 596 establece como derecho del adoptado el de conocer sus orígenes, y el compromiso de los adoptantes de hacer conocer los orígenes al adoptado. La novedad más significativa es la de prever expresamente una acción autónoma para hacer valer este derecho. En este sentido se legitima al adoptado adolescente a iniciarla con asistencia letrada. Y ya así lo venía manifestando la doctrina al decir que “

“Se encuentra avanzada la discusión doctrinal que gira en torno al concepto de "realidad biológica", siendo necesario que se tenga en cuenta no sólo lo "biológico", sino también que se conozcan los **orígenes**, la historia, el contexto y la biografía de los niños adoptados”².

Asimismo, se encuentra en consonancia también con el art. 11 de la Ley 26.061.

Por otro lado se fija el plazo máximo de 30 días -prorrogable por única vez- para que las autoridades administrativas agoten todos los recursos necesarios para buscar a la familia de origen en aquellos casos de niños sin filiación establecida o huérfanos de padre y madre.

Asimismo, si las medidas excepcionales que prevé la ley 26.061 no han dado resultado (para las que se fija el plazo de 180 días), se dispone de manera inmediata el dictado de la situación de adoptabilidad por parte del juez.

En todos los casos es el Juez quien decide sobre la situación de adoptabilidad, quien dispone también de 90 días para resolver en caso de que algún familiar o referente afectivo decida detentar la guarda o tutela del niño.

La otra novedad que incluye el nuevo Código es la referida a los tipos de adopción, ya que además de la simple y plena, incluye la adopción de integración. Este tipo de adopción ya se venía autorizando judicialmente. A simple modo de ejemplo se pueden

² VIDETTA, Carolina. “El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parenta. 20/05/2015, página 113. La Ley 20/05/2015.-

mencionar los fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 11/04/2007 y 04/07/2007³.

Quizás la nota más importante es que ahora este tipo, constituye un tercer tipo, y puede ser a su vez, simple o plena, dependiendo las circunstancias, tal como lo establece el artículo 631.

3. Las entregas directas. Su prohibición no absoluta en el nuevo Código.

En particular y con relación a la entrega directa, el código ha mantenido la postura de la Ley 24.779, al expresar que se encuentra prohibida expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo, pero además agrega los casos de entrega directa en guarda efectuada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño; con lo cual reafirma aún más la prohibición de las entregas directas.

Las entregas directas siempre fueron un “problema” a resolver en materia de adopción. Puesto que ha resultado dificultoso evitar que los pretendidos adoptantes, por fuera del régimen establecido, contacten a la progenitora y lleven adelante la práctica; esperando luego que el paso del tiempo les permita consolidar la situación de hecho.

Es que resulta beneficioso al menos que se continúe con esta tesitura de prohibir las entregas directas;

“pero también se es consciente que esta herramienta jurídica no es la solución para erradicar prácticas que tanto daño le hacen a la figura de la adopción y en definitiva a lograr la efectiva satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia”⁴.

Por ello es que el nuevo código si bien establece como regla general la prohibición de la entrega directa, ha adoptado una postura

³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, 11/04/2007, P., V.A. . LLBA 2007 (Septiembre), 885 – AR/JUR/1728/2007. Y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 04/07/2007, D., M.M.. LLBA 2007 (septiembre), 888, AR/JUR/2703/2007.-

⁴ HERRERA, Marisa. “El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil”. Publicado en www.colectivoderechodefamilia.com. Año 2015.

más bien intermedia, ya que como excepción permite la guarda de hecho cuando median lazos de parentesco o afectivos entre el pretense guardador y los padres biológicos del niño.

En efecto, el artículo 611 en su segundo párrafo dispone:

“La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, **excepto** que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño” (el subrayado me pertenece).

Queda aquí demostrada nuevamente la importancia que los redactores del Código Civil y Comercial le han dado al principio de la autonomía de la voluntad.

Es aquí donde claramente se observan las dos aristas del régimen: por un lado la autonomía de la voluntad (lo privado), y por otro la intervención del estado para garantizar los derechos del niño (orden público).

En efecto, si los padres biológicos deciden entregar al niño a una familia o persona de su entorno, con la que guardan cierta relación afectiva, previa demostración de esta situación en sede judicial, quedará autorizada la guarda de hecho, y habilitada la vía judicial para la petición futura de la adopción.

Con ello claramente lo que se intenta es evitar la posibilidad de compraventa de niños. Algo con lo que nuestro país ya viene fijando posición desde hace algunos años⁵.

En suma, esta posibilidad (excepción) que admite el nuevo Código, implica la incorporación de antecedentes jurisprudenciales que ya venían convalidando las entregas directas⁶, en base tanto a la

⁵ La Ley 23.489 –aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño– dispone que, al ratificarse la misma, deben formularse reservas y declaraciones. Regula la reserva de los apartados b), c), d) del artículo 21 que regula la adopción internacional.

⁶ SC Bs. As., 02/04/2003, “V., J.E. s/ Inscripción de nacimiento y guarda con fines de adopción”, Infojus: FA03010650; en este antecedente la Corte convalidó la entrega en guarda de una niña a la vecina y amiga de la infancia de la progenitora. Posteriormente, el 19/02/2008, la CSJN en “G., H.J. y otra” publicado en Revista Derecho de Familia 2008-III-1, hizo lugar a lo peticionado por los guardadores

afinidad entre guardadores y progenitores, como también en situaciones de hecho consolidadas por el mero transcurso del tiempo.

4. El desafío del tiempo.

Pues bien, como fuera ya expresado, una de las cuestiones que han suscitado mayores debates y críticas tanto dentro como fuera del sistema judicial ha sido la dilatación de los procedimientos, mediante trámites cada vez más burocráticos.

Sin ir más lejos, como ya lo mencionara más arriba, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de niños y niñas particularmente, en aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. Ello en tanto el mero transcurso del tiempo puede favorecer la construcción de lazos familiares con la familia acogedora, generando situaciones irreversibles que impidan proteger los derechos de los padres biológicos.

En el ya mencionado Caso Fornerón la Corte encontró responsable al Estado argentino por considerar que hubo una violación al plazo razonable en el caso. Al respecto sostuvo:

"pese a que el Sr. Fornerón es el padre biológico de la niña —y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento— no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica. Adicionalmente, la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros 12 años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las

quienes no tenían lazos con la progenitora, pero basándose en el interés superior del niño y el tiempo transcurrido.

decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y de su hija" ⁷

Teniendo en cuenta este importante antecedente es que el nuevo Código Civil y Comercial establece plazos concretos, que deberán ser cumplidos en todos los trámites sin excepción, y que avalan justamente esta garantía del “plazo razonable”.

Así encontramos con que el nuevo Código establece sólo dos (2) procesos judiciales: la declaración de situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha.

La guarda con fines de adopción no es un proceso judicial. Sino más bien un accesorio del proceso.

Pues bien la nota característica está dada por la celeridad que se intenta imprimir a todo el trámite en su conjunto. Justamente en pos del cumplimiento de la garantía del “plazo razonable”.

En este sentido, el nuevo Código establece los siguientes plazos de estricto cumplimiento:

En el primer proceso, esto es, la Declaración Judicial de la Situación de adoptabilidad, el art. 607 dispone que en aquellos casos de niñas/niños sin filiación establecida o huérfanos, donde el órgano administrativo ha agotado la búsqueda de sus familiares de origen, se dicta la situación de adoptabilidad en un plazo de **30 días** –que sólo pueden prorrogarse por otro plazo igual fundadamente-. En este sentido, la redacción es “tajante”: sólo 30 días, ni más ni menos, pudiéndose ampliar sólo en casos excepcionales y fundados concretamente por el Juez.

Pero también se dictará la situación de adoptabilidad en aquellos casos donde las medidas excepcionales tendientes a que el niño o niña permanezcan en la familia de origen o ampliada no han dado resultado. Para eso se toma en cuenta el plazo de 180 días pasado el cual se deberá dictar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad.

Nótese que el término “inmediato” demuestra una vez más la intención de este nuevo código de acelerar los tiempos del proceso. Si

⁷CORTE IDH, “Fornerón e hija” fallo citado. Párrafo 76.-

en el plazo de 180 días nada se pudo hacer, corresponde entonces la declaración de adoptabilidad en forma automática.

A su vez, se le otorga al Juez el plazo de 90 días para dictar la sentencia que resuelve la situación de adoptabilidad del niño, en aquellos casos donde algún familiar ofrece asumir la guarda o tutela del niño, y siempre y cuando dicho ofrecimiento sea adecuado al interés de aquél.

En este primer proceso, son considerados “partes”: el niño/niña/adolescente, los padres o representantes legales de aquellos, el organismo administrativo que participó en la etapa previa y el Ministerio Público (conforme artículo 608).

Una vez dictada la situación de adoptabilidad, el Juez inmediatamente debe disponer la guarda con fines de adopción.

Aquí nuevamente el Código hace hincapié en la celeridad del procedimiento, al exigir al juez que en forma inmediata nombre o disponga quienes detentarán la guarda del niño, niña o adolescente.

Para ello efectúa la evaluación correspondiente dentro de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro de adoptantes; el código en este punto menciona a modo de ejemplo cuáles son las pautas que se deberán tener en cuenta para realizar la elección: condiciones personales, edades y aptitudes de los pretensos adoptantes, idoneidad, educación, motivaciones y expectativas. Asimismo, ordena al Juez la citación del niño, niña o adolescente futuro “adoptado”, a quien debe oír y tener en cuenta su opinión de acuerdo a su edad. En consonancia con las disposiciones de la Ley 26.061 y CIDN.

Una vez realizada la selección y oído al niño, el Juez debe dictar la sentencia de guarda con fines de adopción, la que no puede exceder de los 6 meses.

En este aspecto, si bien el código no establece el plazo que debe pasar entre la declaración de la situación de adoptabilidad y la sentencia otorgando la guarda, se entiende que el mismo debe cumplir con la razonabilidad que la normativa impone a todo el trámite de la adopción. Al menos ese es el espíritu que surge de su sola lectura.

Una vez transcurridos los 6 meses que establece la sentencia de guarda, se inicia el proceso de adopción. He aquí otra de las novedades que trae este nuevo código: este proceso se inicia de oficio o a pedido

de parte. Nuevamente aquí se observa el factor “tiempo”, al otorgar al mismo Juez la posibilidad de iniciar este segundo proceso judicial.

También se amplía la competencia del Juez, autorizándose a que el proceso sea iniciado en el lugar donde el niño posee su centro de vida.

En este proceso, resultan ser partes: los pretensos adoptantes y el pretense adoptado, a quien el juez debe oír obligatoriamente. Asimismo se establece la obligación de que los pretensos adoptados (cuando sean mayores de 10 años), deban prestar su consentimiento en forma expresa.

El Ministerio Público que con la Ley 24779 era parte del proceso de adopción, ahora si bien no es parte –en el sentido procesal del término–, debe intervenir obligatoriamente junto con el órgano administrativo.

La nota más trascendental sin dudas está dada por la necesaria conformidad que se exige del pretense adoptado, en aquellos casos de niños mayores a 10 años.

Y si que tiene lógica esta exigencia; ya que se encuentra en plena relación con el resto del articulado del código, en lo que respecta a la edad de los niños, su grado de maduración, y su necesaria intervención en todos los procesos en los que son parte. Todo ello en real armonía con lo dispuesto por los arts. 2, 24 y 27 de la Ley 26.061.

5. A modo de reflexión.

Como reflexión final creo que resulta importante destacar el avance que en materia legislativa implica este nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, fundamentalmente en lo que respecta al instituto de la Adopción.

La necesaria incorporación de principios trascendentales, así como también la agregación de la jurisprudencia imperante en el tema, han sido las notas más significativas que ha traído este nuevo código, sumado a la interrelación que obligatoriamente necesitaba tener con la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 26.061).

Sin dudas este es el comienzo de un gran paso adoptado por nuestro país, en pos no sólo del cumplimiento de las normas internacionales sino también en beneficio de los niños, niñas y adolescentes; reflejando no sólo la importancia otorgada al derecho a la identidad, sino también al real interés superior del niño, tal cual debe ser tomado en cuenta.

“El derecho a permanecer y criarse en el ámbito de su familia de origen, y si esta pretensión resulta imposible, el derecho a desarrollarse en un ámbito familiar alternativo, que incluye la adopción como herramienta de realización del derecho a la vida familiar”.⁸

Estas son las dos cuestiones que hicieron necesarias las modificaciones aludidas a lo largo del presente: el derecho a la permanencia en la familia de origen; y en forma subsidiaria, el derecho a desarrollarse en otro ámbito familiar, con la adopción como alternativa más que viable.

Y si bien la modificación de las normas por sí solas no garantizan que ocurrirá el “milagro” de contar con procesos de adopción que respeten el principio de celeridad y la garantía del “plazo razonable”, al menos constituye un avance significativo, del que los jueces y demás operadores del derecho no podrán dejar de observar.

■ ■ ■

⁸ FERNANDEZ, Silvia E. “Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. N° 58, 2013, p. 83 y ss.

REFORMAS A LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Luciana Rosa Gugino

1. La familia.

Al adentrarnos en este tema, primeramente es preciso detenernos en este punto.

Desde una perspectiva sociológica, como bien lo explica Zannoni, al hablar de familia nos referimos a aquella institución de carácter permanente, integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Siendo de principal interés para la sociología la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos; considerándolo el verdadero núcleo de la sociedad, al que se alude cuando se hace referencia a la familia y del cual parten diversos análisis.

De igual manera, desde un punto de vista jurídico, podemos hablar de la familia en sentido amplio, conformada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en el parentesco y en la filiación, comprendiendo en esta última tanto la biológica o por naturaleza, como la adoptiva. Pudiendo asimismo reducir el concepto a los padres y sus hijos menores.

Desde ambas perspectivas -sociológica y jurídica- la estructura familiar se amplía cuando personas que han tenido hijos en una unión matrimonial o de hecho, establecen una ulterior relación conyugal, y tienen, a su vez hijos en ellas, dando lugar a lo que se denomina familia ensamblada o reconstituida.¹ De todo ello se deduce que el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. Así, distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, por lo que podemos decir que es una creación "cultural", no "natural" o

¹ Cf. ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

"esencial" y, por lo tanto, cambiante.

Nuestro Código, respetando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado enfáticamente que no se encuentra en ella determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional, brinda un concepto amplio.²³

2. Adopción.

Al analizar el antiguo Código Civil podemos observar que, conforme surge a su nota al art. 4050, Vélez Sarsfield no reconocía adopción de clase alguna, pues este lo consideraba un instituto ajeno a nuestras costumbres y por tal motivo no legisló sobre ello.

Y así fue durante más de medio siglo cuando, tras varios anteproyectos, se sancionó en 1948 la ley N° 13.252. Permitiendo la adopción de menores de edad y creando un vínculo legal de familia circunscripto al adoptante y al adoptado, guardando el alcance propio de hoy en la adopción simple. Sin perjuicio de ello, presentaba restricciones para su acceso, dado que les estaba impedido a los que tuvieran descendientes legítimos o naturales reconocidos, como a matrimonios que no hubieran cumplido 40 años, salvo que tuvieran más de ocho años de casados, no pudiendo adoptarse más de un menor de cada sexo por persona o matrimonio.

En 1971 fue sancionada una nueva ley de adopción, la N° 19.134, que vino a reemplazar a la anterior e incorporó el instituto de la adopción plena, considerando al adoptado como hijo legítimo del adoptante con todas los alcances legales que esto implicaba, extinguiéndosele los derechos y obligaciones emergentes del parentesco de sangre.

Por última el 26 de marzo de 1997, se promulgó la ley N° 24.779 que rigió en nuestro país hasta sancionarse el nuevo código civil y comercial. Esta ley dejó sin efecto la entrega de un niño por escritura pública, acortó el tiempo de guarda –a 6 meses- en relación con la

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". La Ley 8-10-14.

anterior normativa e impuso al Juez interviniente el contacto personal con los futuros adoptantes y el niño, debiendo requerir además al momento de la guarda, con fines de adopción, el consentimiento de los progenitores.

3. Concepto.

El nuevo Código Civil y Comercial define en su artículo 594 a la adopción, como aquella institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

Acorde lo desarrollado precedentemente, el antiguo Código no brindaba una definición de adopción. Sin embargo, la doctrina se ocupó de ello, definiéndola básicamente como la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Y como podemos observar, su finalidad está dada por dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, protección o los cuidados que requiere.

Sin embargo, antiguamente, en el Derecho Romano con la *adrogatio* y la *adoptio* se buscaba, conjuntamente con la satisfacción del interés del adoptante, perpetuar el culto familiar. En Francia con la codificación se admitió la adopción pero también en beneficio del adoptante, a efectos de que pudiera transmitir su apellido y disponer de sus bienes, estando siempre ausente un interés en el beneficio de los menores.

Afortunadamente, esta concepción ha variado, no centrándose ya en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, si no que pone el acento en la necesidad de amparo de los niños. El nuevo Código al brindar una definición de adopción, toma este rumbo generando de este modo un cambio en cuanto a su finalidad, teniendo en miras el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos, dando paso a la satisfacción a los derechos

humanos de los niños y niñas bajo reglas claras y respetuosas.

"En este contexto, la reforma asevera que la adopción es una figura tendiente a satisfacer derechos humanos de niños y adolescentes, en especial, el derecho de todo niño a vivir en familia."⁴

Por otro lado, en su art 619, el Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple y c) de integración, brindando seguidamente su significado:

"La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4a de este Capítulo."

Con respecto a la adopción plena, una novedad que brinda este nuevo Código Civil y Comercial está presente en su artículo siguiente que establece que:

"(...) Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción".

Es decir, en principio se mantiene la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, sin embargo, si el interés del niño lo

⁴LORENZETTI (Dir), Ricardo L. *Código Civil y Comer de la Nación comentado*, Tomo IV.

aconseja el juez puede mantener ciertos vínculos. Se hace recepción así de precedentes en los cuales se declaró la inconstitucionalidad del art. 323 del antiguo Código Civil en cuanto extinguía el parentesco de origen.

El supuesto más común en el cual se mantendrán los lazos será en el de hermanos, ya que puede suceder que un grupo de hermanos no puedan ser dados todos en adopción a una misma familia, porque no se encuentre o porque algunos niños no quieran ser adoptados y otros sí, pudiendo resultar conveniente en estos supuestos, tanto la adopción plena como el mantenimiento de los lazos fraternos. Por lo que es correcto que la norma no impida la adopción plena por beneficiar el lazo de los hermanos, ni viceversa, cuando se puede dejar a estos persistentes al tiempo que se adopta plenamente.

En efecto:

“tratándose de hermanos que han sido dados en adopción a diferentes padres adoptantes, otorgar la adopción plena sin limitar los efectos del art. 323 Cód. Civil, implicaría quitar el vínculo jurídico de los hermanos entre sí habida cuenta que el cese de los efectos del parentesco biológico total y, por ende, la eliminación del vínculo fraterno deviene inconstitucional (...). Las circunstancias de que los menores se sientan a gusto con su familia (guardadores) y con las familias ampliadas (adoptantes de otros dos hermanos), que sean conocedores de su historia, afianzando su realidad actual y la integración familiar completa lleva al convencimiento de la inconveniencia de optar por la adopción simple; sin embargo, si bien la adopción plena reflejaría en el plano jurídico la integración familiar total que hoy viven los niños, cercenaría el plano jurídico existente en la actualidad y que ha resultado significativo en la vida personal”⁵

4. Principios.

El artículo 595 contiene seis principios que regirán la adopción y guiarán su interpretación jurídica, pudiéndose decir que los mismos se encuentran esquematizados desde el niño y hacia el entorno adulto,

⁵Trib. Colegiado de Inst. Única del Fuero de Familia N°2 Mar del Plata, 28/03/2008
“P.J.C. y otro.

en función del primero de ellos. Siendo estos:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Nuestro Código anterior no contenía expresamente principios sobre los cuales se debía elaborar este régimen, por lo que su incorporación, al considerar las diversas miradas que se tuvieron a lo largo del tiempo - mencionadas al inicio de este trabajo-, permite vislumbrar las bases sobre las que se alza el instituto de la adopción, dando como resultado un fortalecimiento del mismo.

Así estos principios en materia de adopción cumplirán dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver aquellas cuestiones que no encuentran solución en la ley o las costumbres, fijando también un límite a su arbitrio, lo que permite garantizar que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que “los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo”⁶.

Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas y dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas. Asimismo

⁶ Cf.. MEDINA, Graciela, en Medina – Rivera (Dirs.) *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014, comentario al art. 595.

cabe señalar que ninguno de estos principios puede ser interpretado aisladamente, sino que se interrelacionan y se integran con todo el ordenamiento jurídico.

4.a. El interés superior del niño

Se trata del principio rector de la materia, consignado en el artículo 3 de la Ley Nacional 26.061, el cual expresa que

"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Como así también en la Convención sobre los Derechos del Niño, con rango constitucional, al expresar que

"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

será el interés superior del niño", en su art. 18.1 en relación con la responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, preceptúa que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

A su vez, el art 20. 1, allegado al tema que aquí nos ocupa expresa que "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado."

Asimismo el art 21 establece que

"los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que este principio apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Intentando que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los problemas de los niños, de modo que resulte de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.⁷

Este debe analizarse en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, es decir analizando cada situación particular. A tal fin, una buena guía es la dada por la Provincia de Misiones en su Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 3820) que en su art 4 establece:

"Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente en una situación concreta se debe apreciar lo siguiente:

- a) la opinión del niño, niña y adolescente;
- b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y sus deberes;
- c) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común;
- d) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y los derechos de las personas adultas;
- e) la condición específica del niño, niña y adolescente, como personas.

En aplicación del Interés Superior del niño, niña y adolescente, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, frente a otros

⁷ 7 CS1N, 2-8-2005, S.1801.XXXVIII, "S., C. s/Adopción", especialmente consid. 5°. 8

derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."

4.b. El respeto por el derecho a la identidad

Se trata de uno de los principales derechos humanos comprometidos, en virtud a que la identidad personal incide en todos los aspectos del desarrollo vital del sujeto.

Acorde a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman c/Uruguay", del 24 de febrero de 2011, estableció que

"el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (párr. 122). Y seguidamente -citando a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos- sostuvo que "...el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana".⁸

En miras a su respeto, comprende además la posibilidad de búsqueda de los orígenes y vinculación con la familia biológica, a fin de preservar las relaciones familiares. Así la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8 dispone:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su

⁸ CORTE IDH, caso *Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Serie C, No. 221. Párr. 123.

identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

4.c. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada

La permanencia del niño en su núcleo familiar es un principio que está contemplado en la Convención de Derechos del Niño, en el art. 9, que menciona:

"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva 17, en la cual se ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la que está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Siendo un supuesto emblemático el caso "Fornerón", en el que la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico porque el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición, privando a la niña de vivir en su familia de origen.

Sin perjuicio de ello, el Máximo Tribunal Americano de Derechos Humanos se ha preocupado por recalcar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y por ende, si existen motivos fundados, el niño debe ser separado de su familia, ya que el Estado debe preservar su interés superior.

Reconocida la posibilidad de que una familia tenga dificultades de crianza que vulneren los derechos de sus hijos puede ocurrir que, por distintas circunstancias, deba abordarse al grupo y eventualmente

producirse una separación transitoria con el consiguiente ingreso al régimen de cuidados alternativos.

Dichos cuidados suelen procurarse o por miembros de la familia ampliada, o familias ingresadas como cuidadoras o bien en instituciones estatales destinadas al efecto.

Esas medidas serán de carácter temporal y vencidos los plazos que se fijen para la reversión de las circunstancias que la motivaron, se dispondrá lo necesario para efectivizar el derecho a la convivencia familiar de manera estable y permanente, sea en la familia de origen que logró los cambios, sea en la ampliada o en una adoptiva.

4.d. La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas

Deberá procurarse la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes o preservar los lazos jurídicos, acorde al precedentemente desarrollado art 621. Es decir, debe procurarse que los hermanos en situación de adoptabilidad sean adoptados por la misma familia, si ello no es posible se abre una doble posibilidad:

- a. el mantenimiento del vínculo jurídico por la adopción simple o por la plena con preservación del parentesco en los términos del 621.
- b. la extinción del vínculo jurídico pero con ciertos derechos, como el régimen comunicacional.

Acorde lo mencionado precedentemente, nuestra jurisprudencia ya había enfatizado en la idea de preservar la unión de los hermanos, como así también ha sostenido la improcedencia de innovar sobre estados de hecho ya consolidados, salvo que circunstancias justificadas así lo aconsejen. A su vez, la ley 26.061, en el inc. d) del art. 41, al referirse a las medidas que se pueden adoptar en los casos en que las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, establece que: "...Las

medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos...".

La prioridad a la adopción de grupos de hermanos debe ser realizada en tanto ello beneficie el interés superior del menor. Acorde a ello la Cámara de Apelaciones de Santiago del Estero expresó:

“Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar el decreto de grado que ordena una audiencia con el hermano biológico de la menor cuya guarda preadoptiva se solicita, toda vez que de las constancias de autos surge una absoluta ausencia de vinculación de aquél con la niña como así también su total desinterés de asumir responsabilidad alguna, por lo que dicha decisión -tomada al efecto de preservar el nexo con la familia ampliada- deviene no sólo innecesaria sino también obstructiva del normal desarrollo de este proceso en detrimento de la celeridad que debe primar en toda cuestión atinente al interés superior de la niña (...) Así pues, cabe priorizar en el *sub judice* la estabilidad de la niña y preservarla, en esta etapa de su vida, de nuevas situaciones traumáticas generadas en la dilación innecesaria de un pronunciamiento que otorgue certeza y estabilidad a los lazos afectivos que se procuran edificar en el marco de este proceso”.⁹

4.e. El derecho a conocer los orígenes

Uno de los derechos que se ha desprendido del derecho a la identidad y que ya observa entidad propia es el derecho a conocer los orígenes. Y si bien este surgió en el ámbito de la filiación adoptiva, siendo reconocido ya en la ley 24.779, el nuevo Código Civil y Comercial la regula al ocuparse de la filiación por técnicas de reproducción asistida (art. 564).

Habiendo sido superada la idea del secreto sobre el origen - que violaba derechos personalísimos de los adoptivos-, se comprende que

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1ª Nominación, Santiago del Estero, 12/2/15.

la indagación sobre la identidad personal trasciende el interés por corroborar ciertos datos genéticos, siendo muchas veces necesario para el adoptado investigar otros aspectos de su biografía. Así, es posible que su madurez sea suficiente para indagar y permitirle conocer los antecedentes administrativos y judiciales que concluyeron con su inserción en una familia distinta a la de origen sin tener que esperar a la edad de 18 años para acceder al expediente de adopción, y a otra información relevante que conste en legajos administrativos o judiciales, logrando una construcción o reconstrucción de su identidad.

Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial le dedica una regulación específica en su artículo 596, que expresa:

" El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada."

La norma hace referencia a la edad y grado de madurez del adoptado. Conforme lo establecido en el art 26, los adolescentes, es decir aquellas personas que cuentan con al menos 13 años tienen legitimación procesal para requerir el acceso a los antecedentes obrantes sobre la historia personal y su origen, pudiendo conocer el contenido de historias clínicas, certificados, fotografías, legajos escolares, constancias de hogares de tránsito, incluso legajos penales si

el emplazamiento adoptivo tuvo como antecedentes algún delito por el que resultó víctima, antecedentes médicos relevantes, etc.

4.f. El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art 12 expresa que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

De lo que se desprende el deber de los jueces de escuchar al pretense adoptado en este proceso, quien debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se considera progresiva.

Asimismo, el niño, niña o adolescente será parte en todo el proceso de adopción y a partir de los diez años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta, sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto. Por lo tanto, siendo este un requisito ineludible, el juez no podrá ignorar su opinión.

La jurisprudencia se ha pronunciado con respecto a ello en varios oportunidades, expresando que

“en la adopción debe ponerse el acento en la persona del menor, por constituir el centro sustancial de la situación jurídica en examen; y la solución del caso debe atender a ese objetivo primordial más que a los derechos —legítimos por cierto— de los protagonistas del pleito y partícipes de una manera u otra en la vida del menor”¹⁰

¹⁰ CNCiv., sala G, 13/10/1989, ED, 137-435

“La necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, es un factor de apreciación ineludible para los jueces; y dicha pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que puede ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte”.¹¹

5. Disposiciones Generales.Sujetos.

El art. 608 CCyCse refiere a los sujetos del procedimiento al expresar que

"el procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada; b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial; d) del Ministerio Público. El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos”.

Si bien el Código de Velez no tenía norma en este sentido, sí lo hacía la ley 26061. La novedad que trae la regulación en este punto, es el protagonismo del niño en el proceso, ya que en el trámite de declaración del estado de adoptabilidad se prevé que el niño sea parte en el proceso, si tiene edad y grado de madurez suficiente. Asimismo, deberá comparecer con asistencia letrada, tal como lo dispone el art. 26 del Código. Debemos señalar que no sólo prevé en muchas de sus normas que el niño debe ser escuchado y su opinión tenida en cuenta valorando su edad y grado de madurez, sino que también hace referencia a su defensa técnica, es decir a la intervención del abogado

11CNCiv., sala G, 13/10/1989, ED, 137435

del niño, que era un capítulo pendiente del Código sustituido, a pesar de encontrarse reconocida en el art. 27 de la ley 26.061. También se considera parte al órgano administrativo de protección de derechos, ello en virtud de su necesaria intervención en los procesos de revinculación con la familia de sangre. Por último, si bien la norma en análisis no considera parte en este proceso a los parientes u otros referentes afectivos, faculta al juez para que en caso de considerarlo necesario, pueda citarlos a los fines de que sean oídos, y valorar en su caso las mentadas declaraciones

6. Procedimiento

Múltiples situaciones pueden dar lugar a que se declare que un niño se encuentra en situación de adoptabilidad, el nuevo Código distingue cada una de ellas y regula un proceso común, diferenciándose así del texto anterior que no lo regulaba expresamente, lo que generaba interpretaciones y prácticas disímiles. Este proceso judicial, con reglas precisas, pretende poner fin a aquella etapa y así en su Artículo 607 plasma diversos supuestos en los que se dictará la *declaración judicial de adoptabilidad*, que procederá si:

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez

interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días."

En relación al primer supuesto, la autoridad administrativa deberá agotar la búsqueda de los familiares de origen, en un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 días, si median razones fundadas. En caso de que algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofreciere asumir su guarda o tutela y el pedido sea considerado adecuado, no se podrá dictar la declaración de adoptabilidad. Por lo contrario, si agotado el plazo, no se encontraran a los familiares de origen, o éstos no tuvieran intención de recibir al niño, se deberá dictar la declaración judicial de adoptabilidad.

Con respecto al segundo de ellos, la expresión de la voluntad de los padres sólo podrá darse si han transcurrido 45 días desde el nacimiento del hijo. El plazo encuentra fundamento, en la circunstancia de que los padres biológicos puedan tomar una decisión razonada y madura con relación a desprenderse de su hijo. Asimismo en este supuesto, deberá observarse si se encuentra o no determinado el progenitor varón, ya que en caso de no estarlo y agotada la instancia de su búsqueda, la decisión deberá ser tomada exclusivamente por la madre. Si por el contrario, el niño posee doble vínculo ambos deberán prestar su consentimiento.

Y en el caso que los padres sean menores de edad, ellos no pueden entregar a sus hijos en adopción sin el asentimiento de quienes tienen su responsabilidad parental de conformidad a lo dispuesto por el art. 644 de este Código.

Comprobado judicialmente, previo dictamen del organismo administrativo interviniente, de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en los plazos que establece la ley 26.061 no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada, el juez debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y comunicárselo al juez en el plazo de 24 hs.

Inmediatamente al dictado de la sentencia que declara el estado

de adoptabilidad, el juez debe discernir la guarda con fines de adopción, así lo establece el nuevo Código en su art 612, inspirado en lo dispuesto por el art 317 de Vélez, evitando la configuración de un estado de incertidumbre prolongada. Asimismo, deberá seleccionar a los pretendientes adoptantes de la nómina del registro de adoptantes, pudiendo convocar tal fin a la autoridad administrativa que intervino en el proceso, el cual también puede aparecer de manera espontánea.

En cuanto a la elección de los padres, la reforma contempla pautas claras para la selección de los futuros adoptantes, donde se deberá tener en cuenta:

i) las condiciones personales del o de los pretendientes adoptantes; ii) edades del o de los pretendientes adoptantes; iii) aptitudes del o de los pretendientes adoptantes; iv) su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado; v) educación; vi) sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; vii) el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. viii) la opinión del niño, niña o adolescente según su edad y grado de madurez. En la regulación judicial de la guarda, también se prevé la citación del niño, niña o adolescente, cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Cabe señalar que el proceso de guarda con fines de adopción tiene los siguientes objetos:

- la elección de la persona del guardador con fines adoptivos cuando esta elección no haya sido realizada por los progenitores biológicos, por razones afectivas o de parentesco.
- la toma de medidas para vincular al niño, niña o adolescente con el guardador con fines de adopción.
- el control de la relación entre los pretendientes adoptantes y el niño durante un tiempo determinado que permita presumir que esta vinculación va a contribuir de un modo permanente y satisfactorio al desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo 613, el juez

deberá dictar la sentencia de guarda con fines de adopción, en un plazo que no podrá exceder los seis meses. Ello encuentra su fundamento en el art. 316 del Código sustituido, que establecía que el adoptante debía tener al menor bajo su guarda por un plazo no menor de seis meses ni mayor de un año. El plazo se encuentra previsto para demostrar en un período de tiempo acotado la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretensos adoptantes y niños desamparados, durante el mismo se hace el seguimiento de la nueva familia para que, antes de emplazarlos jurídicamente en una nueva filiación, se verifique si los adoptantes tienen condiciones para ejercer la responsabilidad parental sobre ese niño determinado.

Asimismo, se debe mencionar que los guardadores, por estar inscriptos en el registro de adopción, ya tienen realizados todos los exámenes de aptitud necesarios y los estudios socio-ambientales requeridos en abstracto para adoptar y que el período de la guarda preadoptiva probará en concreto su aptitud frente a la situación individual y especial de ese niño en particular.

7. Proceso de Adopción.

Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción. Lo novedoso del art 616, es que faculta al juez a solicitar de oficio el inicio del trámite de adopción.

En este proceso serán parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada, debiendo intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;

Se establecen reglas especiales para el juicio de adopción, entre ellas cabe destacar que no son partes los padres biológicos que ya intervinieron en el proceso administrativo, en el juicio de declaración de adoptabilidad y en la guarda con fines de adopción. Sólo intervienen en calidad de parte los pretensos adoptantes, el pretense adoptado, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad.

El pretense adoptado deberá ser oír personalmente por el juez, quien deberá tener en cuenta su opinión según su edad y grado de

madurez. Debiendo contar con asistencia letrada en caso de ser mayor a diez años y prestar consentimiento expreso.

Las audiencias serán privadas y el expediente reservado.

8. Conclusión.

La adopción supone pensar en primer lugar al niño antes que en los adultos, en el respeto a sus derechos y en la persecución de su bienestar.

Este nuevo Código Civil y Comercial que recientemente comenzó a implementarse, aún es objeto de análisis. Sin perjuicio de ello, se puede vislumbrar un avance en la protección a los niños, niñas y adolescentes, como así también a la familia y constitución, en sus diversas formas. Como así también un Código a tono con principios constitucionales internacionales en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, que ha logrado compatibilizar la ley civil de fondo con leyes especiales, que no sólo no son derogadas, sino que son revalorizadas.



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Silvana Marconetto

1. Introducción.

En agosto pasado entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial y con ello otros modelos de familia, divorcio y adopción más rápida y esto trajo a colación de que nuestro país le otorgara operatividad interna al “interés superior del niño”.

El interés superior del niño representa un principio con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de nuestra Carta Magna, siendo de aplicación obligatoria todas las medidas en donde se hallen involucradas cuestiones que atañen a menores de dieciocho años de edad.

La ausencia de definición legal sobre el principio no determina que este sea abierto y vacío sino que se evita especificarlo para no dejar excluidas innumerables situaciones de casos particulares.

Sin embargo, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, con relación al artículo 1 se declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad.

La familia, considerada como el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el desarrollo y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente y en sociedad debe ser educado sustancialmente en un plano de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad para que su desarrollo sea pleno y armonioso; por todo ello es primordial que el seno familiar sea un ámbito de felicidad, amor y comprensión.

Siguiendo el artículo 3 inciso 1 de dicha Convención se extrae que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De esta manera, el objetivo primordial del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo uniforme del mismo, reafirmando los principios de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos humanos en el ámbito de la infancia, aclarando que el criterio de un adulto sobre el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención.

Los instrumentos internacionales que amparan el interés superior del niño son numerosos como por ejemplo:

- La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño aprobada en 1924
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Segunda Declaración de los Derechos del Niño (1959)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

Sin embargo, con la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se constituyó un principio determinante para la protección de la infancia, quebrando las bases sobre las cuales los sistemas nacionales implementaban hasta el momento, a partir de la incorporación de tres elementos:

1. El interés superior del niño se precisa como un principio garantista, es decir toda decisión que involucre a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.
2. El principio del interés superior del niño es un principio amplio, de modo que va más allá de los ámbitos legislativos o judiciales, de modo que se extiende a todas las autoridades e

instituciones públicas y privadas incluso el ámbito familiar del niño.

3. El interés superior del niño es una norma de interpretación o de resolución de conflictos. Este principio actúa como pauta primordial para solucionar las controversias que se susciten en relación a otros derechos o bien sujetos de derecho.

El interés superior del niño implica el derecho a ser escuchado estableciendo la Convención los términos sobre la libertad de expresión determinando la metodología para que todos los niños sean oídos en los asuntos que los afecten y sus opiniones. Este principio se aplicara teniendo en cuenta la madurez, el desarrollo y la capacidad del niño para intervenir en las decisiones que le atañen.

Finalmente, es el Estado quien deberá implementar las medidas necesarias para evitar cualquier acción de discriminación y reestablecer situaciones de desigualdad en el acceso y goce de los derechos para poder llevar a cabo el interés superior del niño.

Siendo la Convención el único tratado referido a los niños que ha tenido y que mantiene carácter vinculante, logrando que el interés superior del niño pasara de ser objetivo social llevado a cabo por una autoridad liberal y progresista a un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. De esta manera, los Estados vinculantes deberán comprometerse legalmente llevar a cabo los principios y las disposiciones del tratado en todo su territorio.

De tal modo, que la adhesión al mismo implicara un proceso de adecuación de la normativa nacional vigente hasta ese momento provocando la adopción de nuevas medidas para poder implementar el mismo y dar cumplimiento a los derechos. Además, el Estado que ratifica deberá aceptar el control por parte de la autoridad del contenido y cumplimiento de la Convención.

A pesar de la evidente importancia que implica el interés superior del niño, ha sufrido a nivel internacional, variadas críticas. Se han generado debates en cuanto a su alcance, argumentando su imprecisión y amplitud; de todos modos se entiende que el mismo puede ser aplicado en diferentes contextos sociales, culturales y económicos.

2. El “interés superior del niño”.

Más allá de los reproches, la adopción del interés superior del niño significó un gran cambio en la concepción del niño desde el punto de vista ideológico, jurídico y político.

Desde el punto de vista ideológico, se aparta de la idea del niño como objeto de compasión propia del sistema tutelar. En este esquema, se acentuaba la situación de aquellos niños huérfanos o abandonados que se convertían en un peligro para la sociedad.

Desde la implementación de los derechos del niño, dejan de ser un objeto de tutela por parte de los adultos para convertirse en sujetos de derecho.

El niño es entonces, portador de necesidades autónomas, portador de un pensamiento, una consciencia y una religión percibiendo su situación y la de su alrededor. El interés superior del niño adopta un conjunto de acciones que buscan el desarrollo integral y de todas las condiciones necesarias para lograr un nivel de bienestar adecuado. Por ello, en este contexto, la niñez deja de ser entendida como un estado de transición sino como una etapa de desarrollo. Ya sea la infancia o la adolescencia son formas de ser persona que tiene cualquier otra etapa de la vida.

Es así, como la Convención reafirma lo dicho, a través del derecho de opinar y ser escuchado. Esto no significa la importancia que tiene la protección de los adultos teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad de los niños. Los adultos deberán orientarlos correctamente al momento de ejercer los derechos que le otorga la Convención, siendo indispensable que sea en un contexto adecuado y ofrecerles los medios para que los niños participen en su propio desarrollo.

Desde el punto de vista jurídico, el interés superior del niño implica fundamentalmente: cumplir una función hermenéutica, permitiendo que se haga una interpretación acorde al predominio de los derechos de la infancia; y que su cumplimiento se lleve a cabo con obligatoriedad tanto en el ámbito público como privado.

Finalmente, desde el punto de vista político, tantos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas

como la pasividad y las omisiones siempre deben ser en resguardo del interés superior del niño siendo primordial velar por el mismo.

Los distintos niveles de responsabilidad para la realización del interés superior del niño se limitan a dos.

A nivel privado, el interés superior del niño se refiere a las decisiones que toman los adultos (padres, tutores, profesionales y otras personas responsables) debiendo hacer prevalecer el máximo bienestar posible. Aquí, el Estado actuara como garante de las condiciones para que los adultos puedan llevar a cabo el interés superior del niño. Sin embargo, en este ámbito el bienestar estará influenciado por las condiciones económicas, sociales y culturales de la familia

En la dimensión pública, toda decisión judicial y administrativa que afecte a los niños deberá considerar el interés superior del niño. Por ello, la política de un Estado, las instituciones existentes, los recursos económicos tendrán una fuerte trascendencia en el tipo de políticas públicas que se implementen a la hora de considerar el interés superior del niño.

La Convención al tener carácter vinculante determina la obligatoriedad del principio del interés del niño, de manera que de ser un principio meramente enunciativo se convierte en una disposición de interpretación jurídica de todo el articulado de la misma. Es decir, que los operadores que imparten justicia deberán realizar una interpretación ordenada e integral de los derechos del niño toda vez que resulten afectados sus derechos.

Los países de América Latina con excepción de Chile han adoptado en sus legislaciones internas Leyes de Protección Integral o Códigos de Infancia y Adolescencia.

Paralelamente, otros países han incluido en sus textos constitucionales el interés superior del niño como criterios supremos de protección de los derechos de la infancia. También le han otorgado rango supra legal (no constitucional) y por último se registra una tendencia a que el interés superior del niño se refleje en sus leyes internas.

Argentina es uno de los países que otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. En el artículo 75 inciso 22 establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone en su artículo 3: que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley; enfatizando su condición de sujeto de derecho, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, su centro de vida entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

3. Reformas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Con la última reforma del Código Civil y Comercial ya no se referirá a ellos como “menores” sino como “personas menores de edad” como tampoco se los denominara incapaces hasta los dieciocho años de edad.

La variedad de argumentos jurídicos y psicológicos son para entender la importancia de respetar sus opiniones pudiendo decidir sobre tratamientos médicos no invasivos y su voluntad será tomada en cuenta en trámites de adopción.

En los últimos años se ha observado que las situaciones traumáticas como divorcios u otros problemas familiares que el niño presencie han aumentado, al igual que las consultas de los padres que observan conductas extrañas en los hijos y en la mayoría de los casos se debe a que no son escuchados.

Las modificaciones que el Código Civil prevé contemplan al niño como sujeto capaz de decidir. Actualmente, ya no se le nombra como “menores” sino como “niñas, niños y adolescentes” y como “persona menor de edad” como así tampoco “incapaces” sino como personas que van adquiriendo capacidades.

La reforma supone también que los adolescentes entre trece y dieciséis años tienen aptitud para decidir por sí, como por ejemplo

aquellos tratamientos médicos que no resultan agresivos, ni comprometen su estado de salud o provoquen algún riesgo grave en su vida o integridad física. Por otro lado, a partir de los dieciséis años, los adolescentes serán considerados como adultos para tomar decisiones que correspondan al cuidado de su propio cuerpo.

En cuanto a la circunstancia de escuchar a los niños toma relevancia al momento de decidir sobre la tutela. Para esta decisión, el juez deberá oír previamente a la niña, niño o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de la edad y madurez y decidir dándole mayor relevancia al interés superior del niño, niña o adolescente.

En el apartado sobre adopción se considera el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad, madurez; siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años.

4. Definiciones jurisprudenciales.

Un caso emblemático en Argentina que versa sobre la violación de los derechos de los niños, es el de Fornerón e hija vs. Argentina en sentencia 27 de Abril de 2012. El caso alude a una menor de edad que es entregada en guarda judicial y posterior adopción, sin contar con el consentimiento de su padre biológico el Señor Fornerón quien no había tenido acceso a su hija. La justicia argentina omitió llevar a cabo la investigación solicitada para determinar la supuesta venta de la niña al matrimonio encargado de la guarda. Por otro lado, a pesar de las múltiples solicitudes presentadas por el padre biológico en las diferentes instancias judiciales a lo largo de diez años, el Estado le negó incluso fijar un régimen de visitas. Finalmente, la negligencia por parte de los funcionarios del Estado Argentino, que omitieron el plazo razonable provocando la demora en los procedimientos judiciales convirtieron en desconocimiento los derechos del padre acarreado a un vínculo inexistente entre la menor y su progenitor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos enuncio que la separación del niño de su familia debía ser excepcional. “El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser

excepcional y preferentemente, temporal”. Este caso es otro más que demuestra la discrecionalidad de los actos o decisiones sobre la protección de los derechos de la infancia que da lugar al carácter difuso del principio de interés superior.

Contrario al fallo desarrollado anteriormente, el 10 de Septiembre de 2015 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el pedido de fijación de un régimen de comunicación del padre con respecto a su hija de 17 años, frente a la oposición de la niña quien no deseaba revincularse con él. La niña fue escuchada en los términos en los términos de la Convención de los Derechos del Niño y manifestó que estaba de acuerdo con el pedido del Ministerio Público quien solicitó que se rechace la demanda. La sentencia considero las circunstancias del caso, la edad de la niña, sus manifestaciones y desestimo la pretensión del progenitor. La insistencia del recurrente deja de lado los principios que obligatoriamente deben regir al momento de tomar decisiones que involucren a los niños. Los argumentos del recurrente se fundan básicamente en su propio interés sin siquiera intentar una propuesta que equilibre sus pretensiones con las de su hija. No mostro alternativas para poder lograr la revinculación con la misma como tampoco asumió el impedimento de que la joven no quiera vincularse con él. Por las razones expuestas, el Tribunal resolvió confirmar la decisión apelada.

En efecto, en el caso se ponen en juego tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integran nuestro constitucionalismo desde el año 1994: el predominio del interés superior del niño, el respeto de su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Nuestra Corte Suprema ha determinado que el interés superior del niño importa separar conceptualmente aquel interés del mismo como sujeto de derecho de los intereses de otros ya sean individuales o colectivos, incluso los padres. La resolución frente a la oposición de intereses y el deber de intervención institucional implica el deber de tomar las medidas necesarias para quitar aquellos obstáculos que existan y de esta manera permitir que los individuos gocen de sus derechos acorde lo establecido por la Convención y los jueces deberán velar por los derechos de la niña, niño o adolescente que estén bajo su jurisdicción y así poder escucharlos con todas las garantías para efectivizar sus derechos.

5. La legislación en la Provincia de La Pampa.

A nivel provincial, la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa el 22 de julio de 1994 aprobó la Ley 1556, Normas Complementarias para la protección integral para niños y adolescentes. Dispone la incorporación de algunos derechos como es el caso del derecho a la identidad, la libertad, el respeto y a la dignidad. Además asienta tres cuestiones fundamentales: a) que la política de atención a los derechos del niño se harían a través de un conjunto de acciones articulado entre la Provincia y los Municipios; b) que el niño o adolescente debe ser previamente oído y su opinión debidamente considerada; c) que todo niño tiene derecho a ser criado y educado en su propia familia biológica y, excepcionalmente, en la familia sustituta. Se afirma que la carencia de recursos económicos no constituyen motivo suficiente para la pérdida de la “patria potestad” (actualmente responsabilidad parental) o para excluir al niño de su familia, sino que dicha familia deberá ser auxiliada por medio de programas oficiales.

Si bien en esta ley no se observa una transcripción del articulado de la Convención, su contenido está íntimamente relacionado.

6. Conclusión.

La relevancia del interés superior del niño está dada por su adopción como principio, es decir como clave de interpretación del resto del articulado de la Convención. Esto demuestra que la realización del interés superior del niño necesita de la concreción de todos los demás derechos contenidos en la misma. La adopción de la Convención provocó una ruptura del esquema en función del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, del consenso universal que logro su carácter vinculante. De tal modo, los países suscriptores debieron esforzarse por lograr una adecuada legislación interna y diseñar sus sistemas operativos de protección de la infancia, proceso que fue llevado en diferentes ritmos y niveles.

A partir de la efectiva práctica de los derechos humanos de la niñez y de la aplicación de los principios de “interés superior del niño”, “derecho a ser oído”, que su opinión sea tenida en cuenta incorporados

al nuevo Código Civil y Comercial demuestra la imposibilidad de que existan fallos vacilantes sino fallos fundados y razonables con la participación de los actores principales del proceso: las niñas, niños y adolescentes.



PLURIPARENTALIDAD, FILIACIÓN E IDENTIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Estela Lis Rodriguez

1. La plataforma fáctica: la pluriparentalidad

A principio de 2015, en el mes de abril, se dio a conocer el primer caso de triple filiación en Argentina.

La medida fue llevada a cabo por el Registro Civil de la ciudad de Mar de Plata. La misma causó no menos que asombro y repercusión, tanto en el ámbito del derecho como en la sociedad misma.

Nos lleva a plantearnos ciertos interrogantes que como operadores del derecho y miembros de esta sociedad debemos abordar: en estas familias llamadas “pluriparentales” ¿el derecho debe admitir que una persona pueda tener tres filiaciones y no dos, dejando de lado el principio binario que rige en materia filiatoria?, ¿qué consecuencias jurídicas puede acarrear?, entre otros.

El primer caso fue el de Antonio, un niño nacido por Técnicas de Reproducción asistida (en adelante THRA), hijo de Susana y Valeria, quienes se encuentran unidas en matrimonio. Conforme las normas que surgen del Título I del Libro I y las del Título V del Libro II del CCyC, Antonio tenía sus dos polos filiales completos con fundamento en la voluntad procreacional y su nombre estaba compuesto por los apellidos de sus dos mamás.

Hasta aquí, la situación fáctica no planteaba problema alguno. Sin embargo, el hombre que aportó el material genético para que la fecundación se llevara a cabo –Hernán, amigo del matrimonio- no lo hizo como un gesto altruista solamente, sino que además quiso participar en ese plan familiar, formar parte de la vida del niño con el cual está unido genéticamente, responder y ser reconocido como su padre. Con el apoyo de la FALGBT y la Defensoría LGBT, obtuvieron por primera vez en nuestro país este reconocimiento. Secundando este reconocimiento, fue el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quien estableció una triple filiación para el pequeño

Furio, hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros.

Aquí claramente, los tres “progenitores” estaban de acuerdo premeditadamente en formar parte de la vida de los niños, del cuidado, ejerciendo los derechos y obligaciones que derivan de la responsabilidad parental.

Al regularse como causa fuente de la filiación por TRHA, la voluntad procreacional, quedó escindido el elemento genético/biológico. La identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato genético determinado por la procreación, sino que va mucho más allá de ello. De esta manera, se previó la diferenciación entre el derecho a conocer la realidad genética y biológica -derecho a conocer ese dato-, al derecho a ser emplazado como hijo de la persona donante de material genético a los fines de la concepción -pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato-.

Como se observa, la realidad social desafía constantemente las soluciones brindadas por el derecho. Así, en los casos mencionados supra, se presentan de manera simultánea los elementos genético/biológico y volitivo en los varones. Éstos no sólo comparten caracteres genéticos con los niños sino que ostentan la voluntad de ser sus padres, de emplazarse como tales y media entre ellos un vínculo paterno-filial que es asumido y recíprocamente aceptados por “padre e hijo” -en especial, en el caso de Furio-. Sus posesiones de estado están consolidadas, habiendo un correlato entre su realidad genética/biológica/volitiva con su identidad filiatoria.

Es claro que, la identidad de una persona no sólo se compone del dato genético o biológico, sino también se nutre y se consolida por la historia de vida de la misma, por la construcción socioafectiva-familiar a la cual pertenezca y su proyección en la sociedad.

El derecho a la identidad no se reduce al aspecto biológico -importantísimo en la búsqueda de la verdad-, sino que su dimensión debe configurarse a la luz de otro principio fundamental como es el del interés superior del niño, consagrado en el art. 3 de la CDN, principio que atraviesa el instituto de la filiación.

Toda decisión judicial y/o administrativa que involucre niños, niñas o adolescentes, debe estar guiada por el mejor interés del Niño, Niña o Adolescente (en adelante NNA), como principio rector a la hora de interpretar las normas.

Tanto Antonio como Furio, van a crecer en una familia conformada por dos mamás y un papá. Más allá de los argumentos a favor y en contra, es una realidad innegable que ellos se van a desarrollar y formar su identidad personal dinámica dentro de esta forma familiar.

Si bien son sólo los “casos” que salieron a luz en los medios de comunicación, cabe preguntarnos: ¿cuántos casos más habrá que en los hechos forman parte de esta realidad familiar y no poseen protección jurídica?

Frente a estas realidades, que reclaman respuestas jurídicas debería el derecho ponderar una solución posible para los casos de filiación “pluriparental” que pueden llegar a presentarse por el uso de las TRHA, lo que implicaría replantearse los alcances de los principios que se han forjado como universales y aplicables a todas las situaciones atinentes a la filiación.

2. La filiación en el Derecho argentino

Para el derogado Código Civil, la filiación como vínculo jurídico en la que se emplaza una persona en estado de madre, padre e hijo dentro de una familia, estaba determinada por su origen biológico.

En la redacción originaria del Código Civil, Vélez distinguía entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a estos últimos a su vez en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Clasificaciones que fueron eliminadas por la Ley 14.367 del año 1954, la que equiparó los derechos que hasta entonces tenían los hijos naturales a los hijos extramatrimoniales. Fue recién con la Ley 13.252 que se incorporó al sistema jurídico argentino el instituto de la adopción.

La Ley 23.264 de 1985, al regular la determinación de la filiación, estableció el principio de igualdad de efectos tanto a la filiación matrimonial, a la extramatrimonial como la adopción plena.

Asimismo, fijó como principio rector el doble vínculo filial, ya sea basado en la realidad biológica derivada de la procreación natural - la filiación por naturaleza tenía como fuente el elemento biológico- o en el caso de la adopción el elemento genético/biológico pertenece a la familia de origen, mientras que el elemento volitivo es la causa fuente para reconocer la filiación a la familia adoptiva.

Todos los cambios receptados legislativamente, ponen en evidencia que el tanto el concepto de familia como el de filiación, son institutos que se encuentran penetradas por la cultura de una sociedad, influenciadas por circunstancias de modo, tiempo y lugar. Esto es lo que las hace cambiantes; y es el derecho quien tiene que saber dar respuestas a estos cambios.

El CCyC ha incorporado importantes reformas a nuestro sistema, haciendo eco de estas circunstancias de hecho que ya venían siendo adaptadas por la jurisprudencia y la doctrina, que han sabido interpretar a luz de nuestro bloque constitucional, incorporado con la reforma de 1994 en el art.75 inc. 22, dando prioridad tanto a lo constitucional como a lo convencional.

El CCyC reconoce y da un marco de protección integral a las diversas formas familiares que coexisten en nuestra sociedad, respetando los proyectos autorreferenciales de vida que han adoptado los individuos.

Conforme se fueron suscitando en el tiempo los avances de la ciencia en materia de reproducción asistida, se produjo el quiebre en el binomio procreación/filiación.

No siendo ajeno al avance científico, conjuntamente con la necesidad de reconocer la diversidad de formas familiares, el derecho al acceso a ellas, y como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear que es parte del derecho a fundar una familia, el CCyC incorpora, como tercera fuente de filiación, aquella derivada del uso de las TRHA. Así, las TRHA se suman con igualdad de efectos a la ya reconocida filiación por naturaleza y por adopción.

3. Las TRHA y la voluntad procreacional en el CCyC

Al posibilitar la reproducción sin sexo, y caducar el escenario reproductivo tradicional, las TRHA habilitan la disociación de las tramas biológica y genética, instituyendo como elemento central la voluntad procreacional, circunstancia en la que el consentimiento previo, libre, informado y formal constituye la fuente y la prueba de la filiación.

La piedra angular de este tipo filial que deviene de la procreación asistida es la llamada *voluntad procreacional*, que determina el vínculo o los vínculos filiales de una persona *con independencia de quien haya aportado material genético* -art.575 CCyC-.

Desde la doctrina se ha afirmado que: “la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”.

La diferencia sustantiva a señalar en la filiación por TRHA, es que mientras el derecho a la identidad en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen –conocer la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TRHA y a petición de ésta solicitar en el centro de salud interviniente los datos médicos del donante, es decir su mapa genotipo cuando es relevante para su salud y sólo en casos excepcionales, conocer la identidad del donante siempre y cuando medien razones fundadas que serán evaluadas por un juez-, el derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un emplazamiento de doble vínculo filial, fundado en la voluntad procreacional de sus progenitores.

Al tener las TRHA su causa en el elemento volitivo, queda desplazado de todo vínculo jurídico filial la persona donante del material genético.

En síntesis, la voluntad procreacional aparece en la filiación derivada de la procreación asistida, como el principio que mejor adecúa los intereses de las personas involucradas, en especial el interés del hijo que obtendrá un emplazamiento filial respecto de las personas que lo han deseado, y asumen la responsabilidad parental desde antes de la concepción.

4. Bases constitucionales de la diversidad familiar, la filiación y el derecho a la identidad.

Durante las últimas décadas, la perspectiva de los derechos humanos ilumina en forma transversal todo el plano legal. Desde la reforma del año ‘94 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, se ha allanado el

camino para lo que hoy llamamos la "constitucionalización del derecho civil".

El Código Civil y Comercial de la Nación es el claro reflejo de ello, ya que su normativa se ha adecuado a la realidad social en muchos aspectos, en especial, en el ámbito familiar, tomando como base la igualdad y no discriminación, la libertad y autonomía personal.

Se ha dejado de lado la concepción tradicionalista de "la familia" -aquella conformada por dos personas heterosexuales unidas en matrimonio y donde el vínculo filial con los hijos es preponderantemente biológico- por la denominación "las familias", siguiendo el principio de "democratización de la familia".

Este paradigma respeta los diferentes modos de convivencia familiar, reconociendo múltiples formas familiares: las fundadas a partir de una unión convivencial, familias monoparentales, ensambladas, homoparentales, entre otras.

El Código Civil y Comercial protege la diversidad familiar, en consonancia con el art.14 bis de nuestra Carta Magna, que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", derecho de toda persona a recibir protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su familia.

Es fundamental que se garantice el derecho humano a conformar una familia y la libertad familiar, es decir, la posibilidad de que cada persona elija como quiere o puede vivir; respetando así todas y cada una de las diversas constelaciones de familia y proyectos de vida autorreferenciales, tal como lo establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

Por último, es de destacar el especial reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del análisis del preámbulo y de los arts.5, 7, 8, 9, 20 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, se desprende un programa básico de acción para proteger los derechos de los NNA, relativos al hogar donde habrán de crecer y desarrollarse que, en definitiva, consagra el derecho a vivir en familia.

5. Algunos argumentos relativos al reconocimiento de más de dos polos filiatorios. Argumento a simili: aplicación analógica de la norma de los arts. 621 y 631 del CCyC.

El enunciado normativo del art. 558 -última parte- establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de su filiación.

Partiendo de una interpretación aislada de este enunciado pareciera que la norma que surge del mismo es clara en cuanto consagra el principio binario. Sin embargo, el art.2 del CCyC impone llevar a cabo una interpretación sistemática de las disposiciones que contiene, para mantener la coherencia con la totalidad del sistema jurídico.

Desde esta perspectiva, el significado de la última parte del art.558, debe ser deducido reparando en las demás disposiciones normativas que integran el ordenamiento.

En materia de adopción por integración, el art.631 establece que cuando el adoptado tenga doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto por el art.621. Esta disposición habilita a que “cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena (...)”.

Así, en la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con uno o ambos de sus progenitores, y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos. No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario: ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia.

Puede suceder que el niño o niña, tenga un filiación de origen uniparental y que tras la adopción por integración, sus polos filiatorios sean binarios, quedando conformados por su progenitor biológico de origen y por el adoptante -cónyuge o conviviente del primero-. Pero también puede suceder que el niño o niña tenga un doble vínculo filial de origen y aun así el cónyuge o conviviente de uno de sus progenitores pretenda adoptarlo.

En este caso, el vínculo filiatorio con el progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante, subsiste -art.630-, a la vez que se crea un vínculo filial nuevo con el adoptante -art.631-. ¿Qué sucede con el otro progenitor de origen? La disposición del art.630 protege expresamente el vínculo del progenitor de origen casado o en unión convivencial con el adoptante. Por lo que, excluir sin más el vínculo filial del otro progenitor pareciera atentar contra el principio de igualdad ante la ley, máxime si dicho progenitor tiene una presencia afectiva en la vida del niño o niña.

Un ejemplo de ello sería el caso de un progenitor de origen condenado a pena de privación de libertad. Si bien el ejercicio de la responsabilidad parental podría suspenderse, la titularidad subsiste y, en este caso, el padre tendría un régimen comunicacional con el niño y una presencia importante en su vida. A su vez, la madre del niño ha constituido una nueva familia con su nuevo cónyuge o conviviente, naciendo otros hijos, conformando el grupo familiar del niño en cuestión. En caso de que se proceda a una adopción por integración, el juez, en ejercicio de la facultad del art.621, podrá otorgar la adopción plena en favor del cónyuge o conviviente de la madre, pero manteniendo el vínculo con su padre biológico. Puesto que, “cómo es obvio, si el otro progenitor biológico tiene una presencia activa y afectiva en la vida del adoptado, el juez en ejercicio de la facultad del 621 va a mantener el vínculo jurídico con dicho progenitor. No es posible que la ley permita mantener el vínculo con el progenitor biológicos cónyuge o conviviente del adoptado, y no con el otro, si ambos tienen presencia en la vida del niño, sin violar el principio de igualdad y no discriminación”

En el caso referido, dados los requisitos establecidos por el art. 621 -interés superior del niño, pedido de parte y motivos fundados-, el juez podría admitir el emplazamiento del niño en tres polos filiatorios: el de sus progenitores de origen y el cónyuge o conviviente de uno de ellos, que decide adoptarlo. De esta manera, la norma que surge de los art.631 y 621, se presenta como una excepción expresa a la disposición del art.558 in fine.

¿Es posible extender la excepción prevista por dicha norma al supuesto de hecho propio de las TRHA? En el caso de adopción por integración aquí analizado, existen tres personas que tienen lazos con el niño o niña: sus progenitores y el pretense adoptante, cónyuge o conviviente de uno de ellos. Frente a ello y en protección del interés

superior del niño, la norma habilita al juez a apartarse del principio binario e incorporar un nuevo vínculo filial en la vida del niño.

En casos como el de Furio y Antonio, el supuesto fáctico es el mismo, sólo que el tercero es quien aportó el material genético y, a su vez, tiene voluntad de ser parte de la vida de los niños. Teniendo en cuenta la finalidad de la norma de los art.621 y 631 -esto es, la protección del interés superior del niño- y siendo las plataformas fácticas similares al previsto por ésta, se debe aplicar la misma consecuencia normativa y admitir la conformación de un vínculo filial tripartito.

Esta extensión analógica también permite resguardar la igualdad entre los niños o niñas en la protección de su mejor interés, lo que constituye un mandato del bloque constitucional. Porque si en ciertos casos, la posibilidad de conformar más de un vínculo filial, responde al mejor interés del niño, ésta no puede ser privativa sólo para los casos de niños adoptados por integración.

6. Crítica al argumento que apela al carácter “natural” del vínculo filial.

Dentro de los argumentos esgrimidos en contra de la posibilidad de reconocer legalmente la existencia de más de dos polos filiatorios, uno muy utilizado es aquel que recurre al carácter “natural” del vínculo filial binario. Quienes apoyan esta tesitura asimilan el vínculo jurídico derivado de la filiación, con los datos genéticos o lazos biológicos presentes en todo ser humano.

Al recurrir a este argumento se asume que el límite de dos polos filiatorios deviene “...del simple sentido común y que se desprende la naturaleza del ser humano, puesto que éste es concebido por la unión de sólo dos gametos, uno proveniente de una mujer, y el otro de un varón, o sea, únicamente de dos personas -los padres del nacido-, y no más de dos...” Pero esto es ir demasiado rápido.

No es cierto que el dato genético y los lazos biológicos sean equiparables a los vínculos de tipo institucional que se generan a través del instituto de la filiación. Es decir, el lazo filiatorio es una construcción jurídica que puede corresponderse o no con vínculo biológico. Por eso tiene dicho la doctrina: “...el concepto jurídico de

filiación, al igual que el de familia y el de matrimonio, no está atado a “la naturaleza” sino que depende de las poblaciones, las filosofías políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etcétera...”

Contrariamente a lo que supone el argumento que se está analizando, en los tres tipos de filiaciones previstas por el CCyC, el vínculo filial puede quedar conformado con independencia del lazo biológico o el componente genético de las personas implicadas. Basta pensar lo consagrado por el art.566 del CCyC, sobre la determinación de la filiación matrimonial, donde la ley la hace depender de la presunción iuris tantum del niño o niña nacido dentro del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad, así como de la separación de hecho o muerte de uno de los cónyuges. Lo mismo sucede con el reconocimiento en la determinación de la filiación extramatrimonial. En ambos casos, puede suceder que aquel sobre quien recae la presunción legal o quien procede a reconocer a la persona no tenga lazo biológico alguno con ésta, pero el vínculo jurídico queda constituido y sólo puede ser desplazado mediante la acción correspondiente.

Esta dicotomía entre el lazo biológico y el vínculo jurídico también se presenta en el caso de la adopción, donde la persona adoptada rompe todo vínculo jurídico con su familia biológica de origen, creándolo con el adoptante y su familia -siempre que la adopción sea plena-.

Por su parte, los llamados lazos de afectividad están cobrando mayor importancia al momento de la conformación de vínculos jurídicos-filiales, por sobre la herencia genética. Dentro de la idea de parentesco social afectivo quedan comprendidas las TRHA, y siendo España uno de los primeros países en regular este tipo de técnicas, el Tribunal Constitucional, en pleno, tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniendo que: “No existe una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal.”

También se ha pretendido apelar a “lo natural” en defensa de un determinado modelo familiar, que trae aparejado la existencia de sólo dos polos filiatorios. Pero, al igual que acontece con el vínculo jurídico-filial, la familia no es algo “innato”. Dado a que han existido y

existen distintas formas familiares, la idea de familia se presenta como un dato cultural y, por tanto, cambiante. Más allá de donde se ubique el límite a la potestad del Estado para promover ciertas formas de “vida buena” -si es que tiene dicha potestad-, recurrir a “lo natural” para defender un determinado modelo de familia no parece satisfactorio.

Retomando el planteo primigenio, todos los casos mencionados dan cuenta de que el vínculo filial es de tipo jurídico y que no se corresponde necesariamente con el dato genético ni el lazo biológico. Así, el argumento que pretende sostener la imposibilidad jurídica de reconocer un vínculo filiatorio tripartito apelando a que la filiación deriva de algún “imperativo de la naturaleza”, es improcedente. Hoy, más bien, para dar respuesta a los desafíos en materia de filiación, parece más certero recurrir a tres criterios: el genético, el biológico y el volitivo, donde quedan incluidos también los lazos afectivos.

7. Derecho comparado.

En lo últimos años, en distintos lugares de nuestro planeta, han surgido planteos y debates sobre relaciones “poliafectivas”, definidas como toda relación amorosa y/o filiatoria duradera de la cual participan más de dos personas.

Se pueden mencionar diferentes experiencias en otros países donde se ha solicitado judicialmente la inscripción registral de triple filiación, situación similar a la analizada en la presente ponencia.

En Ontario (Canadá), en enero de 2007, el de fertilización asistida y permite anotar hasta cuatro personas en la partida de nacimiento. Los donantes Tribunal de Apelaciones dictaminó que un niño puede tener tres padres legales, luego que se planteara el reclamo de una pareja de lesbianas que habían obtenido la ayuda de un amigo para tener un hijo. En un principio, sólo la madre y el padre biológico del niño fueron reconocidos como progenitores. El tribunal decidió que tanto la madre biológica como así también su esposa, sean reconocidas legalmente como madres del niño y que su padre biológico continúe emplazado como tal.

Asimismo, desde marzo de 2013, una ley de derecho de familia en Columbia Británica (Canadá), regula a nivel local la filiación en los

casos pueden ser reconocidos como padres, siempre y cuando todos los involucrados firmen un acuerdo previo a la concepción. Así es el caso de la niña Della, hija de Danielle Wiley, su esposa Anna Richards y un amigo de ambas, Shawn Kangro. Antes de que Della fuera concebida, los tres realizaron un contrato sobre la dinámica de la crianza de la niña -sus madres tendrían la custodia, vivirían con la beba y serían responsables de su manutención; Kangro sería su tutor y podría visitarla siempre que quisiera y participaría de decisiones claves sobre su salud y educación-. En este caso, se vislumbra con meridiana claridad que previamente hubo un acuerdo de coparentalidad entre los progenitores, quienes decidieron de antemano cuáles serían sus roles y la forma de cuidado de la pequeña.

En países más cercanos al nuestro como lo es Brasil, también hay casos de similares características. En febrero de 2015, la Sala Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul decidió permitir la inscripción de una niña a nombre de tres progenitores: dos madres y un padre. De esa forma, nuestro país vecino también avanzó en la aceptación de la “multiparentalidad”, como lo denominan allí. El juez, en su sentencia, expresó: “la ley no puede cerrar los ojos o alejarse de este hecho social que exige la legalización, principalmente porque el reconocimiento milita en favor del menor”.

En igual sentido, en el Estado de Santa Catarina, también al sur de Brasil, en julio de 2015, el Segundo Tribunal de Familia de la región Capital, se adelantó un poco más y admitió en forma preliminar que un bebé por nacer tendría derecho a que en el certificado de nacimiento figure su padre y sus dos madres, destacando que esta decisión tiene en cuenta la dinámica de las relaciones familiares y las nuevas formas de composición familiar multiparental. En este caso, dos mujeres en una relación homoafectiva, casadas, buscaron a un hombre para que sea el padre del niño que deseaban. Consensualmente, establecieron una relación que progresivamente fue involucrando a todos.

El juez de esta causa expresó: “Concedo la solicitud que busca preservar lo que ya corresponde a la realidad familiar, dada la prevalencia de afecto que expresa jurídicamente lo que está ocurriendo en el mundo real, la complejidad humana, y el interés del niño por nacer, que recibe el reconocimiento en examen, desde ahora: dos madres y un padre”.

Este breve abordaje del derecho comparado permite concluir que los supuestos de pluriparentalidad son una realidad de la sociedad, que se están presentando con mayor frecuencia y el derecho los ha sabido abordar, ya sea de manera jurisprudencial o incorporándolos en sus sistemas jurídicos.

8. Conclusiones.

A manera de síntesis, consigno las siguientes conclusiones.

1. La pluriparentalidad es una realidad social, y como operadores del derecho nos vemos ante el desafío de buscar una posible solución aplicable para estos casos, ya que los miembros de este tipo familiar merecen protección y reconocimiento por parte del sistema jurídico. Aplicarles las mismas reglas de las TRHA a una situación fáctica diferente sería discriminar esta nueva construcción familiar.

2. Es la voluntad procreacional, el principio que mejor adecúa los intereses de las personas involucradas en la filiación derivada del uso de las TRHA.

3. La filiación por TRHA se erigió sobre la base de la voluntad procreacional, modificando la identidad como sinónimo de vínculo biológico.

4. El derecho a la verdad, que hace alusión al derecho a obtener la información del dato genético, el cual no genera vínculo jurídico alguno con el donante en las TRHA, no sería de aplicación en los casos de pluriparentalidad.

5 La pluriparentalidad desafía al principio binario que rige en materia filiatoria.

6. Si se realiza una interpretación sistemática de las disposiciones del CCyC, el principio binario regulado en la parte final del art. 558 del CCyC, no es absoluto. La norma de los arts. 621 y 631 implican una excepción al mismo.

7. Teniendo en cuenta la finalidad de la norma de los art.621 y 631 y siendo las plataformas fácticas similares -adopción por integración y pluriparentalidad derivada del uso de las TRHA-, se debe

aplicar la misma consecuencia normativa y admitir la conformación de un vínculo filial tripartito.

Esta extensión analógica permite resguardar la igualdad entre los niños o niñas en la protección de su mejor interés -mandato del bloque constitucional-. Porque si en ciertos casos, la posibilidad de conformar más de un vínculo filial, responde al mejor interés del niño, ésta no puede ser privativa sólo para los casos de niños adoptados por integración.

8. Las experiencias en el derecho comparado permite concluir que los supuestos de pluriparentalidad son una realidad de la sociedad, que se están presentando con mayor frecuencia y el derecho los ha sabido abordar, ya sea de manera jurisprudencial o incorporándolos en sus sistemas jurídicos.

■ ■ ■

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Román Molín

1. La disolución del matrimonio.

Esta temática ha sido desarrollada en el Libro II, Título I, Capítulo 8, Secciones 1º (causales), 2º (proceso de divorcio) y 3ª (efectos del divorcio); tratando la disolución del vínculo matrimonial y las consecuencias que derivan de la ruptura.

En su articulado se han contemplado aspectos procesales, tendientes a hacer un proceso más simple, que permita a las partes en forma individual o conjuntamente disolver el vínculo.

De la hermenéutica del plexo normativo surge que el divorcio sigue siendo judicial y a petición de parte interesada.

El único régimen establecido es de carácter objetivo y encausado, pudiendo ser peticionado por uno sólo de los cónyuges o ambos.

Las causales que disuelven la unión matrimonial, enumeradas en el artículo 435, prevén: a) Muerte de uno de los cónyuges, b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) divorcio declarado judicialmente.

Encontramos aquí una importante modificación respecto del Código Civil Velezano, actualmente la sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento disuelve el vínculo matrimonial y por ende se habilita a contraer nuevas nupcias al cónyuge del declarado ausente, en cambio, anteriormente solo con las nuevas nupcias se disolvía el vínculo matrimonial anterior. El texto del ex artículo 213, en su parte pertinente rezaba: “el vínculo matrimonial se disuelve:...inc. 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento”; mientras que ahora el artículo 435, en su parte pertinente, expresa: “el matrimonio se disuelve por:... inc. b) Sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento”.

Las causales de disolución del inc. a) “Muerte de uno de los cónyuges” y c) “Divorcio declarado judicialmente” continúan iguales.

2. 1. Proceso de divorcio.

El nuevo Código no introduce cambios sustanciales en materia procesal, se hace eco de los nuevos principios imperantes en esta materia y, consecuencia de ello se derogan las causas subjetivas de divorcio y desaparece la separación personal.

Al priorizar la voluntad de las partes la ley simplifica los procedimientos.

2.2. Facultad de peticionar el divorcio: su renuncia.

El código establece que es nula cualquier renuncia a la facultad de pedir el divorcio o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo.

El artículo 436 tiene concordancia con el artículo 230 del Código de Vélez, adecuándose la redacción ya que en el nuevo régimen no existe la separación personal.

Esta norma tiene el carácter de orden público y está en clara concordancia con la mayor apertura dada al principio de autonomía de la voluntad, en este caso circunscripto a las relaciones de familia y, en especial, al matrimonio.

Al desaparecer las “causas” para el divorcio, es más contundente la nulidad a este tipo de pacto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en febrero de 1.998, había defendido la constitucionalidad del entonces artículo 230, ante un caso de una pareja que había pactado la indisolubilidad de su vínculo, fundado en convicciones religiosas y el principio de voluntad de las partes. La Corte fundó la constitucionalidad de la norma no solo en el carácter de orden público de la misma sino en el interés particular de las personas, ya que un pacto de esta índole podía afectar derechos ligados al régimen de libertad personal (CSJN 5-2-98 “S.V.E y F.M I” L.L.).

2.3. Divorcio “objetivo”.

El divorcio es ahora de carácter objetivo o también llamado “remedio incausado”. Puede ser peticionado por uno o ambos cónyuges y se mantiene la vía judicial como única instancia para su tramitación. No hay divorcio administrativo.

Se ha derogado la separación personal.

No existen limitaciones de ningún tipo, ya sea tanto por antigüedad de la celebración del matrimonio, como tiempo de separación de hecho. No hay posibilidad de oponerse a la petición unilateral.

La ruptura matrimonial deja de tener interés jurídico respecto de las causales, desde ahora es visto como una cuestión de adultos, lo cual no solo trae enorme alivio personal para las partes, más allá de sentimientos y emociones, al quitarle judicialización a cuestiones reservadas a la intimidad de las personas. El divorcio causado, ya es historia.

Es decir, estamos ante una modificación sustancial, ya que por un lado, deroga limitaciones y por el otro viabiliza la petición unilateral para requerir el divorcio, sin que haya posibilidades de oponerse, siendo coherente con los principios de esta codificación donde prima la libertad de la persona sobre todo en derecho de familia.

2.4. Requisitos de la presentación y trámite ulterior.

Una novedad muy importante, es la contemplada en el artículo 438 del Código Civil y Comercial, y que tiene que ver con la exigencia de presentación, juntamente con la petición de divorcio, de una propuesta destinada a regular los efectos derivados del divorcio, cuya omisión impide dar trámite al proceso de divorcio.

A esta propuesta el otro cónyuge puede responder con una propuesta distinta, siempre reguladora de los efectos y no como oposición al divorcio. El desacuerdo de las partes sobre la propuesta reguladora no impide que se dicte sentencia de divorcio, quedando esas cuestiones pendientes para su resolución posterior y de acuerdo a

los procedimientos establecidos en cada provincia, conforme a lo establecido por la citada norma.

La contradicción sobre la propuesta, además de expresarse por escrito, será tratada en audiencia y la persistencia del desacuerdo obligara al juez a resolver.

Quedan las idas y vueltas, objeto de prueba y litigio en cuestiones de desvinculación económica.

El código separa las cuestiones de familia de las civiles.

Dijimos ya que, desde el punto de vista de la práctica procesal, el divorcio puede ser unilateral o por presentación conjunta.

En el primero se debe correr traslado de la demanda y habilita la posibilidad de una contra propuesta que abarque los tópicos referidos en el artículo 438, norma que regula los requisitos que estamos analizando. Luego de esto, tenemos a la audiencia, en la que las partes podrán dirimir sus diferencias y acordar. En cualquier caso el juez dicta sentencia de divorcio en forma posterior a esta audiencia.

Para el caso que no existiera acuerdo sobre las cuestiones contempladas en el convenio regulador, se procederá por vía incidental para las pruebas que deban producirse y luego el juez dictará sentencia.

Para el segundo supuesto, es decir, en el divorcio por presentación conjunta, llevará también un convenio regulador, que puede presentar acuerdo parcial o total, en cuyo caso las partes pueden expresar propuestas individuales. Si hubiera acuerdo se homologará, de lo contrario también se podrá ir por la vía incidental, para dirimir las diferencias.

2.5. Efectos.

El artículo 439 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera de una manera no taxativa las cuestiones que tienen que quedar contempladas en el convenio regulador.

La norma enuncia algunos de los tópicos de este convenio, como la atribución de la vivienda, distribución de bienes y eventuales

compensaciones entre cónyuges, sin perjuicio que se contemplen otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Respecto de los efectos también deben contemplarse en el convenio cuestiones propias de la responsabilidad parental como alimentos, cuidado de persona, etc.

Es decir, hay una revalorización del principio de la voluntad y autonomía en el acuerdo, y éste artículo debe interpretarse en conjunto con los artículos 438, 498, en lo que respecta a la masa común de bienes, y a la partición e indivisión que establece el artículo 508 respecto de los bienes y en su caso las cuestiones contractuales que se contemplan en los artículos 957 a 961, todos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si bien el convenio necesita ser homologado o aprobado por el juez, ejerciendo éste un control de legalidad, siendo su aprobación una *conditio iuris*, el convenio regulador es considerado un negocio jurídico de derecho de familia.

La importancia de la intervención judicial también está puesta en evidencia por el artículo 440 que, en el primer párrafo, habilita al juez para exigir garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio, lo cual es destacable, ya que muchas veces equilibra las precauciones o situaciones de hecho que se dan entre cónyuges que, ya sea por razones emocionales, intelectuales o de cualquier otra índole, no tienen al momento del divorcio la posibilidad de guardar precauciones o de pactar con el debido equilibrio.

La eficacia jurídica de este convenio requiere de esa aprobación judicial, y cobra especial importancia en esta instancia el régimen patrimonial del matrimonio, el cual ha sido sustancialmente modificado en este código con la incorporación del régimen de separación de bienes, desarrollado en los artículos 505 al 508, y el régimen de comunidad de bienes, contemplado en los artículos 463 al 503 del C. C. y C.N.

Al revalorizarse la autonomía de la voluntad ante la ruptura del matrimonio, la reforma es coherente con la realidad social y los paradigmas del derecho privado, que revalorizan a la persona humana en la escena de gravitación, que busca herramientas jurídicas para solucionar sus conflictos.

El régimen de separación de bienes que establece el artículo 505 termina al momento de la disolución del matrimonio (o durante éste

por modificación del régimen entre cónyuges). El convenio regulador soluciona el conflicto siempre hablando en la instancia de divorcio, sino lo hubiere, se utiliza las mismas reglas que para la partición de herencia, particularmente para el caso de haber bienes indivisos.

Los autores del código en diversas conferencias se refieren al “alto valor pedagógico” que tiene el mismo, por ello, quien peticiona el divorcio, desde el inicio, debe ofrecer (y con ello tomar clara conciencia) un modo de organización de las responsabilidades post divorcio, tanto sobre la vida familiar, como las consecuencias patrimoniales que tendrán efectos post divorcio. A modo ilustrativo podemos decir que el Código orienta sobre la vivienda familiar, cuestiones relativas a la crianza, educación, cuidado y desarrollo de la vida de los hijos, donde el juez tiene facultades y un rol muy activo, tanto para facilitar el acuerdo como para hacer exigible las obligaciones que los padres tienen con sus hijos.

Uno de los fines perseguidos por este nuevo código es evitar conflictos, y que los divorcios no tengan efectos destructivos, para lo cual la celeridad es un elemento que la norma trata de orientar. Pero en caso de desacuerdo, el divorcio solicitado con las exigencias del artículo 438, el dictado de sentencia no puede suspenderse. Esto ya lo hemos expresado más arriba y lo repetimos al analizar puntualmente los efectos, ya que la sentencia dejará de ser un elemento de condicionamiento y la disputa sobre el patrimonio u otras cuestiones correrán por un camino separado, por vía incidental.

Con vocación de síntesis, me permito afirmar que la bilateralidad del convenio regulador es un aporte novedoso y de gran efecto para los procesos de divorcio, que tendrán trámite en el futuro, ya que la autorregulación permitirá que las personas solucionen en forma adulta sus conflictos y puedan evaluar sus consecuencias sin necesidad de arrastrar largos y costosos conflictos judiciales.

No es fácil ningún divorcio, pero un alto porcentaje de las personas sabemos que la judicialización no solo expone cuestiones personales sino que trae un alto costo económico, que produce daños patrimoniales más allá de los que obviamente genera el divorcio.

Expresa el último párrafo del artículo 440: “La homologación o la decisión judicial puede ser revisada si la situación se ha modificado sustancialmente”. Como los convenios reguladores contemplan satisfacciones alimentarias, compensaciones, etc., el juez, a petición de

parte o de oficio, puede intervenir para que la dinámica familiar cambiante como también las situaciones patrimoniales, guarden el debido sentido de equilibrio con que fueron pactadas y corregir anomalías que el tiempo ha generado sobre situaciones originarias. El cambio de las edades y necesidades de los hijos, por ejemplo, llevan a tener que trasladarse en el tiempo, provocando la necesidad de modificar el acuerdo arribado en su momento por los progenitores en el divorcio y que debido a estos cambios que no se habían contemplado, debe así modificarse el convenio en estos puntos. Pueden ocurrir cambios futuros respecto a alimentos también, cuando se haya pactado una cuota alimentaria a favor de alguno de los ex cónyuges; por lo que frente a estas e infinitas situaciones familiares que pueden darse en el tiempo, inherentes a las relaciones intrafamiliares o extra familiares, es que de común acuerdo se podrá modificar el convenio regulador oportunamente celebrado e incluso cuando este haya sido homologado por el juez.

Una novedosa incorporación respecto del Código de Vélez, es el derecho a una compensación que tiene el cónyuge que sufrirá un desequilibrio manifiesto con el divorcio. Para operar esta compensación el juez deberá tener en su presencia las pruebas de su desequilibrio, si es que las partes en forma conjunta han convenido o individualmente planteado con el ofrecimiento de las pruebas pertinentes.

Con todo esto se evita el empobrecimiento de uno de los cónyuges o el enriquecimiento del otro.

Dice Alberto Bueres, en el comentario a este artículo en su *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado, concordado*, Tomo I, pág. 350, que “el hecho objetivo a tener en cuenta es el desequilibrio que la ruptura matrimonial ha producido entre los cónyuges”. Esta figura es similar a los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios o el enriquecimiento sin causa, pero limitado a la existencia de un divorcio. Su naturaleza es tan cercana a la alimentaria o asistencial como a la indemnizatoria o reparatoria, pero lejos esta este trabajo de indagar su naturaleza jurídica.

Como abogado con varios años, puedo señalar que este artículo también aporta soluciones y obliga a las partes a arribar a un acuerdo, ya que denuncia situaciones traumáticas y desequilibrios enormes en divorcios que muchas veces condenan a una de las partes a una situación económica desesperante.

El modo o forma de pago es amplia, la norma no establece límites y acá reaparece el rol del juez que, como decía al analizar el artículo 440, puede intervenir directamente para poner en equilibrio o para exigir garantías.

Finalmente, la fijación judicial de una compensación económica, artículo 442, establece un plazo de caducidad de seis meses, para exigir esta medida ante la falta de acuerdo sobre la petición del artículo 441, analizado anteriormente. Las pautas para su determinación surgirán del análisis del caso, en donde obviamente los parámetros tenderán a dar estabilidad a la forma de vida llevada durante el matrimonio, como también el estado patrimonial de los cónyuges en esta nueva realidad. El fin que tiene esta medida judicial es que la falta de acuerdo no genere en los hechos daños en la forma de vida de uno de los cónyuges, mayor del que se produce cuando uno de los dos es el proveedor de ingresos de la familia.

En seis incisos el legislador ordena analizar diversas circunstancias que abarcan desde el estado patrimonial, dedicación de los cónyuges a la crianza y educación de los hijos, edad y estado de salud de los cónyuges. Y un punto relevante, que es la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo, lo cual evidencia que el legislador pretende reparar situaciones familiares injustas y muchas veces inhumanos. En una ruptura matrimonial en la cual uno de los cónyuges ha guardado un rol específico, su preocupación estuvo centrada, no en generar bienes y conservarlos, sino en el acompañamiento, ayuda, asistencia del otro, y en donde este otro sí pudo desarrollar su vocación profesional y económica; al momento de divorciarse hay un desequilibrio marcado y notorio en la capacidad de cada uno de éstos de generar bienes o servicios.

Situaciones como éstas o similares encuentran solución en esta norma, que si se quiere también tiene connotaciones objetivas como las que mencionaba el Dr. Alberto Bueres ya citado.

2.6. Atribución de la vivienda familiar.

El Código regula también, entre los efectos del divorcio, a quien es atribuida la vivienda, independientemente del carácter que ostente el bien, es decir propio o ganancial.

La figura amerita tratar la cuestión en particular, ya que es uno de los efectos más importantes que tiene un divorcio, pero, a modo de síntesis, abordo el tema de la vivienda destacando el fin protectorio que tiene el código en su conjunto, a tono con Convenios Internacionales asumidos por el país en la Comunidad Internacional.

Los artículos 443 y 444 hablan de la atribución y uso de la vivienda, fija las pautas, las que no son taxativas ya que a la hora de resolver la casuística presenta una gran diversidad de situaciones. La norma establece que para determinar la procedencia de esta petición, como así el plazo de duración y efectos del derecho, se deben tomar en cuenta ciertas pautas como las enumeradas en los cuatro incisos que consagra el citado artículo, considerándose esta enumeración como simplemente enunciativa y no taxativa.

Este artículo 444 se hace eco de un reclamo que se viene observando con cierta reiteración en los procesos de divorcio, que es la fijación de “una renta compensatoria” por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se le atribuye la vivienda, pero también fija otras soluciones que el juez debe contemplar como límites a la enajenación del bien, u otras decisiones patrimoniales sobre el mismo.

La norma contempla otras pautas que el juez puede meritarse, como por ejemplo ante la situación de los inmuebles alquilados, el derecho del que no es locatario a continuar con la locación, manteniéndose el obligado al pago y las garantías originariamente constituidas, siempre respetándose la condición de vivienda familiar (Garantías, obligaciones de pago, etc.).

Finalmente, el artículo 445, fija las condiciones del cese de la atribución de la vivienda familiar, fijando tres causales para dicho cese: a) cumplimiento del plazo, b) cambio de circunstancias, y c) las mismas causales para la indignidad previstas en materia sucesoria.

El juzgador en definitiva es quien deberá analizar la casuística.

La atribución de la vivienda se hace en beneficio de la protección del grupo familiar, con la impronta de que queden en la vivienda quienes más necesitan de ella, siendo generalmente quienes menos posibilidades tienen de procurar una nueva vivienda familiar. Pero, a su vez, al contemplar una renta compensatoria, busca el código establecer un equilibrio en la relación, siempre analizando cada caso en particular.

La atribución de la vivienda a uno de los cónyuges también puede producir efectos frente a terceros, para el caso en que se haya solicitado, por ejemplo, la no enajenación del inmueble sin el expreso acuerdo de ambos, o bien que se haya establecido la no partición ni liquidación del mismo. En estos casos, para serles oponibles estas medidas a todos los terceros, se requiere la debida publicidad de estas mediante su inscripción en los correspondientes registros inmobiliarios.

Todas estas figuras son de un gran valor, ya que el objetivo del código, en definitiva, es la protección de la familia y del grupo familiar en ahí convive.

■ ■ ■

EL NIÑO Y “SU ADOPCIÓN”.

Sergio Montano

“Todas las personas grandes han sido niños antes.
(Pero pocas lo recuerdan.)”

— *El Principito* de Antoine de Saint Exupéry

“Los niños no son cuadernos para colorear.
No los puedes pintar con tus colores favoritos.”

— *Cometas en el cielo* de Khaled Hosseini

1. Presentación.

La elección del tema es consecuencia de la evolución en la materia que he vivido desde el Juzgado de la Familia y el Menor que integro, a partir de apreciar el resultado de las sucesivas modificaciones intentadas a lo largo de los últimos veinte años. En este marco, he podido advertir que la legislación siempre ha tratado de ser un paliativo para la realidad argentina; pero también he constatado que -en la mayoría de las oportunidades- la voluntad legislativa no se ha plasmado en los hechos y ha quedado parcialmente trunca, lo que genera nuevas intervenciones del legislador para responder a los nuevos desafíos.

El título no resulta antojadizo ya que pretendo analizar las modificaciones implementadas por el nuevo ordenamiento legal a partir de los derechos que asisten a su único destinatario. El punto de partida será entonces: “... el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.” (Art. 594 del CCyC).

2. Desarrollo

Previo a adentrarnos en el tema resulta menester rescatar tal como bien lo refiere Graciela Medina que:

“Cierto es que en Roma los fundamentos y efectos del instituto eran absolutamente diferentes a los receptados en el Código napoleónico, y diametralmente opuestos a los que reivindicán las convenciones internacionales en materia de adopción y de derechos del niño. Pero siempre otorgó un vínculo jurídico filiatorio de variada intensidad y distintos efectos...”¹

Asimismo, me permito resaltar que la figura de la adopción ha evolucionado desde sus orígenes (Derecho Romano), cambiando radicalmente el enfoque de su finalidad ya que dejó de ser una solución para quienes carecían de descendencia con un trasfondo patrimonial, para pasar a ser una respuesta a para millones de NNA que luego de la primera guerra mundial quedaron huérfanos – situación a la que los sometió la decisión de los adultos-.

3. Definición y principios.

En primer término debe rescatarse que las modificaciones implementadas por el CCyC son consecuencia de la incorporación al cuerpo normativo integrador y uniforme de regulaciones preexistentes tanto de fondo como de forma, que si bien llevaban años en el bloque legal aplicable, estaban distribuidas en normas supralegales como la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y otros instrumentos protectivos de Derechos Humanos con incidencia directa sobre la realidad de los NNA, normativa nacional (leyes 24.779 y 26061 y su decreto reglamentario 415/06) y normativas provinciales (en el caso de La Pampa la Ley 2703 y su reglamentación por el Decreto 1296/13).

La segunda reflexión se centra en la recepción de la construcción jurisprudencial verificada a lo largo de la aplicación de

¹MEDINA, Graciela, *La Adopción*, RubinzalCulzoni, 1998, Tomo I pág. 11-

los distintos antecedentes legislativos a fin de cubrir, por un lado los vacíos legales y, por el otro, para *aggionar* la legislación vigente frente a los desafíos que presentan las nuevas realidades a las que debía aplicarse (diferencia de edad entre adoptante y adoptado, reconocimiento de los nuevos tipos familiares –uniones convivenciales, matrimonio igualitario, familias ensambladas-, alcances de la adopción más allá de las variables reguladas por la ley –existencia de dos tipos cerrados de adopción: simple y plena, con efectos totalmente diferenciados-, etc.).

Finalmente no resulta menos importante destacar que la modificación verificada en el cuerpo del nuevo Código que incluye consideraciones relativas a los avances formalizados en materia de registro de adoptantes tendientes a la centralización y unificación de los datos, para brindar una mejor capacidad de respuesta y transparencia. Mecanismo que comenzó a tomar forma a partir de la creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos (red nacional generada por la ley 25854 a la que han adherido casi la totalidad de las provincias argentinas y que en el caso de La Pampa, se alcanzó con la sanción de la Ley 2393 y el decreto reglamentario 1286/13). Esta innovación importó el regreso del registro al Ministerio de Bienestar Social, luego de que permaneciera bajo jurisdicción de Poder Judicial desde la sanción de la ley 1849/99.

Ya en el análisis de la regulación del CCyC, el primer artículo contiene una definición de la figura. Esta decisión de los autores del nuevo ordenamiento si bien ha sido cuestionada por parte de la doctrina, tal como lo he sostenido precedentemente resulta fundamental por constituir la puerta de ingreso a la institución y rescatar dos elementos determinantes: el destinatario y el objeto de la misma.

Existe una modificación en los alcances terminológicos que recoge la evolución que recoge la evolución de la realidad familiar, considerada ahora en sentido amplio, es decir, como referencia genérica de origen, dejando de lado el concepto cerrado de familia nuclear. Comprende entonces a la familia ampliada e incluso a “referentes afectivos”.

También del postulado precedente se desprende la revalorización de la familia de origen lo que conlleva a que la familia adoptiva sea de carácter subsidiario a aquella, como respuesta de la sociedad para NNA que carecen de aquella referencia.

En el mismo sentido resulta bienvenida la enunciación de los principios generales que realiza el artículo 595 del CCyC ya que:

“...cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente... se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico... como elemento de interpretación de la ley, sirven para: solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones dispositivas concretas [y] dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.”²

Un viejo refrán señala que “lo que abunda no daña” y los recordatorios que surgen de los dos primeros artículos de la adopción cumplen esa función: cuando se habla o se trata la relación que se desprende de la adopción: nunca se debe perder de vista estas directrices.

El tratamiento de los principios generales parte de la premisa fundamental del reconocimiento del NNA como sujeto de derecho y de la necesidad de que cualquier situación que se suscite en relación a ellos se analice a partir de la aplicación del principio del “Interés Superior del niño” (inc. a) Art. 595 CCyC -Cfr. art. 3 CDN, art. 3° de la ley 26061 y art. 1° de la 2703-. Su ubicación en primer término se corresponde con la entidad que debe tener en cualquier proceso que involucre al NNA, ya no como mera aseveración sino como punto de interpretación para las situaciones que lo afecten.

Los demás preceptos establecidos en el art. 595 del CCyC se relacionan a distintos derechos que le asisten al NNA y se puede agrupar en dos grupos:

a) el derecho a la identidad, a conocer sus orígenes, a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, requiriendo su consentimiento expreso a partir de los diez años de edad (inc. b, e) y f); y

²ROVEDA, Eduardo Guillermo y ALONSO REINA Carla F. “Titulo VI, Adopción, Capítulo I, Disposiciones Generales”. en Rivera, Julio Cesar – Medina, Graciela (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Editorial La Ley., 2015, Tomo II pag. 422

b) los relacionados a su familia de origen en cuanto al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada y la preservación de los vínculos fraternos (inc. d) y c) –todos de la norma citada-.

a. Primer grupo:

En este conjunto adquiere efectividad el principio rector en el tratamiento de la situación de los NNA que receipta el nuevo ordenamiento, materializándose primero el derecho a la identidad del sujeto de la adopción, ya que la respuesta que se genera no importa el aniquilamiento de su memoria genética y de los efectos que la misma imprime sobre la personalidad y antecedentes del NNA –prueba de ello son los alcances establecidos por los art. 621 (facultades del juez para flexibilizar los alcances de la adopción conferida) y 623 (relacionado al prenombre del adoptado) ambos del CCyC-.

Se desarrolla en plenitud el derecho a conocer sus orígenes, partiendo de la regulación expresa del art. 596 del CCyC que establece reaseguros imponiendo a los involucrados (órganos administrativo y judicial la preservación de los antecedentes y favorecimiento de acceso en las condiciones adecuadas a la edad y madurez del NNA -con lo que elimina de este modo la necesidad de que fuera mayor de edad para indagar sobre su realidad de origen y se extiende la posibilidad más allá del expediente judicial abarcando todos sus antecedentes-) y por el otro el compromiso de los adoptantes que debe constar en el expediente.

La reforma también responde a la necesidad de considerar la voluntad del adoptado en la adopción simple para preservar su apellido de origen (art. 627, inc. d) del CCyC).

La amplitud de la intervención/participación en el proceso está garantizada desde el principio y va incluso más allá de la sentencia que determina la adopción, (art. 596 –parte general-; 608, inc. a), 609, inc. b) -proceso de declaración de adoptabilidad-; 613 –juicio de guarda a los fines adoptivos-, 617, inc. a) b) y d) –juicio de adopción- y 626 inc. d) y 627, inc. d) –adopción plena y simple-.

b. Segundo grupo:

En relación al segundo grupo de incisos, el art. 595, inc. b) constituye el punto de partida en el abordaje de la situación del niño, y marca la necesidad de direccionar la intervención del estado a preservar su ubicación en el ámbito de la familia de origen/ampliada

(cfr. art. 594 –definición de la adopción-, 607, 608, inc. b) y 609 inc. b) – supuestos, partes del proceso y obligatoriedad de que sean oídos por el juez en el proceso de declaración de estado de adoptabilidad-; 621 – facultad del juez de atenuar los efectos de la sentencias de adopción simples o plenas- y 627 incs. b) y c) –alcances de la adopción simple-).

Recogiendo principios establecidos por los instrumentos internacionales (Arts. 7 a 9 de la CDN, arts. 17 y 19 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, etc.) y por el Decreto reglamentario 415 en el art. 7° en el derecho interno, el nuevo ordenamiento refrenda la prioridad de la preservación de la ubicación del NNA en su familia de origen en cualquier abordaje de situaciones que afecten a los NNA. Ello ubica a la figura en tratamiento como una respuesta **subsidiaria** de la familia de origen.

No se puede llegar a la separación del niño de su familia de origen sin haber agotado previamente la intervención tendiente a sostener su centro de vida a través de las medidas de asistencia que se generen y sólo en ese punto de inflexión empezar a trabajar en la instancia subsidiaria que culmina con la adopción.

El artículo 595, inc. d) del CCyC rescata la importancia del sostenimiento del vínculo fraternal, incluso más allá de la solución que proponga el instituto de la adopción en cuanto a la de nuevas realidades familiares para el adoptado.

El objetivo del sostenimiento de los vínculos fraternales si bien responde a buenas intenciones del legislador de llevar esa relación más allá del instituto de la adopción, resulta válido como regla/directriz a seguir; pero en virtud de la casuística propia del derecho de familia estará siempre sujeta a que desde el mejor interés del adoptado no existan situaciones intrafamiliares que pudieran generarle perjuicios.

La solución genérica que propone el principio resultará una respuesta hábil cuando las relaciones fraternales a preservar sean valoradas positivamente por los profesionales intervinientes para grupos de hermanos que hayan sido separados por imposibilidad del sistema de mantenerlos unidos ya sea por dentro o por fuera del sistema adoptivo.

Finalmente y previo a adentrarme en la consideración de los procesos regulados resultan importantes las referencias incluídas en los art. 598 y 602 a 605 del CCyC. Estas normas nos muestran en plenitud el valor interés superior del NNA, ya que recogen por un lado

la amplitud que al concepto de familia le otorga este ordenamiento que incluye al matrimonio igualitario y a las uniones convivenciales y, que además llevan al instituto de la adopción más allá de la duración de esas referencias, cuando culminen por separación/divorcio o incluso fallecimiento de uno de sus integrantes. El sujeto de derecho que otorga entidad a la adopción es el adoptado y se prioriza el vínculo entablado por éste con los adultos, aún cuando la relación entre estos últimos haya concluido.

4. Procedimientos regulados por el CCyC relacionados con la adopción.

4.1. Declaración Judicial de la situación de adoptabilidad.

Este procedimiento se encuentra estrechamente relacionado con la labor que previamente el órgano administrativo ha llevado a cabo en el marco establecido por el nuevo paradigma de Protección Integral de Derechos de los NNA, originado en la CDN, que fuera recogida primero por la ley 26061 a nivel nacional y luego por la ley 2703 en nuestra provincia.

La ley 2703 y su decreto reglamentario N° 1286/13 importaron en el campo legislativo de la provincia de La Pampa el abandono del régimen tutelar/asistencial vigente desde la creación del fuero de familia por la ley 1270/90 para adoptar el sistema de Protección Integral de derechos de los NNA –en sintonía con la legislación nacional e internacional-.-

En el marco de la nueva legislación se verifica la actividad primaria/originaria del Ministerio de Bienestar Social a través de la Dirección General de Niñez y Adolescencia, sus distintas dependencias o mediante intervención de organismos locales (Art. 7° ss y ccs de la Ley 2703), en lo sucesivo identificados como el organismo administrativo.

Este procedimiento llamado administrativo se construye a partir de detectar la situación de NNA que requieren respuestas del estado, las que se gradúan desde la menor injerencia mediante la toma de medidas de protección que resultan de apoyo al sostenimiento de las relaciones familiares originarias a través de los distintos

programas/medidas paliativas y acompañamiento (Art. 47 y 51 de la Ley 2703) y, que una vez agotadas las mismas, se profundiza para arbitrar medidas de intervención directa sobre la vida del NNA, es decir, las llamadas medidas excepcionales (Art. 52 y ss del mismo ordenamiento), que importan la separación del niño de su centro de vida, con comunicación inmediata al Juzgado de Familia (dentro de las 24 horas) a los fines de que éste ejerza el control de legalidad de dicha respuesta.

Este tipo de soluciones del organismo administrativo:

“...sólo pueden ser dispuestas como último recurso, acreditada la idoneidad y el agotamiento de las medidas de protección comunes y por tiempo máximo determinado acorde a cada caso, prorrogables por única vez por plazo determinado. Deberá acreditarse y fundarse la idoneidad de la medida y junto con su solicitud se presentará un proyecto de trabajo, en el que se deberá dar cuenta de la intervención proyectada durante el tiempo que dure la medida excepcional y que tenga como objetivo trabajar con el grupo familiar o de pertenencia de la Niña, el Niño o la/el Adolescente a efectos de promover la modificación de las causas que llevaron a la situación de amenaza o violación de derechos, con el objetivo de reintegrarla/lo en dicho ámbito.” (Art. 52 de la Ley 2703).

Es importante destacar que las medidas excepcionales tienen una duración máxima a efectos de evitar situaciones como las que planteaba la intervención tutelar ya superada que se prorrogaba en el tiempo poniendo al NNA frente a un destino de “institucionalización”. Ese plazo establecido nos coloca nuevamente dentro de la situación prevista por el art. 607, inc. c) del CCyC.

“Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.”

Pero a renglón seguido nuevamente el ordenamiento nos recuerda que siempre se privilegia la preservación del centro de vida del NNA: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o

adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”, como también que el Juez/a tendrá un plazo máximo de noventa días para expedirse al respecto.

Es fundamental que la preservación de la familia de origen y el centro de vida del NNA está acompañada por la expresa regulación del derecho del NNA a intervenir y ser parte del proceso de control de legalidad de la medida excepcional y declaración de estado de adoptabilidad (Art. 54, 55 y 62 de la Ley 2703, como por los arts. 608 y 609 del CCyC). En ellos se otorga –también– intervención a la familia de origen o referentes familiares; dichos alcances implican que sólo en casos excepcionales y una vez agotada esta vía, se puede recurrir al proceso judicial de declaración de estado de adoptabilidad y que, una vez concluido, se asimila a la sanción más grave que se establece para el ejercicio de la responsabilidad parental: su privación (cfr. art. 608, 641, ss y ccs del CCyC).

Los restantes presupuestos (Art. 607, inc. a) y b) del CCyC) nos colocan frente a situaciones mucho más excepcionales por las circunstancias propias de los casos planteados: niños huérfanos o sin referencias familiares conocidas, principalmente recién nacidos, estableciendo plazos de treinta y cuarenta y cinco días. Estos términos han sido considerados demasiado breves para la tarea a desarrollar por el organismo administrativo interviniente; pero responden a lo que jurisprudencialmente se ha considerado razonable como compás de espera antes de entregar al niño al proceso de adopción –en la práctica el plazo era de alrededor de los 60 días– y siempre se utilizó para que en caso de encontrar referencias afectivas, las mismas fueran acompañadas en su decisión, brindándoles un ámbito de contención y reflexión sin ningún tipo de condicionamientos, asegurando como consecuencia la satisfacción del mejor interés del niño/a involucrado.

4.2. Guarda con fines de adopción.

Este proceso no resulta independiente sino que se sustancia en el mismo marco que la declaración de estado de adoptabilidad, porque es su consecuencia inmediata (Art. 609, inc. c) y 612 del CCyC).

Aquí se puede apreciar la interacción en el abordaje interdisciplinario de la adopción (actúan en el mismo momento la Dirección General de Niñez y Adolescencia a través del programa en

el que está incluido el niño, los técnicos del Registro Único de Adoptantes elevan el listado de postulantes a adopción en función de las características del pretense adoptado (tienen un plazo de diez días) y el Juzgado es el que definirá el/los guardadores a los fines adoptivos, quedará en cabeza de los organismos administrativos citados el diseño y acompañamiento del proceso de desvinculación de la familia de acogimiento y de vinculación con el/los referentes adoptivos.

En este punto el CCyC ha recogido la postura que mayoritariamente se venía aplicando en tribunales de establecer el período de la guarda a los fines adoptivos en un plazo de seis meses. También en este aspecto la doctrina cuestiona si el tiempo es suficiente para evaluar el ensamble entre el niño y su nueva referencia familiar.

Para ello, será necesario que el NNA esté preparado para este paso definitivo. De allí la importancia de respetar sus tiempos y del acompañamiento profesional a lo largo de todo el proceso previo que requiere presencia efectiva en este período.

También es relevante la labor previa que se verificó en relación a los pretensos adoptantes: desde su postulación para ingresar al sistema, en la etapa de evaluación previa y en la actualización permanente de su situación una vez que han sido incluidos en el RUA de cada provincia. Este proceso necesariamente deberá ser refrendado al momento de concretarse la entrega en guarda del NNA a los fines adoptivos.

Del modo en que se lleven adelante los procesos de abordaje de la situación del NNA y de la evaluación de los interesados en adoptar y el seguimiento a partir de la entre en guarda a los fines adoptivos dependerá el tiempo real que conlleva la integración de dichas variables en la realidad familiar subsidiaria que se genera en el proceso.

Desde el derecho ya sea la ley o la actuación del Juzgado sólo se impregna a la institución de la adopción de un marco legal genérico con algunas pinceladas de casuística y de un reaseguro de que se respete la ley y el objeto de la institución, ya que ninguna ley ni ningún Juez/a resultan ser el factor determinante en el proceso adoptivo.

La riqueza, la importancia y la relevancia está siempre en la labor profesional interdisciplinaria que se ha construido desde la

aparición del Estado a través de sus programas en la vida del NNA y de los pretensos adoptantes. En esa labor reposa la posibilidad de conducir con éxito esta empresa tan valiosa desde su postulado inicial para el/los destinatarios finales.

4.3. *Juicio de adopción.*

La primera reflexión surge de la modificación que establece el art. 615 del CCyC, recogiendo precedentes jurisprudenciales, permitiendo que este último proceso se inicie tanto ante el juez/a que entregó al NNA en guarda a los fines adoptivos o aquel competente en razón del domicilio de los pretensos adoptantes que no es más que el nuevo centro de vida del NNA.

La regulación vigente establece un nuevo plazo de seis meses máximo para la duración del proceso de guarda a los fines adoptivos, previendo incluso la intervención de oficio del tribunal que formalizara la entrega en guarda a los fines de adopción en el impulso de este último proceso –Art. 616 del CCyC–.

Esta premura si bien responde a la morosidad detectada en algunos casos en el inicio del proceso ha sido cuestionada por parte de la doctrina a partir que los tiempos legales no siempre encuentran su correlato en los tiempos del NNA y/o de los referente/s afectivo/s en la evolución de la relación en formación a partir de la entrega del/los primeros con fines adoptivos.

Si bien la reforma responde a situaciones que se verificaban en la práctica tribunalicia –guardadores a los fines adoptivos que no iniciaban el último procedimiento para plasmar el proceso y que muchos juzgados establecían el plazo del proceso previo en los seis meses ahora previstos, los tiempos de las dos realidades biológicas que confluyen en la institución necesitan de un trabajo de los técnicos que les permitan sanear las heridas propias de los procesos previos que los han colocado en el proceso adoptivo.

Por ello no debe confundirse la inmediatez de la respuesta con su pertinencia, debiendo tenerse en cuenta ambos parámetros para evitar que el fracaso de la figura genere nuevos perjuicio en los involucrados.

4.4. Tipos de adopción.

Para concluir y en relación al sistema tripartito de los tipos adoptivos que regula el nuevo ordenamiento (adopción *plena*, *simple* y *de integración* – art. 619 del CCyC-), se ha llevado a la legislación la tarea jurisprudencial de interpretación y aplicación del derecho sobre una casuística que reclamaba cambios, atento a qué sólo preveía compartimentos estancos que dividía en adopción simple y plena.

La tarea desarrollada por los autores del nuevo ordenamiento se verifica en una regulación efectiva de la adopción integrativa por sus características propias y distintivas –art. 630 a 633 del CCyC-, como también por la flexibilización de la adopción plena y simple -Art. 621 y 622 del CCyC-.

6. Conclusión.

El CCyC importa en materia de adopción la integración eficiente de las normativas preexistentes y antecedentes jurisprudenciales conducentes a una mejor aplicación del derecho.

Su entelequia permite un abordaje integral en materia de adopción de las situaciones vitales por las que atraviesa el NNA, determinando el compromiso del estado para generar respuestas desde el mismo momento en que se toma contacto con una situación de afectación al sistema de protección integral de derechos que lo asisten.

La respuesta institucional como situación saneadora debe permitir a sujeto de derecho NNA ser reconocido como tal, imponiendo a todos los adultos intervinientes en el proceso la obligación de hacer efectivo ese postulado.

Es necesario que el esfuerzo planteado a partir de la nueva regulación legal trascienda lo meramente formal y se transfiera efectivamente a la realidad diaria de los NNA, quienes acceden al sistema para la satisfacción de un bien tanpreciado como lo es crecer en el ámbito de una familia como referente de contención que asegure su crecimiento de la mejor manera, ya sea en el marco de la familia biológica ampliada o a través de las figuras contempladas en el instituto adoptivo.

Como sociedad aún estamos en deuda con esos NNA tanto en calidad como en temporalidad de la respuesta. Como operadores del derecho hemos sido partícipes de los esfuerzos fallidos que han generado la nueva solución legislativa, que ya ha tenido principio de aplicación pero no ha llegado a plasmarse en una realidad; para ello debemos ser plenamente conscientes en que la ley sólo es un marco o una guía, pero que está en cada uno en particular y en todos los que intervenimos en general darle efectividad y sentido al desafío que aún nos convoca para tener una respuesta eficiente a la realidad actual.

También debe rescatarse que la respuesta no puede ser individual o aislada sino la consecuencia de una labor interdisciplinaria en la que se respete la tarea de cada uno de los profesionales/organismos que intervienen con una mirada uniforme hacia la finalidad de la institución. Es en este punto en donde adquiere relevancia el compromiso político de nuestros gobernantes en la generación y afectación de recursos humanos y materiales para que el trabajo meticuloso primero con la familia de origen en sentido amplio hasta su agotamiento como posibilidad implique su revalorización como principal referencia.

Ello redundará en beneficio del NNA que más allá del quiebre de su relación con la familia originaria, tendrá certezas en la construcción del nuevo desafío que importa su inclusión en un proceso adoptivo. También lo será el trabajo a conciencia con el/los pretensos adoptantes, quienes deben estar preparados para recibir a ese/os NNA. Entenderlo de otro modo importará la pérdida de tiempos vitales para los NNA, y el riesgo de involucrarlos en empresas construídas desde la falencia de los operadores, y generarles nuevos perjuicios, con los que serán nuevamente victimizados.

Es entonces de vital importancia para cumplir con el objetivo delineado por el instituto de la adopción generar un compromiso efectivo con el sujeto de derechos NNA y su situación vital. Sólo entonces como sociedad podremos decir que cumplimos con la finalidad de asegurarles el "... a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (Art. 594 del C.C. y C.).

■ ■ ■

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Implicancias, aciertos y tensiones en su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Romina G. Paci

1. Introducción.

A pocos meses de vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial, mediante la Ley 26.994, en el presente trabajo se pretende exponer las incorporaciones más trascendentales y sustanciales que reflejan las transformaciones y cambios socioculturales que han sucedido en la realidad social argentina del último siglo, en particular, en la materia que atañe a esta oportunidad, las realidades familiares de una sociedad completamente distinta a la existente en épocas en que el flamante Vélez Sarfield dictara aquel Código Civil en el año 1869, que nos regulara por más de cien años, con modificaciones parciales que requerían de una reforma estructural e integrada.

Este Nuevo Código Civil y Comercial, con una visión fuertemente constitucional y humanista del nuevo derecho privado, realiza modificaciones muy valiosas en algunas de las instituciones de mayor trascendencia, relativas a la persona humana en sus vinculaciones familiares.

Teniendo más que presente la transformación de la sociedad argentina, la progresiva democratización de las relaciones afectivas, los roles y funciones de los miembros de las familias y las nuevas formas de participación e interacción entre sus integrantes. En este contexto, incorpora la consideración contemporánea de los niños, niñas y adolescentes expresada en numerosos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tales como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras.

Pero lo más trascendental es el tratamiento en forma interconectada de dos de los grandes pilares sobre los que se

estructura el nuevo diseño normativo en el ámbito de la Familia, esto es,

el respeto por la autonomía de las personas en formación y el énfasis puesto en las funciones parentales, los que sin perjuicio de su interdependencia, no están libres de tensiones entre sí.

En este trabajo se abordará sintéticamente estas nuevas realidades familiares, en concreto, cómo se interrelacionan los roles de progenitores e hijos, esto es, cómo interactúan la responsabilidad parental y el principio de autonomía progresiva, dos institutos que indefectiblemente van de la mano, para reflexionar sobre sus aciertos y desaciertos en su incorporación en el Nuevo Código Civil y Comercial.

2. Autonomía Progresiva.

Es preciso destacar que este principio tiene larga data en nuestro ordenamiento jurídico.

Su raigambre es de naturaleza internacional y se posiciona en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley 23.849, sancionada el 2 de Septiembre de 1990, cuyo artículo 5 reza “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Este artículo impone un doble análisis, ya que, por un lado valida las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres; pero por el otro, armoniza este ejercicio parental con el grado de desarrollo, autonomía y evolución del hijo; teniendo como única finalidad que el niño, niña o adolescente logre el ejercicio personal de los derechos que se le reconocieron en dicha Convención.

En nuestro ordenamiento nacional, con la ratificación e incorporación a nuestra Constitución Nacional de la Convención de los Derechos del Niño con la reforma constitucional de 1994 (art. 75

inc. 22), esta Convención se convierte en una normativa de jerarquía constitucional.

Continuando esta línea de pensamiento a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de Agosto del año 2002, en su Opinión Consultiva 17 en su párrafo 100 textualmente expresa “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

De modo que, a nivel internacional hace más de dos décadas que es principio fundamental y de cumplimiento riguroso y efectivo este principio, en pos del interés superior del niño.

Sin perjuicio de la jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, no fue hasta el 28 de Septiembre del año 2005 que se sanciona la ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, la que incorpora embrionariamente en la normativa nacional este principio en su artículo 3, que en su parte pertinente establece “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: (...) d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, (...) Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”.

Aunque fue importante haber plasmado en la legislación de fondo este principio, ante la realidad social familiar argentina del siglo XXI, restaba su vinculación en forma integral, fundamentalmente con la llamada patria potestad, institución que se encontraba vetusta en la sociedad actual.

Por ello, en aras de la humanización y constitucionalización del derecho privado, el mandato fundamental del nuevo Código Civil y Comercial es el respeto por el interés superior del niño. En tanto cuerpo normativo impregnado de principios consagra, además, el derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de su identidad, a la construcción de su autonomía, entre otros tantos.

Junto a estos principios generales, ofrece una serie de reglas instrumentales que garantizan la tutela efectiva de los derechos implicados.

Concretamente, el art. 26 del Nuevo Código Civil y Comercial regula el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad estableciendo como principio general que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales” (lo que ut infra se vinculará con la responsabilidad parental). Pero continúa diciendo que “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”.

De la simple lectura de este artículo se avizora en la nueva legislación el entramado entre este principio y el ejercicio de la responsabilidad parental en todos los ámbitos de la vida del niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta las diversas circunstancias a la luz de cada caso en concreto.

De este modo, se vislumbra que la legislación civil y comercial adoptó en esta temática específica un criterio flexible; lo que exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, en principio, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados, con una marcadoble finalidad de estimular el proceso formativo del niño, niña y adolescente y respetar la condición de sujeto de derechos y sus competencias en cada momento.

Esto es primordial, ya que debemos tener en cuenta que la persona menor de edad no es una tabla rasa desde su nacimiento hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo donde vaya construyendo su autonomía. Si por el contrario, no lo hace, no se lo estimula o se lo trata como un incapaz, probablemente el resultado esperado no se logre.

Por eso, el protagonismo de la persona menor de edad en las cuestiones de su incumbencia debe incrementarse gradualmente y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos “Mendoza y o/s vs. Rca. Argentina”, 14/05/2013 N° 143 subrayó la inmensa variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que los niños poseen. Destacó que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Dijo entonces que:

“el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”.

En el nuevo régimen jurídico argentino, los niños, niñas y adolescentes ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia” por oposición al de capacidad. Esta competencia se adquiere en forma gradual; está ligada más que a la edad, a la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socio económico y cultural y el conflicto específico de que se trate.

Así el reconocimiento en forma expresa de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes atraviesa la legislación de fondo y se refleja en la posibilidad de toma de decisiones en relación

con sus derechos tanto personalísimos como patrimoniales de acuerdo a su grado de desarrollo.

Ya se anticipó que el Código Civil y Comercial adopta un régimen flexible. Éste implica un sistema mixto que conjuga: por un lado, reglas flexibles en las que no se establecen límites etarios (1); y, por el otro, reglas en las que sí se fija la edad para el ejercicio de ciertos derechos (2).

En cuanto a las denominadas reglas flexibles (1), emplea la fórmula “grado de madurez suficiente” que debe ser analizado según el desarrollo de la persona desde una visión integral, como ya se dijera, que lo sitúe en su propio contexto y circunstancias socio culturales.

Aunque la edad es una pauta a tener en cuenta, no es la única ni funciona como un límite infranqueable. El respeto por la autonomía progresiva exige diferenciar las competencias entre niños, niñas o adolescentes de la misma edad, pero con distinto grado de madurez. Además, permite ponderar en cada caso concreto esa autonomía según la naturaleza del acto o el derecho involucrado, de modo que un niño o adolescente podrá ejercer en forma autónoma ciertos actos –por ejemplo, comprar facturas en la panadería, hacer un mandado– y, al mismo tiempo, no tener capacidad para obligarse mediante la contratación de un determinado servicio educativo ni disponer de un bien recibido en una sucesión, por ejemplo.

El otro elemento que utiliza el Código Civil y Comercial (2) son los “rangos de edad” para el ejercicio de ciertos derechos. Se sirve de la categoría jurídica de adolescencia, que se ubica entre los 13 y 18 años. El concepto de adolescencia no es nuevo; estaba incluido en diferentes normas nacionales, como por ejemplo, en la Ley 26.061 (que ya en su título lo menciona), Ley 26.529 (Art. 2), Ley 26.743 (Art. 5), Ley 26.657 (Art. 26), entre otras.

Lo novedoso es el sentido jurídico con el cual se usa.

Ser adolescente hoy autoriza a presumir que la persona ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su actuación. Antes de esa edad, para decidir de manera autónoma debe demostrar que cuenta con un grado de madurez suficiente, que no se presume y, por ende, deberá acreditarse en cada caso.

3. Responsabilidad Parental.

Como se expresara en el desarrollo del principio de autonomía progresiva, también en materia de responsabilidad parental, como en innumerables cuestiones abordadas en la nueva legislación civil y comercial, era imperiosa la necesidad de adecuar la terminología como corolario de la visión constitucionalizada del derecho privado. Ya en los mismos fundamentos del Anteproyecto hacían referencia a que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos (...)”.

Ante una mirada abierta, humanizada del derecho de familia y acorde al momento histórico de este nuevo Código era imprescindible adaptar aquellos términos que hacen al instituto para que así capten el interés protegido, esto es, el niño, niña y adolescente y sus derechos.

Este reemplazo obedece a que el viejo concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder que existía de los padres sobre los hijos.

La doctrina del derecho de las familias hace tiempo ya anunciaba que el término patria potestad se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos bien alejado de la actual que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

Específicamente, la Dra. Cecilia Grosman, advertía: “detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos”¹.

¹ GROSMAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?“, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

Es preciso reiterar que este reemplazo no sólo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la dinámica intrafamiliar, como también en los fines y alcances de la institución a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, adentrándonos puntualmente al concepto en sí, debemos realizar un análisis similar al del principio de autonomía progresiva.

Así, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño recepta a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y para estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad. Es decir, que esta institución no sólo incluye las funciones nutricias, como lo son el alimento, sostén y vivienda, sino también las funciones llamadas normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción es de avanzada ya que permite concebir a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral.

No obstante la normativa plasmada en este tratado de jerarquía constitucional, continuábamos regulados por una legislación interna que mantenía una institución, esto es, la patria potestad, completamente arcaica en total desarmonía con los principios consagrados constitucionalmente.

Es interesante señalar que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado oportunamente que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado².

Con más fuerza se ha pregonado el reemplazo de la vetusta noción de “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, en conformidad con el art. 5° de la Convención de los Derechos del Niño

² CSJN, Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte por mayoría hace suyo, sentencia del 29/4/2008, en LL 2008-C540.

que alude, a las “responsabilidades” de los padres y, más aun en el ámbito nacional, el art. 7 de la ley 26.061, nos refiere a la “responsabilidad familiar”.

En este contexto, la reforma propuesta adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el derecho comparado, al remplazarse el sistema vertical creado por el codificador, por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la “democratización de las relaciones de familia”.

Hemos dicho que hoy los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres; participan de manera activa, e interactúan con los adultos de un modo democrático y no autoritario- fundado en el miedo y la sanción.

Paralelamente, y también en beneficio de los hijos y en su interés superior, el texto del nuevo Código iguala la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, previendo que la responsabilidad parental sea ejercida por ambos progenitores y, revalorizando el principio de coparentalidad, lo que es reflejo de las realidades familiares en la sociedad argentina.

La responsabilidad parental se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva.

El art. 639 del Nuevo Código Civil y Comercial enumera los principios generales de este instituto. Literalmente dice: “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Este cambio en el paradigma que introdujo en el derecho interno la Convención de los Derechos del Niño al instalar la doctrina de la protección integral, exigía el reemplazo de otro término cual es el de “tenencia” por “cuidado personal del hijo”, siendo éste uno de los grandes aciertos receptados en la reforma del Código en cuestión, en

sintonía con esta idea general de facilitar la tarea de transmitir su significado actual en un lenguaje llano y coloquial.

La nueva legislación regula las distintas figuras legales que compromete la responsabilidad parental, las que por exceder el marco de este trabajo solamente se enuncian, a saber: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; y c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

4. Tensiones o aciertos entre el Principio de Autonomía Progresiva y la Responsabilidad Parental:

La consideración del niño como sujeto de derechos, la democratización de las relaciones familiares y el reconocimiento de la autonomía progresiva, acarrearán indefectiblemente una necesaria redefinición de las relaciones paterno-filiales.

Aunque padres e hijos siguen ocupando roles diferenciados, la interacción entre ellos debe ser reinterpretada, lo que lleva a preguntarnos ¿cómo vamos a lograr equilibrar las funciones parentales con la creciente autonomía de los hijos?, ¿cómo promover el protagonismo en las decisiones de las personas en formación sin descuidar los límites indispensables para su educación?, ¿cómo fomentar la independencia en casos de niños o adolescentes considerados problemáticos? En otras palabras, ¿cómo promover la libertad de los hijos sin que el ejercicio de esa libertad se traduzca en una protección deficitaria o insuficiente de sus derechos?.

A modo de respuesta podemos afirmar que tanto el art. 26 como el art 639 del Nuevo Código Civil y Comercial dejan en claro que el ejercicio de la responsabilidad parental debe respetar la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Esto significa que cuando los niños son más pequeños y tienen menores competencias, la mayoría de las decisiones las toman los padres, aunque los hijos deben ser escuchados y participar de ellas, de acuerdo con su etapa evolutiva y la naturaleza de la cuestión. A medida que crecen e ingresan en la adolescencia, aumenta su

autonomía y por eso deben asumir un mayor protagonismo en las decisiones que los involucran. Consecuentemente, se atenúa el poder de decisión de los padres, quienes pasan a cumplir funciones de apoyo, acompañamiento o complementariedad.

Por ello, podemos decir que la tensión entre autonomía progresiva y la responsabilidad parental se resuelve en forma inversamente proporcional.

Los padres deben cuidar, proteger, educar a sus hijos y velar por sus propios intereses; por eso, siguen siendo los principales representantes. Pero la función de “representación” no debe ser entendida en sentido tradicional, como sustitución de la voluntad del hijo y actuación en su nombre e interés. A medida que los hijos crecen, el papel de representación de los padres se articula con la idea de “asistencia” en el ejercicio de los derechos, de modo que los progenitores deben prestar apoyo al niño, niña o adolescente para que sea éste quien decida, actuando por sí, pero con la conformidad o el asentimiento del adulto, quien evaluará si el acto es o no perjudicial para sus intereses.

Toda vez que exista conflicto entre unos y otros, el hijo puede defender su posición con el auxilio de defensa técnica especializada mediante la intervención del Ministerio Público o el abogado del niño si correspondiere, figura novedosa que incorpora esta nueva legislación.

5. Conclusión.

Con la celebración de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país e incorporada en la Constitución Nacional en la reforma del año 1994, y puesta la mirada sobre el derecho de familia constitucionalizado, universalizado y humanizado, a decir del Dr. Germán Bidart Campos, era imprescindible modificar la normativa jurídica regulatoria de la infancia y de la familia a la luz de los derechos humanos.

Este nuevo Código Civil y Comercial con muy buen atino ha puesto el acento en la persona humana como integrante de relaciones jurídicas familiares y hace hincapié en la vida íntima familiar y el

desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad.

Siguiendo estos lineamientos, en un marco de democratización de las relaciones familiares y a la luz de principios internacionales de jerarquía constitucional como el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, el interés superior del niño y la autonomía progresiva, es que el vínculo entre padres e hijos debía dejar de girar en torno a la noción patriarcal de patria potestad, para comenzar a hablar de responsabilidad parental, lo que celebro con orgullo ya que es una de las tantas conquistas de la democracia.

A pesar de que nos llevará un tiempo adaptarnos a todas las modificaciones e incorporaciones en materia civil y comercial, no obstante, auguro un porvenir fructífero y bienaventurado a esta legislación de vanguardia en manos de profesionales y ciudadanos que velamos por la protección y supremacía de los derechos humanos, mas en el ámbito del derecho de las familias.

■■■

AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Ana Lis Palacio

1. Introducción.

En nuestro país, nos encontramos en una época de transición, de cambio de paradigmas en relación a la temática que nos ocupa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Y, en tal sentido, las modificaciones se ven plasmadas en nuestro derecho civil -en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, Ley 26.994- el cual resulta ser un cuerpo normativo de un inestimable valor simbólico y pedagógico que hace eco de dicho cambio de paradigmas, receptando nueva terminología a nuestro derecho, en concordancia con los mandatos de los tratados internacionales referidos a la materia.

El mentado cambio de paradigma se ve reflejado de la siguiente manera: se deja atrás el enfoque tutelar, donde el “*menor*” es lisa y llanamente un incapaz, una persona en riesgo o en situación irregular, a la que hay que proteger, mediante un sistema de protección que viola o restringe derechos, y sin importar la opinión del menor justamente por ser incapaz, y que hay que decidir por él; para pasar al enfoque de derechos, en relación a “*niños, niñas y adolescentes*” como verdaderos sujetos de derecho, y donde resulta central su opinión en el entendimiento de que se trata de personas en desarrollo cuyos derechos o garantías pueden estar amenazados o violados, y debe resguardarlos mediante un sistema de protección para toda la infancia, garantizándose el acceso real a los derechos.

Específicamente, el nuevo paradigma resulta reflejado en cada instituto aplicable a la infancia y adolescencia. Sólo a título ejemplificativo podemos nombrar a la adopción y su propósito; puede decirse que mientras antes se ponía el acento de la finalidad de proveer de un niño a aquellas parejas de adultos sin descendencia y/o con imposibilidad de concebir, hoy el objetivo es -inversamente- la necesidad de proporcionar un núcleo familiar a aquellos niños que encuentran vulnerados sus derechos a vivir y desarrollarse en el marco

de una familia que les provea lo necesario para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales.

Hoy puede reconocerse que los niños, niñas y adolescentes tienen importantísimos derechos procesales. En todo proceso que los vincule o pueda afectarlos puede establecerse la siguiente progresividad en el propio ejercicio de sus derechos: 1) el niño de 0 a 18 años siempre deberá ser citado, entrevistado y escuchado por el juez; 2) si cuenta con edad y madurez suficiente deberá además ser requerida y atendida su opinión acerca del derecho a la convivencia familiar y podrá ser parte por sí con patrocinio letrado; 3) en el juicio de adopción, si alcanzó los 10 años se requerirá su consentimiento; y 4) si tiene más de 13 años, se presume su madurez para comparecer con su propio patrocinio letrado.

En dicho sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, bajo la Dirección de Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, al comentar el artículo 594 del CCC, expresa:

“La adopción abandona el lugar de una figura legal más, para convertirse en un proceso regulado integralmente donde se consideran los derechos de todos los involucrados, aparece el niño no como persona “en riesgo”, sino como sujeto con derechos vulnerados, se producen ajustes de orden procesal básicamente vinculados con los tiempos de toma de decisiones y se simplifican y estandarizan las reglas, especialmente las relativas a analizar la posibilidad de permanencia en la familia biológica”.¹

Paralelamente a ello, se encuentra el pleno reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos titulares de derechos, verdaderos sujetos de protección jurídica, reconociéndose su capacidad de ejercer por sí todos los derechos de que sea posible según su edad y grado de madurez y discernimiento.

En el derecho civil argentino dejó de existir la categoría de personas capaces e incapaces *per se*, partiendo de la regla de la capacidad, sólo mencionando la incapacidad para la persona “que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente”, y pudiéndose declarar la restricción a la capacidad de ciertas personas para realizar

¹ PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Ed. Infojus Año 2015. pág. 362.

actos determinados, sólo en la extensión de la sentencia. De manera excepcionalísima, y cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con el entorno y de expresar su voluntad de cualquier modo y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez podría declararlo incapaz y designar un curador. Pero claro está, que tal declaración de incapacidad o la mentada restricción a la capacidad de las personas humanas, sólo operaría respecto de una persona mayor de trece años y dándose los presupuestos establecidos por ley (art. 32 del CCyC). Respecto de la terminología utilizada, se ha eliminado la categoría de menores como incapaces absolutos y relativos, así como la de “menor impúber” y “menor adulto”, respectivamente.

No está demás decir que la capacidad jurídica excede la mera aptitud de tomar decisiones por sí o por un tercero; guarda relación con el ser mismo de las personas. De allí que las restricciones a la capacidad deben valorarse restrictivamente y de modo excepcional, por constituir una limitación a un derecho humano.

La comisión redactora del código ha partido de la base de que las normas previstas deben contener los supuestos que acontecen en la realidad y que ésta justamente sea receptada. Ello se ve explicitado caáramente en el *Código Comentado* de Herrera et. al., al comentar el art. 638, se menciona lo siguiente:

“Uno de los ámbitos de mayor impacto ha sido el referido a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, en un contexto jurídico en el cual el reconocimiento de su condición de sujetos de derecho provoca que los niños, niñas y adolescentes abandonen el reducido espacio jurídico al que fueran tradicionalmente confinados, su superior interés se transforma en guía y norte para el efectivo goce y disfrute de sus derechos, sus opiniones adquieren peso concreto, y sus posibilidades de ejercicio de derechos se adecuan a una realidad indiscutible: las personas no se transforman de niños a adultos en un momento determinado, sino que a medida que transcurre el tiempo, se adquieren gradualmente aptitudes y condiciones madurativas en forma gradual, y con ello autonomía en forma progresiva”.²

² HERRERA, Marisa, PICASSO, Sebastián., CAMELO, Gustavo (Dirs.), op. cit.,pág. 480.

Asimismo a continuación, da una noción de autonomía progresiva muy significativa para esta introducción:

“El concepto de la autonomía progresiva permite que a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental. Una consecuencia directa de ello es el fenómeno denominado “democratización” de las relaciones familiares, más acentuado justamente en el ámbito de las relaciones filiales. Así, poco espacio queda para los hijos en un sistema lineal en el que la autoridad se concentraba en los adultos (y principalmente en una sociedad patriarcal en el padre) y cuyas “órdenes” debían ser acatadas sin cuestionamiento ni posibilidad de negociación o explicación alguna”³.

Esta noción nos da la pauta de que la nueva reglamentación no sólo reconoce la pluralidad en los distintos modelos actuales de familia, sino también la llamada democratización en la familia.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, resulta pertinente en este trabajo evaluar la significancia de este nuevo concepto de autonomía progresiva, para luego analizar su proyección práctica y, concretamente, su recepción normativa de manera genérica y específica. Asimismo, se realizará una breve consideración respecto de si es completamente nuevo en nuestro derecho o ya existían antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta oportuno citar aquí un extracto de las palabras preliminares del nuevo Código Civil y Comercial:

“...se logró con éxito aprobar un Código que se nutre de la realidad, que no la niega y que, por el contrario, la recepta y la regula. Un Código de la libertad pero también de la igualdad y de la equidad. Un Código para una sociedad multicultural, para nuestra sociedad del siglo XXI, en que haya espacio normativo para el plan de vida de todos y todas. Un Código inclusivo y no excluyente...”.

³ PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), op. cit.,pág. 480.

2. Conceptualización de la Autonomía Progresiva.

Como ya se adelantara, el cambio de paradigmas influye no sólo en la concepción del niño, niña y adolescente como verdaderos sujetos de derecho, sino también en la consideración de la temática relativa a la capacidad.

Etimológicamente, el vocablo autonomía proviene del latín, “*auto*”: por sí mismo; “*nomus*”: norma y “*ía*”: acción, actividad. En relación a las personas, la autonomía es la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie (conf. Real Academia Española, 22^a Ed. Madrid, Espasa Calpe, 2001). En el plano jurídico, es el poder que el derecho confiere a las personas para definir el contenido de sus relaciones jurídicas, sin otros límites que los derivados de las leyes, la moral y las buenas costumbres.

La consideración de la capacidad se ve en la actualidad con una nueva mirada al amparo de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, se expone al concepto analizado como un verdadero derecho humano. Así, en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, bajo la Dirección de Marisa Herrera, al comentar el art. 23, claramente expresan:

“La concepción de la capacidad como principio, la naturaleza excepcional o restrictiva de sus limitaciones y la defensa de su ejercicio personal están a tono con la concepción que la capacidad jurídica ha adquirido en los últimos tiempos en los planos jurídicos, en especial del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el concepto de capacidad hoy excede los contornos de su calificación como “atributo de la personalidad”, propios de la doctrina civilista tradicional, configurándose como un verdadero derecho humano”.⁴

Es por ello que -como ya se mencionara- se ha quitado de nuestro derecho la consideración de las personas menores de edad como incapaces, en su doble faz de menores impúberes y adultos (incapaces absolutos y relativos, respectivamente, con su línea demarcatoria a los 14 años, según se regulara en los art. 54 a 57 del Código de Velez.), y establece el nuevo Código Civil y Comercial, en el art. 34, inc. b) que “Son incapaces de ejercicio las personas que no

⁴PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), op. cit.,pág. 59.

cuentan con la edad y grado de madurez suficiente”. Al quitarse los “compartimentos estancos” que implican establecer una franja etárea determinada para considerar sin más a alguien capaz o no de obrar por sí, podría entenderse que el modelo se ha apartado de la “seguridad estática”, creando la inseguridad “jurídica” de que no pueda saberse con la debida antelación si una persona es o no capaz de obrar por sí, debiéndose determinar caso por caso si cierta persona menor de edad tiene aptitud para ejercer por sí tal o cual derecho o acto.

No obstante, aún si así fuese (es decir, si existiera una mayor inseguridad jurídica, sin perjuicio de que la postura que lo sostiene resulta ser minoritaria), las modificaciones e innovaciones de nuestro nuevo código civil no hacen otra cosa que receptor una realidad innegable. No puede negarse ex abstracto la posibilidad de que una persona pueda ejercer sus derechos con la sola mención de que no ha llegado a la mayoría de edad. Pues, la persona no se desarrolla, madura y adquiere un cierto grado de discernimiento en un momento determinado, y menos en uno determinado por una ley (al cumplir los 18 años), siendo ésta una cuestión totalmente externa de la psiquis de cada persona humana. De modo que, la excepción al art. 23 comprende el ejercicio de derechos de titularidad de personas menores con escasa edad y débil autonomía (arts. 26; 100 y conc.).

Por el contrario, la madurez, capacidad de discernimiento, de entender y querer conscientemente tal o cual cosa, es producto de una evolución en la vida de cada ser humano.

La obra citada de los directores Herrera, Caramelo y Picasso, explica que

“...la única distinción etaria que impone la nueva normativa es la que delimita entre niños y adolescentes, siendo el punto de efracción el de los 13 años de edad. Sin embargo, esta sola circunstancia —si bien aporta una serie de presunciones relacionadas con la existencia de un cierto grado de aptitud para determinados actos (por ejemplo la actuación con patrocinio letrado)—, no basta por sí sola para definir la existencia de capacidad para todos los casos. El requisito normativo es mixto: la edad y la madurez suficiente. El **calificativo “suficiente”** guarda relación con el acto de que se trata: así, la suficiencia puede existir para ejercer un acto y tal vez estar ausente en relación a otros —por ejemplo, es diversa la aptitud que se exige para el ejercicio de actos personales y

patrimoniales—. El sistema presenta entonces un tinte más subjetivo, requiriendo la evaluación del caso concreto para determinar la aptitud. La referencia a la presencia de una cierta “edad y madurez suficiente” da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de “competencia”, que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más “transversal”, puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto —esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil—.⁵

Por su parte, Graciela Medina expresa claramente:

“La edad es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana entraña la aparición de cambios importantes en la persona, que repercuten en su capacidad de obrar. La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez (Corvi).

El carácter progresivo de esta evolución acarrea la necesidad de los padres de ir ampliando sucesivamente el marco de capacidad de obrar de sus hijos a medida que se van

⁵ PICASSO, Sebastián., HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo (Dirs.), op. cit., pp. 62-63.

desarrollando la madurez y aptitudes intelectuales y psicológicas del menor”⁶.

Como ya se adelantara, el nuevo código de fondo sí recepta la diferenciación de niños/as y adolescentes, siendo estos últimos la persona menor de edad que cumplió trece años (conf. art. 25, segundo párrafo). No obstante, dicha diferenciación, no es a los efectos de crear clases o categorías de incapacidades, sino al contrario, con la finalidad de ampliar el espectro de derechos y garantías. Ejemplo claro de ello es el artículo 26 se establece que la persona menor de edad “...que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...”. Más aún, puede afirmarse que la adopción de las denominaciones de “niños, niñas y adolescentes”, se condice con la terminología utilizada en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente, la Convención Internacional de los Derechos del Niños, e implica de dicho modos adecuar más nuestro derecho interno a tales lineamientos internacionales.

Del articulado de la Convención de los Derechos del Niño surge claramente que se postula como principio central a la autonomía progresiva de niños y niñas en el ejercicio de sus derechos y, en tal caso, la variará la actuación de los padres, representantes, guardadores o cuidadores, disminuyendo la función de dirección y orientación según las necesidades y capacidades del niño. El respeto a la condición de los niños como sujetos de derecho surge de la letra viva de la Convención, imponiéndose la necesidad de la escucha activa de su opinión - eje central de los derechos-, lo que posibilita la aplicación práctica del principio de autonomía progresiva en la actuación de derechos. De esta forma, se constituye como un verdadero derecho humano el ejercicio y actuación personal de niños y niñas en todo lo relativo a sus propios intereses (véanse arts. 3, 5, 6, 12, 14, 18, 27 y conc. de la CDN).

El concepto de la capacidad progresiva, vinculado íntimamente con el derecho a la vida y el desarrollo, han sido señalados por el Comité de los Derechos del Niño, conjuntamente con los principios del interés superior del niño, el derecho de ser oído y el de no discriminación, como los cuatro principios generales fundamentales

⁶ MEDINA Graciela en RIVERA – MEDINA (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. La Ley, 2015 comentario al art. 639, pág. 486/487-

que informan la Convención. Su recepción en el nuevo código civil forma parte del impacto de la constitucionalización del derecho de familia, que evidenció rápidamente la necesidad de interpretar y adecuar nuestro derecho interno a la luz de la normativa internacional vigente.

3. Aplicación normativa de la Autonomía Progresiva.

El principio del desarrollo adoptado (y consecuente capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes) impacta de manera directa y expresa a lo largo de todo el articulado que regula cuestiones atinentes a sus derechos e intereses. A continuación se hará una breve mención de tales normas, sin pretender prever y agotar todos los ejemplos en los cuales el principio las atraviesa.

Así, del análisis del art. 26 del CCyC, a cuya lectura nos remitimos por razones de brevedad, puede resumirse que la norma contiene el derecho de los niños y adolescentes de: 1) ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente; 2) intervenir en juicio con asistencia letrada; 3) ser oído en todo proceso judicial y participar en las decisiones sobre su persona. Respecto de los adolescentes, específicamente se reconoce su derecho a: 1) decidir si someterse a tratamientos no invasivos; 2) a ser tratado como un adulto en cuestiones atinentes a su propio cuerpo; 3) tratándose de tratamientos invasivos, debe prestar necesariamente su consentimiento, y en caso de conflicto, que la cuestión se resuelva según su interés superior.

Por su parte, sin establecer mayores innovaciones, el art. 30 del CCyC, reconoce al menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión la posibilidad de ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En tal caso, tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

En el capítulo 4 del título 1 del Libro Primero, al regular el nombre, se confiere al interesado con edad y grado de madurez suficiente el derecho a solicitar que se agregue el apellido de su otro progenitor (art. 64) o, en caso de que carezca de apellido inscripto,

solicitar que se inscriba el que esté usando (art. 66), con lo que se reconoce la capacidad progresiva de las personas humanas, quienes pueden ejercer por sí este derecho (a la protección del nombre como un derecho humano) aún sin haber adquirido la mayoría de edad.

Asimismo, el art. 100 del CCyC, establece que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí. Esta regla, interpretada *a contrario sensu* respecto de las personas menores de edad y en función de los principios del desarrollo y la capacidad progresiva, implica que pueden ejercer por sí los actos que autorice el ordenamiento jurídico de conformidad con su edad y su grado de madurez y discernimiento. El régimen de la representación y asistencia viene dado por los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental y, supletoriamente, por la figura del tutor (art. 101, inc. b) e irá variando de conformidad con las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo del hijo. El art. 639, inc b) expresamente establece que "...a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos...". Siendo ésta una cuestión que depende de la realidad de cada persona, no puede establecerse *ex abstracto* una edad determinada, sin perjuicio de los parámetros generales de adquisición de mayoría de edad.

No obstante ello, el régimen mantiene la línea humanitaria que atraviesa íntegramente al CCyC manteniendo el régimen de representación expuesto, dado que en caso contrario, esto es, si hubiese afirmado que todo niño o niña resulta capaz para todos los actos jurídicos, hubiese incurrido en la solución opuesta de la directa desprotección de las personas menores de edad, en franca violación a la doctrina y normativa internacional.

Idéntico principio de autonomía se reconoce al regular el instituto de la Tutela (Libro Primero, Título I, Capítulo 10, Sección 2ª), cuando en el art. 104 establece que se aplican los principios mencionados en el art. 639, entre ellos el de autonomía progresiva y el de ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Por su parte el art. 117, menciona que el tutor es representante legal del niño, niña o adolescente, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad.

En el Libro segundo, Título I, Capítulo 1, se regula al matrimonio, estableciéndose (al igual que en el código civil derogado)

el impedimento matrimonial de minoridad (art. 403, inc f). No obstante, la falta de edad nupcial sólo genera una nulidad relativa (confr. art. 425, inc. a) y en caso de que se solicite su declaración, el juez debe oír al adolescente y, teniendo en cuenta su opinión, su edad y grado de madurez, puede hacer lugar o no al pedido de nulidad. Por su parte, a los fines de evitar el mentado remedio legal, se requiere que el menor de edad que no haya cumplido 16 años requiera la dispensa judicial, la que puede ser otorgada luego de una entrevista personal con el juez, quien resolverá teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, especialmente en relación a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. Tal dispensa no es necesaria si ya ha cumplido los 16 años y cuenta con la autorización de sus representantes legales.

El Título V, del Libro segundo, al regular la filiación, las formas de determinarla y las acciones que genera, se establece que éstas pueden ser ejercidas por personas menores de edad y aún con capacidad restringida, siendo juez competente el de su centro de vida o el del domicilio del demandado, a su elección. Lógicamente, si bien no lo manifiesta expresamente en este título, la posibilidad de estar en juicio por sí se rige por lo normado en los arts. 677/680 del mismo cuerpo legal. En tal caso, se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en el proceso conjuntamente con sus progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada; mientras que si el juicio es contra sus progenitores, puede reclamar por sí, sin necesidad de autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Respecto de quien tenga restringida su capacidad, habrá que estarse al alcance a tal restricción dada en la sentencia respectiva, pudiendo, en su caso, admitirse que comparezca asistido de los apoyos necesarios que se hubieren designado.

Importantes innovaciones se establecen en el Título VI del Libro II° al regular el instituto de la adopción. A diferencia del régimen anterior, el actual contiene el concepto de adopción en el art. 594:

“...la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando ellas no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.

Puede advertirse claramente que en esta definición se encuentra contenido el reconocimiento a la capacidad progresiva, al mencionarse expresamente al “desarrollo”, en alusión al proceso evolutivo de adquisición de capacidad y madurez. El art. 595 establece los principios generales que la rigen, los cuales implican el reconocimiento de derechos en favor del pretense adoptado.

Asimismo, a lo largo del articulado de dicho capítulo, se reconocen importantísimos derechos que el niño/a o adolescente ejercerá por sí, como es su derecho a ser oído y que su opinión se tenga en cuenta al adoptar cualquier decisión que lo afecte, y la necesidad de expresar su consentimiento si ha cumplido los 10 años, siendo este último un recaudo obligatorio bajo pena de nulidad absoluta (véanse arts. 595 inc. f), 617 inc.d) y 634 inc. i) del CCyC).

En concordancia con el régimen anterior (arts. 321 inc. h) y 328 del Código Civil derogado) se reconoce expresamente el derecho a conocer sus orígenes, debiendo los padres comprometerse en el marco de las actuaciones a hacer conocer su realidad biológica. Por su parte, el régimen actual va más allá, expresando que la persona -aún siendo menor de edad- puede conocer tales datos que surjan de los expedientes judicial y administrativo en que se haya tramitado su adopción, pudiendo el juez poner a su disposición a los integrantes del equipo técnico para que presenten su colaboración al momento de tener acceso a las actuaciones. El adolescente también cuenta con una acción autónoma para conocer sus orígenes, debiendo iniciarla con asistencia letrada (art. 595 y 596 del CCyC).

El niño, niña o adolescente son parte en el procedimiento de declaración de la situación de adoptabilidad, en el de guarda y en el de adopción propiamente dicho, compareciendo al proceso con asistencia letrada, sin perjuicio de la actuación promiscua del asesor de menores. Debe citárselo y escuchárselo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 595 inc. f), 609 inc. b), 613 in fine, 617 incs. b) y d) del CCyC.

El Título VII del Libro Segundo, dedicado a regular a la Responsabilidad Parental, también refleja cambios de diversa índole, advirtiéndose como primera diferenciación respecto del régimen anterior, el cambio de terminología. Responsabilidad parental es el instituto que reemplaza a la vieja Patria Potestad, y dicha mutación terminológica ha sido celebrada por la doctrina, por entender que el concepto de patria potestad -verdadero resabio del derecho romano-, hace referencia a la posesión o tenencia de una cosa u objeto, propio

del sistema verticalista y patriarcal de las relaciones familiares que en nada se condice con la democratización reconocida actualmente, donde el hijo es sujeto de derecho y los progenitores son, ante todo, responsables directos de garantizar el goce y ejercicio actual de los derechos, intereses y garantías, sin perjuicio del reconocimiento sus propios derechos como padres.

Nuevamente, el código contiene una conceptualización de la responsabilidad parental donde se expresa que el objetivo es la protección, desarrollo y formación integral del hijo mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. En similares términos a los que se explicara respecto de la adopción, el reconocimiento del “desarrollo” del hijo implica la afirmación de una capacidad evolutiva de acuerdo a su edad y caracteres psicofísicos. Por su parte, la autonomía progresiva es uno de los principios fundamentales que rige el instituto (al igual que en la tutela, según ya se mencionara), de conformidad con normado por el art. 639 CCyC.

La capacidad progresiva resulta reflejada en diversos supuestos, a saber:

1) se debe procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad que puedan realizar sus progenitores en relación a su cuidado personal (art. 655);

2) se lo debe oír necesariamente en el marco del proceso en que se pretenda la homologación de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en la persona de un pariente (art. 643);

3) siendo adolescente, debe prestar su consentimiento expreso para todos aquellos actos en que se requiera la conformidad de ambos progenitores (art. 645);

4) el progenitor adolescente ejerce la responsabilidad parental de sus propios hijos, pudiendo decidir y realizar por sí las tareas necesarias para su cuidado, requiriéndose que su consentimiento se integre con el asentimiento de sus propios progenitores (abuelos del niño/a) cuando se trate de actos trascendentales para su vida (art. 644);

5) el hijo con grado de madurez suficiente tiene legitimación para reclamar -con la debida asistencia letrada- los alimentos al progenitor que incumpla su deber de suministrarlos (art. 661 inc. b);

6) si el hijo adolescente se encuentra fuera del país o en un lugar alejado de la República, puede contraer deudas que satisfagan

sus necesidades urgentes sin necesidad de autorización y sólo con el asentimiento de un adulto responsable (art. 667);

7) los progenitores deben informar a los hijos en relación a los contratos que celebren con terceros en su nombre (art. 690);

8) tienen la administración de sus propios bienes adquiridos mediante el trabajo, oficio o profesión, heredados por la indignidad de sus padres, o adquiridos mediante herencia, legado o donación, cuando así se halla dispuesto (art. 686);

9) pueden realizar contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana (art. 685).

Por su parte, como ya se hiciera referencia anteriormente, los arts. 677/680 presumen que el adolescente cuenta con autonomía suficiente para intervenir en juicio conjuntamente con sus progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada, no requiriendo autorización de ningún tipo cuando sea acusado criminalmente, ni pare reconocer hijos.

Aún en caso de oposición de los progenitores a que sea parte en un proceso judicial, se lo puede autorizar a intervenir por sí cuando quiera iniciar una acción civil contra un tercero, con asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

Si el juicio es contra sus progenitores, no requiere autorización, sólo que cuente con edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Siempre que participen en un proceso se debe garantizar la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia -por ser una persona en condición de vulnerabilidad, en los términos dispuestos en las Cien Reglas de Brasilia-, su derecho a ser oídos, y que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. Asimismo, se garantiza su acceso al expediente y la reserva de las actuaciones respecto de terceras personas (confr. arts. 706, 707, 708 del CCyC y *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad*).

Respecto de la capacidad para celebrar contratos y realizar trabajos, siendo menor de 16 años, el hijo requiere autorización de sus progenitores, siempre salvaguardando el acatamiento de la legislación laboral y demás leyes especiales vigentes. Si es mayor de 16 años, se presume la autorización de sus progenitores para ejercer algún empleo, profesión o industria. No obstante, los progenitores no pueden celebrar ningún contrato para que preste servicios o aprenda un

empleo, sin el consentimiento expreso del adolescente (confr. arts. 681/683 del CCyC).

4. Conclusión.

En una ingente evolución, se puede admitir que nuestro derecho civil argentino regulaba las cuestiones relativas a la infancia tal como se la concebía en sus orígenes, como la propia epistemología de la palabra lo indica: “los sin voz”, para pasar a un sistema donde se debe garantizar los derechos de los niños y adolescentes, especialmente en el de ser oídos y que sean actores y partícipes en el ejercicio de sus derechos, como un eje central de conformidad con los lineamientos sustentados por los tratados internacionales.

No obstante, específicamente en relación al principio de autonomía progresiva, debe admitirse que no es absolutamente nuevo ni receptado por primera vez en este nuevo Código Civil y Comercial. En oportunidad de comenzar con la redacción del Proyecto de Reforma, la autonomía progresiva ya estaba prevista como noción general en la ley 26.061, del año 2005, mencionándola expresamente como cuestión de interés superior del niño y estableciendo que, a los fines de su satisfacción, debe respetarse “... su condición de sujeto de derecho (...) edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (art. 3° de la Ley N° 26.061).

Sin perjuicio del gran avance, no debemos olvidarnos que estos nuevos institutos han sido creados de manera de ampliar el espectro de protección de derechos. Pero la vida cotidiana nos demuestra que es necesario conservar la solución de la “incapacidad” frente a niños de escasa edad y autonomía y discernimiento mínimos, impedidos de actuar por sí solos con efectos jurídicos: así, por ejemplo, realizar contratos de gran importancia económica, tomar decisiones de orden sanitario, pagar la cuota del club o decidir el colegio al cual asistir, optar por prestar servicios y ciertas obligaciones, por mencionar solo algunos supuestos. De otro modo, se habría incurrido en una evidente desprotección, al pretender que ejerzan por sí actos que requieren la necesaria representación de un adulto responsable.

Todas las personas (niños, adolescentes y adultos) somos sujetos de derechos mercedores de protección por parte del

ordenamiento jurídico vigente. No obstante, los niños y, en distinta extensión, los adolescentes, requieren de medidas de protección especiales (art. 19 Convención Americana de Derechos Humanos) por su particular condición de ser personas menores de edad y en proceso de desarrollo, no obstante medidas de protección no deben ser nunca cercenadoras de su participación sino promotoras de sus derechos, respetando su progresividad.

■ ■ ■

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: AUTONOMÍA PROGRESIVA Y DERECHO A SER OÍDOS.

Antonella Soledad Sardi Dima

1. Introducción.

El motivo de selección del presente tópico radica en el hecho de considerar de suma trascendencia esta recepción normativa en el Nuevo Código, Civil y Comercial de la Nación. Si bien es cierto que de hecho, la gran mayoría de los supuestos previstos ya se encontraban amparados por el ordenamiento jurídico a través de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, no es menos cierto que su inclusión formal significa, indudablemente, un avance hacia la toma de conciencia de otras situaciones, quizás más controvertidas, que también conforman el espectro de autonomía de los adolescentes.

Asimismo considero que la cuestión relativa a la capacidad, y particularmente a las restricciones a la capacidad, son asuntos sumamente relevantes en la vida de todos los ciudadanos, de modo que su análisis, su evaluación, su inclusión, y el trato de los sujetos afectados a estas restricciones –ya sea por minoridad o por algún grado de discapacidad- debe ser materia de progreso constante.

Gracias a la lectura y la investigación efectuada para realizar este trabajo, tanto en cuanto a minoridad, como a incapacidad y capacidad restringida, he podido ver de manera más tangible y concreta, la constante necesidad de la sociedad de adaptarse, tanto en infraestructura como en concepciones fuertemente arraigadas en nuestro imaginario social, sobre estas personas, a quienes consideramos imposibilitadas de tomar absolutamente cualquier decisión y de las cuales solemos sustituir y avasallar completamente su voluntad en aras de “su propio bien”.

Este trabajo, en definitiva, ha generado en nivel personal, un crecimiento en este aspecto, una modificación en mis concepciones en cuanto a estos sujetos, quienes, lejos de carecer de voluntad,

comprenden, interpretan y razonan tanto mejor y de manera más madura que muchos de nosotros, los “normales”.

El tema que este trabajo aborda se encuentra receptado en el Libro Primero del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en la Sección Segunda, entre los artículos 25 al 30, y sus efectos, como veremos a lo largo del desarrollo de esta exposición, repercuten consecuentemente a lo largo de todo el texto y leyes especiales.

2. La cuestión en el Nuevo Código Civil y Comercial.

Los principios generales del Libro Primero, Sección Primera, del Nuevo Código ya mencionan a los menores de edad en su artículo 24, como aquellas personas incapaces de ejercicio, esto es, con capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones –Capacidad de Derecho-, pero con incapacidad para su ejecución –concepto conocido en el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield como “Incapacidad de Hecho”.

Así, este artículo reza: “Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: (...) b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2° de este Capítulo; (...)”.

El inciso es determinante en su nueva redacción, dejando de lado la anterior “Doctrina de la Situación Irregular” que reducía al menor a un objeto de protección, dando paso así la “Doctrina de Protección Integral”, la cual emplaza al menor en un lugar de relevancia, le asigna una participación activa en la sociedad y en el entorno adulto y comienza a considerarlo como un sujeto de derecho en la esfera jurídica. Esta nueva noción recibe la denominación en nuestro Nuevo Código Civil y Comercial de “Capacidad Progresiva”.

El artículo 25 inicia la sección definiendo quiénes serán considerados menores, y cómo se subdivide esta categoría: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido los dieciocho años. Este código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.” De esta manera, siguiendo los lineamientos conceptuales definidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro bloque de constitucionalidad mediante Ley 23.849 y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y

Adolescentes mediante Ley 26.061, se modifican las denominaciones a los menores de edad, pasando a ser ahora, de manera concordante, niños, niñas y adolescentes. El Código Civil de Vélez Sarsfield, en cambio, discriminaba dentro de los menores de edad, a los menores impúberes, desde el nacimiento hasta los trece años, y desde los catorce años hasta los dieciocho años –con la última modificación de la Ley 26.579- a los llamados menores adultos, quienes se encontraban autorizados a realizar algunos actos jurídicos expresamente determinados por el ordenamiento –incapacidad relativa-. Es con los artículos 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño –Ley 23.849-, y sus correlatos con los artículos 19 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes –Ley 26.061-, que se incorporan criterios más flexibles a los fines de determinar la capacidad del menor en cada caso concreto, tal y como lo sostiene la doctrina de la “Capacidad Progresiva”.

“En el nuevo Código, la adolescencia se consume a los trece años y es esencialmente una época de cambios. Es la etapa que marca el proceso de transformación de un ‘niño’ en adulto, es un periodo de transición que tiene características peculiares. Se llama adolescencia, porque sus protagonistas son jóvenes que aún no son adultos pero que ya no son niños. Es una etapa de descubrimiento de la propia “identidad psicológica”, “identidad sexual” (psicología), así como de la autonomía individual (filosofía). Los jóvenes experimentan un gran interés por cosas nuevas, el conocimiento y la búsqueda de independencia.”⁷

Es el artículo 26 el cual constituye el punto central de toda la sección, receptando expresamente el nuevo paradigma y supeditando capacidad de ejercicio de determinados derechos al adolescente, a su edad, su desarrollo madurativo y su discernimiento, de acuerdo a cada caso concreto. Así dispone:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales –regla general-. No obstante, –excepción- la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos

⁷ HIGHTON, Elena, “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”. Editorial La Ley. 13/04/2015. www.nuevocodigocivil.com

por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. (...)”, y a continuación enuncia los supuestos que habilitan, siempre y cuando se cumplan con los supuestos ya mencionados de edad y madurez mental, al menor de edad a ejercer los derechos que este Código dispone a favor de ellos. De esta manera, y en directa contraposición, “(...) A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” (artículo 639 inciso b).

3. Derecho a ser oído.

Dice el Nuevo Código Civil y Comercial

“Artículo 26: *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.* (...) La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. (...)”. Este artículo está en concordancia directa con el ya mencionado artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dispone que “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (...)”. A su turno, el artículo siguiente de la Convención reza: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. (...)”. De la misma manera, el artículo 3 de la Ley 26.061 establece “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”, derecho que forma parte integrante de la idea de “Interés Superior” que los ampara, al igual que el “Derecho a la Libertad” de formar y expresar sus propias ideas y opiniones, de manifestarla tanto en ámbitos privados como públicos, e inclusive revistiendo el carácter de usuarios de servicios

públicos, como son el caso de procesos judiciales y administrativos (Artículo 19).

A lo largo del articulado se receipta esta tendencia en diferentes materias. Tales son, a modo meramente enunciativo:

- En materia de discernimiento de tutela, tanto en la audiencia a celebrarse con el menor de edad como en cualquier otra decisión que deba tomarse y que resulte de su interés, el Juez está obligado a oírlo, a hacerlo partícipe en la decisión final en base a las manifestaciones que efectúe el menor, las cuales son íntegramente vinculantes para resolver la cuestión y decidir en torno a lo que resulte ser el interés superior del menor en ese caso concreto (Artículo 113).
- En cuestiones atinentes a otorgar dispensa judicial para la celebración del matrimonio donde uno o ambos contrayentes sean menores de edad, al momento de entrevistar en forma personal a la pareja acompañada por sus representantes legales, el Juez deberá evaluar la edad, el grado de madurez y el grado de entendimiento de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial (Artículo 404). De igual manera, a los fines de solicitar la nulidad del matrimonio en razón de la minoridad de quien solicita esta sanción, el Juez debe oír al menor, considerar su voluntad y evaluar su aptitud psicosocial a los efectos de decidir de manera íntegra la posibilidad de hacer lugar a dicha petición (Artículo 425 inciso a).
- En torno al otorgamiento de la guarda con fines de adopción, como así también en el caso del juicio adopción, es un principio esencial y básico el hecho de oír al menor, que sus declaraciones resulten vinculantes para el Juez de acuerdo a su edad y grado de madurez e inclusive, en este último caso resulta “obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años” (Artículo 613, artículo 595 inciso f), artículo 617 inciso b) y d), y como regla general artículo 626 inciso d). Lo mismo ocurre en el caso de los hijos de los adoptantes, quienes en caso de ser menores deben ser escuchados por el Juez y su opinión resulta directamente vinculante para la toma de su decisión, de acuerdo a su grado de madurez y edad (Artículo 598).

- En cuanto a los progenitores y la responsabilidad parental, es el mencionado artículo 639, esta vez en su inciso c) el que regula la extensión de la misma al rezar: “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (...) inciso c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.
- Lo mismo ocurre en los casos de participación del menor en juicio, donde el artículo 707 dispone su derecho a ser oído: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en proceso”.

4. Aptitud para decidir por sí respecto de tratamientos médicos.

La norma antes citada contiene esta regla al respecto:

“Artículo 26:.. (...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Este es el apartado que mayor debate genera, puesto que el espectro de posibilidades que se encuentran contempladas en esta disposición es innumerable, tanto en cuanto a los supuestos existentes como a los supuestos hipotéticos que puedan incorporarse con el

avance extremadamente vertiginoso de la ciencia y la tecnología. Esta cuestión, lógicamente, “obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados ‘conceptos jurídicos indeterminados’, como tratamientos ‘invasivos’ y ‘no invasivos’ o que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’”⁸.

Otra cuestión a debatir surge en cuanto a la idea de “interés superior del menor” propia de la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, para lo cual, deberá estarse a las circunstancias de cada caso concreto para definir si por ejemplo, un testeo de VIH Sida, la colocación de un yeso o la amputación de un dedo, resultan tratamientos “invasivos” o “no invasivos”⁹. En torno a esta categorización, dependerá la participación y el asentimiento de los progenitores, asentimiento que en modo alguno reemplazará la voluntad del menor, sino que muy por el contrario, constituye una herramienta accesoria que acompaña y complementa el consentimiento principal prestado por el menor. Conforme lo antedicho, el artículo establece que en caso de conflicto entre la voluntad del menor y los progenitores, deberá resolverse teniendo en cuenta el interés superior del menor en el caso concreto, junto con la opinión del médico interviniente en cuanto a la gravedad de las consecuencias a determinarse; todo ello, no obstante lo dispuesto oportunamente en el artículo 59 del Código Civil y Comercial, el cual determina que la suscripción del consentimiento informado es indelegable salvo casos de extrema urgencia o en caso de que el paciente se encuentre totalmente imposibilitado para brindarlo por sí mismo.

⁸ AA.VV. “El principio de la autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. 19/08/2015. www.nuevocodigocivil.com

⁹ Sin perjuicio de esta posición personal, a modo de reseña, el texto “*El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*”, que fue objeto de estudio para este trabajo, pone en consideración de modo meramente enunciativo algunas intervenciones sobre el cuerpo y estudios médicos, clasificándolas entre “tratamientos invasivos” y “tratamientos no invasivos”.

5. Aptitud para modificar, adicionar o conservar su apellido – derecho a la identidad.

En otra rama de derechos, este nuevo Código Civil y Comercial dispone también que cuando el menor goce de edad y madurez mental suficiente pueden ejercer sus derechos en cuestiones referidas a la toma de decisión sobre el apellido que llevará en su partida de nacimiento, la posibilidad de adicionar su segundo apellido, y sobre el caso especial del niño que sin poseer apellido solicite se inscripto con el apellido que utiliza de manera habitual (artículos 64 y 66). Lo mismo podrá solicitar se mantenga su apellido de origen, en el caso de adopción simple, adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante (artículo 627 inciso d).

De igual manera ocurre en el caso de menores adoptados, quienes tienen derecho a conocer sus orígenes, a acceder al expediente judicial y administrativo del trámite, al igual que a la información asentada en todo registro e incluso la facultad legal que posee el menor adolescente de iniciar acciones tendientes a conocer su origen, con asistencia letrada (artículos 594 inciso f) y 596).

Estas cuestiones refieren claramente al derecho inalienable e indisponible del menor como sujeto de derecho, y principalmente como ser humano, de conocer sus raíces, su identidad, su origen, tanto para poder integrar y completar un aspecto tan importante de su vida, como para resguardar su dignidad, su concepción y su reconocimiento de sí mismo.

6. Menor Adolescente y Responsabilidad Parental.

La responsabilidad parental es definida por el artículo 638 del Código Civil y Comercial, como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Al respecto, dice Elena Highton que

“De acuerdo al Código Civil y Comercial y bajo las nuevas concepciones de la familia y de las personas humanas, la patria

potestad se ha transformado en responsabilidad parental, porque se acabó la familia patriarcal y ya no hay un poder sobre el hijo ni absoluta dependencia de éste respecto de los progenitores, sino justamente una suma de responsabilidades de los progenitores con la finalidad de satisfacer el interés superior de los hijos. Ello no significa dar por tierra con todo lo anterior ni abolir la autoridad natural del progenitor pues entre los deberes de los hijos está el de cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior y prestar colaboración propia de su edad y desarrollo (art. 671). Pero el cambio en el lenguaje tiene valor simbólico y pedagógico e incide en actitudes con que las personas enfrentan cada situación”.¹⁰

Con esto lo que se quiere manifestar es que el menor adquiere una participación mayor en asuntos relativos a su persona, resguardando la noción de su “interés superior” como norte fundamental de este nuevo Código.

Lo mismo ocurre en el caso del progenitor adolescente, el cual en el antiguo Código Civil se encontraba imposibilitado de ejercer la patria potestad, siendo reemplazado por su progenitor, quien ocupaba el lugar de tutor del niño. Así, el artículo 264 bis manifestaba que

“(…) cuando los padres sean incapaces (…) los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad.”

Como puede observarse, la prohibición aquí receptada resultaba infranqueable frente al derecho del menor adolescente de ejercer la patria potestad sobre su hijo, dado que ni siquiera ante la posibilidad de acreditar emancipación por matrimonio se encontraba habilitado para ejercerla, puesto que ésta no se encontraba receptada entre los derechos a ejercer dentro de su incapacidad relativa.

¹⁰ HIGHTON, Elena I. “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”. Revista La Ley. 13/04/2015. Disponible en www.nuevocodigocivil.com

El nuevo Código Civil y Comercial modifica esta situación, otorgando capacidad plena para el ejercicio de la responsabilidad parental, sea que el menor se encuentre casado o no y sólo se requerirá el asentimiento de uno de los progenitores del padre adolescente cuando se trate de actos de suma trascendencia para la vida del hijo menor (artículo 644), al igual que también se habilita la participación de los progenitores del adolescente cuando éste omita ejecutar acciones necesarias para la preservación y cuidado del hijo menor, o para los casos de conflicto entre los intereses del adolescente y sus progenitores, sobre decisiones concernientes a actos que resulten, perjudiciales para el niño.

En cuanto a la capacidad del menor para reconocer hijos, esta no halla modificación alguna, siendo el actual artículo 680 idéntico al anterior artículo 286, reconociéndole plena capacidad al menor para reconocer hijos, sin requerir previa autorización de sus padres.

7. Capacidad para administrar sus bienes – derogación del usufructo paterno.

En las cuestiones relativas a la administración de los bienes del menor, por parte de sus progenitores, éstos deber informarle sobre cada contrato celebrado con terceros cuando éste cuente con edad y madurez suficiente, y para el caso de disposición de sus bienes, es requisito esencial la autorización judicial, bajo pena de nulidad (artículos 690 y 692).

Como puede observarse, se deja de lado la antigua concepción del artículo 287 del Código Civil de Vélez Sarsfield que otorgaba a los progenitores la potestad de obtener el usufructo de los bienes de sus hijos, pasando a tener la obligación ahora, de conservar y administrar los mismos (Artículo 685), sin poder ingresar los frutos de los mismos al patrimonio de los progenitores. Continúan, conforme el articulado anterior, excluidos de esta afectación los frutos producidos y adquiridos por el ejercicio del menor de su profesión o industria, aquellos bienes que resulten heredados por motivo de indignidad de sus padres y aquellos heredados, legados o donados al menor “cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores” (Artículo 686).

Excepcionalmente, los progenitores podrán realizar los bienes de sus hijos o hacer uso de los frutos de los mismos, previa autorización judicial y cuando existan motivos fundados (Artículo 697), y el producto de dicha realización deberá ser destinado al beneficio de los hijos y siempre que no exista otra manera de suplir dicha situación, puesto sabido es, que la “manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad” son obligaciones propias de la responsabilidad parental, que deben ser satisfechas por ellos. El artículo 698 determina como situaciones excepcionales la imputación de las rentas de sus hijos para solventar los siguientes gastos: “a) de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esa responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica; b) de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo; c) de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.”

8. Capacidad para celebrar contratos de escasa cuantía.

Para estos casos el artículo 684 dispone: “Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de sus progenitores”. Esta regla es aplicable a determinados contratos privados no firmados, como es el caso de la utilización del servicio de transporte urbano mediante el pago del boleto o la compra de un ticket para cine, o las compraventas de bienes y servicios de poca trascendencia comercial, entre otros ejemplos cotidianos. Estas situaciones ya se encontraban admitidas a través de la interpretación judicial, pero es este nuevo Código el que la plasma expresamente.

9. Capacidad para contraer matrimonio – capacidad para testar.

En lo que refiere a capacidad para contraer matrimonio, el artículo 403 inciso f), al igual que el anterior artículo 166 inciso 5), dispone que uno de los impedimentos dirimientes, y por consiguiente pasible de subsanación por confirmación del legitimado, es el hecho de tener menos de dieciocho años. Además, conforme lo preveía el artículo 167 y hoy el artículo 404, los menores de edad podrán contraer

igualmente matrimonio mediante dispensa judicial. El actual artículo distingue entre los menores de dieciséis años, quienes deberán solicitar esta dispensa judicial de manera obligatoria, y los mayores de dicha edad, quienes podrán contraer matrimonio con la sola autorización de ambos padres (Artículo 645 actual Código Civil y Comercial), y sólo cuando no pudieron conseguir aquella, mediante dispensa judicial.

Por su parte, lo referente a la capacidad para testar se rige por el artículo 2464 el cual dispone que únicamente podrán testar las personas mayores de edad al momento de otorgar el acto, lo mismo que disponía el anterior artículo 3614: “no pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo”.

10. Emancipación.

La regla general sobre esta cuestión se encuentra receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 27, en la cual se establece que “la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad”. El artículo continúa determinando que el emancipado gozará de plena capacidad salvo las excepciones determinadas en el resto de los articulados, que la misma resulta irrevocable salvo para el caso de cónyuge de mala fe cuyo matrimonio de declara nulo, para quien cesa la plena capacidad en el momento en que la sentencia adquiere el carácter de cosa juzgada y que aquellos derechos de los cuales el cónyuge emancipado resulte titular, no podrá ejercerlos válidamente si existiere cláusula de no percibirlo hasta tanto llegue a su mayoría de edad.

Los antecedentes de este instituto en el anterior Código Civil se radicaban en los artículos 131 a 137, en los cuales se manifestaba la imposibilidad de disponer y administrar los bienes adquiridos a título gratuito en caso de celebración de matrimonio sin autorización (Artículo 131), la cuestión de la irrevocabilidad de la emancipación y sus consecuencias, salvo contrayente de mala fe y la inexigibilidad de la deuda con cláusula de no poder percibir hasta alcanzar el emancipado la mayoría de edad (Artículo 132/3 y artículo 137), la enumeración de los actos prohibidos (Artículo 134) y aquellos actos permitidos con autorización judicial (Artículo 135).

Los efectos del instituto de la emancipación, pueden encontrarse en diferentes supuestos:

- En lo referido a la representación y asistencia, a contrario sensu de lo determinado en el artículo 101 inciso b), los emancipados no requieren de representantes.
- Respecto de las causas de terminación de la tutela, el Artículo 135 recepta en su inciso a) la “muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela”.
- Las personas emancipadas no son sujetos pasibles de ser adoptadas, en una interpretación en contrario del Artículo 597.
- La responsabilidad parental, según el Artículo 638, es aplicable “sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Consecuentemente, el Artículo 699 determina que se extingue la titularidad de la responsabilidad parental por: (...) “d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644; (...)”.

El artículo siguiente detalla los actos que resultan prohibidos para el menor emancipado y que no pueden ser dispensables por autorización judicial, al igual que lo detallaba el antiguo artículo 134. Estos refieren a la imposibilidad del menor bajo tutela de prestar conformidad en cuanto a la gestión desarrollada por su tutor y sobre el saldo que resulte. Es al tutor a quien le asiste el derecho a solicitar la aprobación de las cuentas de su gestión ante el Juez, con intervención del Ministerio Público, conforme lo ordena el artículo 131 in fine. Además, se encuentra imposibilitado de donar aquellos bienes que hayan sido adquiridos a título gratuito por el menor emancipado, conforme lo dispone el inciso b), haciendo la doctrina extensiva esta prohibición a la cesión gratuita de derechos prevista en el artículo 1614, y finalmente, el menor emancipado no podrá otorgar fianzas – salvo que medie autorización judicial (Artículo 29)-, sin hacer la norma distinción alguna entre el carácter gratuito u oneroso del título a través de los cuales fueron adquiridos los bienes a afectar.

La infracción a este artículo conlleva la sanción de la Nulidad Relativa, conforme lo prevé el artículo 393, y por consiguiente puede ser subsanada mediante la confirmación del acto por parte el menor emancipado ya sea de manera expresa o tácita, una vez adquirida la mayoría de edad.

No obstante, existen actos que si bien no están prohibidos, solo están permitidos siempre que cuente con la previa autorización

judicial. Estos son los previstos en el artículo 29, el cual tiene su correlato en el anterior artículo 135 primera parte y el artículo 136 primera parte, según los cuales, “los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial” (...) la cual, a su vez, “no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente”.

De la misma manera que el artículo anterior, la sanción aplicable al incumplimiento de este precepto será la Nulidad Relativa.

De la interpretación conjunta de los artículos anteriores, puede entenderse que aquellos bienes adquiridos durante la minoridad o una vez emancipado siempre que sea a título gratuito, conformarán un patrimonio separado o especial, fuera del alcance de los acreedores del menor.

11. Menor de edad con título profesional habilitante.

El actual artículo 30 no ha efectuado ninguna modificación conceptual a su correlato en el anterior artículo 128 del Código de Vélez Sarsfield, el cual rezaba en su segundo párrafo: “El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello.”

A su vez, este mismo artículo debía ser interpretado en consonancia con las limitaciones establecida en el artículo 275, con los alcances dispuestos en el artículo 283, y con las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por la Ley de Prohibición de Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente –Ley 26.390-, la cual disminuyó la edad a partir de la cual el menor de edad podía desempeñar tareas remuneradas a dieciséis años, siempre y cuando contara con autorización de sus progenitores (v.gr. Artículo 32 y 189 Ley 20.744, Artículo 107 y 108 Ley 22.248, Artículos 2 y 3 del Decreto 326/56), el desempeño de tareas por los menores de edad a partir de los catorce años, de manera excepcional y siempre que se tratara de

empresa familiar y con jornada reducida (Artículos 189 bis y 190 Ley 20.744, Artículo 107 segundo párrafo Ley 22.248).

En cuanto a las cuestiones referidas a la calidad del título, la doctrina ha admitido que debe ser emitido por autoridad competente con reconocimiento oficial por el Ministerio de Educación, sin importar que revista carácter de pública o privada, resultando asimismo irrelevante el nivel del mismo ni el contenido predominante, el cual puede ser práctico o teórico.

Su interpretación debe ser armónica con los artículos 681 a 683 los cuales disponen conforme las leyes especiales mencionadas, la prohibición del menor de dieciséis años de ejercer oficio, profesión o industria alguna, la presunción de autorización de su progenitores para el caso de que se inicie en el desempeño de estas tareas a partir de los dieciséis, e incorpora una prohibición a los progenitores, por cuanto éstos "...no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales" (Artículo 982).

12. Aptitud para ser parte en juicio.

La regla general en esta materia se encuentra receptada en el artículo 707 de este nuevo Código, el cual establece el derecho de todos los incapaces de ejercicio –con exclusión de los incapaces absolutos- a ser partes en juicio, tanto en calidad de actores como de demandados, su derecho a ser oídos, a que se tengan en cuenta sus manifestaciones y a que se resuelva conforme a ellas.

En el Capítulo 8, Título VII, Libro Segundo, referido a las Relaciones de Familia, los artículos 677 a 680 disponen que el hijo adolescente puede participar, siempre que cuente con suficiente autonomía, en forma conjunta con sus progenitores o con asistencia letrada, en todo juicio que involucren sus bienes y particularmente no será necesaria autorización alguna cuando se trate de acusación criminal o reconocimiento de hijos (artículo 661 inciso b) en concordancia con el anterior artículo 286).

En caso de conflicto con sus progenitores, el menor igualmente podrá intervenir con asistencia letrada, previa audiencia entre el o los progenitores y el Ministerio Público.

En caso de que el proceso judicial se desarrolle contra sus progenitores, no requerirá autorización judicial si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, lo cual implica un avance en el paradigma respecto del anterior artículo 285, en el cual era requisito esencial dicha autorización, aún cuando el menor tuviera una industria separada o fueran comerciantes.

13. Conclusiones.

A modo de cierre de este trabajo, no cabe más que reconocer y asumir que con la incorporación formal del paradigma de la Capacidad Progresiva del menor de edad se produce un avance sumamente importante para nuestro ordenamiento jurídico, mas allá de encontrarse ya receptada a través de jurisprudencia y doctrina.

El estado actual de mundo, el acceso masivo a fuentes diversas de información, la ampliación de la idea de la familia, con la idea de familias integradas y familias disgregadas, la continua participación en la vida política y social de los jóvenes, son cuestiones que impiden considerar y dirigirse a los menores de edad de igual manera que antaño.

Es necesario comprender que los menores de edad, si bien incapaces de ejercicio, son sujetos con un discernimiento incipiente, en constante progreso y con una visión del mundo y la vida cada vez más íntegra, más abstracta y más madura.

Es por ello, que para lograr generaciones con mayores herramientas para reconocerse como seres autónomos y autosuficientes tanto ante sí como frente al otro, es necesario aplicar esta idea de capacidad progresiva en el trato directo y cotidiano.

Puesto que los menores de edad, al igual que los mayores, son fines en sí mismos y nunca meros medios, se debe dejar de lado su cosificación, subestimación y el completo reemplazo de su voluntad para, por sobre todas las cosas, preservar su dignidad.

14. Citas jurisprudenciales de interés.

- “Oficiéase al ANSES a fin de que se disponga, en virtud de los fundamentos mencionado, el cambio de titularidad de la asignación universal por hijo que ostenta actualmente el Sr. E. R. D., DNI N° XX a favor de su hija, la adolescente E. V. E. I., DNI N° XX quien se encuentra facultada para realizar por sí todos los actos administrativos relativos al mismo con la asistencia, en caso de ser necesario, de la Sra. I. S. A., DNI N° XX atento a las nuevas disposiciones que rigen en materia de capacidad de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial de la Nación” – Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/nuevo-codigo-civil-y-comercial-autorizan-a-una-menor-a-percibir-la-asignacion-universal-por-hijo/>
- “Concluye aseverando que su hija tiene “justos motivos” para exigir el cambio de apellido, atento la carga sentimental que le produce diariamente llevar una identificación personal que no se condice con su historia personal, dado que la misma nunca tuvo contacto con su progenitor y menos aún lo identifica como tal. Por el contrario, su interés es identificarse con el apellido de su progenitora y de sus abuelos maternos, quienes fueron su familia durante toda su vida”. – Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/fallo-ordena-el-cambio-de-apellido-paterno-por-el-materno-resaltando-la-aplicacion-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>
- “Que a la luz de lo señalado y a fin de evitar que puedan suscitarse ulteriores inconvenientes que dilaten el conflicto más allá de lo razonable y que repercutan en desmedro de los derechos del menor, en particular de su derecho a la identidad, corresponde a la Corte Suprema, en su carácter de órgano supremo y en ejercicio de las facultades que le otorga el arto 16 de la ley 48, disponer que el recurrente proceda a rectificar la actual inscripción del niño en el sentido pretendido por los actores, pedido que encuentra respaldo en el arto 64 del citado Código Civil y Comercial de la Nación.” – Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/la-corte-dispuso-la-inscripcion-del-nombre-de-un-menor-con-el-apellido-materno-seguido-del-paterno/>
- “... cabe aclarar que la menor ha suscripto un acta solicitando la asistencia de una abogada del niño; si en una causa debía nombrarse un abogado del niño era en esta, al ser un caso “de Manual”. Respecto de esta figura se ha dicho en un fallo marplatense que “el

abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos” (Cám. Apels. Civ. Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 19/4/2012, publicado en Microjuris, cita: MJ-JU-M-71818-AR)” – Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/nuevo-codigo-civil-y-comercial-revocan-fallo-que-ordenaba-a-una-menor-a-mantener-contacto-con-su-madre/>

- “Bien se ha dicho que “para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón” (cfr. Pérez Manrique, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en “Justicia y Derechos del Niño” N 9, UNICEF, p. 252)” – Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/nuevo-codigo-civil-y-comercial-revocan-fallo-que-ordenaba-a-una-menor-a-mantener-contacto-con-su-madre/>
- “Luego de la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención Internacional de los derechos del niño de jerarquía superior a las leyes, por imperio directo del artículo 75 inc. 22 de la aludida Carta Magna, el principio general orientador de todas las decisiones judiciales es el interés superior o mejor interés del niño, siendo el mismo de aplicación obligatoria para todo operador del derecho. Se pretende asegurar así al niño o adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, como también dentro de lo posible y razonable el derecho a ser oído, toda vez que su opinión deberá ser tenida en cuenta. Tales preceptos son reafirmados y ampliados por la ley 26.061. Obviamente, el Juez debe decidir los conflictos de esta naturaleza dada la edad de los menores, dentro de estas concretas pautas señaladas precedentemente. Es decir que a los fines de adoptar la mejor solución posible que los involucre, resulta

imperativo para el tribunal tomar todas las medidas que considere necesarias como las que ha dispuesto y dicha decisión no resulta definitiva, sólo requiere determinadas pruebas para mejor resolver en el marco de la manda legal que es de orden público". (Expte. 16126/10: "M. L. V. Z. c/C. A. R. s/Restitución de Hijos (-I CIRC. - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERIA - La Pampa.) - Fuente: <http://www.cforense.org.ar/>

- "El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, impone que se garantice al menor el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, así como también que dicha opinión sea tenida debidamente en cuenta. Es importante que al ser oído, el menor no se encuentre sometido a la influencia de sus padres. La ley 26.061 también establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés", y "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (art. 24). El art. 27 de la misma normativa dispone, en el inc. b, que la opinión del menor "sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte". En cada caso concreto deberá evaluarse si el menor está en condiciones de formarse un juicio propio del asunto que se trata, aunque naturalmente, la voluntad de los menores será tanto más importante cuanto mayor edad tengan (conf. Borda, Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, p. 524, N° 595) y es evidente la dificultad que existe en querer obligar al hijo de cierta edad a que viva con uno de los padres, cuando quiere vivir con el otro (Mazzinghi, Jorge, Tratado de Derecho de Familia, citado por Sambrizzi, Tratado de Derecho de Familia, tomo V, p. 40)" (Expte.: 940/12 - R. C/Er S/ TENENCIA - II CIRC. CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERIA - La Pampa). - Fuente: <http://www.cforense.org.ar/>
- "(...) Más allá de su acepción jurídica general y ya colocados desde la perspectiva plasmada en la aludida Convención de rango constitucional, puede decirse que el interés superior del niño (art. 3) en su doble aspecto material y moral, se convierte en un "standard jurídico" o principio de caracteres flexibles y cambiantes que responde a los distintos momentos históricos y contingencias particulares, como límite autonómico de la voluntad decisoria. Además, el calificativo resaltado precedentemente, pone en evidencia de qué manera deben coordinarse los posibles intereses encontrados,

proyectando los alcances de tal supremacía, también a cuestiones procesales en las que se encuentre comprometido ese interés (Convención sobre los Derechos del Niño, de Inés M. Weinberg, págs. 113 y ssg.). (Expte.: 16577/11 - ESTADO PROVINCIAL s/Recurso de Apelación (En Autos: F., A.B. c/Provincia de La Pampas/Daños y Perjuicios Medida Cautelar 75982) – I CIRC. - CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERIA - La Pampa). – Fuente: <http://www.cforense.org.ar/>

- “La noción "interés superior del niño" representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo (Grosman, Cecilia P., Significado de la Convención sobre Derechos del Niño en las relaciones de familia, en LL, 1993-B-1089, N° VIII-2, citada en Méndez Costa - Ferrer - D’Antonio, “Derecho de Familia”, Tomo III-A, pág 411). Los jueces deben apreciar y determinar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias singulares del caso (Ibarlucía, El interés superior del niño en la Corte Suprema, en LL 2007-E. 452). Este principio conforma una pauta de decisión ante un conflicto de intereses (Grosman, Cecilia, obra citada). La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor (SCJBA, 5-12-07), sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos (CNCiv, Sala F, 25.6.96, citado en Méndez Costa, ob. cit).
- De lo expuesto puede concluirse que debe primar el interés del hijo sobre los motivos invocados por los padres, lo cual, en tanto es sujeto de derechos, implica la necesidad de oír sus preferencias y tener en cuenta su opinión.”(Expte.: 4940/12 - R. C/Er S/ Tenencia - II Circ. - Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial, Laboral Y De Minería – La Pampa.) – Fuente: <http://www.cforense.org.ar/>



LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

En punto al concepto de pareja previsto en el art. 80 inc. 1º del Código Penal y su conceptualización como elementos normativos del tipo de homicidio calificado y de las lesiones calificadas del art 92 del Código Penal.

Maria Eugenia Schijvarger

1. Introducción

El presente tiene por finalidad reflexionar acerca de la influencia que pueden tener las reformas traídas por el nuevo Código Civil y Comercial en la interpretación de las normas penales.

Tomaremos como disparador de la cuestión un fallo dictado el 18 de junio de 2015 por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (Sala 2) en el caso “Escobar Daniela s/ recurso de casación. Sólo nos enfocaremos en los planteos de las partes y en la sección del fallo que analizó si correspondía aplicar el tipo penal del homicidio simple o el tipo penal del homicidio agravado por la relación de pareja y cómo lo relacionó con la nueva legislación civil. NO adentraremos en otras cuestiones que también se ventilaron en la litigación del caso relacionadas con aspectos sin vinculación con la legislación civil (tales como la legítima defensa, ni con la valoración de pruebas ajenas a esta cuestión) en razón de que escapa al enfoque y al objeto de estudio del curso cual fue las reformas introducidas con la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial .

Asimismo, se reflexionará acerca de la interdependencia normativa existente entre el derecho penal y el derecho civil, no sólo respecto a cómo el concepto de pareja derivado de las uniones convivenciales repercutió en este caso en particular sino en otros tipos que también relacionan como agravante a la relación de pareja y que suelen ser de aplicación frecuente.

2. Hechos del caso y planteos de las partes

Se consideró acreditado que la acusada Daniela Escobar dio muerte a la víctima, Miguel Dellacasa y que ambos habían mantenido una relación por espacio de 9 meses.

Durante el juicio los testigos describieron el vínculo entre la acusada y la víctima como una relación de pareja y a partir de esas declaraciones el tribunal de juicio dio por probado que existía entre la acusada y la víctima tal relación, y consecuentemente, subsumió la conducta dentro de la agravante prevista por el art 80 inc 1 del CP

La defensa recurre en casación sosteniendo (en lo que interesa para el objetivo de este trabajo) la errónea aplicación de la ley sustantiva en torno a la aplicación del concepto de pareja y la inconstitucionalidad de esa agravante por infracción al principio de legalidad

3. Decisión del Tribunal respecto de la forma en que debe interpretarse el término “relación de pareja”.

El tribunal de casación consideró un error calificar jurídicamente la relación como de pareja solamente extrayendo esa conclusión a partir de que los testigos se hayan referido o hayan descrito ese vínculo utilizando el término pareja. Por el contrario, entendió que el Tribunal de juicio debió haber tomado descriptivamente las características de la relación que los unía, para luego analizar si normativa o jurídicamente podía aplicarse a esa relación la calificación de pareja, como elemento normativo del tipo.

Destaca el tribunal de casación que en aras del principio *nullum crimen sine lege*, resulta imprescindible dar certeza acerca de qué se entiende por “pareja” en términos conceptuales, a fin de evitar que la gama de posibilidades que ofrecen los vínculos interpersonales sea replicada en la consecuente y posible variación de su valoración por parte de los magistrados quienes al juzgar podrían interpretar esa situación en función de sus propia subjetividad, que culturalmente admite una gama amplia de circunstancias. La importancia de esto es alta máxime considerando que de aplicarse la agravante, corresponde

pena de prisión perpetua, mientras que si ésta no corresponde, el tipo básico de homicidio prevé una pena de prisión de 8 a 25 años.

Entiende el tribunal que además de una relación afectiva se requieren otros aspectos tales como la convivencia o el proyecto de vida en común de la pareja y cierta permanencia en el tiempo. Anota el tribunal que el aspecto de la convivencia resulta irrelevante para la aplicación de la agravante porque la propia norma penal dice “mediare o no convivencia.”¹

En punto a las reflexiones que han llevado a la reforma legislativa incluyendo el vocablo pareja (que hace indistinto e irrelevante el sexo de los integrantes) hacen referencia a los nuevos modelos de familia que difieren de la tradicional y que se han transformado mereciendo éstas nuevas modalidades y nuevas instancias de respeto entre quienes tienen o tuvieron una vida en común.

Analiza que debe recurrirse al concepto normativo que de pareja que brinda la ley Civil. Funda ello en que de la misma manera que en la anterior redacción de la agravante (que originalmente solo abarcaba a los cónyuges) se recurría a la definición de matrimonio que trae la ley civil, en esta oportunidad debe recurrirse al concepto de pareja en el mismo cuerpo normativo.

Así el tribunal toma la definición del Código Civil y Comercial promulgado (ello en razón de que la sentencia que se comenta es anterior al 1 de agosto de 2015) como la “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular , publica, notoria , estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común sean del mismo o de diferente sexo”

Señala asimismo la contradicción con la reforma del Código Penal que a diferencia de la legislación civil que requiere convivencia, para la primera resulta irrelevante.

Sobre esto, compone la interpretación considerando que

¹Art 80 CP Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.(inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791B.O. 14/12/2012)

“(…) para establecer qué se entiende por una pareja debemos recurrir al Derecho Civil, que es el ámbito normativo que nos ofrece la pauta de cuales son aquellas relaciones vinculares entre dos personas que generan derechos entre las partes. Una vez que alcanzaron esa entidad, si el vínculo no se mantiene y se está en vías de disolución, para el Derecho Penal la circunstancia de que convivan o no a los efectos de la aplicación de la agravante relación de pareja, es secundaria”.

Para este tribunal la relación de pareja no se aplica si ésta no quedó configurada con los requisitos que establece el Código Civil para generar obligaciones y derechos entre los que la integran.

En consecuencia, a tenor de lo que prevé el art 510 del CCyC que requiere se mantenga la convivencia por espacio de no inferior a 2 años, el tribunal toma dicho plazo como requisito para que se configure el concepto de pareja que contiene la previsión legal de “relación de pareja” prevista como agravante.

Sobre la irrelevancia de la convivencia que prevé el Código Penal, a diferencia de la Ley Civil el fallo expresa

“Respecto a la ultima parte de la agravante del inc 1 del art 80 CP , la referida a mediere o no convivencia, como ya adelantamos no debe ser interpretada como la posibilidad de quitarle entidad al vínculo, es decir, que permita incluir tanto relaciones estables como ocasionales, en las que jamás ha habido convivencia, sino que debe entenderse en el sentido que la agravante podrá operar incluso en aquellos casos en que la pareja (pública, notoria, estable y permanente) al momento del homicidio haya ya cesado la convivencia, empero , previamente debió tenerla por el tiempo que le reclama la norma del derecho civil”.

En síntesis y a tenor de los argumentos jurídicos que se reseñaron el Tribunal entendió que no existió relación de pareja entre Escobar y Dellacasa y en consecuencia hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa. Consecuentemente no se aplicó la agravante quedando la imputada condenada por el delito de homicidio simple, y se ordenó remitir la causa al tribunal de radiación para que se realice audiencia oral de cesura a los fines de la cuantificación de la pena.

4. Otras posibilidades interpretativas.

Aún cuando no se me oculta que la relación entre el concepto de pareja prevista en el art 80 inc 1 del CP y la vinculación con la definición de unión convivencial del art 509 del CCC tuvo por efecto encuadrar la conducta juzgada en un tipo penal básico en vez de en la figura agravada, y de alguna manera el Tribunal buscó una interpretación más favorable para la imputada, creo que caben realizar algunas apreciaciones respecto de esta forma en que se asimiló “pareja” a “unión convivencial” como un aspecto normativo del tipo.

Sabemos que los aspectos normativos del tipo son aquellos que no se perciben por los sentidos sino que requieren de una valoración jurídica social o cultural. Esto implica que para subsumir una conducta en la norma se debe acudir a fuentes distintas del derecho penal, como regulaciones que tienen que ver con otras ramas jurídicas o valoraciones sociales o culturales. Para el caso de ciertos conceptos definidos legalmente se debe recurrir a alguna norma jurídica que lo defina. Así ocurre con la “cosa mueble” del art 162 del Código Penal; con el concepto de funcionario público en los delitos contra la administración pública; “instrumento público”, y en el caso que comentamos, con el término “pareja”.

Aquí cabe poner de relieve que el CCC al definir la unión convivencial en el art 509² no se ha ocupado de definir “pareja” como un concepto legal sino que ha receptado una forma de organización familiar que existe en los hechos y que es diferente a la familia tradicional matrimonial, con el objetivo de prever un régimen civil integral (que es diferente al del matrimonio) pero que reconoce efectos civiles y da seguridad y protección a personas que han decidido tener un proyecto de vida en común basado en la convivencia. Quienes encuadran en el mismo, tendrán la protección del Título III del CCC.

Asimismo, razonando en el sentido de la postura de la sentencia que se comenta, cabría asumir que la pareja a que hace referencia el Código Penal, por aplicación del art 509 y siguientes

² Artículo 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.....

además deberá cumplir con todos los recaudos que prevé el art 510³, y no solamente el de la convivencia, que está previsto en el inciso e) y, cabría también considerar que a los fines probatorios, de considerárselo un elemento normativo del tipo, en las UC inscriptas quedaría probada la relación de pareja⁴ mientras que en los casos de uniones no inscriptas, quedará a cargo de quien pretenda subsumir el caso en la agravante probar los extremos de los arts. 509 y 510.

¿Es razonable concluir que para la ley no cabe la existencia de otras parejas que no son las reguladas en una unión convivencial en los términos del 509 del CCC? O dicho en otros términos la regulación de los arts. 509 y 510 son un concepto normativo de pareja (que esté definido por la ley civil) al que alude el inc. 1 del art 80?

A fin de despejar este interrogante creo necesario destacar que antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial existían regulaciones que reconocían a los fines tuitivos determinados derechos derivados de la convivencia. Así, cabe poner de relieve las previsiones contenidas en materia previsional, el derecho a pensión previsto por el art. 53 de ley 24241⁵; la indemnización laboral por fallecimiento establecida en el art. 248 de la ley 20744⁶; la posibilidad de continuación de locación ante el fallecimiento del locatario (conf.

³ Artículo 510.- Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a. los dos integrantes sean mayores de edad; b. no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c. no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d. no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e. mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años

⁴ Artículo 512.- Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

⁵ Artículo 53.— En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda. b) El viudo. c) La conviviente. d) El conviviente...

⁶ Artículo 248: "En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del decreto ley 18037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento..."

art. 9, ley 23091⁷); la disposición de los órganos o materiales anatómicos del cuerpo humano ante el fallecimiento del concubino previstos en los arts. 1 y 21, inc. a, ley 24193; la protección contra la violencia familiar, considerando al concubino incluido dentro del concepto de grupo familiar (art. 2, ley 12569); el régimen de regularización dominial (art. 2, ley 24374⁸).

Estos derechos previstos en leyes especiales, exigen para el reconocimiento del derecho en algunos casos 2 años de convivencia; o trato familiar ostensible y en otros casos convivencia a secas, sin que se indique un mínimo de tiempo.

Estas leyes especiales no han quedado derogadas porque tienen aplicación para aquellas parejas que no llegan a reunir los requisitos de una unión convivencial, pero que pueden acreditar los extremos previstos en esas leyes especiales

Lo que el Código Civil y Comercial viene a ordenar es una reglamentación íntegra y sistemática de la convivencia de parejas, dando solución civil a muchos temas que no estaban previstos en estas leyes puntuales y que dejaban sin amparo numerosas otras situaciones de la vida diaria tales como la existencia o no de sociedad de hecho entre concubinos; la actitud a seguir respecto de los bienes adquiridos durante la convivencia al disolverse ésta; la comparación de este instituto con la sociedad conyugal; las cuestiones atinentes a la adopción; la posibilidad de reclamar alimentos o la reparación de daños y perjuicios; la posibilidad de la constitución de bien de familia, entre otras.

⁷ Artículo 9º – Continuadores del locatario. En caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar.

⁸ Artículo 2º-Podrán acogerse al régimen, procedimientos y beneficios de esta ley, en el orden siguiente:...a) Las personas físicas ocupantes originarios del inmueble de que se trate; b) El cónyuge superviviente y sucesores hereditarios del ocupante originario que hayan continuado con la ocupación del inmueble; c) Las personas, que sin ser sucesores, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un lapso no menor a dos años anteriores a la fecha establecida por el artículo 1º, y que hayan continuado con la ocupación del inmueble;

5. Reflexiones.

Compartimos con Buompadre con respeto a sus apreciaciones del inc 1 del art 80 del Código Penal que

“La norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica (piénsese en los problemas de interpretación que acarreará la expresión “relación de pareja”), circunstancias que lesionan el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica. Todo lo cual nos podría llevar a preguntarnos ¿cuál es el fundamento que justifica la mayor penalidad en los casos de muerte del ex cónyuge o de una persona con quien se ha tenido una relación de pareja, equiparándolos a la situación del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, situaciones en las que se mantiene la relación vincular y de vida en común entre el autor y la víctima (parentesco o vínculo matrimonial). Con arreglo al texto legal, el término “relación de pareja” –al no exigir “convivencia”– (mediare o no convivencia, dice la ley) debe ser entendido, mínimamente, como una relación meramente afectiva, que puede o no presuponer convivencia o vida en común.⁹”

En función del análisis de la legislación civil interpreto que no existe una definición legal de pareja, como sí se da en otros supuestos de elementos normativos donde existe una delimitación reglamentada de la expresión penal.

En el caso de la expresión pareja creo que ésta es una situación de hecho, y no una categoría legalmente definida. Dentro de esta situación de hecho que es estar en pareja la ley ha considerado que existen parejas que contraen matrimonio, otras que califican en el régimen jurídico de la unión convivencial, otras que conviven pero no califican como uniones convivenciales del art 509 y 510, y otras

⁹ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Los delitos de género en la Reforma Penal*, Disponible en la URL www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf

parejas en sentido más coloquial que tienen un vínculo afectivo y que no conviven.

Para cada una de estas formas en que las personas pueden elegir vivir, existen diferentes efectos jurídicos y en el caso de que dos personas decidan contraer matrimonio, allí sí encontraremos conceptos normativos de cónyuge o ex cónyuge, pero no lo encontraremos respecto de pareja, porque las distintas situaciones capturadas o bien por el CCC o bien por los regímenes especiales existentes con anterioridad no se refieren a pareja como una categoría legal sino como a una situación de hecho a la que aluden no con el término pareja sino en referencia a concubina/o, conviviente, y como ya vimos no siempre se exige por definición la convivencia por espacio de 2 años como lo hace el CCyC para la unión convivencial.

Por ello, considero que la ley civil no trae un concepto ni una definición legal que permita sostener que hay un sólo concepto normativo de pareja del tipo penal del art 80 inc 1.

Por último destaco en apoyo de esta interpretación que la expresión legal que efectúa el art 80 inc 1 del Código Penal al decir “mediare o no convivencia”, refuerza la irrelevancia de la cuestión de hecho relativa a la convivencia a los fines de la aplicación de la agravante. Por su parte, para la ley civil, el cese de la convivencia es una de las causales de disolución de la unión convivencial, por lo que pareciera contradictorio tomar el recaudo de 2 años de convivencia para interpretar que se está ante el concepto de pareja de un tipo penal que prescinde de tal recaudo (elemento convivencia) a los fines de la regulación penal.

Por ello si para el tipo penal es indiferente que haya o no convivencia el intérprete no debería recurrir a una exigencia de un plazo mínimo de duración de una convivencia no requerida por la ley.

Por lo expuesto creo que el tribunal realizó aunque *in bonam partem*, una interpretación forzada, en virtud de la cual en pos de darle seriedad al vínculo sentimental, incluyo en el mismo un requisito del cual la ley prescinde.

Por su parte al explicar las dificultades interpretativas que esta norma encierra Alejandro Tazza expresa que la propia ley penal excluye la convivencia como requisito de subsunción típica y se pregunta si se requiere que el entorno social reconozca a dos personas como novios / novias, o si deben mantener relaciones sexuales

monógamas o cuántas “citas” de novios deberían haber tenido para considerarlos una pareja que no convive, para concluir que deben descartarse las relaciones sentimentales ocasionales .

Asimismo cabe poner de relieve que no solamente la figura del homicidio está calificada por la relación de pareja mediere o no convivencia sino que también lo está el delito de lesiones previsto y penado por el artículo 92 del CP que establece

“Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89 de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años”.

Esto significa que esta cuestión interpretativa no sólo se dará en los casos de homicidio sino también en los casos de lesiones de las descriptas en los artículos 89 (leves), 90 (graves) y 91 (gravísimas) en la mujer víctima de la violencia si entre víctima y victimario se diera que mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia, se incrementará la pena en los términos del artículo 92 del código penal.

Asumiendo que este último grupo de casos se ve con mayor frecuencia que los de homicidio, no cabe descartar que se comience a plantear en la litigación de los casos esta cuestión de por sí controvertida, en punto a definir la calificación legal correcta las cuestiones que este fallo trae como puntapié para la reflexión y cuyo alcance terminará de ser zanjado por la interpretación que efectúen de ella los órganos jurisdiccionales.

■ ■ ■

LA FACULTAD DE DELEGAR EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

La propicia inclusión en el Código Civil y Comercial de una figura hasta hoy “silenciada”

Ivana Cajigal Cánepa

1. Introducción

La Ley N° 26.994, al sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante C.C.C.- representa un cambio de trascendencia en la forma de entender la persona y la familia.

Han pasado ya casi ciento cincuenta años desde la “época de las carretas”, en las que Vélez Sarsfield pensó un código basado en un concepto de familia fuertemente conservador, en el marco del cual se reguló un único modelo basado en el matrimonio, con marcada impronta de la Iglesia Católica.

El derecho privado en general, y el de “las familias” en particular exigía un cambio que fuese más allá de la mera modificación de alguno de sus institutos; la sociedad actual requería una transformación integral de la norma de fondo, que recepcionara nuevos principios o –si se prefiriere- otras “formas de vivir en familia” de clara vigencia sociológica, cubriendo las lagunas legislativas que persistían en el Código velezano (pese a sus reformas parciales) y que dieran respuesta a las demandas sociales. Reformas éstas que –en su mayoría- venían siendo reconocidas por la jurisprudencia de nuestros tribunales y por diversas leyes especiales, constituyendo también reclamos cada vez más extendidos de la doctrina. Nótese en este sentido que

“El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de “democratización de la familia”, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del “derecho de familia” al “derecho de las familias” en plural; esta opinión se sustenta – entre otras razones - en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que

se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta” (Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemelmajer de Carlucci, A., *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2012).

Al respecto, nos recuerda Del Mazo que a partir de la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención de los Derechos del Niño (Ley 23.849/90), -a la que se le dio rango constitucional- y más recientemente de la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (21/10/2005), la estructura jurídica centenaria del Código Civil había comenzado a resquebrajarse, e incluso, muchas de sus normas habían quedado tácitamente derogadas frente a disposiciones de mayor jerarquía normativa (la Convención) y mayor especialidad en la materia (ley 26.061).¹

El cambio de paradigma que propone el nuevo Código al que aludimos, denota con elocuencia una profunda transformación en el “sistema de fuentes” del que el legislador se ha hecho cargo y donde ya no es posible continuar entendiendo -como antaño- un derecho privado disociado del público, ni un derecho “interno” apartado del “internacional”.

Ya desde sus primeros dos artículos, el C.C.C. exige la interpretación de la ley conforme al denominado “diálogo de fuentes”, basado en una pluralidad que lógicamente incluirá la ley pero que se extiende al conjunto del ordenamiento jurídico, en el que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cobran especial significación. En este sentido, siguiendo a Lorenzetti (2015: 29) debemos recordar que “en el Derecho Argentino, cuando se dice “Constitución” se hace referencia al “bloque de constitucionalidad”, que está constituido también por los tratados de derechos humanos”

A su vez, el artículo 2º del C.C.C. refuerza esta idea al prescribir que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta -junto a sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas y los principios y valores

¹ DEL MAZO, Carlos Gabriel (2012), “Capacidad y autonomía de la voluntad de niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529”, en Revista La Ley de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, julio 2012, p. 212.

jurídicos- “las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos”, considerándolos de fuerte contenido valorativo relevante para todo el sistema.

Ahora bien, cabe preguntarnos entonces ¿cómo se traducen en el nuevo C.C.C. los principios fundamentales de estos tratados? Reconociendo que una respuesta acabada a este interrogante excede los límites del presente trabajo, no podemos dejar de mencionar que entre los más estrechamente vinculados a la “responsabilidad parental” hallamos que el eje de protección jurídica del sistema dejó de ser la familia para trasladarse a la persona; el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia, la democratización de las relaciones familiares, la primacía (aunque limitada en busca de un justo equilibrio por razones de orden público) de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares; la responsabilidad familiar; el reconocimiento de los niños/niñas y adolescentes en tanto sujetos de derecho dotados de autonomía progresiva conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, donde a mayor autonomía disminuya la representación de los progenitores; el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, consecuencia directa de entender que toda cuestión en la que se encuentren involucrados sus derechos –ya sea judicial o extrajudicial- deberá resolverse conforme su interés superior².

2. De la patria potestad a la responsabilidad parental

El C.C.C. propone en el Libro Segundo “Relaciones de Familia”, Título VII “Responsabilidad Parental”, artículos 638 a 704 inclusive, una regulación superadora de la antigua patria potestad velezana³.

Sobre la base del reconocimiento de que el lenguaje no es neutro, se propone un cambio terminológico. Y los autores del Anteproyecto así lo expusieron: “El lenguaje tiene un fuerte valor

² Principios reconocidos expresamente por el Art. 639 del C.C.C.

³ Recordemos en este punto que la ley N° 23.264 (sancionada el 23 de octubre de 1.985) produjo una reforma sustancial en relación con la patria potestad y su contenido, evidenciando que ella no sólo implicaba derechos de los padres sino también en deberes de ellos en relación a sus hijos

pedagógico y simbólico; (...) se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos...” (Lorenzetti, *et al*: 2012)

Desde esta perspectiva, el legislador consideró que si bien era necesaria una profunda transformación en el contenido de los institutos, ello debía ser acompañado por un cambio en su denominación en el entendimiento de que

“detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos”⁴.

Si bien la locución “patria potestad”, en el alcance con el que venía siendo entendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lejos estaba de asemejarse a la “potestad” del “*pater familia*” romano, se creyó oportuno modificar la denominación del instituto, pese a lo cual se alzaron algunas voces que lo consideraron, cuando menos, innecesario. Entre ellas, Medina (2014:2)

“pretender sustituirla por la mención “responsabilidad de los padres” resulta injustificado, por la falta de arraigo de la expresión en la sociedad para la cual se legisla, además que tal denominación puede reflejar la errónea idea de la responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios de los hijos menores la que evidencia una limitación excesiva”⁵

La locución responsabilidad parental reconoce como antecedentes en el derecho comparado la denominación adoptada inicialmente por la legislación del Reino Unido, el Reglamento del

⁴ GROSAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?“, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

⁵ MEDINA, Graciela, “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de las Familias y de las Personas*, p. 2. Cita: AR/DOC/3797/2014.

Consejo Europeo N° 2201/03 de fecha 27 de marzo de 2003 (“Nuevo Bruselas II”), el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2004⁶, y nacionales, la mencionada Ley N° 26.061⁷ y otras normas locales.

Pero la nueva impronta no se reduce a la modificación de la terminología empleada; sino que implica un nuevo paradigma en que la relación de padres e hijos se aparta de la idea de *poder* de los primeros sobre los segundos, en el marco de una relación verticalista en la que éstos se reducían a un mero objeto de protección jurídica, para pensarse un sistema en el que la responsabilidad parental constituya un instituto que reconozca a los niños/as y adolescentes como sujetos de derechos, favorezca y promueva su protección y formación integral, en una actitud colaborativa y de acompañamiento, tendiente a permitirles alcanzar “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”, en los términos del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

En este sentido, Marisa Herrera nos recuerda que la responsabilidad parental desde esta concepción integradora del ordenamiento jurídico “no solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas,

⁶ Que en su artículo 14 prescribe: “la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y de la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”

⁷ Ley N° 26.061, artículo 7: “RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”

esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización”⁸.

De esta forma, el C.C.C. representa la adecuación legislativa de los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, –fundamentalmente en su artículo 5º⁹- en el que se destaca en primer término las responsabilidades de los padres en relación a los hijos (y no ya el poder sobre ellos), disposición que se complementa con el artículo 27 apartados 1 y 2¹⁰ que prescribe la obligación en cabeza de los padres y del propio Estado de brindar al niño las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo tanto físico, como mental, espiritual, moral y social. Ello, de un mismo modo a como entre nosotros desde 2005 lo hacía la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que atribuye a la familia la responsabilidad prioritaria de asegurarles el ejercicio pleno de sus derechos y garantías¹¹.

Como nos recuerda Medina,

“tan importante es esta idea de desarrollo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a

⁸ HERRERA, Marisa, (2015): en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti Pablo (Coordinadores), “Código Civil y Comercio de la Nación Comentado”, Tomo II y III, 1º Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores

⁹ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”

¹⁰ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

¹¹ Ley N° 26.061 (sancionada el 28 de Septiembre de 2005), art. 7º: “RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (...).”

señalar que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo (Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”¹².

3. La responsabilidad parental en el C.C.C.

El artículo 640 del C.C.C. enumera en tres incisos las distintas figuras legales derivadas de la responsabilidad parental: “la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental”, “el cuidado personal del hijo por los progenitores” y –finalmente- “la guarda otorgada por el juez a un tercero”.

Referiremos especialmente a la primera de dichas figuras legales, ya que en ella se enclava la figura de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores, sobre la que el código velezano guardaba silencio.

Como puede observarse de la mera lectura del citado artículo, el C.C.C. distingue, por un lado la *titularidad* de la responsabilidad parental y por otro lado su *ejercicio*. La primera, refiere al conjunto deberes y derechos que la ley reconoce a ambos progenitores en su carácter de representantes legales; en tanto que el segundo, alude a la puesta en práctica de dichos deberes y derechos, a la posibilidad de actuar en cumplimiento de los mismos.

Al respecto, Graciela Medina ha dicho que

“la titularidad de la responsabilidad parental indica a la persona que es titular de los derechos y deberes sobre la persona y bienes de los hijos menores, mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad y no emancipados”¹³.

En lo relativo a la titularidad, como principio general recae sobre ambos progenitores, salvo que el menor tenga un único vínculo

¹² MEDINA, Graciela, op. cit.

¹³ MEDINA, Graciela, op. cit.

filial o que –reconociendo uno doble- haya acaecido el fallecimiento de uno de ellos o existieren razones de gravedad suficiente que hubieren provocado la privación de la misma.

En cambio, en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, el nuevo C.C.C. establece como criterio general que corresponde a ambos progenitores en forma conjunta, convivan o no, sin perjuicio de que la norma regule diversas situaciones especiales. La mentada circunstancia de la atribución conjunta del ejercicio de la responsabilidad parental en ambos supuestos representa sin dudas una de las principales innovaciones de la nueva norma en la materia, ya que implica una clara diferencia respecto del código velezano, en el que sólo se establecía el ejercicio compartido cuando los padres convivían.

Con la reforma del Código, y de conformidad a sus artículos 641 inc. a) y b), sea que los progenitores convivan o bien se haya producido el cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, los actos realizados por un progenitor se presumen efectuados con la conformidad del otro, salvo que se trate de supuestos que requieran la conformidad de los dos¹⁴ o bien que exista expresa oposición del otro. Para el segundo supuesto en que los progenitores no convivan se prevé expresamente que ya sea por voluntad de ellos o bien por decisión judicial, el ejercicio puede atribuirse a uno de ellos o establecerse distintas modalidades, siempre teniendo en consideración el interés del niño/a o adolescente (conf. art. 641 inc. b) in fine).

Luego, el citado artículo 641 regula otros casos tales como la muerte, o bien la existencia de sentencia que declara a uno de los progenitores presuntamente fallecido, o bien cuando uno de ellos haya sido privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, o bien en caso de existir un doble vínculo filial cuando uno de éstos haya sido establecido por declaración judicial; supuestos en los que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al otro (art. 641 incs. c y e). Finalmente, y con estricta lógica, se prevé que

¹⁴ Es decir, los contemplados en el art. 645 del C.C.C: autorizar a contraer matrimonio a los adolescentes (16 a 18 años, ya que antes se requieren necesariamente autorización judicial); ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; salir de la República o para cambio de residencia permanente en el extranjero; estar en juicio cuando puede actuar por sí; administrar los bienes de los hijos

dada la existencia de un único vínculo filial, el mentado ejercicio corresponderá a ese único progenitor (art. 641 inc. d).

4. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores.

La distinción antes expuesta entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se torna esencial –como señalábamos- a los fines de comprender la figura contenida en el artículo 643 del C.C.C., dado que ella supone la subsistencia de la primera y la delegación sólo del segundo, bajo las condiciones establecidas en la norma.

Mediante la figura en análisis el C.C.C. encuadra legalmente una situación fáctica habitual respecto de la cual hasta el momento la legislación nacional venía guardando silencio.

En el entendimiento de que el ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad) constituía su contenido y de que dicho ejercicio configuraba “una cuestión de orden público”, el Código Civil velezano no preveía la posibilidad de que los padres la delegaran –aún temporariamente y frente a situaciones extraordinarias- en ningún tercero. Sin perjuicio de que, tal como nos recuerdan Herrera, de la Torre y Fernández:

“podía realizarse una interpretación amplia –y poco conteste-entendiendo que “el régimen anterior en el art. 275 del CCiv. establecía la prohibición a los hijos menores de “dejar la casa de sus progenitores” sin autorización de ellos, con lo cual a contrario sentido podía interpretarse que los progenitores contaban con la facultad de transferir a un tercero el ejercicio del cuidado del hijo”¹⁵

Frente a este silencio legislativo, el nuevo C.C.C. pretende dar respuesta a diversos supuestos en que por determinadas circunstancias extraordinarias el/los progenitores que detentan la titularidad de la responsabilidad parental no puedan temporariamente ejercerla, tales como –entre otros- el acaecimiento de una enfermedad o tratamiento médico que deba llevarse a cabo en otro punto del país o el mundo; la

¹⁵ HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, FERNÁNDEZ, Silvina, *Manual de Derecho de las Familias*, Primera Edición. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2015, p. 637.

necesidad de permanecer alejados físicamente por razones de trabajo y/o capacitación profesional, ya sea fuera del país o en otra región distante dentro él; los que en forma ejemplificativa suele citar la doctrina y la jurisprudencia.

De esta forma, el Código reconoce que los propios progenitores sean quienes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad en las relaciones familiares puedan elegir a quien delegar el ejercicio de dicha responsabilidad parental. Ahora bien, en este punto, y en virtud de encontrarse en juego el interés superior de los hijos, la propia norma prescribe que no se trata de una cuestión que pueda resolverse exclusivamente sobre la base del mencionado principio de autonomía, sino que éste debe conjugarse con otros, tales como la posibilidad del niño de ser oído y de que su opinión sea tenida en cuenta, y la exigencia de un control judicial de la delegación, en el marco de la cual los magistrados están llamados a asegurar una adecuada protección de los derechos de los niños/as u adolescentes.

De allí que esta facultad reconocida a los progenitores debe efectuarse, de acuerdo a las previsiones del artículo 643, por razones “suficientemente justificadas” y en “interés del hijo”. Es decir, que debe ser ejercida en beneficio de este último, de modo tal que aun cuando obedezca a una necesidad de los progenitores, la delegación debe perseguir evitar una situación de desprotección del niño/a ante la imposibilidad de los progenitores.

El C.C.C. no enumera ni brinda mayores precisiones en relación a que situaciones han de tenerse por “suficientemente justificadas”. En este sentido, a los fines de su apreciación, compartimos con Herrera, et al (2015: 638) que “el principio es que los progenitores asuman el ejercicio de la responsabilidad parental; por eso el fundamento se relaciona con el beneficio del hijo; ambos recaudos se relacionan entre sí”.

Así, en principio se reconoce a los progenitores la facultad de delegar transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto cuando exista un único como un doble vínculo filial, en aquel pariente que a su criterio se encuentre en mejores condiciones para poder ejercer dicha delegación, sobre la base del reconocimiento de que en principio son aquellos como “principales responsables de sus hijos” a quienes corresponde elegir al pariente que crean mejor ejercerá su cometido.

De acuerdo al propio C.C.C., en su art. 529, el “parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”. El parentesco es, entonces, la relación jurídico-familiar existente sólo entre aquellas personas (dos o más), que se derive de alguna de las tres fuentes filiales establecidas por la norma (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o bien por adopción) o de la afinidad (es decir del vínculo existente entre una persona cuyo estado civil es casada y los parientes de quien es su cónyuge). De allí que Herrera (2015: 373) sostenga que “para que surja el parentesco no basta la mera existencia del vínculo biológico, sea por naturaleza o mediante la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, ni la posesión de estado de hijo ni la unión convivencial de pareja, sino que es requisito sine qua non que concurra un verdadero emplazamiento jurídico en los respectivos estados de familia”.

Nótese aquí que el art. 643 conforme el texto finalmente sancionado sólo permite –como dijimos- efectuar dicha delegación en un “pariente”; siendo que el Anteproyecto de Código permitía también delegarla en “un tercero idóneo”. En relación a esta modificación, se ha dicho que esta limitación operó a los fines de compatibilizarla con la prohibición de entrega directa para adopción prevista en el art. 611, de modo tal de evitar la posterior invocación de situaciones de hecho consolidadas en el tiempo, en las que podría alegarse “la afectividad” en violación a los mecanismos de selección de postulantes adoptivos en el marco del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción.

En este sentido, entendemos que hubiera sido conveniente haber mantenido la redacción original del artículo, dado que en muchos supuestos son terceros “no parientes” quienes unidos por fuertes vínculos de afectividad hacia el menor, se encuentran en “mejores condiciones” de poder ejercer temporariamente el ejercicio de la responsabilidad parental. Cabe recordar que se trata de una figura que ha sido incorporada a los fines de satisfacer un interés prioritario de los menores ante la imposibilidad temporaria de sus padres de ejercer la responsabilidad parental, con lo cual entendemos que la pretensión del legislador de evitar la consolidación de situaciones de hecho que pudieran dar lugar a la violación del art. 611 del C.C.C. se encontraba ya suficientemente resguardada por la temporalidad de la medida y la necesaria homologación judicial del acuerdo.

Resaltamos también que la figura en análisis exige una delegación meramente provisoria, acotada en principio al plazo máximo de un año; sin perjuicio de que “por razones debidamente fundadas” pueda extenderse por única vez por idéntico período. Ello así, en virtud de que, tal como expuso Cataldi –criterio que compartimos– “dada la importancia e implicancias que tiene esta delegación, se establece un tiempo determinado, con el objeto de evitar un desentendimiento prologado de las responsabilidades parentales”¹⁶.

La delegación se formaliza por un acuerdo celebrado entre quien/es detentan la titularidad de la responsabilidad parental y aquel pariente a quien se va a delegar su ejercicio, siendo requisito de validez la homologación judicial del convenio; exigiéndose a la vez que, con carácter previo, el juez escuche al menor y que –lógicamente– de acuerdo a su edad y grado de madurez, esa opinión sea especialmente tenida en cuenta a los efectos de efectuar o rechazar dicha homologación.

Como se ha expuesto anteriormente, y tal como la norma legal prescribe expresamente, los progenitores “conservan la titularidad de la responsabilidad parental”, y, por tanto, “mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades”. Un claro ejemplo de ello, lo configura el artículo 1.755 del C.C.C., en virtud del cual la responsabilidad objetiva de los progenitores por los daños que provoquen sus hijos no cesa aun cuando haya mediado delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

Finalmente, debe reconocerse que esta facultad brindada por la norma a los padres de elegir el pariente en quien delegar el ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra necesariamente condicionada a los fines de su validez a la necesaria homologación judicial. De esta forma, el nuevo C.C.C. se enmarca en los términos del sistema protectorio de los derechos de los niños/as y adolescentes previsto por la Ley N° 26.061, que exige para la procedencia de toda medida

¹⁶ CATALDI, Myriam, “El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad”, 22 de Septiembre de 2015, disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/22/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/>

excepcional que implique la separación del menor de su familia un adecuado “control de legalidad”¹⁷.

Nótese especialmente que la exigencia de homologación judicial se condice con el tratamiento como figura de carácter excepcional que reviste la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, toda vez que implica el apartamiento de los principios generales contenidos en el art. 646, que impone como deberes de los progenitores, entre otros, “cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo”, “prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos” y “representarlo y administrar el patrimonio del hijo” (conf. inc. a), d) y f)). Deberes éstos que la norma pone en cabeza de el/los progenitores que detentan la titularidad del ejercicio de la responsabilidad parental independientemente de quien/es posean el cuidado personal del niño/a y que configuran un “piso de mínimos” que ha sido fijado por el legislador en favor de los hijos; en virtud de lo cual su inobservancia, o su cumplimiento en modo parcial o defectuoso que coloque al hijo en un grave estado de desprotección, puede –incluso- constituir causal suficiente para el dictado de la sanción de la privación de la responsabilidad parental.

5. Comentarios finales

Como hemos intentado señalar, el tratamiento que el nuevo C.C.C. efectúa al regular “las relaciones entre padres e hijos” se encuentra sustancialmente modificado respecto del abordaje del derogado Código Civil velezano. La denominada *constitucionalización* del derecho privado, y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que si bien se inició con anterioridad alcanzó su máximo desarrollo entre nosotros luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, iniciaron un camino que exigía una imperiosa reforma de la legislación nacional de fondo. Ello, sumado a las transformaciones sociales que se han dado en los últimos años en el mundo –a las que nuestro país no resulta ajeno- fue recogido por el legislador de 2012-2014, produciendo como resultado un nuevo Código en el que los que los principios fundamentales de los Tratados de Derechos Humanos -

¹⁷ Conf. principio establecido en el Art. 40, 2º párrafo de la Ley N° 26.061

coherentes, a su vez con un Estado Constitucional de Derecho-encuentran fiel reflejo.

En lo que respecto a la responsabilidad parental, el nuevo C.C.C. innova profundamente tanto en la terminología empleada (dejando de lado la “patria potestad” velezana) como en los alcances del instituto, procurando en delicado equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público familiar. Se ha dicho al respecto que

“uno de los desafíos más difíciles de resolver en el campo del derecho privado gira en torno a la tensión ancestral entre autonomía de la voluntad y orden público, situación que en el campo de las relaciones de familia se profundiza y complejiza aún más (...) Esta disyuntiva es respondida en el Código Civil y Comercial de manera muy diferente al modo en que lo hacía su par anterior, abriendo más el juego al principio de autonomía y libertado cuyo límite (léase orden público) se funda en dos nociones: 1) responsabilidad y 2) solidaridad familiar”¹⁸

Muestra de ello, es la figura de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, pensada por el legislador para dar respuesta a una realidad respecto de la que la ley guardaba silencio. De esta forma, en el artículo 643 del C.C.C. se brinda protección jurídica a diversas situaciones que puede atravesar una familia que ameriten durante un lapso de tiempo limitado que los progenitores se encuentren impedidos de poder ejercer la responsabilidad parental. De esta forma, al regular la figura, el nuevo Código permite a éstos elegir aquel pariente que les brinde mayor seguridad para delegar en él durante un lapso de tiempo determinado su ejercicio, regulando –y a la vez limitando- los efectos jurídicos entre todas las partes involucradas, y manteniendo en cabeza de los padres la titularidad de la responsabilidad parental y los efectos propios de ella.

Autonomía de la voluntad de los padres que –entendemos correctamente- se equilibra con el orden público familiar, dados los requisitos de procedencia de esta figura “*de excepción*” y la necesaria homologación judicial del acuerdo.

■■■

¹⁸ HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, FERNÁNDEZ, Silvina, *Manual de Derecho de las Familias*, Primera Edición. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2015, p. 20.

Se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2016
en la Imprenta Nexo/Di Napolide la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 250 ejemplares.



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gob.ar

