

REVISTA DE DERECHO UNS

2018 · AÑO VII
NÚMERO ESPECIAL



DEPARTAMENTO DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



ISSN 2314-0747

REVISTA
DE DERECHO
UNS

2018 · AÑO VII
NÚMERO ESPECIAL

REFORMA DEL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL



DIRECTORA

Monterubbianesi, María Laura

VICEDIRECTORA

Sotile, Patricia

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Kunusch, Leandro

CONSEJO DE REDACCIÓN

Fernández Peña, Marcos

COORDINADORES DOCENTES

d'Empaire, Eduardo

COMITÉ ACADÉMICO***Miembros externos***

Álvarez, Gonzalo (UBA)

Amaya, Amalia (UNAM - MÉXICO)

Beloff, Mary (UBA)

Bullain, Iñigo (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO)

Cafferatta, Néstor (UBA - INSTITUTO PLANETA VERDE)

Candelario Macías, María Isabel (UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID)

Caumont, Arturo (UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY)

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (UNR)

Clérico, María Laura (UBA)

Frustagli, Sandra (UNR)

Giosa, Laura (UNICEN)

Gómez Ligüerre, Carlos (UNIVERSIDAD POMPEU FABRA)

Hernández, Carlos (UNR)

Márquez, José Fernando (UNC)

Nadalini, Gustavo (UNR)

Otero, Juan Manuel (UNRN)

Pou Giménez, Francisca (ITAM - MÉXICO)

Seguí, Adela M. (UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN)

Sieckmann, Jan

Miembros locales

Acciarri, Hugo Alejandro

Ares, José Luis

Arruiz, Mario

Bouzat, Andrés

Conghos, Eduardo

Cortazar, María Graciela

d'Empaire, Eduardo

Irigoyen Testa, Matías

Iuale, Corina

López Camelo, Guillermo

Martella, Ariel

Navarro, Pablo

Pazos Crocitto, Guillermo

Peralta Mariscal, Leopoldo

Zelaya, Mario



Revista de Derecho UNS

ISSN 2314-0747

Año VI, Número Especial

Departamento de Derecho

Universidad Nacional del Sur

©2018 Ediuns

Diagramación: Fabian Luzi

Editorial de la Universidad

Nacional del Sur

ediuns@uns.edu.ar

www.ediuns.uns.edu.ar

PRÓLOGO

El primero de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo fue producto de un arduo trabajo iniciado a través del decreto 191/201 que encargó a una comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, la Dra. Elena Highton de Nolasco, y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci la redacción del mismo.

El nuevo cuerpo normativo vino a satisfacer una deuda histórica disparada principalmente por la necesidad de un Código que se adapte a las nuevas realidades del siglo XXI, cuestiones que el propio Vélez Sarsfield, a mediados del siglo XXI no hubiese podido imaginar.

Este moderno Código tiene una notable influencia del proceso de constitucionalización del Derecho Privado. Basta con leer el comienzo del mismo, que en su artículo primero versa: “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, para entender que estamos ante un Código que, en congruencia con nuestra Carta Magna, marca un contenido axiológico acorde a los tiempos que vivimos.

Entre las principales reformas en materia de *Derecho de Familia* encontramos la adecuación a la Ley de Matrimonio Igualitario, eliminando toda distinción de sexo a la hora de definir al mismo. Asimismo, se da la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes pero manteniéndose, salvo acuerdo en contrato, el régimen de comunidad de bienes.

El divorcio también sufrió un cambio paradigmático al eliminar las causales del mismo siendo suficiente la voluntad de uno de los cónyuges para terminar con el mismo, desapareciendo el mínimo de tres años de matrimonio. Además, la pareja podrá hacer acuerdos sobre los efectos que tendrá la disolución.

Las técnicas de reproducción humana asistida, si bien fueron eliminadas a la hora de hablar del inicio de la existencia humana, se encuentran contemplados al mencionar que el vínculo filial se establece por medio de la “voluntad procreacional” de quienes se someten a dichas técnicas

En relación al régimen de adopción se simplifica el mismo y, en congruencia con la constitucionalización antes mencionada, se hace especial hincapié en el interés superior del niño.

Respecto de *Sucesiones*, el nuevo Código amplía la facultad de redactar un testamento y se reduce la legítima.

Parte también de la influencia axiológica del nuevo cuerpo normativa se encuentra la incorporación de los derechos personalísimos como lo son la dignidad, la intimidad, el honor y la imagen, entre otros.

Por último, en materia de *Derecho Comercial*, el antiguo Código de Comercio fue derogado expresamente por la Ley que sancionó el Código Civil y Comercial y se produjo un cambio de eje siendo el punto central del nuevo cuerpo normativo en materia comercial la empresa. Sin embargo, no se derogan la Ley de Navegación y de Concursos y Quiebras (que estaban incorporadas al viejo cuerpo normativo) ni sus leyes complementarias.

Entre algunas de las incorporaciones podemos mencionar los contratos comerciales atípicos y los contratos bancarios, reglas generales en materia de crédito y un capítulo dedicado a las relaciones de consumo y sus implicancias. Asimismo se incorporó la figura de sociedad de un solo socio.

El nuevo Código Civil y Comercial tiene 2.671 artículos para pensar, analizar y evaluar. Las bases están. Es un código moderno, pensado y redactado por los juristas más prestigiosos del país pero solo la práctica, el correr de los años y los debates ayudarán a complementar este texto que hoy es una realidad.

María Laura Monterubbianesi

Directora

ÍNDICE

»DOCTRINA«

La aptitud del adolescente a partir de los 16 años para consentir actos vinculados al cuidado de su propio cuerpo. Mario A. Zelaya - Federico Daniel Arrué	09
Restricciones a la libertad de disponer del propio cuerpo. Federico Daniel Arrué	19
Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes y su participación en los procesos. Laura Profili Fadel	29
El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y a contar con un abogado. El desafío de reconocer el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida. María Paula Laplace - Rosalía Klun	37
La aplicación de medidas ¿razonables? ante el incumplimiento del régimen de comunicación. María Paula Laplace - Rosalía Klun	51
Capacidad progresiva vs. derechos adquiridos: el retroceso en el ejercicio de la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes como garantía del debido proceso. Nadia Carrara - Sofía Grandes	61
La publicidad engañosa en el derecho del consumidor argentino. María Laura Monterubbianesi	69
Daños punitivos arbitrarios en Argentina. Diego A. Bello	77
El conjunto inmobiliario en el Código Civil y Comercial: la situación jurídica de los parques industriales. Melisa Jarque	91

»ENSAYOS«

La caducidad de los plazos en el concurso preventivo a la luz de la normativa del nuevo Código Civil y Comercial.
Marcos Fernández Peña 103

La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura de vínculos filiales triples.
Esteban Marmeto 111

»ENTREVISTA«

Aspectos relevantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: entrevista a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.
María Florencia del Barrio - Leandro Kunusch 125

Indicaciones para el autor 133
Reglas de estilo 135

»DOCTRINA«

**LA APTITUD DEL ADOLESCENTE A PARTIR DE LOS
DIECISÉIS AÑOS PARA CONSENTIR ACTOS VINCULADOS
AL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO¹**

THE APTITUD OF A TEENAGER FROM THE SIXTEEN YEARS TO
CONSENT ACTS LINKED TO THE CARE OF YOUR OWN BODY

Mario A. Zelaya*
Federico Daniel Arrué**

Sumario: I. Antecedentes. II. La solución del Código Civil y Comercial. III. Problemas que presenta la redacción de la última parte del art. 26 del Código Civil y Comercial. IV. Conclusiones.

Resumen

Cuando la parte final del artículo 26 del Código Civil y Comercial permite a los adolescentes de más de dieciséis años adoptar en forma autónoma las decisiones sobre el “cuidado de su propio cuerpo”, el término “cuidado” debe interpretarse en forma restrictiva de modo de entender que las facultades de tales adolescentes no exceda la “conservación” de su cuerpo.

Palabras clave: Mayores de dieciséis años, Restricciones sobre el propio cuerpo, Autonomía, Cuidado, Interpretación restrictiva, Art. 26 del Código Unificado.

Abstract

When the final part of Article 26 of the Civil and Commercial Code allows teenagers over the age of sixteen to adopt autonomously the decisions about “taking care of their own body”, the term “care” must be interpreted restrictively in order to understand that the faculties of such teenagers does not exceed the “conservation” of their body.

* Profesor Adjunto de la Cátedra Derecho Privado Parte General, Dpto. de Derecho, UNS.

** Ayudante “A” de las Cátedras de Filosofía del Derecho y Ciencias Políticas, Dpto. de Derecho, UNS. Magíster en Derecho.

¹ Ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.

Keywords: Over sixteen years old, Restrictions on one's body, Autonomy, Watch out, Restrictive interpretation Art. 26 of the Unified Code.

1. Antecedentes

La Ley 26529 de Derechos del Paciente² no se hizo cargo de reglamentar en materia de salud la aplicación del principio de capacidad progresiva que emana de la Convención de los Derechos del Niño³, según el cual el pase de la incapacidad a la capacidad no es instantáneo, sino que implica un camino a través del cual el niño va adquiriendo la aptitud para ejercer por sí mismo más derechos conforme su crecimiento en años, madurez y discernimiento, hasta llegar a la mayoría de edad. Sin embargo, la omisión no fue total porque la ley reguló el tema mediante un reenvío a la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁴ al decir en su art. 2 inciso "e" que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho "a intervenir en los términos de la Ley N° 26061 a los fines de la toma de decisión" sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

La cuestión se hubiera visto solucionada si la Ley 26061, anterior a ley de Derechos del Paciente, se hubiera pronunciado de modo concluyente al respecto. Sin embargo, la única referencia sobre el tema (indirecta, por cierto) en la ley se encuentra en el art. 24 que legisla el derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos, según el cual aquellos tienen derecho a "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme su madurez y desarrollo" y luego aclara que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven (art. 24 inc. b). Y es sabido que tener en cuenta la opinión de una persona no implica convertir su opinión en vinculante para el intérprete.

El decreto 1089/20125 que reglamenta la Ley de Derechos de los Pacientes no contribuye a aclarar la cuestión desde que insiste en que los profesionales de la salud deben "tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes" sobre las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, según la competencia y discernimiento de los menores

² Sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009.

³ Aprobada por Ley 23849 (sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990) y luego incorporada al texto de la Constitución Nacional en la última reforma de 1994 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22.

⁴ Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

⁵ Publicado el 6 de julio de 2012.

y que si de la voluntad expresada por el menor se genera un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26061 (art. 2, inc. “e”). Hasta ahí la legislación no aportaba precisiones pero al menos la respuesta era uniforme.

Sin embargo, en el art. 5 del decreto 1089/2012, al momento de reglamentar el consentimiento por representación, dispone que operará este consentimiento en el caso de los menores de edad que no sean capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Pero solo cuando puedan comprender tales alcances “se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente”. En resumen: comprenda o no el menor los alcances de la práctica médica, son los autorizados legalmente los que otorgan el consentimiento para la ejecución o no del procedimiento en la persona del menor, quien solo participa en el proceso de toma de decisiones a través de su opinión “según su competencia y discernimiento”, como la propia norma agrega sin hacerse cargo de la vaguedad del contenido de ambos términos.

Con este estado legislativo se encontraba hasta mediados del año 2015 el profesional de la salud puesto a decidir acerca de la intervención que debía conferirle al menor al momento de llevar adelante la práctica. No hace falta mayores fundamentaciones para concluir que subordinar las facultades autónomas del menor a conceptos y fórmulas indeterminados que deben ser puestos en práctica por profesionales temerosos de una represalia judicial es lo mismo que no conferirlos.

2. La solución del Código Civil y Comercial

La Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, se encargó de presentar los “Fundamentos” del por entonces “Anteproyecto” donde explicó que el cuerpo proyectado habría de regular expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo “siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”. Es así que el art. 26 del Código Civil

y Comercial confirió a los niños la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud⁶ en función de su desarrollo por edad.

El legislador se decidió por adoptar el criterio de edades fijas a partir de datos o consideraciones extraídos de la experiencia que habilitan a presumir las aptitudes del niño para celebrar o no por sí mismo los actos que se le permiten en cada segmento. Este parámetro otorga precisión a los límites mínimo y máximo de cada categoría con la consiguiente seguridad jurídica, simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones que no admiten prueba en contrario (las edades), disminuye la posibilidad de contiendas, reduce la discrecionalidad del juzgador al momento de decidir quién está habilitado o no para ejercer por sí mismo un derecho y, por fin, permite introducir el principio de *capacidad progresiva* sin que se resienta la necesaria precisión de las normas en este ámbito con las que debe brindarse un marco jurídico de protección del niño⁷. El inconveniente no viene dado por la delimitación de cada categoría, sino del modo en que fueron redactadas las atribuciones en cada una de ellas.

En el segmento de los menores hasta trece años no se discute que salvo una manifestación legal en contrario, rige a su respecto el principio general del primer párrafo del art. 26 del Código Civil y Comercial en cuanto a que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Pero además la norma 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”; y a partir de los dieciséis años lo considera “como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Limitaremos el estudio a este último segmento.

3. Problemas que presenta la redacción de la última parte del art. 26 del Código Civil y Comercial

Coincidimos con Rivera en cuanto a que la palabra “adulto” —aunque se la utilice en otras disposiciones del Código Civil y Comercial tales como los arts.

⁶ De acuerdo con el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948, “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La definición no ha sido modificada desde 1948.

⁷ ZELAYA, Mario A., COSTABEL, Lucas, MONDINO, Fiorella, “La capacidad progresiva del niño en materia de salud”, 16-mar-2015, MJ-DOC-7110-AR | MJ7110.

111, 667 y 2642— no tiene contenido propio en el Código ni en otras disposiciones legales, precisamente por no tratarse de un concepto con un alcance concreto en el mundo jurídico, “donde se es capaz o incapaz, mayor o menor”⁸. De todos modos, y con la idea de no dejar vacía de contenido a esta porción del artículo, la expresión “adulto” debe asimilarse a la de “mayor de edad”; en igual sentido, Fernández concluye que a partir de los dieciséis años “el sistema se independiza de las previsiones incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica”⁹ y añade Muñiz que el artículo “consagra la mayoría anticipada” para tal menester¹⁰.

La respuesta en el campo de la salud va de la mano con la tónica del Código Civil y Comercial de ampliar la capacidad del menor en el ámbito extrapatrimonial, no obstante que la regla general en materia patrimonial es su incapacidad, la cual se suple con la voluntad de los progenitores o tutores. Se parte de la base que el menor anticipa su madurez para el ámbito de su salud y no en temas patrimoniales, aunque resulta extraño que se le conceda la aptitud para enfrentarse a un diagnóstico grave y resolver sobre los tratamientos paliativos, pero no se le permita adquirir su primer automóvil sin mediar la aprobación de un representante o del juez.

Un problema de más difícil solución representa el alcance de esa asimilación del menor de edad al adulto o mayor de edad, pues la ley de sanción del Código no se manifiesta respecto de la vigencia o no de normativa anterior en materia de salud que fija en la edad de dieciocho años el piso mínimo para que la persona humana pueda ejercer por sí mismo los derechos vinculados a su salud que reconocen, omisión que obliga a interpretar si han quedado derogadas. Solo en el orden nacional podemos encontrar:

⁸ RIVERA, Julio César, “Las Claves del Código Civil y Comercial en Materia de Personas Humanas – Comienzo de la Existencia. Capacidad de los Menores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Número extraordinario), Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 220.

⁹ FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 17/11/2014, 25, Cita Online: AR/DOC/3834/2014 y en CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián y HERRERA, Marisa (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 73 y 74.

¹⁰ MUÑIZ, Javier N. “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: Recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2, Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1ª. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 122.

La Ley 26743 de Identidad de Género¹¹ establece que todas las “personas mayores de dieciocho años de edad” podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Con relación a las personas menores de dieciocho años de edad, la solicitud deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor (arts. 5 y 11).

La Ley 26130 que regula las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica¹² establece que toda persona “capaz y mayor de edad” (textual) tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud, prácticas que están autorizadas para quienes la requieran formalmente previo consentimiento informado, y sin que se requiera consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial (arts. 1 y 2).

La Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos¹³ solo permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una “persona capaz mayor de dieciocho años”¹⁴ quien podrá autorizarla en las condiciones que dispone el mismo artículo. La norma luego agrega que en los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser dador sin limitaciones de parentesco y los menores de dieciocho años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores solo cuando los vincule al receptor un parentesco de los que menciona el precepto (art. 15).

Dilucidar cuál es el alcance del término “cuidado” (pues la norma no contiene aclaraciones al respecto) es la llave para acceder a una respuesta al referido interrogante sobre si la previsión normativa posterior del Código Civil y Comercial, en cuanto concede aptitud al adolescente a partir de los dieciséis años para decidir sobre los *cuidados* de su propio cuerpo, deja sin efecto las leyes anteriores de igual jerarquía que otorgan facultades vinculadas al cuerpo de la persona, pero a partir de los dieciocho años.

¹¹ Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012.

¹² Sancionada el 9 de agosto de 2006 y promulgada el 28 de agosto de 2006.

¹³ Sancionada el 24 de marzo de 1993 y promulgada parcialmente el 19 de abril de 1993.

¹⁴ La expresión es errónea porque no es *capaz* la persona menor de dieciocho años.

Si los dos párrafos del art. 26 anteriores al que contiene la solución en estudio consagran la aptitud de los adolescentes entre trece y dieciséis años 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, una derivación lógica llevaría a sostener que por la natural evolución que implica el aumento en edad, un adolescente de dieciséis años en adelante puede consentir cualquier *tratamiento* médico vinculado a su cuerpo y a su salud.

Pero el último párrafo del art. 26 del Código Civil y Comercial no expresa que, desde los dieciséis años, el adolescente pueda consentir todo tratamiento o cualquier acto de disposición de su propio cuerpo, sino que solo lo habilita a decidir cuestiones relacionadas al *cuidado* de ese cuerpo. Consideramos que el término ha sido especialmente elegido para dejar de lado aquellos actos médicos que excedan del campo del “cuidado del propio cuerpo” y exponemos algunos argumentos que confluyen para arribar a esa conclusión.

Desde el punto de vista estrictamente gramatical y según la 22ª Edición del Diccionario de la lengua española (edición digital), la acepción que muestra mayor afinidad con la expresión del art. 26 del Código Civil y Comercial es la que designa al término “cuidado” como ‘acción de cuidar’ y brinda como ejemplo ‘el cuidado de los enfermos’. Por su parte, la segunda acepción del verbo “cuidar” indica como significado del vocablo el de ‘asistir, guardar, conservar’ y nuevamente cita como ejemplo el ‘cuidar a un enfermo’. Es decir que la decisión de dejar de lado el término *tratamiento* (a secas) de los párrafos referidos a las aptitudes de los adolescentes entre trece y dieciséis años por el de *cuidado* del propio cuerpo del adolescente de más de dieciséis años no se refiere a cualquier situación vinculada a su propio cuerpo, sino a las que implican resguardo o conservación de un estado de salud anterior.

El propio Código Civil y Comercial contribuye en forma indirecta a la interpretación restrictiva de la expresión “cuidado del propio cuerpo” al otorgar solo a la “persona plenamente capaz” el derecho a conferir directivas médicas anticipadas y mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad (art. 60). La insistencia en cuanto a que la persona, más que capaz, debe ser *plenamente* capaz, quita de su ámbito al adolescente, aun de más de dieciséis años, porque a pesar de su asimilación al adulto en el campo de la salud, la ley no lo convierte siquiera en capaz. Si el legislador hubiera querido otorgarle por el art. 26 la aptitud para consentir en forma autónoma cualquier tratamiento, no hubiera tenido razón para negarle la posibilidad de conferir directivas anticipadas sobre su salud.

Al momento de explicar las reglas para la aplicación del principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial, la integrante de la Comisión redactora del Código Civil y Comercial, Aída Kemelmajer de Carlucci, junto con otras tres autoras¹⁵, advierten que el art. 26 se refiere al “cuidado del propio cuerpo”, pero, a la par, el equilibrio es la idea central que domina la Convención de los Derechos del Niño “desde que tan contrario al ansiado ‘interés superior del niño’ es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están”.

Con este alcance restrictivo de la expresión “cuidado de su propio cuerpo”, la facultad que se le otorga al adolescente de más de dieciséis años no comprende la de consentir cirugías estéticas no reparadoras o ser parte en investigaciones médicas, y tampoco se ve modificada la vigencia de la legislación anterior que otorga facultades solo a los mayores de edad para ser donadores de órganos y material anatómico, para consentir intervenciones de contracepción quirúrgica o para adecuar la genitalidad al género autopercibido, pues es claro que la finalidad de tales prácticas excede la mera “conservación” del propio cuerpo, tal el alcance que propugnamos al término “cuidado” que utiliza el art. 26.

De todos modos, dejamos a salvo que aun si no diera lugar a ser interpretado el contenido de la norma que permite a los adolescentes a partir de los dieciséis años tomar en forma autónoma las decisiones respecto del “cuidado de su propio cuerpo”, la solución en sí misma podría abrir paso a la intervención judicial —a instancia de los representantes del menor— que valore, en la situación concreta, si el paralelismo entre adulto y mayor de edad puede ser dejado de lado, tal como lo advirtiera Santi¹⁶, aún antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, quien cita como caso paradigmático “las poco felices consecuencias que podrían verificarse, por ejemplo, en casos de anorexia o bulimia”¹⁷. Más aún, cabría discutir incluso si el médico puede intervenir aún contra la voluntad del adolescente de más de dieciséis años en aquellos tratamientos sencillos, indoloros y con altas probabilidades de éxito, cuya omisión provoque un grave peligro en la salud del

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, FERNÁNDEZ, Silvia, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, 18 de agosto de 2015, www.infojus.gov.ar, Infojus: DACF 150461.

¹⁶ SANTI, Mariana, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, LA LEY 13/05/2013, 13/04/2013, 1 – LA LEY 2013-C, 859 – DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 173, Cita Online: AR/DOC/1324/2013.

¹⁷ Cabe recordar que la judicialización en estos casos se ha planteado incluso respecto de rechazos de tratamientos médicos por parte de mayores de edad, a instancia de sus familiares, como en el caso de la negativa del paciente a recibir transfusiones sanguíneas por motivos religiosos.

paciente. Basta la sola mención de estos interrogantes, pues la respuesta debe ser objeto de un minucioso estudio que excede los límites de este trabajo.

4. Conclusiones

De lege lata: el significado gramatical del término *cuidado* y una interpretación sistemática de la última parte del art. 26 del Código Civil y Comercial permiten concluir que la expresión “cuidado del propio cuerpo” limita el ámbito de la aptitud del adolescente de más de dieciséis años a consentir por sí mismo solo los tratamientos que impliquen la *conservación* del propio cuerpo, mas no así los que involucren su disposición sin fines de conservación, tales como las intervenciones quirúrgicas que las Leyes 26743, 26130 y 24193 autorizan a consentir solamente a los mayores de dieciocho años.

De lege ferenda: a los efectos de brindar claridad en una temática que demanda certidumbre, al momento de consagrar la capacidad progresiva en materia de salud, la última parte del art. 26 debió haber consignado expresamente que la facultad de los adolescentes de más de dieciséis años es la de consentir “únicamente los tratamientos que impliquen la conservación de su cuerpo”.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE DISPONER DEL PROPIO CUERPO¹

RESTRICTIONS ON THE FREEDOM TO DISPOSE OF ONE'S OWN BODY

Federico Daniel Arrué*

Sumario: I. Introducción y esquema del trabajo. II. Disposición sobre el propio cuerpo. III. Breves conclusiones.

Resumen

Parece acertado que existan en el nuevo Código Civil y Comercial normas atinentes a la relación de la persona con su propio cuerpo. Sin embargo las limitaciones plasmadas distan mucho de ser claras y puede entenderse que, en algunos puntos, no se ajustan a los principios liberales del sistema jurídico argentino. Es deseable por tanto su pronta revisión legislativa y su inmediata adecuación por vía pretoriana.

Palabras clave: Disposición sobre el propio cuerpo, Limitaciones, Autonomía individual, Paternalismo, Autoritarismo, Inconstitucionalidad. Art. 56 del Código Unificado.

Abstract

It seems appropriate that there exist in the new Civil and Commercial Code regulations pertaining to the relationship of the person with his own body. However, the limitations expressed are far from clear and it can be understood that, in some points, they do not conform to the liberal principles of the

* Abogado, Especialista en Derecho Penal y Magíster en Derecho. Docente de las cátedras de Filosofía del Derecho y de Ciencias Políticas en Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur. Profesor del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y de las Escuelas Medias de la Universidad Nacional del Sur. Letrado del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

¹ Ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.

Argentine legal system. Therefore, its early legislative revision and its immediate adaptation through praetorian means is desirable.

Keywords: Disposition on one's body, Limitations Individual autonomy, Paternalism, Authoritarianism, Unconstitutionality Art. 56 of the Unified Code.

1. Introducción y esquema del trabajo

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield, el flamante digesto unificado contiene disposiciones expresas atinentes a la libertad personal sobre el propio cuerpo, la propia salud y la propia vida. La incorporación de estas previsiones resulta un avance dado que importa regular, en el compendio normativo marco del derecho civil, una temática de indiscutible aplicación práctica, lo que puede facilitar su armonización con otras normas del sistema.

Lamentablemente, en algunos aspectos, estas regulaciones presentan un alto grado de vaguedad e incluso son de discutible constitucionalidad.

En este trabajo nos centraremos en el análisis del art. 56 del Código Unificado. Seccionaremos su contenido para dar cuenta, parte a parte, de los supuestos y excepciones que plantea, resaltando sus aspectos problemáticos.

Cerraremos, finalmente, con unas breves conclusiones.

2. Disposición sobre el propio cuerpo

2.1. Texto legal, su fuente y las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento

El artículo 56 del nuevo Código Civil y Comercial, en su primera parte, reza:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico².

² El artículo continúa: “La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

El texto sigue al art. 110 del proyecto elaborado por los Dres. Alegría, A. Alterini, J. Alterini, Belluscio, Boggiano, Kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa y Rivera en el año 1998³.

Tiene su raíz en el art. 5 del Código Civil italiano de 1942, lo cual explica su corte autoritario⁴.

No quedan totalmente en claro las implicancias prácticas que tienen las restricciones impuestas por el texto legal reseñado.

Muy posiblemente estas restricciones conlleven la prohibición de contratar en tal sentido, haciendo por tanto que cualquier contrato que las tenga por objeto no sea válido al menos en ese punto⁵.

Por otra parte, es factible especular que la prohibición quiere dar a entender que, incluso por fuera del aspecto contractual, no es válido el consentimiento que contraría la normativa, de modo tal que quien actúa siguiendo una autorización adversa al articulado lo hace como si esa autorización no existiere y puede ser responsabilizado del eventual daño que produzca⁶. Es razonable pretender incluso que esta consecuencia se extiende al ámbito del Derecho Penal, máxime teniendo presente que el sistema punitivo argentino no tiene una regulación expresa en aquella materia y que su elaboración ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

³ Conforme Decreto 685/95.

⁴ En su idioma original: *Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.*

El *Codice Civile* entró en vigencia durante el gobierno fascista de Benito Mussolini. La ideología imperante señalaba al hombre como servidor del Estado razón por la cual aquel tenía el deber de estar físicamente íntegro en procura de aportar una mayor utilidad.

Fue reformado en el año 2012 para permitir el trasplante de órganos entre vivos.

⁵ En este sentido, el art. 1004 del Código Civil y Comercial indica: “No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

Al art. 17 haremos referencia en una nota al pie posterior.

⁶ En esta línea argumental el art 1743 del Código indica: “Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas...”.

Lo antes dicho implicaría que la vulneración a las restricciones puede dar lugar también a responsabilidad administrativa en quien las efectúa.

Cabe preguntarse, empero, si la normativa reseñada habilita a una persona a solicitar judicialmente que se impida materialmente la práctica de una disposición contraria a derecho que presumiblemente va a efectuar un tercero sobre su propio cuerpo.

En cualquier caso, más allá de la escueta y desafortunada redacción en lo relativo a sus implicancias, lo cierto es que el Código veda las disposiciones sobre el propio cuerpo cuando se configura cualquiera de tres supuestos⁷, salvo que se presenten dos posibles excepciones.

Las líneas de prohibición son: que la disposición redunde en una disminución permanente de la propia integridad física, que sea contraria a la ley, y que sea contraria a la moral o las buenas costumbres.

Analizaremos cada una de ellas.

2.2. Disminución permanente en la integridad

La descripción del Código es en este punto relativamente clara, pese a lo cual pueden efectuarse dos lecturas.

Una interpretación restringida de la prohibición puede asimilar *integridad* a *funcionalidad*. Así, estaría prohibida la disposición del propio cuerpo que redunde en la disminución definitiva de una capacidad o habilidad manifiesta, como puede ser el caso de una amputación de una mano, un pie o un ojo.

Incluso en tal entendimiento el artículo no está exento de debate. En cuanto no se afecte el interés de un tercero no existe potestad del Estado para inmiscuirse en la máxima esfera personal del individuo, como lo es su propio cuerpo, y en lo que cada quien escoja libremente y en pleno uso de sus facultades mentales para su propia vida.

La justificación de esta prohibición debería buscarse en que una incapacidad permanente en cabeza de una persona puede obligar al Estado, a partir de las

⁷ Herrera, Caramelo y Picasso hablan de dos supuestos. Cfme. HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero*, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 137. Por nuestra parte creemos correcto hablar de tres líneas, remarcando la diferencia que existe entre una prohibición legal y una que surge en principio de la moral.

leyes generales existentes, a destinar fondos públicos para su ayuda, o bien a poner en marcha un complejo proceso tendiente a demostrar que, en función de la voluntariedad de la disminución, no corresponde que se le otorgue tal prestación.

Una planteo independiente, pero en la misma línea argumental, merece la renuncia a la posibilidad física de engendrar o concebir⁸.

Sin embargo, esta interpretación restringida a la que hemos hecho referencia parece forzada. Del texto de la ley es dable entender que esta tiene un sentido amplio y que por tanto queda prohibida cualquier tipo de disminución permanente a la integridad corporal, incluso aquella que cause al individuo perjuicios mínimos o moderados, como puede ser la amputación de un dedo, un pabellón auricular, la nariz o la extracción de una costilla. O incluso las que no causan perjuicio alguno, como es el caso de la circuncisión.

Aquí ya no puede argumentarse, en defensa de la disposición legal, que indirectamente otros miembros de la sociedad han de sufrir una afectación por la decisión de aquel que opta por verse disminuido. Debe concluirse por tanto que estamos frente a una intervención arbitraria e ilegítima del Estado en el ámbito de la individualidad, que choca de manera frontal e irreconciliable con los principios liberales que surgen de la Constitución Nacional.

La pauta legal presenta una marcada ideología paternalista. El Estado, frente a determinados aspectos de la vida del ciudadano, se constituye como su tutor perpetuo vedándole lo que, desde su perspectiva y evaluación, considera que no le es conveniente, menospreciando así las consideraciones que pueda hacer el individuo.

⁸ La Ley 26130 habilita expresamente procedimientos en tal sentido a partir del texto de su art. 1, el cual reza: “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ‘ligadura de trompas de Falopio’ y ‘ligadura de conductos deferentes o vasectomía’ en los servicios del sistema de salud”. No se requiere consentimiento conyugal ni autorización judicial, salvo que la persona sea incapaz (cfme. arts. 2 y 3).

Estas prácticas son compatibles con el Nuevo Código ya que pueden reputarse reversibles.

La Ley 26743, por su parte —en una regulación digna del mayor elogio— garantiza el derecho a intervenciones quirúrgicas totales y/o parciales —incluida la genital— y tratamiento farmacológico, hormonal o de otra índole para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida sin necesidad de autorización judicial o administrativa (cfme. arts. 2 y 11).

También es compatible con el Código Unificado sin que la normativa deba verse forzada en su interpretación, dado que la ley especial reseñada plantea a la intervención como un derecho en el marco del goce integral de la salud. De esta forma se subsume en una de las excepciones que da el digesto para su prohibición, tal como se analizará luego.

Sin embargo puede vislumbrarse también un trasfondo de índole moral: un deseo de homogeneizar a la sociedad bajo el patrón de conductas mayoritarias en desmedro de las particularidades, deseos y valores de cada quien.

Sobre este último punto haremos referencia mayor luego.

Debe en cualquier caso quedar en claro que la prohibición de disponer del propio cuerpo no puede justificarse en la prohibición de poner en el mercado las partes que de él puedan ser separadas —órganos, sangre, etc.—, pues la segunda prohibición puede existir sin la primera y tener diversos fundamentos⁹.

La restricción del Código *no alcanza a las partes renovables del cuerpo, como pelo, óvulos, semen, sangre, leche materna, u otra, porque su disposición no ocasiona una disminución permanente de la integridad corporal*¹⁰.

2.3. Contrariedad con la ley

Esta limitación resulta absurda, no por su contenido, sino por su obviedad.

El Código Civil es, a todas luces, una ley compleja que, en el artículo que nos ocupa, da pautas generales de restricción a la disposición sobre el propio cuerpo. Si existiesen leyes especiales que sumasen prohibiciones en términos o en situaciones más puntuales, estas no entrarían en conflicto con aquellas ni supondrían por tanto su derogación. Simplemente se tendrían dos fuentes de prohibición sin referencia la una a la otra. Estas referencias, sin embargo, no son necesarias desde que ambas normas se inscriben evidentemente dentro de un mismo sistema jurídico.

Una ley que veda todo aquello que estuviese vedado ya por alguna otra ley —en principio de igual jerarquía— es una redundancia que, si bien no afecta la solución de los casos que se puedan plantearse, marca una desprolijidad en la técnica legislativa empleada¹¹.

⁹ La prohibición de vender órganos o sangre, a su vez, puede fundarse, no necesariamente en consideraciones morales, sino en la concreta necesidad de evitar un tráfico ilícito de estos elementos orgánicos. En el Código esto está suficientemente protegido por lo dispuesto por el art. 17: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. Esto a su vez es reforzado por el ya reseñado art. 1004.

¹⁰ HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, (directores), *op. cit.*, p. 138.

¹¹ Esta misma redundancia puede encontrarse, por ejemplo, en el art. 55 del Código Unificado: *Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos*

Solo sería entendible si el Código pretendiera ser la única fuente jurídica aplicable a la temática en cuestión, entrando así por consiguiente en presunto conflicto con toda otra legislación aunque no la contradiga; lo cual no es el caso.

2.4. Contrariedad con la moral o las buenas costumbres

Este supuesto presenta, al menos, dos grandes flancos abiertos a la crítica.

En primer lugar, la falta de certeza sobre qué disposiciones concretas están prohibidas. Toda palabra de clase tiene un margen de indeterminación a partir de cual un elemento puntual puede debatirse si se encuentra o no subsumida en ella. Sin embargo, expresiones como *moral* o *buenas costumbres* tienen un grado de amplitud máximo y necesariamente requieren ser complementadas con valoraciones subjetivas, debatibles y cambiantes.

Aunque se las entendiera como *moral y buenas costumbres mayoritariamente aceptadas en un tiempo dado* —el presente— *por una sociedad determinada* —que puede discutirse si es la nacional, la provincial o la municipal—, en la práctica la decisión del juzgador apenas tendrá límites y podrá estar basada en su propia escala de valores, viéndose así afectada la seguridad jurídica.

Más allá de esto, es la segunda crítica a la disposición la que resulta más seria. A partir de cuestiones morales o de costumbres socialmente consideradas como correctas se coarta la libertad personal, independientemente de que los actos individuales afecten o no a terceros o incluso a la persona misma.

Estamos por tanto frente a una retrógrada confusión entre el derecho y la moral¹². Fácilmente pueden imaginarse ejemplos de disposiciones del cuerpo cuya moralidad o encuadre dentro de las así llamadas *buenas costumbres* pueda resultar polémica y potencialmente originar las consecuencias ya reseñadas. Basta pensar en tatuajes atípicos —por el motivo tatuado o por el lugar del cuerpo en el que se realicen—, *piercings* de gran tamaño en partes del cuerpo inusuales, *piercings* subcutáneos —microdermales—, inserción en el cuerpo de

personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres...

¹² La expresa moralización del derecho también puede observarse, por ejemplo, en la regulación genérica de los derechos personalísimos según surge del art. 55 del Código Unificado, transcrita en su parte pertinente en la nota anterior.

No es el objetivo de este trabajo referir a los derechos personalísimos en general, pero basta lo ya mencionado para concluir que el legislador no ha sabido entender la esencia de lo que implica que un derecho sea *personalísimo*: que corresponde solo al individuo y no a otra persona, ni al Estado, ni a la sociedad.

placas metálicas para distorsionar su volumen o textura, marcas con fuego o cicatrices —escarificaciones—, bifurcación lingual —lengua bífida—, corte del frenillo sublingual sin motivo médico o ampliación extrema de los lóbulos del pabellón auricular.

El que dichos actos de disposición corporal sean rechazados por la mayoría social —como de hecho lo son, al menos en la actualidad— no autoriza a la sociedad a valerse de la ley para prohibirlos¹³.

2.5. Excepciones a los supuestos enunciados

Las referidas tres líneas de prohibición no operan frente a dos posibles excepciones basadas en que el acto de disposición —que genera una disminución permanente o que es contrario a la ley o a la moral— sea:

- Requerido para mejorar la salud de la persona, o bien,
- Excepcionalmente, requerido para mejorar la salud de otra persona, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Dichas salvedades, sin duda razonables, no son suficientes para contrarrestar la impronta paternalista y moralizante que surge de la primera parte del artículo.

Incluso en el hecho de que existan excepciones, que deben ser acreditadas, puede percibirse el antes referido corte autoritario de la legislación, desde que obliga al

¹³ Dice Nino en relación con la autonomía individual: ... *el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideas de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales e excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana...* NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 420.

Y Zaffaroni: *El derecho puede ser personalista o transpersonalista. El primero es un instrumento o herramienta al servicio de la persona, entendida como ente que, por ser humano, está dotado de conciencia moral (ente autodeterminado capaz de decidir acerca de lo bueno y lo malo). El segundo está al servicio de un ente que está más allá de la persona (estado, dictadura del proletariado, seguridad nacional, raza superior, cuerpo social), de modo que la persona se sacrifica a este ídolo; es un derecho que niega a la persona. Por ser el derecho argentino personalista, debe respetar ya garantizar al ámbito moral de todas las personas, lo que implica que no puede imponer una moral sino garantizar el espacio para el mérito moral...* ZAFFARONI, Eugenio, et al., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 250.

ciudadano a justificar al Estado el porqué de la disposición de su propio cuerpo y a requerir que dicha justificación esté dentro de la lista de argumentos que otros han decidido que son los únicos válidos; como si su propia voluntad no fuese suficiente para determinar el futuro de su humanidad física.

2.6. El endeble argumento de la defensa de la dignidad humana

Podría argüirse que los límites citados están impuestos en resguardo de la dignidad de la persona¹⁴, pero en base a dicha dignidad pueden formularse dos planteos radicalmente opuestos¹⁵.

El primero visualiza una dignidad estereotipada y rígida que, aplicada a un individuo en concreto, supone una imposición externa. Una dignidad entendida no solo como un derecho, sino también un deber de amoldarse al patrón inmutable ya definido.

La segunda mirada concibe a la dignidad como un valor interno referido a ella misma que toda persona adulta, mentalmente sana y libre es capaz de definir de manera singular, de evaluar y de adoptar para sí y tiene derecho de exigir que sea respetado. Aquí la dignidad se liga a la idea de libertad restringida únicamente por la libertad de los pares.

El sistema jurídico argentino manada a adoptar esta segunda interpretación de dignidad¹⁶.

Por consiguiente, el desprecio a la capacidad individual para decidir, a la inteligencia de cada quien para juzgar su presente y su futuro y al derecho de resaltar la propia particularidad fruto de la personalidad humana única e irrepetible; constituyen las mayores afrentas a la dignidad del ser¹⁷.

¹⁴ El art. 51 del Código expresa: *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

¹⁵ Pazos Crocitto, por ejemplo, resalta que es un argumento utilizado *de forma bifronte*, para limitar o para admitir la autodeterminación del agente y que, como figura axiológica en proceso de construcción, ésta *debe coronar en el reconocimiento a la total autodeterminación, y no a la inversa...* PAZOS CROCITTO, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, p. 108.

¹⁶ Bidart Campos, por ejemplo, entiende que el art. 19 de la Carta Magna ampara conductas autorreferentes entre las que señala: *a) La elección del plan personal de vida autorreferente, y su realización...* BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, Tomo I, p. 523.

¹⁷ Dice Farrell: *Decidir el destino de una persona adulta y con inteligencia normal, es un acto que solamente corresponde a esa misma persona. Como expresa John Stuart Mill en Sobre la libertad, el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta*

3. Breves conclusiones

Parece a todas luces acertado el derecho sobre el propio cuerpo tenga una regulación expresa en el Código Unificado. Sin embargo creemos que parte de dichas previsiones legales no fueron elaboradas con la claridad necesaria a fin de garantizar plenamente la seguridad jurídica, tanto en lo referido a los supuestos de prohibición que imponen como a las consecuencias que su eventual incumplimiento conlleva.

Asimismo, la redacción ha estado impregnada de una visión paternalista-autoritaria e inaceptablemente moralizante del derecho, lo cual no es compatible con los principios liberales que marca la Constitución Nacional¹⁸.

Por tanto el contenido normativo reseñado desde estas breves páginas deslucen los logros de un Código Civil y Comercial que se ha pretendido y en buena medida ha logrado ser —en el mejor de los sentidos— progresista y moderno y está en principio llamado a perdurar por tiempo indefinido como uno de los pilares centrales del ordenamiento jurídico argentino.

Es deseable, por consiguiente, que el legislador se plantee introducir una reforma en el artículo referido y que, por lo pronto, la jurisprudencia se ocupe de interpretarlo en armonía con la Constitución Nacional dentro del marco de flexibilidad que da el lenguaje empleado, sin descartar emplear la herramienta última que implica una declaración de inconstitucionalidad.

*en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. La única finalidad por la cual el poder puede con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo... La solución contraria implicaría una actitud paternalista hacia esa persona ("Yo sé mejor que usted lo que le conviene"). Si bien el paternalismo puede ser aceptado sin dificultad en el caso de los niños o de los deficientes mentales, carece de toda justificación en los casos restantes... FARRELL, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 109.*

¹⁸ Si bien, por razones de espacio, no es posible hacer mayor referencia a ellos, cabe mencionar que resultan cuestionables, por ejemplo, en base a argumentos análogos a los expuestos, los art. 59 —relativo a la libertad de rehusar tratamientos médicos— y 60 —en lo atinente a las limitaciones a las directivas anticipadas—.

Creemos asimismo que otros artículos del capítulo tratado han sido mucho más felices. Así, por ejemplo, el art. 58, referente a la investigación con seres humanos, ha tomado cantidad de previsiones para evitar posibles abusos, pero no ha incurrido en una restricción extrema —si bien no está exento de debates su referencia a la ética—.

CAPACIDAD PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS

PROGRESSIVE CAPACITY OF CHILDREN AND TEENAGERS AND THEIR PARTICIPATION IN THE PROCESS

Laura Profili Fadel*

Sumario: I. Nuevo régimen de capacidad para niños, niñas y adolescentes. II. Capacidad progresiva. Concepto. III. El artículo 26 del CCyC y la asistencia letrada. IV. Derecho a ser oído y la defensa técnica. Dos garantías procesales independientes. El abogado del niño. V. Ley 14.568 de la Provincia de Buenos Aires. Su implementación. VI. Conclusiones.

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 26 consagra la posibilidad de niños y adolescentes de tener patrocinio letrado y así intervenir como parte en aquellos procesos que son de su interés. Sin embargo, impone una limitación y/o un requisito, la existencia de un conflicto de intereses con sus representantes legales. Tal restricción no se condice con la Convención de los Derechos del Niño, con el restante articulado del mismo código vigente ni con el concepto de capacidad progresiva establecido por él. En consecuencia, se propone tener presente la legislación con jerarquía constitucional y leyes especiales que obligan a la aplicación sin restricciones de la figura del abogado del niño, y modificar a futuro el artículo 26 del CCyC eliminado la mencionada restricción.

Palabras clave: Capacidad, Niñez, Defensa técnica, Proceso, Derecho a ser oído.

* Abogada. Graduada de la Universidad Nacional del Sur. Abogada del niño (CIJUSO, 2015). Alumna de la Especialización en Familia, Niñez y Adolescencia (UNS).

Abstract

The new Civil and Commercial Code Article 26 establishes the possibility of children and teenagers to have legal representation and thus intervene as a party in those processes that are of interest. However, it imposes a limitation and / or a requirement, the existence of a conflict of interest with their legal representatives. Such a restriction is not consistent with the Convention on the Rights of the Child, with the articulated remaining the same code in force or the concept of progressive capacity established by him. In consequence, it is proposed to present legislation constitutional status and special laws mandating unrestricted application of the figure of the child's attorney and modify future Article 26 of CCYC removed that restriction.

Keywords: Capacity, Childhood, Technical defense, Process, Right to be heard.

I. Nuevo régimen de capacidad para niños, niñas y adolescentes

El Código Civil y Comercial (de ahora en más CCyC) establece como principio rector la capacidad para toda persona independientemente de su edad, excepto limitaciones que expresamente se encuentren previstas en el CCyC o en una sentencia judicial. Estas limitaciones a las que se refiere aluden a la particular situación de niños, niñas y adolescentes que no demuestren un grado de madurez suficiente y una edad adecuada, criterios ambos que son introducidos en los artículos subsiguientes¹, dando lugar así a la implementación del concepto de *capacidad progresiva*. Y la referencia a una sentencia judicial tiene relación con aquellos adultos que han transitado por un proceso judicial y sufren restricciones a su capacidad.

En síntesis el CCyC incorpora el *principio de capacidad de ejercicio* por el cual toda persona puede ejercer por sí misma actos jurídicos, sin más limitaciones que las estipuladas por la norma. Este principio es aplicable a los menores de edad, poniéndose en sintonía con lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño (de ahora en más CDN), la cual asume a los niños y adolescentes como sujetos de derecho que se hallan guiados en su proceso de maduración y toma de decisiones por sus padres o tutores².

¹ HERRRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián y otros. Código Civil y Comercial Comentado Tomo I, p. 83, Ed. Infojus, 2015.

² *Idem*.

II. Capacidad progresiva. Concepto

Cuando se hace referencia a la capacidad progresiva debemos señalar en primer lugar que no estamos frente a un concepto de carácter cronológico, sino que se basa en las condiciones psicológicas y madurativas de la persona con prescindencia de su edad biológica.

Así está resuelto por el artículo 5 de la CDN cuando reconoce el derecho a ejercer por sí mismos sus derechos con el soporte y guía de los padres, tomando criterios de capacidad y discernimiento reales. Sienta las bases para la aplicación del principio de autonomía progresiva, siendo el reconocimiento del niño como sujeto de derecho lo que permite que éste se expanda a todos los ámbitos de la vida del menor.

Laura Rodríguez³ considera que el concepto de capacidad progresiva es clave para comprender y determinar en cada caso hasta qué punto y con qué extensión pueden ser ejercidos los derechos contemplados en la normativa. Más específicamente, el derecho a la defensa técnica y la oportunidad de poder elegir un abogado de confianza del niño. Esta visión ha sido plasmada en la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación, para decidir la designación de abogado a los niños y adolescentes⁴, en la cual se sostiene que deben implementarse los medios suficientes para la provisión de un abogado de confianza para el menor y que supeditar tal designación a criterios cronológicos no respeta el principio de capacidad progresiva o el sistema de autonomía progresiva. Este último, como se ha manifestado *ut supra* se define por la utilización de criterios reales de discernimiento basados en la madurez psicológica e intelectual del niño.

III. El artículo 26 del CCyC y la asistencia letrada

En el art. 26 del CCyC se señala:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. 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 (...).

³ RODRÍGUEZ, Laura, "Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes", Ed. DFyP, 2011. Cita online: AR/DOC/4038/2011.

⁴ RODRÍGUEZ, Laura, "Infancia y derechos: del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de Fundación Sur", pp. 53-61, Ed. Fundación Sur Argentina, 2011.

Nos encontramos con la primera contradicción en la misma redacción del artículo cuando les reconoce a los niños y adolescentes su condición de sujeto de derecho; a continuación, en la oración siguiente se pone un obstáculo al libre ejercicio de sus derechos tal cual se encuentra reconocido en el párrafo anterior, en la Ley 26061 y la CDN de jerarquía constitucional.

La oportunidad de ejercer por sí mismos nuestros derechos está íntimamente relacionada con el derecho a la libertad, condición fundamental e inviolable en un Estado de Derecho, la cual debe poder ser gozada por todas las personas que habitan el territorio argentino. Si aceptamos esta premisa, necesariamente comprenderemos en esta definición no sólo a todo sujeto adulto en términos jurídicos (mayores de 18 años) sino también a todo niño y adolescente, por su condición de persona.

Ahora bien, no podemos dejar de lado el sistema de capacidad implementado y antes referido, ni el equilibrio que el CCyC pretende al momento de proteger el interés superior del niño el cual se traduce en permitirles el ejercicio de sus derechos si se encuentran en condiciones de hacerlo y en caso contrario continuar con la representación derivada de la responsabilidad parental⁵, según los parámetros establecidos por el art.639 cuando 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.

Por estas mismas razones, consideramos que la frase contenida en el art. 26 resulta restrictiva al ejercicio de los derechos adquiridos por los niños, niñas y adolescentes, especialmente el de poder tener una defensa técnica completa en todos aquellos asuntos de su interés, y pareciera no coincidir con el funcionamiento del resto del sistema implementado donde sí son parte tanto desde el punto de vista fáctico como del formal.

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, FERNÁNDEZ, Silvia, *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*, 18 de Agosto de 2015, www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF150461. <http://www.infojus.gov.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>

IV. Derecho a ser oído y la defensa técnica. Dos garantías procesales independientes. El abogado del niño

El CCyC en su artículo 26, la Ley 26061 en sus artículos 24 y 27 inc. 1 y la Convención de los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), artículo 12 consagran el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados (correlativamente es una obligación para los organismos intervinientes, ya sean administrativos o judiciales) y que esa manifestación sea valorada como una opinión de peso, es decir, tomada en cuenta al momento de decidir sobre las cuestiones que hacen a su interés superior.

Esta situación debe darse con total independencia de la edad del niño, ya que la normativa no hace ningún tipo de distinción con respecto a la necesidad del niño de ser escuchado en juicio. Los criterios de madurez que se establecen en la Ley 26061 y la CDN en una interpretación armónica del sistema serán utilizados, según expresa MIZRAHI, para graduar en qué medida dichas opiniones han de ser “tenidas en cuenta” por el magistrado a la hora de su decisión⁶.

Por otra parte, debe distinguirse el derecho del niño a ser oído del derecho de defensa técnica, es decir, de su participación activa en el proceso. Si bien el primero contiene al segundo necesariamente, el derecho a ser oído no siempre recaerá de manera obligada en la designación de un abogado, más si no es la intención del propio niño o adolescente hacerse parte en el proceso. La cuestión no pueden ser dejada de lado, ya que mientras para recibir al niño y escucharlo ya no existen mayores inconvenientes ni reticencias; no se encuentra la misma predisposición a la hora de facilitar el acceso del menor a un proceso, que en muchos casos, lo tiene como protagonista. Esta negativa, aun estando en plena vigencia la Ley 26061 y la CND, fue plasmada en algunos antecedentes jurisprudenciales de nuestra Corte Nacional, argumentando no encontrarse derogados los artículos referentes a capacidad del viejo Código de Vélez Sarsfield⁷.

En la actualidad, y de la mano del artículo 26 del CCyC, la única restricción que posiblemente obstaculece el camino a la hora de nombrar un abogado del niño, es esta condición de tener que *existir un conflicto de intereses* entre el niño y sus progenitores, situación fáctica que no siempre se cumplirá. Por otro lado, esta

⁶ MIZRAHI, Mauricio, “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”, Publicado en: LA LEY 11/10/2011, 1., LA LEY 2011-E, 1194.

⁷ “M., G, c./P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial M.S.M.” (publicado en La Ley 24/7/2012 LL 2012-D-601); Corte Sup., “G.,M.S. c/ J.V., L” 26/10/2010 Cita online: AR/JUR/6444/2010.

limitación no se halla en el texto de la CDN ni tampoco en la Ley 26061, con lo cual aplicando viejas reglas de prelación de normas, nos encontramos que la CDN tiene jerarquía constitucional por sobre el CCyC, y a su vez existe una ley especial (Ley 26061 reglamentaria de la CDN) que pesa por sobre una ley general como lo es el Nuevo Código.

Con estas bases estamos en condiciones de aseverar que ya ningún organismo judicial se verá limitado al momento de tener que aceptar la participación activa del niño en el proceso, ni podría escudarse en esta frase desacertada contenida en el artículo 26, más aún, deberá designarlo de oficio si las circunstancias del caso así lo requieren.

V. Ley 14568 de la Provincia de Buenos Aires. Su implementación

La provincia de Buenos Aires en el año 2013 promulga la Ley 14568, y en el 2015 su decreto reglamentario Dec. PBA N° 62/2015, por la cual los niños, niñas y adolescentes del territorio bonaerense podrán participar de cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Determina la creación de un registro especializado en el cual podrán inscribirse todos aquellos letrados que comprueben sus conocimientos en materia de niñez a través de certificados expedidos por unidades académicas autorizadas y le delega al Colegio de Abogados de la Provincia las facultades suficientes para interconectar con los colegios departamentales a fin de implementar el mencionado registro de manera local.

Así, los distintos organismos administrativos y judiciales pueden requerir el sorteo y posterior designación de un abogado inscripto que represente a aquel niño que ve afectado su interés personal e individual⁸, independientemente de que se encuentre o no en un conflicto de intereses con sus progenitores o representantes legales, dando cumplimiento finalmente con toda la normativa vigente en materia de niñez.

⁸ Dec.PBA 62/2015, art. 1.

VI. Conclusiones

El nuevo sistema de capacidad instaurado por el CCyC ha sido un cambio de paradigma radical y que pone en escena como protagonistas a todos los niños y adolescentes desde su reconocimiento como sujetos de derecho.

La regla general que implementa como presunción la capacidad de todo ser humano, por su condición de tal, independientemente de su edad, y el principio de capacidad progresiva logran quitar todos los obstáculos que los niños encontraban a la hora de hacerse escuchar y que esa opinión sea tenida realmente en cuenta.

La posibilidad de ser oídos en juicio y la de participar activamente en los procesos que le son de su interés encuentran hoy respaldo jurídico absoluto. La Ley 26061, la CDN y el art. 26 y ccs. del CCyC, lejos de tener criterios etarios, se basan en la capacidad y autonomía progresiva que establece la necesidad de tener en cuenta la madurez psicológica e intelectual del niño; así dos niños de igual edad pueden encontrarse en una situación similar y solo uno de ellos estar lo suficientemente maduro para enfrentarla desde una perspectiva técnica-procesal. Lo cual no obstará a que de todas formas sean escuchados las veces que sean necesarias y ellos mismos lo requieran.

Sin embargo, es imperioso quitar del artículo 26 del CCyC la condición de tener un conflicto de intereses para poder acceder al patrocinio letrado, y así evitar la discrecionalidad judicial al momento de decidir la presencia autónoma e independiente del niño como sujeto procesal.

En consecuencia, se debería modificar el artículo 26 eliminando la condición de conflictividad y así evitar la discrecionalidad judicial; y tener presente la legislación vigente de mayor jerarquía, que obliga a poner en funcionamiento la figura del abogado del niño, en la medida que sea necesaria y/o el niño o adolescente lo soliciten.

Ya en el año 1997 en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron que “el derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o sus bienes”⁹. Hoy, casi 20 años más tarde, es una realidad.

⁹ Conclusiones XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión n° 5, Derecho de Familia: La protección de los menores en la Constitución Nacional), publicado en: <http://jndcbahia-blanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-20-XVI-Jornadas-1997.pdf>.

**EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER
OÍDOS Y A CONTAR CON UN ABOGADO. EL DESAFÍO
DE RECONOCER EL PAPEL ESENCIAL DE LOS NIÑOS EN
TODAS LAS DECISIONES QUE AFECTAN SU VIDA**

**THE RIGHT OF CHILDREN AND TEENS TO BE HEARD AND
TO HAVE A LAWYER. THE CHALLENGE OF RECOGNIZING
THE ESSENTIAL ROLE OF CHILDREN IN ALL DECISIONS
AFFECTING THEIR LIVES**

María Paula Laplace*
Rosalía Klun*

Sumario: I. Evolución normativa del derecho de la infancia y adolescencia: el paso al Sistema de Protección Integral de Derechos. II. Un fallo que reconoce que los niños y adolescentes tienen un Derecho Humano Fundamental a ser escuchados por quienes tomarán las decisiones que afectarán su vida. III. La escucha de los niños, niñas y adolescentes y la incorporación del principio de autonomía progresiva al Código Civil y Comercial. IV. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con asistencia letrada. V. A modo de conclusión.

Resumen

En las líneas que siguen analizaremos brevemente un fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew que evidencia algunas de las fallas que siguen existiendo en aquellos procesos en los cuales se toman decisiones que involucran y afectan a personas menores, las cuales demuestran una indiferencia respecto de los derechos de los cuales son portadores, y que impiden reconocerlos como sujetos de derecho, con todas las consecuencias que ello trae aparejado.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de ser definidos por sus carencias, es decir por lo que les falta para llegar a la vida adulta, sino más bien que se los reconozca como seres humanos completos, tanto portadores de derechos y atributos que le son

* Abogadas. Graduadas en la Universidad Nacional del Sur.

inherentes por su condición de persona, como de aquellos que se les corresponden específicamente por su condición de niño¹.

Palabras clave: Abogado del Niño, Derecho a ser oído, Niño Sujeto de Derecho.

Abstract

In the next lines we briefly discuss a judgment by the Court of Appeals of Trelew that shows some of the flaws that still exist in those processes in which decisions involving and affecting kids are taken, and that demonstrate a disregard for the rights which they are carriers, and prevent them from being recognized as subjects of law, with all the consequences that this brings.

Children and teens being recognized as subjects of law, implies that they are no longer defined by its shortcomings, *i. e.*, by the lack to reach adulthood, but rather to be recognized as full human beings with rights holders and attributes that are inherent in their capacity as person, and those who are specific for being a child.

Keywords: Children's Lawyer, Right to be Heard, Kids as Subjects of Law.

¹ MINYERSKY, Nelly, "Derecho a la defensa de niños, niñas y adolescentes víctimas", en GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa (directoras), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*, 1 ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Min. De Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, p. 90.

Viví mucho con personas grandes. Las he visto muy de cerca. No he mejorado excesivamente mi opinión. Cuando encontré alguna que me pareció un poco lúcida, hice la experiencia de mi dibujo número 1, que siempre he conservado.

Quería saber si era verdaderamente comprensiva. Pero siempre respondía: 'Es un sombrero'. Entonces no le hablaba ni de serpientes boas, ni de bosques vírgenes, ni de estrellas. Me colocaba a su alcance. Le hablaba de bridge, de golf, de política y de corbatas. Y la persona grande se quedaba muy satisfecha de haber conocido un hombre tan razonable.

El Principito

Antoine de Saint-Exupéry

I. Evolución normativa del derecho de la infancia y adolescencia: el paso al Sistema de Protección Integral de Derechos

En los últimos años ha tenido lugar un cambio de paradigma en nuestro país en lo que respecta a la consideración de la niñez, de conformidad con los preceptos establecidos por el derecho internacional, en particular la Convención de los Derechos del niño (en adelante CDN) que fue ratificada por Ley 23849 y que goza a partir de la reforma del año 1994 de jerarquía constitucional.

Este cambio trascendental fue produciéndose de forma gradual, en pos del reconocimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales de niñas, niños y adolescentes; decimos gradual porque aun habiendo transcurrido más de veinte años de la incorporación de la CDN al bloque de constitucionalidad, queda todavía un largo camino por recorrer para lograr la finalidad perseguida desde el ámbito internacional, que es el reconocimiento pleno de los niños y niñas de su condición jurídica de sujetos de derechos.

Siguiendo estos lineamientos, se sancionó en el año 2005 la Ley Nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que adopta los principios de la CDN y establece que los niños y niñas ya no serán considerados objeto de tutela del Estado sino que se constituirán en sujetos de derecho tendiendo a su protección integral.

Cabe destacar el artículo 27 de dicho cuerpo legal que establece las garantías mínimas de procedimiento que el Estado debe garantizar a los niños en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, de conformidad

con lo dispuesto en el art. 12 de la CDN², a saber: el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a tener asistencia letrada desde el inicio del procedimiento, a participar activamente en el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte, todas ellas garantías que hacen el debido proceso y al derecho de defensa en juicio de todo sujeto.

Por su parte, el artículo 2 de la ley, establece la obligatoriedad de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, y destaca que los derechos y garantías de los menores son de orden público e irrenunciables, lo que habilitaría en su caso a solicitar la declaración de nulidad de todo proceso que se lleva a cabo sin dar cumplimiento a alguna de ellas.

En relación con el derecho a contar con asistencia letrada, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en el año 2013 se sancionó la Ley 14568, que crea la figura del abogado del niño quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños y niñas ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, aclarando que lo será sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el asesor de incapaces.

Asimismo, se crea un Registro Provincial de Abogados del niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse aquellos profesionales que demuestren su especialización en la temática. Debemos destacar, que en nuestra ciudad, Bahía Blanca, el Colegio de Abogados ya dio cumplimiento con la creación del Registro de Abogados del Niño en julio de 2015.

Lo que se constituía en un tema de trascendental importancia, era la readequación de la normativa interna para que esté en consonancia con las disposiciones de la CDN de jerarquía constitucional, cuestión que tras largos intentos se pudo concretar con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

El derogado Código Civil no contenía en su articulado ninguna mención de la temática por el simple hecho de fue redactado bajo el viejo modelo de situación irregular por el que se consideraba al niño como un objeto de tutela.

² El art. 12 de la CDN 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. 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 procedimientos de la ley nacional.*

Fue recién en el año 1989, con la aprobación del texto de la CDN por la Asamblea General de Naciones Unidas, que se produce el cambio fundamental hacia el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y un traspaso al modelo de protección integral que va a considerar al niño como sujeto de derechos, otorgándole voz y participación en la toma de decisiones y en todas las cuestiones que atañen a su persona, lo que se vincula con el principio de capacidad progresiva que se incorpora. Sin embargo, como bien destacamos, no existía por aquella época norma alguna en el Código de fondo que receptara semejante cambio.

La capacidad progresiva es un principio jurídico que se nutre de ideas de otras disciplinas, fundamentalmente de la psicología evolutiva, y significa tener en consideración las distintas etapas en el desarrollo que atraviesa un niño, dado que: “las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales”³.

En cuanto a las novedades que incorpora el Nuevo Código Civil y Comercial, se encuentra el Art. 26, que recepta el derecho de la persona menor de edad a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y participar en las decisiones sobre su persona. Asimismo establece que aquellos que cuentan con la edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por si solos los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales pueden intervenir con asistencia letrada.

II. Un fallo que reconoce que los niños y adolescentes tienen un Derecho Humano Fundamental a ser escuchados por quienes tomarán las decisiones que afectarán su vida

II. I. Los hechos

La Cámara de Apelaciones de Trelew, el 21 de Agosto del 2015, en los autos “Asesoría de Familia e Incapaces s/Medidas de Protección (S. S. B.)”, resolvió un caso en donde se analizó el derecho de los menores de edad a ser oídos y a que se respete su interés superior, realizando un aporte muy valioso para seguir avanzando en materia de protección de sus derechos, considerando su

³ FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa; “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, La Ley Online (AR/DOC/3384/2005).

voz y su voluntad como elementos centrales a la hora de tomar decisiones que los involucren.

En primera Instancia el Juez interviniente había autorizado a la menor S. S. B. quien sufría malos tratos por parte de su madre –Sra. H.– y de quien sería su pareja conviviente –Sr. B.–, a permanecer durante el plazo de 3 meses en la casa de su tía abuela C. I. y había ordenado que se inicie un proceso de revinculación con su madre, con el fin de que la niña retorne a su hogar.

La parte actora apela dicho decisorio fundándose en la errónea valoración de la prueba, la errónea aplicación de la doctrina de la protección integral y el interés superior del niño, la colisión de intereses entre el rigorismo formal y el interés superior del niño al momento de interpretar la aplicación de las medidas de protección de la Ley 26061 y la prematura orden de revinculación de la niña con su madre.

La Cámara revocó parcialmente la sentencia apelada, disponiendo que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, lo que deberá ser acreditado en la causa.

II. II. Los argumentos de la Cámara

La Alzada realiza varias observaciones, en primer lugar recuerda que la menor quien tenía 14 años había solicitado ser asistida por un abogado del niño en su oportunidad, y que este le fue denegado, el Dr. López Mesa en su voto afirma: *si en una causa debía nombrarse un abogado del niño era en esta, al ser un caso 'de Manual'*, en donde se puede advertir que existían claros conflictos de intereses entre la madre de la niña, su pareja y la menor. El derecho de la adolescente a la asistencia letrada surge del art. 12 de la CDN, el 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y del art. 27 de la Ley 26061, y constituye una garantía procedimental tendiente a que la menor posea una defensa técnica de sus propios intereses.

Por otro lado, se sostuvo que no se había tenido en cuenta los dichos de la menor, por ello la sala decide recibir a la misma, escucharla e interiorizarse en su problemática, al mismo tiempo recuerda que el art. 27 de la Ley 26061 otorga

el derecho a los niños de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En cuanto a la audiencia con la menor, ésta se mostró madura, serena y manifestó que no desea recibir más malos tratos por parte de su madre y su pareja.

En su voto, la Dra. Spoturno sostuvo que luego de la lectura de la causa, de las pruebas obrantes y de haber escuchado a la menor S.S.B en la audiencia celebrada en la Alzada “la sentencia parece dictada para otra causa. No se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los consejos de los profesionales intervinientes”.

El médico psiquiatra que evaluó a la menor había sugerido que había que tener en cuenta su voluntad antes de pautar las medidas de revinculación madre-hija. Esto también lo había advertido su psicóloga, quien afirmó que es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo, es por ello que la revinculación del modo que fue establecida por el Juez de primera instancia resulta prematura, y contradictoria con el interés superior de la menor involucrada al establecer un plazo perentorio de tres meses para que la menor retorne al hogar materno, debido a que es ella quien debe decidir en uso de su capacidad progresiva cuándo se encuentre en condiciones de hacerlo y no ser esto decidido arbitrariamente por el sentenciante sin tener en cuenta los dichos de la niña, silenciando su voz y forzándola a atravesar por situaciones de riesgo.

Recordemos que se sostuvo que no existen en la sentencia apelada los suficientes fundamentos que sostengan la medida de revinculación establecida y que la misma resulta perjudicial e inconveniente para la menor involucrada según la prueba obrante en la causa que da cuenta de las consecuencias negativas que traería para la adolescente.

Citando al Dr. Perez Manrique, la jueza comparte con dicho autor que

... 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.

La Alzada también ordenó a la Sra. H. y el Sr. B. seguir con tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, los que quedaron patentes en la audiencia tomada en la Cámara, en donde se pudo observar que la madre de la menor no se halla en dominio de sus emociones, mostró falta de serenidad, compostura y actitudes cambiantes respecto de la menor.

III. La escucha de los niños, niñas y adolescentes y la incorporación del principio de autonomía progresiva al Código Civil y Comercial

La Dra. Famá sostiene que el principio de capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la CDN, fundamentalmente en el art. 5 que recuerda el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”. Asimismo refiere que dicho principio tiene notables implicancias para los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes ya que afirmar que a medida que ellos crecen y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, alcanzan competencias cada vez mayores para asumir responsabilidades que afectan su propia vida, implica una correlativa disminución en la necesidad de dirección y orientación por parte de sus padres, así como en el ejercicio del deber de contralor del Estado⁴.

Íntimamente relacionado con este principio se halla el derecho a ser oído, atento que para evaluar el grado de madurez y la capacidad de discernimiento, es necesaria la previa escucha del niño sobre la cuestión que lo afecta.

El derecho a ser oído es uno de los tantos derechos humanos de los que son titulares los niños, estando contemplado a nivel internacional en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵ como el derecho que ostentan todas las personas, incluidos los niños/as, en los procesos en que se determinen sus derechos; y con especificidad en el art. 12 de la CDN.

Por su parte, el Comité de los Derechos del niño a través de la Observación General 12/2009 precisó la extensión y alcance de este derecho, entendiéndolo

⁴ FAMÁ, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *La Ley* (Online AR/DOC/3698/2015), p. 2.

⁵ Art 8. 1. *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, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

como un principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño/a o adolescente, ya sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, entre otros⁶.

Dicha Observación establece que todo niño o niña tiene derecho a ser oído, sin que esté ese derecho condicionado a una edad mínima⁷, y que los Estados partes deben partir de la presunción de capacidad del niño que se va a expresar⁸.

Por otro lado sostiene que una vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. Este organismo recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento. En cuanto al representante, puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)).

Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular⁹.

En el ámbito nacional, además de la reciente incorporación al Código Civil y Comercial en el art. 26 que mencionamos ut supra, contamos con la ley 26.061

⁶ FERNÁNDEZ, Silvia E., “Código Civil y Comercial Comentado”, Infojus, p. 70.

⁷ Comité de Derechos del Niño, párrafo 21 de la Observación General 12/2009 que reza: *21.El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.*

⁸ Comité de Derechos del Niño, párrafo 20 de la Observación General 12/2009: *20.Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que 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.*

La regla o el principio de la capacidad, también es seguida por nuestro Código Civil y Comercial en el art. 22, en concordancia con el derecho internacional y el reconocimiento de la capacidad jurídica como derecho humano y de la condición de sujeto de derechos a los niños/as.

⁹ Comité de Derechos del Niño, párrafo 35 y 36 de la Observación General 12/2009.

de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en donde por su art. 3 se incorpora el derecho de los niños a ser oídos y atendidos cualquiera fuera la forma en que se manifiesten respetando su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Asimismo en el art. 24 del mismo cuerpo normativo se agrega el derecho del niño a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que lo conciernan y en aquellos que tengan interés.

Ahora bien, como destaca la Dra. Silvia Fernandez¹⁰:

“adquiere especial relevancia la determinación del ‘efecto’ de dicha escucha: qué se ‘hace’ con la expresión volcada y deseos que han sido dichos por el niño. Es esto último justamente lo que hará que la escucha del niño tenga una auténtica razón de ser; de lo contrario se reduce a un simple acto mecanizado, alejado del sentido mismo y la ideología que nutre a la Convención y doctrina de protección integral.

En este sentido, que el Estado deba garantizar efectivamente la escucha del niño, ¿implica necesariamente que siempre se deba tomar en cuenta sus opiniones? La normativa dispone que su opinión será valorada teniendo en cuenta el grado de discernimiento del menor. Solo si luego de la escucha se desprende que el niño es capaz de formar un juicio propio, deberán considerarse seriamente las mismas respecto a la cuestión en conflicto¹¹ y en igual sentido fue interpretado por la Corte Interamericana en un conocido precedente¹².

Sin embargo, si no tuviera lugar ese supuesto, es decir, el niño no contara con la madurez requerida, igualmente tendría derecho de tomar conocimiento del porqué se tomó determinada decisión. Esto es así porque de lo contrario estaríamos desconociendo su condición de sujeto de derechos, y el acto de oírlo se transformaría en una mera formalidad sin relevancia alguna.

¹⁰ FERNANDEZ, Silvia. E., “La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior del niño”, La Ley Online, (AR/DOC/3412/2015).

¹¹ Recordemos que el art. 707 del C. Civil y Comercial de la Nación establece: ... *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 el proceso.*

¹² Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 24 de febrero de 2012, pp. 62-66. Fallo disponible en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

De tal manera que, en cualquiera de los dos supuestos, el juez no se desliga de su obligación de fundar su decisión, es decir, deberá dar a conocer al niño los argumentos que justifican un apartamiento de su posición, de manera que le sea comprensible¹³. Sostenemos la existencia de este deber en cabeza de los magistrados, porque sus sentencias deben aspirar a la consagración del principio del interés superior del niño involucrado en el proceso, y como bien lo ha dejado en claro el Comité de los Derechos del niño, “el interés superior del niño” y el “derecho a ser escuchado” se hallan muy relacionados, porque el primero refuerza la funcionalidad del segundo al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida¹⁴.

IV. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con asistencia letrada

Siguiendo los lineamientos del art. 12 de la CDN, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con asistencia letrada tuvo lugar con la sanción de la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que en su art. 27 de garantías mínimas del procedimiento lo regula.

Su Decreto Reglamentario 415/06 define de alguna manera la función del “Abogado del niño” (como representante de sus intereses personales e individuales) y su diferenciación con la función del Ministerio Pupilar, al establecer que la participación de este último no obsta ni suple la participación del otro¹⁵.

¹³ En igual sentido encontramos la opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci, y Mariel F. Molina de Juan, quienes afirman que toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse, pero que ello no quiere decir que su opinión sea vinculante, y que la autonomía progresiva va a jugar un papel importante a la hora de valorar la misma.

Sostienen que en todos los casos, si bien la opinión de la persona menor de edad no es determinante de la decisión, cuando el Juez decide apartarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Molina de Juan, Mariel F., “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, La Ley Online (AR/DOC/3850/2015).

¹⁴ Comité de Derechos del Niño, Párrafo 74 Observación General 12/2009: 74. *No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.*

¹⁵ Decreto Reglamentario de la Ley 26061, B.O. 18/04/06: art. 27: *El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.*

En la provincia de Buenos Aires, contamos con la Ley 14568 que crea la figura del “Abogado del Niño” en cumplimiento con lo establecido por el art. 12 incisos 1) y 2) de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 27 de la Ley 26061.

Este derecho-garantía está sumamente vinculado con el derecho a ser oído, porque se constituye en la defensa técnica de lo manifestado por el niño, pero la efectiva realización de uno no obsta a al cumplimiento del otro, dado que son dos derechos independientes.

Habiendo llegado a este punto del análisis de la cuestión de la asistencia letrada, y si bien excede el comentario al presente fallo, queremos dejar planteado al lector el siguiente interrogante, que ha generado posturas encontradas entre prestigiosos doctrinarios: ¿la designación de la figura del abogado del niño solo procede en caso de conflicto de intereses entre el niño/a y sus progenitores o representantes legales?¹⁶.

El criterio seguido por nuestro Código Civil y Comercial es que, en principio, el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad lo es a través de sus representantes legales, salvo conflicto de intereses con los mismos, caso en el cual puede intervenir con asistencia letrada (art. 26).

Por su parte, quienes sostienen la postura contraria¹⁷ entienden el derecho a la asistencia letrada como una garantía mínima del procedimiento, por lo que el abogado del niño debe estar presente en todos los procedimientos en los que se ventilen cuestiones atinentes a los mismos, sin que existan sujeciones referidas a la cuestión etaria o al conflicto de intereses.

En este sentido, Victoria Blanchard sostiene:

Supeditar la defensa técnica del niño a la existencia de intereses contrapuestos implica confundir dicha figura con la del tutor ad litem, quien sí representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres, actuando exclusivamente para ese acto único a la vez que defiende su interés de acuerdo con su leal saber y entender, es decir desde la mirada adulta. El abogado del niño, en cambio, no lo representa sino que lo patrocina, lo escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado, expresando los intereses personales e individuales de los

¹⁶ Asimismo se han generado posturas encontradas respecto de la edad que debe contar el menor para poder intervenir en un proceso con asistencia letrada.

¹⁷ Ver SOLARI, Nestor; “*El patrocinio letrado en la Ley de Procedimiento de Adopción (Provincia de Buenos Aires)*”, La Ley Online (AR/DOC/3074/2013).-

NNA ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte. (...) Corresponde entonces designar abogado del niño aun en el caso de intereses coincidentes entre representantes legales y los NNA, manteniéndose con toda plenitud el derecho a contar con un abogado si sus derechos pueden resultar afectados¹⁸.

Por nuestra parte, consideramos que la limitación mencionada, y contemplada por el nuevo Código Civil y Comercial, no resulta adecuada y podría dejar desamparados a ciertos niños/as o adolescentes cuando no se presente directamente una situación de conflicto de intereses. Asimismo, en aquellos supuestos en que se encuentra involucrado el derecho a la identidad, por ejemplo, como podría ser un cambio de nombre, o una supresión de apellido paterno (entre tantos otros), y en donde el menor quiera actuar por derecho propio en la causa en que se sustancie su derecho, estaría sujeto al cumplimiento del requisito de admisibilidad aludido (existencia de contraposición de intereses), afectando claramente su derecho a ejercerlo por sí y en contradicción con el principio de autonomía progresiva y el principio de la capacidad adoptados por el mismo cuerpo legal.

V. A modo de conclusión

El fallo analizado es una clara muestra de cómo debe ser interpretado el derecho de los menores a ser oídos y de cómo debe procederse en aquellas cuestiones en las cuales se tomarán decisiones que los afectarán.

El nuevo Código Civil y Comercial nos aportó algunas herramientas para seguir en la búsqueda de la protección integral de los derechos de los niños, logrando que de a poco se eliminen las barreras que impiden que sean visibilizados y escuchados, permitiéndoles participar en el proceso con debida asistencia letrada, y que sus opiniones sean tenidas en cuenta, cuestión que era impensada o considerada un sin sentido años atrás.

Esta nueva normativa sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de “democratización” vivenciado en su interior, evolución que ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho

¹⁸ BLANCHARD, Victoria, “Procedencia del abogado del niño ¿en qué casos?”, La Ley Online (AR/DOC/3449/2015).

privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales¹⁹.

La interpretación que realizaron los jueces de la Alzada debería haber sido la misma que el magistrado que intervino en primera instancia, sin embargo resulta a veces difícil romper viejas estructuras y guiarnos por el nuevo paradigma sobre la concepción de la niñez y hacer valer los derechos de los menores que se encuentran reconocidos constitucionalmente.

El fallo comentado es un claro ejemplo donde podemos observar cómo se resolvió una revinculación en la cual no se tuvo en cuenta las manifestaciones de la menor, ni como la afectaría una medida de tal carácter, en un caso en donde mediaba violencia por parte de su progenitora y su pareja. La sentencia resultó ser violatoria de los derechos de la adolescente, al colocarla en una situación en la cual ella no estaba preparada para afrontar, silenciando totalmente sus deseos y necesidades.

Esperamos que en materia de protección a la niñez se sigan realizando aportes que contribuyan a reconocerlos como sujetos de derechos y que no retrocedamos, negándoles desarrollarse plenamente y ejercer sus derechos, sabiendo que todavía nos queda un largo camino por recorrer.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, MOLINA DE JUAN, Mariel F. *op. cit.* p. 1.

LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ¿RAZONABLES? ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

THE IMPLEMENTATION OF REASONABLE MEASURES TO BREACH OF VISITATION REGIME

María Paula Laplace*
Rosalía Klun*

Sumario: I. La sentencia. II. Los fundamentos esbozados por los jueces de la Cámara. III. La regulación del cuidado personal en el Código. IV. Medidas para asegurar el cumplimiento del régimen de comunicación. V. Las sanciones ante el incumplimiento del deber de comunicación homologadas por la Cámara. Los límites de las medidas.

Resumen

En el presente trabajo comentaremos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹, que resulta sumamente interesante, dado que no solo se aboca a homologar un acuerdo de régimen de visitas propuesto por las partes intervinientes, sino que introduce como cuestión innovadora, sanciones de tipo personal y económico para el supuesto incumplimiento de lo acordado cuando el progenitor conviviente obstruye la comunicación y el contacto del niño con el progenitor no conviviente. Para así decidirlo, recurre a la nueva normativa del Código Civil y Comercial, específicamente a las previsiones del artículo 653 de dicho cuerpo legal.

Sin embargo, entendemos que es pasible de cierta crítica la decisión tomada por la Cámara, dado que en el afán de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales, muchas veces se pierde de vista el real interés involucrado en el pleito, que es el interés superior de los niños.

* Abogadas. Graduadas en la Universidad Nacional del Sur.

¹ “D. R. D., P. c. G. Z., P. s/ régimen de visitas”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 11/09/2015, La Ley Online (AR/JUR/36050/2015).

Como veremos a continuación, los jueces establecen que en caso de incumplimiento se sancionará al progenitor en cuestión con ciertas medidas de restricción al contacto por 180 días que lesionan también los derechos de los niños, quienes no participan del acuerdo y contienda entre los adultos.

Por nuestra parte consideramos que los operadores de justicia, deben ser cautelosos al momento de disponer el tipo de medidas ante el incumplimiento, cuidando de no afectar a los más pequeños de la familia, pudiendo optar quizá por sanciones que solo recaigan sobre el adulto incumplidor, como lo es la sanción económica, por ejemplo.

Palabras clave: Régimen de comunicación y contacto, Incumplimiento de deberes parentales, Responsabilidad Parental.

Abstract

In this paper we'll analyze a judgment by the National Chamber of Civil Appellate, which is very interesting because not only approves an agreement on visitation rights proposed by the parts involved, but it introduces as an innovative matter, economics and personal sanctions for the case of a breach of the agreement when the cohabiting parent obstructs the communication and contact of the child with the parent not cohabiting. To resolve, appeal to the new rules of the Civil and Commercial Code, specifically the provisions of article 653.

However, we understand that the decision taken by the Chamber is liable to some criticism since the desire to comply with the judgments, often loses sight of the real interest involved in the lawsuit, which is the interest of children.

As discussed below, the judges state that in case of breach, the parent in question is punishable with certain measures restricting the contact for 180 days that also infringe the rights of children, who do not participate in the agreement and contention among adults.

We believe that justice operators should be careful when choosing the kind of measures when the breach occurs, being careful not to affect the younger members of the family, maybe opting for sanctions that only fall on the adult defaulter, as the economic sanction, for example.

Keywords: Visitation Rights, Visitation Regime, Breach of Visitation.

La comunicación encuentra su fundamento en la medular importancia que el contacto con ambos padres tiene para la estructuración psíquica y moral del niño, ya que su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (interés superior del niño), en tanto que la falta de una de ellas representa una carencia espiritual de variadas consecuencias... este derecho solo puede ser restringido o suprimido cuando de su ejercicio pueda derivarse un peligro para la salud física o moral de los niños, que se traduzca en una perturbación pernicioso en la culminación de su desarrollo psicológico y exista posibilidad fundada de otro tipo de agresión

Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa, Lloveras Nora²

I. La sentencia

En primer término, y en atención a lo peticionado y acordado por las partes en la audiencia correspondiente, la Cámara homologa un convenio al que los peticionantes han arribado referido al régimen de contacto con sus hijos.

Pero el acuerdo no solo se agota en establecer cómo se desarrollará el deber de comunicación con sus hijos, sino que también se dispone que en caso de producirse algún incumplimiento por cualquiera de las partes involucradas, el Tribunal podrá disponer sin más trámite, una o ambas de las siguientes sanciones, teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento:

1. El cambio inmediato del régimen de cuidado personal de los hijos en común de las partes, los que quedarían bajo el exclusivo cuidado de progenitor cumplidor, impidiendo el pernocte de alguno de los niños en el domicilio del otro y estableciendo que el contacto de los niños con el progenitor incumplidor será harto reducido y controlado, no pudiendo extenderse por más de dos horas y no más de dos veces por semana. Aclara, que este régimen se aplicará por un lapso de 180 días, a cuyo término el Tribunal decidirá lo que corresponda, siempre respetando el interés superior de los mencionados hijos.

2. La aplicación de una sanción económica, consistente en una multa graduada en \$10.000 por cada acto de incumplimiento, que regirá mientras persista el incumplimiento y se devengará en beneficio de la contraparte.

² Cfr. “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Tomo IV, arts. 638 a 723 y 2621 a 2642, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 208 y 209.

II. Los fundamentos esbozados por los jueces de la Cámara

Los magistrados intervinientes consideraron al derecho-deber de comunicación, es decir que uno de los progenitores facilite el mantenimiento del trato regular de sus hijos con el otro, como fundamental a la hora de determinar la idoneidad de un progenitor para ejercer el cuidado personal de sus hijos, “estiman prima facie, que la falta de colaboración activa de un progenitor para que los hijos logren una buena comunicación con el otro, dará muestras de que dicho padre o madre es inidóneo para tenerlos bajo su cuidado personal”.

Para lograr dicho razonamiento, recurren a la nueva normativa del Código Civil y Comercial, dado que el artículo 653 brinda pautas claras para resolver la cuestión de la idoneidad de un progenitor al momento de decidir el cuidado personal unilateral, que se constituye en una excepción en el nuevo sistema que regula como principio rector el cuidado compartido por ambos progenitores. Así, el inciso “a” del artículo en mención dispone que el juez, al momento de decidir el cuidado unipersonal debe dar prioridad al progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.

Sobre la base de estos fundamentos los magistrados deciden homologar el acuerdo arribado por los peticionantes, considerando adecuado el establecimiento de sanciones que se aplicarán en forma automática en caso de incumplimiento del deber de comunicación, dichas sanciones luego las analizaremos debido a que consideramos que merecen ser leídas con detenimiento. Antes de ello consideramos que es importante remarcar algunas cuestiones y analizar la regulación del cuidado personal en el nuevo Código Civil.

III. La regulación del cuidado personal en el Código

El Código regula en el Título VII (Responsabilidad Parental), capítulo 4, los Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos. El articulado de este capítulo está destinado a tratar fundamentalmente el problema que genera el cese de la convivencia de una pareja y la nueva organización familiar que debe surgir para lograr un adecuado contexto en el que se desarrollaran las relaciones familiares y el mantenimiento de los vínculos afectivos de los niños.

En la regulación del Código de Vélez, se contaba con dos figuras bien definidas, la “tenencia” en cabeza del progenitor que tomaba a su cargo el cuidado del hijo en su hogar y que podría tomar las decisiones respecto a la vida del mismo por tener el ejercicio de la “patria potestad”; y la figura del “régimen de visitas” para quien fuera el padre/madre no conviviente.

En este aspecto, se produce una importante modificación en el Código Civil y Comercial. En primer lugar, en cuanto a la terminología utilizada, ya que se sustituye el término “tenencia” por “cuidado personal” refiriéndose a todo lo relacionado con la convivencia con el niño, y se modifica “régimen de visitas”, incorporando el vocablo “comunicación” ampliando así un poco la injerencia del otro progenitor en la vida del hijo, y adecuando la norma con un concepto más amplio que el de “visita”.

En segundo lugar, y más importante aún, es el principio general que se incorpora referente al ejercicio de la responsabilidad parental compartida, aunque el hijo se encuentre bajo el cuidado personal de solo uno de los progenitores.

Resulta interesante la opinión del Dr. Solari³, quien en el año 2008, al comentar un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁴, adelanta la necesidad de una reforma en la temática referida a la responsabilidad parental, que se sentaba en el criterio de la tenencia unipersonal atribuida a la madre. Ello pues, dice el autor, ha colocado a la mujer en una desigualdad de condiciones respecto del padre, en lo que a la crianza de los hijos se refiere, cargando ella con toda la responsabilidad.

De allí la imperiosa necesidad de la adecuación de la normativa interna, y más aún por los cambios operados en las dinámicas familiares de los últimos años, y como sostiene Ana María Chechile⁵:

El dato más importante es la alta función educativa de la ley, y ésta nos dice que se privilegia que ambos progenitores puedan asumir en común las responsabilidades y cuidados que la crianza y educación de los hijos requiere.

Siguiendo la misma línea, el art. 651 reza:

A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

³ SOLARI, Néstor E., “Ejercicio compartido de la autoridad parental”, La Ley Online, (AR/DOC/1054/2008).

⁴ “B., G. S. c. M.G., R.A.”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 5/12/2007, La Ley Online (AR/JUR/8025/2007). B., G.S. c. M. G., R.A.

⁵ CHECHILE, Ana María, “La responsabilidad parental y el cuidado personal compartidos como principio y el proceso”, La Ley Online, (AR/DOC/3805/2015). AR/DOC/3805/2015.

Ahora bien, como vimos, el cuidado personal unilateral se presenta como una excepción, por lo que tiene regulación expresa en el artículo 653, en donde se hace referencia a pautas que debe ponderar el juez para otorgarlo. Así, se menciona en el inciso “a” la prioridad al progenitor que facilita el derecho al menor a mantener trato regular con el otro como ya hemos visto *ut supra*⁶; y se agrega como criterios a tener en cuenta: el mantenimiento de la situación existente y respecto del centro de vida del hijo, la edad del niño y su opinión, todo en consonancia y en respeto del cambio de paradigma operado con respecto a la niñez consagrado mediante el paso al sistema de protección integral de derechos y su consideración como sujeto de derechos.

De acuerdo con el cambio operado, el art. 652 menciona expresamente que en el caso de cuidado personal unilateral hay un derecho y deber de comunicación fluida con el hijo y en el art. 654 se regula el deber de informar sobre las cuestiones de educación, salud y todo lo relativo a la persona y bienes del hijo, que tienen ambos progenitores.

IV. Medidas para asegurar el cumplimiento del régimen de comunicación

Muchas veces resulta difícil que los progenitores realmente piensen en el bienestar de sus hijos y no se dejen enceguecer por el momento de tensión y angustia que viven luego de la ruptura de la pareja y del proyecto familiar, lo que los lleva a buscar perjudicar al otro, generarle un daño, impidiéndole al progenitor no conviviente tener contacto con sus hijos como medida de fuerza ante diversos motivos, lo que lleva a judicializar la situación familiar.

El régimen de comunicación, cuando hay acuerdo entre los padres, nace como fruto del diálogo o consenso, sin que ninguno de los integrantes del grupo recurra al sistema judicial, pero cuando la cuestión se judicializa, también se debe intentar la conciliación y en caso de no ser posible, no queda otro camino que fijar el sistema de comunicación coactivamente por el juez⁷. Pero no siempre el derecho de comunicación es cumplido según las pautas acordadas o fijadas

⁶ En este sentido se sostiene que la actitud facilitadora de un progenitor respecto del contacto de su hijo/a con el otro fue fundamento, en varios precedentes jurisprudenciales, para disponer un cambio de tenencia, pues las actitudes injustificadamente obstruccionistas y resistentes a un adecuado desarrollo del vínculo parental con el progenitor no conviviente implica no solo un incumplimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino infringir un daño psicológico a los hijos/as atentatorio a su interés superior en juego. María Victoria Pellegrini, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, Infojus, p. 502.

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa, Lloveras Nora, *op. cit.*, pág 128.

judicialmente, y para lograr la eficacia de las normas vinculadas al derecho de comunicación el Código Civil y Comercial adopta una postura legislativa amplia, al igual que lo hace en materia alimentaria⁸.

Las medidas que un juez puede imponer al responsable del incumplimiento del deber alimentario son receptadas en los arts. 670⁹, respecto de los alimentos entre padres e hijos, y en el art. 553¹⁰ respecto de alimentos entre parientes¹¹, y en cuanto al incumplimiento del deber de comunicación nos encontramos con el art. 557¹², que se encuentra dentro del capítulo de “Deberes y Derechos entre parientes”, sin perjuicio de ello, consideramos que dicho artículo resulta aplicable por analogía al deber de comunicación entre padres e hijos.

Dijimos que la regulación de las medidas para asegurar dichos incumplimientos, resulta “amplia” porque deja en las manos de la creatividad del abogado o del juez la posibilidad de proponer las medidas que consideren adecuadas. La Dra. Herrera afirma que si una persona suele viajar bastante al exterior, impedir la renovación del pasaporte y la restricción a la salida del país podría ser una medida, más que efectiva que una sanción pecuniaria, como así también si una persona es hinchada de un club de fútbol y concurre todos los fines de semana a la cancha, la suspensión del ingreso al estadio o de su carácter de socio de la institución podría también ser una medida hábil a los fines que se pretende¹³.

⁸ HERRERA, Marisa, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, Infojus, p. 279.

⁹ Art. 670. *Medidas ante el incumplimiento. Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos.*

¹⁰ Art. 553. *Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.*

¹¹ Un ejemplo de la pertinencia de la normativa flexible que recepta el Código en el artículo 553 es el caso resuelto por el Tribunal de Familia N° 5 de Rosario en el que se dispuso la restricción de salida del país del progenitor no conviviente que no cumplía con los alimentos provisorios fijados a favor de su hijo de 3 años de edad. Se trataba de un individuo realizaba muchos viajes al exterior por cuestiones laborales o de placer y se entendió que dicha medida resultaba adecuada ya que al incumplidor realmente le causaría un perjuicio no poder asentarse del país y por ello verse conminado ante tal necesidad de cumplir con los alimentos fijados y reiteradamente incumplidos. Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa, Lloveras Nora, *op. cit.*, p. 206.

¹² Art. 557. *Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.*

¹³ Herrera Marisa, *op. cit.* p. 280.

V. Las sanciones ante el incumplimiento del deber de comunicación homologadas por la Cámara. Los límites de las medidas

Si bien resulta importante la imposición de medidas tendientes a restablecer un régimen de comunicación, como garantía para el cumplimiento de un derecho del que es titular el progenitor no conviviente como el menor involucrado, debemos ser cuidadosos al momento de seleccionarlás, ya que la nueva normativa nos abre un abanico de infinitas posibilidades, y podemos avasallar otros derechos y las medidas resultar abusivas.

En el caso analizado las medidas establecidas en el convenio homologado merecen ser analizadas con cautela, la imposición de una multa no resultaría ser abusiva, siempre y cuando el monto sea razonable, y en este caso las partes acordaron una suma de diez mil pesos por incumplimiento, habría que analizar la situación económica de las partes y dichos datos no surgen de la sentencia.

En cuanto a la segunda medida que consiste en el cambio inmediato del régimen de cuidado personal y la reducción del régimen de visitas del incumplidor, el que no podrá extenderse por más de dos horas y no más de dos veces por semana durante 180 días y que luego de dicho lapso de tiempo el juez decidirá lo que corresponda considerando el interés de los menores, resulta no solo irrazonable sino abusivo.

Irrazonable porque establece plazos y horas de una manera arbitraria, sin justificación alguna, y abusivo porque pareciera que busca perjudicar al incumplidor, sin considerar la opinión y los deseos de los menores intervinientes, impidiéndoles tener un contacto fluido con su progenitor, así como gozar en plenitud su derecho a tener una familia y buena calidad de vida.

No olvidemos que las sanciones que proponen las partes y son homologadas por la Cámara, se aplicarán de forma automática, sin más trámite ante el incumplimiento y que pueden ser acumulables.

Consideramos que el hecho de que un órgano judicial homologue este tipo de convenio merece ser reprochable, resulta ser un acuerdo que coloca a los menores en el centro del conflicto y los hace partícipes de los problemas de los adultos, cuando deberían imponerse sanciones que solo recaigan sobre el infractor, como sanciones pecuniarias, impedir la salida del país o la renovación del carnet de socio de un club al que es fanático o cualquier otra medida teniendo siempre en cuenta las circunstancias especiales del caso que se presenta y no que perjudiquen a los chicos.

Un precedente de este tipo no realiza ningún aporte valioso al momento de definir medidas que busquen asegurar el cumplimiento de un régimen de contacto, debido a que termina impidiendo que los más chicos se desarrollen con plenitud en su ámbito familiar.

CAPACIDAD PROGRESIVA VS. DERECHOS ADQUIRIDOS: EL RETROCESO EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA TÉCNICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

PROGRESSIVE CAPACITY VS. ACQUIRED RIGHTS: THE BACKSTROKE IN THE EXERCISE OF THE TECHNICAL DEFENSE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A GUARANTEE OF DUE PROCESS

Nadia Carrara*
Sofía Grandes**

Sumario: 1. *El régimen anterior.* 2. *La solución dada por el Código Civil y Comercial.* 3. *Conclusión a modo de cierre.*

Resumen

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se han receptado una amplia gama de derechos y garantías que venían reconociéndose con anterioridad por la doctrina y jurisprudencia. Si bien la necesidad de una reforma al régimen imperante era necesaria, la misma ha significado en el ámbito de la defensa técnica, como garantía del debido proceso, un retroceso en la lógica tutelar. De este modo, este derecho reconocido a los niños, niñas y adolescentes, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a la ley 26.061 y su decreto reglamentario, se ha visto violado y menoscabado por la deficiente regulación instaurada en el Código actual.

Palabras clave: Niños, niñas y adolescentes, Convención de los Derechos del Niño, Debido proceso, Capacidad.

* Abogada, Graduada de la Universidad Nacional del Sur, año 2015.

** Abogada, Graduada de la Universidad Nacional del Sur, año 2016.

Abstract

The new Civil and Commercial Code has received a wide range of rights and guarantees that were previously recognized by the doctrine and jurisprudence. Although the need for a reform of the regime was necessary, it has a meaning in the field of the defense of intellectual property, as the guarantee of due process, a setback in the tutelary logic. This right recognized to children and adolescents, from the Convention on the Rights of the Child, together with the law 26,061 and its regulatory decree, has been violated and impaired by the deficient regulation established in the old Code.

Keywords: Children and teenager, Convention on the Rights of the Child, Due process, Capacity .

1. El régimen anterior

Durante muchos años los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) se han visto vulnerados en sus derechos y garantías, por ser apartados de aquellas causas que los afectan de modo directo e indirecto. En Argentina la situación encontró sustento legal en el Código Civil, recientemente derogado, en sus artículos 54, 55 y 127, por medio de los cuales se los categorizaba de incapaces y se creaba un sistema de “protección” ateniendo a los menores.

Este régimen clasificaba a los NNA de acuerdo con un método de franjas etarias. En ellas se encontraban los denominados “menores impúberes”, personas que no habían alcanzado la edad de 14 años y a los cuales se los consideraba incapaces absolutos y aquellos que se situaban entre la edad de 14 y 18 años, llamados “menores adultos”, a quienes la ley autorizaba a realizar determinados actos jurídicos.

Este sistema etario fue cambiado por el régimen de capacidad progresiva instaurado con la sanción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual fue receptada en la Argentina el 27 de septiembre de 1990 y adquirió jerarquía constitucional con su incorporación al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional reformada en 1994, y posteriormente con la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Allí se buscó dejar de estigmatizarlos con un término como el que hasta hace poco se utilizaba para hacer referencia a ellos que denota no solo inferioridad, sino también una connotación negativa, el de “menores”, reemplazándolo por el de niños, niñas y adolescentes.

El régimen seguido hasta ese entonces en el Código derogado era el de incapacidad, donde el menor se encontraba bajo la representación de sus padres o tutor, basándose en un sistema de representación legal para incapaces junto a la del Ministerio de Menores, de allí que la misma era dual y conjunta. Dicho régimen ha negado al niño su derecho a intervenir en las distintas cuestiones que a él atañen como consecuencia de su condición de incapaz¹.

Estas restricciones que el Código imponía se entendía que tenían un espíritu tuitivo, ya que los declaraba incapaces a los fines de protegerlos de los actos que eventualmente pudieran realizar, en virtud de una presunción, según la cual, carecen de aptitudes para gobernar su persona y bienes por sí mismos². Pero esto no hacía más que desamparar a los NNA de un catálogo importante de derechos fundamentales en virtud de su edad y darles una subjetividad inferior a la del adulto, traducidas en declaraciones legales de incapacidad recogiendo una construcción social que naturalizó su falta de capacidad de hacer, decir y decidir.

La Convención sobre los Derechos del Niño significó un cambio radical partiendo de la concepción de niño como “sujeto de protección” y no un “objeto de amparo”. De esta forma se considera que deben contar con una amplia gama de derechos y garantías.

El artículo tercero de la Convención instauro el principio más relevante a tener en cuenta al momento de resolver cuestiones que afecten la vida de los NNA, el del “interés superior del niño”, del cual se supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. En tal sentido, la disposición de este artículo constituye una regla que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar al “interés superior del niño” como socialmente valioso, y en la medida que los niños tienen derechos, estos deben ser respetados³. La Convención, en su art. 12, instauro también el principio de capacidad progresiva al establecer que

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...

¹ SOLARI, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. su incidencia en el proceso judicial”, LA LEY 2005-F, 1126, p. 1128.

² FAVOT, María L., “Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil”, *La Ley Online* (0003/70057987-1, p. 2).

³ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, UNICEF, p. 134 y ss.

Esta Convención ha revolucionado el sistema seguido hasta el momento en el ámbito normativo, pero a pesar de su valioso aporte, aún quedaba bastante sin resolver.

El 28 de septiembre de 2005 con la sanción de la Ley 26061, “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, se recepitó el nuevo paradigma que implicó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Frente a las violaciones constantes a la normativa de la Convención, la nueva ley instauro un régimen de obligatoriedad de garantizar los derechos establecidos a los NNA tanto por la Convención de los Derechos del Niño como de la ley bajo análisis, de lo contrario se declararía la nulidad de lo actuado por afectar el mínimo de derechos reconocidos a cualquier persona por ser sujeto de derecho. La norma reza en su artículo primero que

tiene por objeto la protección integral de los derechos de los NNA que se encuentran en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos allí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...

El art. 2 le da carácter de irrenunciables, independientes, indivisibles, intransigibles y de orden público.

Si bien esta ley recepta la Convención de los Derechos del Niño, fue mucho más allá, entendiendo que la Convención no debió hacer referencia a los niños “... que estén en condiciones de formarse un juicio propio”, sino manifestar que la opinión de este debe ser tenida en cuenta siempre. El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones que podrían tomar sus mayores⁴.

La Ley 26061, en su art. 27, reconoce derechos y garantías de carácter procesal en pos de garantizar a la infancia el principio del debido proceso, las cuales gozan de jerarquía constitucional. En su inciso c), dispone el derecho de los

⁴ BELLOFF, Mary *et al.*, “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada”, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012, p. 191 y ss.

NNA a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. A su vez, especifica que, en caso de carecer de recursos económicos, el Estado tiene que designarle un letrado que lo patrocine. En este sentido, se consolida “una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se ha denominado como modelo o paradigma de la protección integral de los derechos”⁵ y la omisión de este recaudo era susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones cumplidas por hallarse afectada la garantía de defensa, la cual es un piso mínimo legal, de orden público y, por lo tanto, inviolable.

El decreto reglamentario de la Ley 26061, decreto 415/06, determina cómo se ejercerá el derecho a contar con patrocinio letrado. En él, se establece que

El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar...

Como corolario, puede verse que estas normas instauraron el derecho de defensa técnica a los NNA, por el cual los mismos tendrían derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez, al que se lo ha denominado “abogado del niño”.

2. La solución brindada por el Código Civil y Comercial

Si bien es cierto que a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento jurídico solo se instauraron una amplia gama de derechos y garantías a los NNA, sino que también se produjo un cambio en sus institutos y terminologías por otras que son más favorables a los niños. Estos avances se vieron menoscabados con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial.

En su art. 25⁶ se vuelve a utilizar el vocablo “menores de edad”, término que se buscó erradicar, ya que importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la minoridad, representando un contenido estigmatizante⁷.

⁵ ALÉ, Romina, “El derecho del niño a su defensa técnica”, *RDF* 2012-IV-32 (Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2260/2012, pp. 7 y ss).

⁶ Art. 25 CCC: *Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años de edad. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.*

⁷ SOLARI, Néstor E., “El abogado del niño en el Proyecto”, *DFyP* 2013 (abril), 01/04/2013, 6

El Código en su art. 26 instaura el principio de capacidad progresiva, lo que constituye un avance importante, en tanto el Código anterior establecía franjas etarias sin tener en cuenta la condición de los NNA. El artículo referido establece que

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. 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 padres puede intervenir con asistencia letrada...

De este artículo, puede observarse que se supedita la asistencia letrada de los NNA a su grado de madurez y a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres, lo cual implica un amplio retroceso a lo que se venía proyectando a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26061 y su decreto reglamentario 415/06.

El Código vigente confunde la capacidad progresiva con el derecho al patrocinio letrado. Dicho en otros términos, la capacidad progresiva del sujeto refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en el juicio. Este último se instaura en virtud del reconocimiento que surge del art. 27 de la Ley 26061, bajo la denominación de Garantías mínimas del procedimiento, donde no se condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que lo afecten⁸.

A su vez el art. 26 del Código parece confundir la figura del abogado del niño con la del tutor *ad litem*, por lo que debería realizarse una clara distinción entre ambos institutos y otros afines. El tutor *ad litem* se encuentra regulado en el art.109 del Código Civil y Comercial, allí se establece que

Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existen conflictos de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial...

Puede observarse que este artículo junto al 26 entienden que frente al mismo supuesto de “conflicto de intereses entre los padres y los niños”, estos últimos

(AR/DOC/1027/2013, p. 1).

⁸ SOLARI, Néstor E., *ob. cit.*, p. 2.

contaran con patrocinio letrado o la figura del tutor *ad litem* de acuerdo con su grado de maduración y desarrollo, lo cual resulta erróneo, en tanto estamos ante la presencia de dos figuras distintas.

El patrocinio letrado constituye una garantía de la defensa en juicio, en todo procedimiento, independientemente del sistema de representación legal por la condición de incapaz. Este no puede recibir directivas del juzgador, en el sentido de que le establezca cuál será el contenido de sus funciones durante el ejercicio del cargo, caso contrario, se desnaturalizaría su función. El tutor especial en cambio, es el representante que el juez le provee al menor. Este no actúa junto al niño, a quien se lo presume sin la madurez suficiente para actuar por sí mismo, sino que lo sustituye en su voluntad. De este modo, el tutor *ad litem* defiende el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cual es la opinión del niño⁹. Esto es lo que diferencia la actuación del letrado patrocinante, quien solo asiste técnicamente al niño, representando sus intereses según la mirada del menor.

Debe distinguirse también la figura del abogado del niño con la del Defensor de Menores. La misma surge a partir del momento que el decreto reglamenta el art. 27 de la ley estableciendo que

El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

En cuanto al papel del Ministerio Público de Menores, consiste en la defensa de la infancia, entendida esta como un interés del Estado, distinta a la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto. El Nuevo Código Civil y Comercial de Nación regula en su art. 103 la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos que puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal. De allí surge que la función del representante promiscuo de los incapaces es defender la legalidad e intereses generales de la sociedad y consecuentemente pronunciándose conforme a ese derecho, y no necesariamente inclinándose por la posición más favorable al interés del niño¹⁰.

⁹ RODRÍGUEZ, Laura, "El derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto", *DFyP* 2012 (julio), p. 242.

¹⁰ PESTALARDO, Alberto S., "Actuación en juicios de menores de edad", SOLARI, Néstor E. y

La importancia de la regulación del abogado del niño radica en hacer prevalecer los intereses y derechos de los NNA, los cuales en muchos casos no pueden expresar su postura individual. Lo que se busca es que, en todos los casos, los niños tengan una actuación personal y propia, independientemente de cualquier representante legal (como sus padres, su tutor, o el Defensor Público de Menores e Incapaces) o procesal (como podría ser un tutor *ad litem*).

3. Conclusión a modo de cierre

La figura del abogado del niño ha sido tratada de forma deficiente en el Código Civil y Comercial, manteniendo, en su esencia, una lógica tutelar en relación a los niños, niñas y adolescentes, que no condice ni compatibiliza con los criterios de actualidad que marcan los tratados internacionales con jerarquía constitucional¹¹.

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su art. 5, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismos, por lo tanto, por más que los NNA necesiten asistencia jurídico técnica, esta garantía no puede desconocerse a través de la utilización de representantes que pretendan actuar como interlocutores de ellos, postergando el ejercicio pleno del derecho a ser parte hasta que alcancen edad necesaria para adquirir la capacidad de hecho plena. Por lo cual, como bien surge de la Convención, al igual que de la Ley 26061 y su decreto reglamentario, si bien es cierto que la autonomía progresiva va a marcar su mayor o menor capacidad para actuar, no sucede lo mismo con su participación procesal, lo que puede tener lugar cualquiera sea la edad del niño. Ninguna de estas normativas al establecer sus derechos lo condiciona a que deba contar con edad, madurez, suficiente juicio o grado de desarrollo intelectual. Por lo que podría entenderse que hasta un niño de pocos años de vida, incluso lactante, tiene derecho a participar en el juicio que lo afecta y contar con un abogado que lo asista, para poder entender primordialmente su interés superior.

Frente a la falta de correlación entre la normativa del Código Civil y Comercial y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a la Ley 26061 y su decreto reglamentario, el Código actual se verá sometido a varios planteos de inconstitucionalidad, como consecuencia de que aquellas normas conceden un piso mínimo de derechos y garantías a los niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de distinción, los cuales hoy resultan vulnerados.

BENAVENTE, María Isabel (directores), *Régimen de los menores de edad*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012, p. 631.

¹¹ SOLARI, Néstor E., *ob. cit.*, p. 2 y ss.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL DERECHO DE CONSUMIDOR ARGENTINO¹

MISLEADING ADVERTISING IN ARGENTINA

María Laura Monterubbianesi**

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento de la regulación. III. Normativa Vigente. IV. Conclusión.

Resumen

La asimetría de información entre consumidor y proveedor genera la necesidad de contar con normas que traten de paliar esa brecha. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diversas normas que intentan aproximarse a ese objetivo, reforzadas en la actualidad por el Código Civil y Comercial, en vigencia desde agosto de 2016.

Palabras Clave: Derecho de consumidor, Publicidad engañosa, Deber de información, Código Civil y Comercial.

Abstract

The knowledge gap between consumers and suppliers generates the need to have regulations to alleviate this difference. Our legal system has several rules that point to an objective, currently reinforced by the Civil and Commercial Code, in place since August 2016.

Keywords: Consumer Protection Act, Misleading Advertising, Duty of information, Civil and Commercial Code.

** Abogada. Graduada en la Universidad Nacional del Sur, 2015. Auxiliar Tercero en Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Bahía Blanca. Directora de Revista *Derecho UNS* 2014-2017.

¹ El presente artículo es una adaptación y actualización del ensayo presentado como trabajo final de la *Cátedra Libre del Derecho de Consumidor*, organizada por el Departamento de Derecho de la UNS (segundo cuatrimestre 2012).

1. Introducción: conceptos preliminares

Antes de analizar la normativa relativa al tema publicidad engañosa consideramos pertinente a los fines de la investigación puntualizar algunas definiciones de utilidad.

Siguiendo a Ricardo L. Lorenzetti definimos publicidad como “una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el de suministro productos o servicios”². Si enmarcamos esta definición en términos de la Ley de Defensa de Consumidor, la publicidad consistiría en la exteriorización de *la oferta* por parte del *proveedor* dirigido a personas indeterminadas a través de mecanismos de difusión masiva con el fin de captar *posibles consumidores*.

Existen numerosas formas de clasificar la publicidad en el marco de la problemática en cuestión que consideramos que se engloban dentro de lo que Aida Kemelmajer de Carlucci llama *publicidad ilícita*, es decir:

aquella que atenta contra principios básicos del sistema de valores imperantes, fomenta la discriminación social y religiosa; infringe el principio de igualdad social, económica o cultural de los sexos; explota la confianza, credulidad o falta de experiencia del consumidor³.

Dentro de este concepto consideramos que pueden englobarse las tradicionales categorías de *publicidad engañosa*, *publicidad abusiva* y *publicidad comparativa*.

Con el término de *publicidad engañosa* se denomina a aquella que mediante inexactitudes u ocultamientos, puede inducir a error, engaños o confusión, menoscabando la voluntad jurídica del consumidor⁴. Se trata de casos que, en alguna medida, la información dada a través del mensaje publicitado no cumple con los parámetros de idoneidad establecidos tanto por la normativa como por el artículo 42 de la Constitución Nacional, influyendo en la voluntad del consumidor a la hora de contratar.

Por otro lado, con el concepto de *publicidad abusiva* se hace alusión a la que “atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores o derechos resultantes, explícita o implícitamente de la constitución”⁵. Finalmente, con el término

² Conf. LORENZETTI, Ricardo L, *Consumidores*. 2ª edición actualizada, 2009, p. 182.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 5, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 78.

⁴ Conf. Art 9, Ley 22802.

⁵ II Congreso Argentino de Derecho de Consumido, p. 3 de las conclusiones de *lege lata*.

de *publicidad comparativa* se designa a aquella que basa su mensaje en la comparación de productos o servicios del anunciante respecto de productos o servicios de uno o más competidores identificados o fácilmente identificables⁶.

En los tres casos antes explicado se pueden dar afectaciones que conlleven a responsabilidad del proveedor. En el presente trabajo nos encargaremos del caso paradigmático: la *publicidad engañosa*, teniendo en cuenta su aplicación extensiva a las otras dos clases.

2. Fundamento de la regulación

En un mercado donde la información circulara libremente y los costos de adquirir la misma fueran cero, los individuos a la hora de tomar la decisión de consumir no tendrían limitaciones. Simplemente, conocerían toda la información relevante para elegir entre uno y otro producto o marca y el consumo se tornaría un intercambio mecánico. Sin embargo, la profesionalización del comercio y la complejidad del sistema hace que esto sea imposible.

En el caso de bienes homogéneos donde al consumidor le es indistinto uno y otro producto el proveedor pujará por hacer parecer su bien más heterogéneo y, por lo tanto, con la información que dará a través del mensaje publicitario buscará diferenciarse de otro. Así, podrá realizarlo a través de la exposición de cualidades —inexistentes— que lo destaquen de sus competidores o la implementación de mecanismos paralelos que incentiven el consumo como realización de sorteos donde intervenga el azar.

En el caso de bienes heterogéneos, el proveedor tenderá a exacerbar las diferencias de su producto para poder poner de manifiesto la conveniencia de su producto sobre el de los demás. Tal como afirman Acciarri y Tolosa:

si bien la publicidad es un medio muy valioso para transmitir información a los consumidores, no resulta estrictamente equivalente a la información veraz, y menos completa. De modo característico la publicidad tiende a ocultar aspectos desfavorables del producto y a exacerbar ciertas cualidades positivas, y en ningún caso es imparcial o de veracidad verificada⁷.

⁶ GUERRICO, Martín Zapiola, “La publicidad comparativa”, LL 1988-C-772.

⁷ ACCIARRI, H. A. y TOLOSA, P., “La Ley de Defensa del Consumidor y el Análisis Económico del Derecho”, en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. (directores), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, tomo 2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, p. 16.

Esta situación genera que, de no existir normativa concreta que le pueda significar responsabilidad, el proveedor no tendrá los incentivos necesarios para que la información que brinde a través de la publicidad sea la adecuada y no vulnere la libertad de elección del consumidor. Por un lado, se hace necesaria la regulación de mecanismos que establezcan estándares mínimos de información que debe proporcionar el proveedor, y por otro lado, la regulación de la publicidad como uno de los mecanismos por los cuales el proveedor da información y da a conocer su producto con fines de captar clientes, la cual no siempre cumple con los parámetros de información veraz que establece la normativa e incluso la Carta Magna.

3. Normativa vigente

La última reforma de la Constitución Nacional incorpora los “nuevos derechos y garantías”, entre ellos, el artículo 42 específicamente establece:

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.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la *defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. [El destacado nos pertenece].

En relación con la temática que estamos abordando, merece atención la norma transcrita por dos aspectos principales. Por un lado, se establecen dos requisitos necesarios que debe cumplir la información brindada: “adecuada y veraz”. Por el otro, se menciona la “libertad de elección” y “defensa de la competencia”. Con respecto al primer aspecto, si bien se trata de conceptos indeterminados y con cierta vaguedad, ello no le quita la relevancia que implica en la protección del consumidor el hecho de que nuestra constitución establezca esos atributos de la información. Será posterior tarea del juez a la hora de aplicarlo al caso concreto y de la normativa específica a la hora de regularlo establecer

los alcances y por menores, sin que se altere este estándar mínimo dado por el artículo 42.

El segundo aspecto mencionado consideramos que tiene relevancia a la hora de poner un freno a la libertad de expresión y de ejercer la actividad de los proveedores. A la hora de publicitar su producto o servicio el proveedor deberá no sólo cumplir con el deber de información antes mencionado sino hacerlo sin afectar la libre elección del consumidor y el respeto a la libre competencia de los demás proveedores.

Dentro de la normativa del sistema de protección al consumidor en materia de publicidad engañosa encontramos principalmente tres normas la Ley de Defensa del Consumidor (24240 y modif.), complementada en virtud del artículo 3 de la misma por la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22802) y la de Defensa de la Competencia (Ley 24156)⁸.

En el artículo 4 de la primera antes mencionada establece:

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma *cierta, clara y detallada* todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor *y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión*. [El destacado nos pertenece].

Se especifican aquí tres cualidades que debe cumplir la información brindada por el proveedor que, si bien no son idénticas a las establecidas por el artículo 42 de la Constitución Nacional como sí lo era la redacción original de la Ley 24240, no implica que se haya restringido su alcance. Tal como afirman Acciarri y Tolosa:

No parece razonable que, pese a la supresión, algún juez vaya a entender que ahora no se requiere que la información sea veraz y que se cumple lo mismo con el deber que prescribe la norma, brindando información falsa que veraz (...) la supresión no modifica el alcance del deber, sino que elimina una redundancia implícita⁹.

⁸ “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

⁹ ACCIARRI, H. A. y TOLOSA, P., *op. cit.* pp. 17-18.

Por lo tanto, a los requisitos de *veraz y cierta* establecidos en el artículo 42, este artículo adiciona que esa información veraz debe ser clara, cierta y detallada.

Centrándonos específicamente en el mensaje publicitario, no es necesario que el sea detallado, ya que es imposible cumplir con ese requisito, pero consideramos que sí debe, necesariamente, ser *cierto, claro* y cumplir con el requisito final del artículo respecto de la información: “proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”. Así, a modo de ejemplo, se debe considerar que infringen las normas aquellos mensajes publicitarios que exhiben un precio del producto que no es el final o sujeto a modificaciones, que dan como cualidades del producto aspectos que no son tales o le atribuyen beneficios de su consumo inexistentes, entre otros.

Complementando esto, el artículo 9 de la Ley 22802 define específicamente la publicidad engañosa y establece con carácter no taxativo una serie de aspectos del bien o servicio que pueden resultar afectados por el mensaje publicitario:

Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

En virtud de este artículo consideramos que para que se pueda hablar de publicidad engañosa se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Inexactitudes u ocultamientos en el mensaje publicitario.
- Error, engaño o confusión que lleve o puede llevar al consumidor a contratar.
- Que ese error o confusión esté provocado por las inexactitudes u ocultamiento.

El artículo 10 de la misma ley prohíbe específicamente ciertas conductas que, al igual que las antes especificadas, podrían llevar a alterar la libre elección del consumidor:

Queda prohibido: a) *El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar.* b) *Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio.* c) *Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases,*

de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere. [El destacado nos pertenece].

Por otro lado, el artículo 8 de la Ley 24240 establece una normativa importante en relación a los efectos de publicidad, transformándola en vinculante:

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente *y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor*.

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. [El destacado nos pertenece].

Esto implica que la publicidad integra el contrato, es decir, que de no cumplir el proveedor los especificado en la misma sería pasible de responsabilidad por incumplimiento contractual. De ser engañosa la publicidad y el proveedor no poder cumplir con lo que en ella se ofrece, se podrá solicitar la nulidad del contrato fundándose en el artículo 37¹⁰ *in fine* de la misma ley y la pertinente indemnización por la frustración del contrato.

Sin perjuicio de esto, será además plausible de sanciones administrativas sea por denuncia de particulares o por control de oficio por parte de la autoridad de aplicación. Además deberá exigirse la corrección y difusión de la publicidad sin las infracciones e inclusive la publicación de la condena.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se incorporó en Libro Tercero, Título III una sección dentro del capítulo 2 dedicada a la publicidad. En ella se receptaron muchas de las normas ya reguladas en el sistema recién descrito.

El artículo 1101 específicamente prohíbe la publicidad que

- a) 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
- b) efectúe comparaciones de

¹⁰ “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor c) sean abusivas, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para la salud o seguridad.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación en su Art 1102 establece un habanico de acciones: cesación de la publicidad, publicación de anuncios rectificatorios, etc.

4. Conclusiones

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se regula uniformemente la cuestión de la publicidad engañosa, consideramos que la normativa actual nos da herramientas muy útiles para la protección del consumidor. El rol fundamental lo deberá llevar a cabo la autoridad administrativa a modo de prevenir estas conductas y sancionar las infracciones de modo inmediato.

La masiva llegada a los consumidores de la publicidad y la inmediatez dada por las actuales tecnologías hacen necesario un actuar preventivo que disuada a los proveedores de esta conducta. Una publicidad engañosa que circula solo unas pocas horas ya es capaz de llegar a numerosas personas, influir en su voluntad y llevarlos engañosamente a contratar.

Creemos inclusive la necesidad de aplicación de daños punitivos establecidos por el artículo 52 bis de la Ley 24240 en casos que la conducta sea de tal gravedad que lo amerite.

DAÑOS PUNITIVOS ARBITRALES EN ARGENTINA

ARBITRAL PUNITIVE DAMAGES IN ARGENTINA

Diego A. Bello*

Sumario: I. Introducción. II. Daños Punitivos arbitrales. III. Daños Punitivos arbitrales en el derecho argentino. III.a) Arbitraje de consumo de génesis contractual. III.b) Arbitraje de consumo de génesis legal. IV. Análisis económico de los daños punitivos arbitrales. V. Conclusión.

Resumen

La posibilidad de aplicar daños punitivos arbitrales es un presupuesto necesario para hacer efectiva la norma prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de los consumidores y usuarios de acceder a medios eficientes de prevención y solución de conflictos. El Código Civil y Comercial de la Nación, al excluir del objeto del contrato de arbitraje las cuestiones vinculadas al derecho de consumo, consagra un diseño institucional de resolución de este tipo de conflictos que no solo es ineficiente sino también contrario a la Constitución Nacional.

Palabras clave: Arbitraje de Consumo, Daños Punitivos, Análisis Económico del Derecho, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley de Defensa del Consumidor.

Abstract

The possibility of awarding punitive damages in arbitration is a necessary condition for the enforceability of Section 42 of the Argentine Constitution, which sets forth the right of consumers and users to count with efficient means of prevention and conflict resolution proceedings. The Argentine Civil and Commercial Code, when excluding matters related to consumer rights from arbitration, establishes an institutional design of resolution of such conflicts that is not only inefficient but also contrary to the Argentine Constitution.

* Abogado, graduado en la Universidad Nacional del Sur.

Keywords: Consumer Arbitration, Punitive Damages, Law and Economics, Argentine Civil and Commercial Code, Consumer Protection Law.

I. Introducción

En el derecho argentino es incipiente el tratamiento de los daños punitivos arbitrales, aun cuando importantes razones de orden institucional y raigambre constitucional exigen un debate profundo del tema, fundamentalmente debido a la regulación de los daños punitivos como instrumento tuitivo de derechos de consumidores y usuarios (los “Consumidores”) tutelados en el art. 42 de la Constitución Nacional (la “CN”). Puntualmente, el art. 42 CN dispone: “la legislación establecerá procedimientos *eficaces*¹ para la prevención y solución de conflictos”, prescripción normativa que poco correlato tiene con la realidad argentina, caracterizada desde hace años por los serios problemas que exhibe el sistema judicial.

En este contexto, el arbitraje constituye un medio alternativo de resolución de litigios más rápido y económico que la vía judicial y, en este sentido, más eficiente, cuya utilización podría ayudar a descongestionar el sistema judicial y a tornar efectivo el art. 42 CN. Sin embargo, para ello es preciso que los árbitros privados, al igual que los jueces del Estado, estén facultados para condenar por daños punitivos.

Partiendo de esta premisa, toda vez que en Argentina los daños punitivos están previstos únicamente en el sistema del derecho del consumidor, la normativa relevante en materia de daños punitivos arbitrales se limita al art. 42 CN; los arts. 52 bis y 59 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, reformada por la ley 26.361 (la “LDC”); el decreto 276/98, que establece el denominado “Sistema nacional de arbitraje de consumo”; el art. 1651, inc. c) de la Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación (el “CCCN”); el art. 72 de la Ley 26993, que establece el llamado “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”; y los códigos procesales provinciales vigentes.

En consecuencia, el objeto del presente trabajo reside en determinar si el art. 52 bis LDC, al establecer que “el *juez* podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”, incorpora de forma amplia y de *lege lata*, a favor de jueces y árbitros, la

¹ Resulta conveniente hablar de *eficiencia*, término que refiere a la relación entre los recursos utilizados y los logros conseguidos, procurando alcanzar los mismos objetivos con menores recursos. La *eficacia*, en cambio, refiere a la capacidad de alcanzar un objetivo, sin importar si en el proceso se hizo el mejor uso posible de los recursos.

facultad de condenar por daños punitivos; o si, por el contrario, la introduce restrictivamente —únicamente a favor de los magistrados del poder judicial—, debiendo incorporarse, de *lege ferenda*, los daños punitivos arbitrales en una ulterior reforma.

II. Daños punitivos arbitrales

El instituto de los daños punitivos arbitrales ha sido fundamentalmente desarrollado en el marco del derecho estadounidense. Al respecto, las distintas cortes estatales de los EE. UU. no han adoptado un criterio unánime, distinguiendo la Corte de Apelaciones de Wisconsin en autos “Winkelman v. Kraft Foods, Inc.”² tres enfoques:

- i) El que los rechaza, aun contra la voluntad expresa de las partes, por considerar que su aplicación afecta el orden público, al asumir individuos privados una función reservada al Estado, como es el uso de la coerción y el poder de sancionar, lo cual ha sido receptado por Timothy E. Travers³ y por la jurisprudencia en autos “Garrity v. Lyle Stuart, Inc.”⁴, “United States Fidelity & Guaranty v. DeFluiter”⁵ y “Shaw v. Kuhnel & Associates Inc.”⁶.
- ii) El que recepta la aplicación de los daños punitivos arbitrales solo cuando la cláusula arbitral expresamente lo permite, resuelto en autos “Complete Interiors, Inc. v. Behan”⁷, “Howard P. Foley Co. v. Int. Bro. Of Elec. Workers”⁸, “International U. Of Op. Eng. v. Mid-Valley, Inc.”⁹, “Baltimore Regional Joint v. Webster Clothes”¹⁰, y “United Elec., Radio & Mach. v. Litton Microw Ave. Etc.”¹¹.

² “Winkelman v. Kraft Foods, Inc.”, Court of Appeals of Wisconsin, 27/01/2005.

³ TIMOTHY E. Travers, “Arbitrator’s Power To Award Punitive Damages”, 83 A.L.R.3d 1037, 1978 (citado por WARE, Stephen J., “Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government’s Role in Punishment and Federal Preemption of State Law”, *Fordham Law Review*, Vol. 63, 1994, p. 3).

⁴ “Garrity v. Lyle Stuart, Inc.”, Court of Appeals of the State of New York, 06/07/1976.

⁵ “United States Fidelity & Guaranty v. DeFluiter”, Court of Appeals of Indiana, Third District, 21/11/1983.

⁶ “Shaw v. Kuhnel & Associates Inc.”, Supreme Court of New Mexico, 28/01/1985.

⁷ “Complete Interiors, Inc. v. Behan”, District Court of Appeal of Florida, Fifth District, 04/01/1990.

⁸ “Howard P. Foley Co. v. Int. Bro. Of Elec. Workers”, United States Court of Appeals, Ninth Circuit., 20/05/1986.

⁹ “International U. Of Op. Eng., Local No. 450 v. Mid-Valley, Inc.”, United States District Court, S. D. Texas, Houston Division, 13/09/1972.

¹⁰ “Baltimore Regional Joint v. Webster Clothes”, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 06/04/1979.

¹¹ “United Elec., Radio & Mach. v. Litton Microw Ave. Etc.”, *United States Court of Appeals, Eighth Circuit.*, 03/02/1984.

iii) El que los admite a menos que la cláusula arbitral o el derecho aplicable expresamente los excluya, conforme “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”¹², “Regina Construction Corp. v. Envirmech Contracting Corp.”¹³, “Willoughby Roofing & Supply v. Kajima Intern.”¹⁴, y “J. Alexander Securities, Inc. v. Mendez”¹⁵.

En suma, si bien pueden distinguirse dos grandes posturas respecto de los daños punitivos arbitrales, una negatoria y otra receptiva, esta última postura es hoy en día mayoritaria en los EE. UU. Así lo resolvió la Corte Suprema de los EE. UU. en “Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.”¹⁶ donde concluyó que las partes son libres de determinar el alcance del pacto arbitral y, en caso de ambigüedades, las mismas se resuelven a favor del arbitraje.¹⁷ Lo dicho fue receptado en “Bowen v. Amoco Pipeline Co.”¹⁸ y por los autores Lorenzo Marinuzzi¹⁹, Stephen J. Ware²⁰, Paul Friedland²¹, Carlos Molina Sandoval²², M. Scott Donahay²³ y Peter M. Mundheim²⁴. Asimismo, en autos “Raytheon Co. v.

¹² “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”, United States Court of Appeals, First Circuit, 02/081989.

¹³ “Regina Construction Corp. v. Envirmech Contracting Corp.”, Court of Special Appeals of Maryland, 07/11/1989.

¹⁴ “Willoughby Roofing & Supply v. Kajima Intern.”, United States District Court, N.D. Alabama, Northeastern Division, 6/12/1984.

¹⁵ “J. Alexander Securities, Inc. v. Mendez”, California Court of Appeal, Second District, Division Two, 09/08/1993.

¹⁶ “Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.”, United States Supreme Court, 06/03/1995.

¹⁷ Igual criterio de que en caso de duda debe estarse a favor de la competencia arbitral ha sido receptado en el ámbito local por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme afirma CAIVANO, Roque J., “Un nuevo respaldo de la Corte al arbitraje”, *LA LEY* 1997-A, 6 (AR/DOC/16590/2001, p. 4).

¹⁸ “Bowen v. Amoco Pipeline Co.”, United States Court of Appeals, Tenth Circuit, 20/06/ 2001.

¹⁹ MARINUZZI, Lorenzo, “Punitive damages in arbitration: the debate continues”, en AA.VV., *American Arbitration Association a handbook on commercial arbitration*, CARBONNEAU, Thomas E., y JAEGGI, Jeannette A. (editores), Huntington, Nueva York, Ed. JurisNet, 2006, p. 376.

²⁰ WARE, Stephen J., “Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government’s Role in Punishment and Federal Preemption of State Law”, *Fordham Law Review*, vol. 63, 1994.

²¹ FRIEDLAND, Paul, “Cláusula de arbitraje para los contratos internacionales”, 1ª edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 161.

²² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación*, ED 205-987, 2003 (El Derecho online, p. 4).

²³ DONAHEY, M. Scott, “Punitive damages in international commercial arbitration”, *Journal of international arbitration*, vol. 10, n° 3, september 1993.

²⁴ MUNDHEIM, Peter M., “The Desirability of Punitive Damages in Securities Arbitration: Challenges Facing the Industry Regulators in the Wake of Mastrobuono”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144.

Automated Business Systems, Inc.²⁵ se destacó la necesidad de que el arbitraje provea a las partes iguales remedios que los tribunales ordinarios y la ausencia de razón legítima alguna que permita fundar tal distinción.

III. Daños punitivos arbitrales en el derecho argentino

En el derecho argentino no hay precedente alguno sobre los daños punitivos arbitrales y son contadas las obras que se refieren al tema²⁶. La discusión se centra más bien en torno a la naturaleza civil o penal de los daños punitivos y a la eventual violación de garantías constitucionales en caso de aplicarlos, teniendo en cuenta la deficiente redacción del art. 52 bis LDC²⁷.

III.a) Arbitraje de consumo de génesis contractual

La primera cuestión a analizar es la reciente exclusión por el art. 1651, inc. c) CCCN de las cuestiones vinculadas al derecho del consumidor como controversias susceptibles de ser objeto de un contrato de arbitraje.

Si bien de acuerdo al art. 28 CN los derechos no son absolutos sino relativos, su regulación no debe restringirlos irrazonablemente. En consecuencia, cabe preguntarse por qué el legislador creyó conveniente y razonable negar a los Consumidores el derecho de arbitrar sus conflictos, máxime considerando que continúa vigente el decreto 276/98 que expresa en sus considerandos los beneficios del arbitraje de consumo como medio de resolución de conflictos enmarcado en los principios de celeridad, eficacia, inmediatez y debido proceso adjetivo. Siendo que las circunstancias de hecho que motivaron el dictado del mencionado decreto continúan vigentes, podría pensarse que el fundamento de la exclusión prevista en el art. 1651 CCCN es la intención del legislador de evitar que el proveedor, abusando de su posición de poder, imponga a los Consumidores un convenio arbitral con el mero fin de prorrogar la competencia y dificultar así el ejercicio de su derecho de defensa. Ante tal eventualidad, pareciera que el legislador, a fin de mantener el equilibrio contractual, veda *a priori* y de forma abstracta y absoluta, la posibilidad de pactar una cláusula arbitral,

²⁵ “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”, *op. cit.*

²⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *op. cit.*; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 1ª edición, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, p. 24.

²⁷ PICASSO, Sebastián, *Sobre los denominados “daños punitivos”*, LA LEY 13/11/2007, LA LEY 2007-F, 1154 (AR/DOC/3272/2007).

por presumir que siempre que exista una cláusula de este tipo, la misma será necesariamente perjudicial para los Consumidores.

Podría pensarse que, al elaborar el diseño institucional, el legislador consideró que las pérdidas de eficiencia y equidad del tratamiento prohibitivo general serían menores en comparación con las derivadas de permitir pactar el arbitraje y controvertir, caso por caso, la ilegitimidad de las cláusulas arbitrales. Si bien acompaña cierta razón al legislador al considerar los costos que traería aparejados tal discusión, lo cierto es que el art. 37 LDC da pautas claras de interpretación de las cláusulas abusivas, resultando cuanto menos desproporcionado privar a los Consumidores de la vía arbitral, por el solo hecho de intentar disminuir la litigiosidad sobre la existencia o no de una cláusula arbitral abusiva. De hecho, es el propio tribunal arbitral el que, de forma rápida y económica, definiría su competencia, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*²⁸. Luego, en caso de declararse incompetente, el proveedor debería cargar con las costas del proceso y ser sancionado por su actuación, todo lo cual desalentaría la inserción de cláusulas arbitrales abusivas.

En suma, mantener esta presunción apriorística no solo restringe irrazonablemente derechos de los Consumidores sino que, además, realiza un análisis errado en términos de eficiencia de las distintas alternativas posibles al presuponer que, en cualquier caso, es más ventajoso para los Consumidores vedar la vía arbitral para evitar eventuales abusos por parte de los proveedores, que permitirles analizar la conveniencia de suscribir o no una cláusula arbitral. Luego, cuando no pueda rehusarse a suscribirla, sea por cuestiones de información, restricciones cognitivas, o por ausencia de un mercado que permita adquirir el mismo bien o servicio sin suscribir a la vez esa cláusula arbitral, el legislador debería proveer soluciones alternativas, sin llegar al extremo de arbitrar las relaciones de consumo. Pareciera que el legislador olvidó el decreto 276/98, y optó por la solución más fácil, que es prohibir determinada conducta, en lugar de procurar diseñar un sistema jurídico-institucional que evite condenar a los Consumidores a transitar un largo y costoso proceso judicial. La solución eficiente supone admitir pactar el arbitraje y, en todo caso, tachar de abusiva la cláusula arbitral que efectivamente lo sea, declarando su nulidad, sin afectar la validez integral del contrato celebrado, conforme lo dispone el art. 37 LDC.

²⁸ El principio "*Kompetenz-Kompetenz*" hace referencia a la facultad de los propios árbitros de determinar tanto el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad que tienen en relación al mismo.

Asimismo, cabe preguntarse: ¿cuál es el fundamento que *razonablemente* permite a algunos Consumidores, ante situaciones de hecho idénticas, obtener una condena por daños punitivos, al mismo tiempo que priva a otros de igual solución por el mero hecho de que aquellos han decidido someterse a un proceso judicial largo y costoso, en lugar de a un proceso arbitral veloz y económico? Ninguno, ni siquiera el hecho de que los laudos arbitrales posean recurribilidad limitada, pues siempre podrá oponerse el recurso de nulidad frente a laudos arbitrales arbitrarios.

Además, no hay razón alguna para pensar que los árbitros privados realizarán un ejercicio más discrecional e irrazonable de la facultad de condenar por daños punitivos que el que harían los propios jueces del Estado. De hecho, en caso de negar la existencia de los daños punitivos arbitrales, existiría la posibilidad de emitir soluciones contradictorias pues, ante un mismo antecedente fáctico y un mismo derecho aplicable, llegaríamos a dos soluciones opuestas, con el consiguiente escándalo jurídico que esto implicaría.

Por otra parte, no puede descartarse un eventual planteo de inconstitucionalidad del art. 1651, inc. c) CCCN, ya que el regular cuestiones procesales en un código de fondo constituye un avance inconstitucional de las autoridades nacionales sobre las competencias reservadas por las provincias, según el art. 121 CN. Como dijera Enrique M. Falcón²⁹ y Carlos Guaia³⁰, la inclusión del arbitraje en el CCCN supone una adhesión explícita a la concepción contractualista del instituto, la cual se contrapone con la aproximación procesal, jurisdiccional o híbrida del mismo, que no sólo es mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera, sino que ha sido consagrada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tribunales superiores de otras naciones.

Finalmente, coexisten dos normas contrapuestas. Por un lado, el decreto 276/98 que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y dispone expresamente que tendrá carácter voluntario y, por el otro, el CCCN que excluye de los arbitrajes voluntarios las relaciones de consumo. En suma, el debate está abierto, sin perjuicio de que todo indica que el mejor diseño institucional posible es aquel que permita acceder al arbitraje de consumo. Sin embargo, para que dicho sistema

²⁹ FALCÓN, Enrique M., "El arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 20/12/2012, LA LEY 2013-A, 482 (AR/DOC/5217/2012).

³⁰ GUAIA, Carlos, "El Arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa", *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, julio 2012, t. 72, n° 1, pp. 27-28.

sea eficiente es necesario que tanto los jueces como los árbitros puedan arribar a una idéntica solución, incluso a una condena por daños punitivos.

III.b) Arbitraje de consumo de génesis legal

Toda vez que la propia LDC prevé en su art. 59 el arbitraje como medio de solución de controversias y en su art. 52 bis los daños punitivos como remedio sustantivo, no existirían argumentos relevantes para que, en un proceso arbitral de origen legal del cual las partes no pueden sustraerse ni utilizarlo abusivamente, se excluya la posibilidad de aplicar daños punitivos, máxime cuando no existe disposición alguna que lo niegue expresamente.

Es incorrecto pensar que la eventual naturaleza penal que pueda endilgarse a los daños punitivos los excluye de la competencia civil y los reserva exclusivamente a un monopolio punitivo del Estado. De hecho, la propia LDC habla de “multa civil” al establecer el instituto de los daños punitivos, lo cual evidencia la naturaleza civil que poseen, independientemente de que una de las funciones que cumplen sea la de punir. De hecho, no es ajena a nuestro derecho civil la existencia de condenas pecuniarias con destino al damnificado, más allá del resarcimiento, v. gr. la clausula penal, las astreintes y los intereses punitivos³¹.

Siendo entonces que la LDC prevé expresamente el arbitraje y los daños punitivos, sin establecer limitación alguna al respecto, mal puede negarse a los árbitros la posibilidad de condenar por daños punitivos. Si bastara con establecer el arbitraje voluntario como medio de resolución de conflictos para quedar libre de una eventual condena por daños punitivos, al proveedor le sería suficiente establecer una cláusula compromisoria predispuesta en los contratos de adhesión que celebrara con los Consumidores para desvirtuar y dejar sin efecto el instituto. Luego, en los arbitrajes de génesis legal, negar la posibilidad a los árbitros de condenar por daños punitivos significaría negar compulsivamente a los damnificados la posibilidad de acceder a un remedio sustancial expresamente establecido por ley.

Un sistema que no admita los daños punitivos arbitrales, a la vez que injusto es ineficiente, porque relaja los incentivos de prevención, tanto cuando la vía de resolución es el arbitraje (pues el proveedor sabrá de antemano que no estará

³¹ ZANNONI, Eduardo A., “El análisis económico del derecho y los límites cuantitativos de la reparación de daños”, en AA.VV., *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Compiladora), 1ª Edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006, p. 98.

expuesto a una eventual condena por daños punitivos), como cuando lo es la vía judicial (toda vez que el costo y la duración promedio de los procesos judiciales desalienta la interposición de acciones y permite dejar impune toda una serie de daños, *v. g.* los microdaños³²). Luego, se relajan también los incentivos para resolver extrajudicialmente la controversia, puesto que ningún proveedor realizará una oferta razonable si sabe que los Consumidores están condenados a transitar un proceso lento y costoso para hacer valer todo el abanico de remedios legales que tienen a su disposición.

Dicho esto, si bien el art. 52 bis LDC dispone que “el *juex* podrá aplicar”, tal norma no debe ser interpretada de forma exegética y aislada del resto de la normativa aplicable, sino como un todo integral. En este sentido, el término *juex* del art. 52 bis LDC no debería entenderse únicamente en referencia al magistrado judicial, sino también al árbitro privado que heterocompone el litigio. Esto por cuanto la LDC establece no solo vías judiciales y administrativas de resolución de conflictos, sino también el arbitraje. En este sentido, la diferencia entre un árbitro privado y un magistrado judicial, desde el punto de vista de los elementos integrantes de la jurisdicción, no reside en la extensión de sus facultades de *notio*, *vocatio* y *judicium* —que son iguales para ambos—, sino en las facultades de *coertio* y *executio*, esto es, en la posibilidad de instar por sí mismos la actuación de la fuerza pública del Estado. Sin embargo, en este trabajo no se discute si un árbitro privado puede ejecutar y hacer efectivo por sí mismo un laudo arbitral con daños punitivos, sino si tiene *judicium* para establecer dicha condena. Receptando la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de los EE. UU., no caben dudas de que los árbitros sí tienen dicha facultad, en tanto la ley o las partes expresamente no se la nieguen.

IV. Análisis económico de los daños punitivos arbitrales

El Análisis Económico del Derecho (el “AED”) constituye un método sistemático para analizar qué consecuencias se derivan de cada una de las distintas alternativas en trato, entendiendo por consecuencias sociales del derecho a los hechos que efectivamente produce, promueve o desfavorece en la realidad social (función-relación).

Uno de los objetivos del AED es el de constituir un método de análisis que permita juzgar las distintas alternativas de regulación jurídica, y elegir aquella

³² PIZARRO, STIGLITZ, *op. cit.*, p. 6.

que permita alcanzar o acercarnos a la eficiencia. Además, el AED nos da herramientas objetivas para predecir los efectos de las políticas públicas en relación a la distribución de bienes o a quién soportará efectivamente la carga final de determinados impuestos o acciones de policía³³.

Para ello, el AED parte de considerar el efecto de las normas jurídicas —consideradas como sistemas de incentivos— sobre las conductas de los agentes implicados, y de estas con relación a la generación de costos y beneficios sociales³⁴.

En este sentido, una solución legal como la establecida en el CCCN no hace más que aumentar la ineficiencia del sistema judicial al privar a los Consumidores de la posibilidad de aplicar el arbitraje voluntario de consumo. A igual conclusión llegaríamos si admitimos el arbitraje de consumo sin admitir la aplicación de daños punitivos arbitrales.

Como expone Claudio M. Kiper³⁵, al diseñar un ordenamiento jurídico es necesario proponer normas e instituciones que promuevan la eficiencia en la utilización de los recursos³⁶. En este contexto, el arbitraje de consumo tiende a la eficiencia y constituye una mejora en relación a la vía judicial, siendo una externalidad positiva el bienestar social generado como consecuencia de la descongestión del sistema judicial, aumentando las posibilidades de que los casos existentes y los nuevos casos a plantearse sean resueltos en términos más eficientes en cuanto a costos de tiempo y recursos.

Otros problemas comunes que atentan contra la eficiencia son la falta de información perfecta, el conocimiento sesgado de parte de los tribunales³⁷ y los costos de transacción³⁸. Respecto del problema de la información, como afirma Natalie Chappe, ante una realidad de agentes con acceso a información imperfecta, donde el precio no refleja necesariamente los estándares de calidad del

³³ COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A., “La economía, el derecho y sus consecuencias”, en AA.VV., *Introducción al análisis económico del derecho*, COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A. (directores), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, Santiago de Chile, 2012, pp. 1-11.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ KIPER, Claudio Marcelo, “El análisis económico del derecho y la regulación de los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 21, “Economía y Derecho” Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pp. 215-245.

³⁶ En igual sentido, COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A., *op. cit.*

³⁷ Al respecto, ver GÓMEZ, Fernando, ARTIGOT-GOLOBARDES, Mireia, “¿Quién debe pagar el coste de los accidentes de trabajo?”, en AA.VV., *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (compiladora), 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006, pp. 132-133.

³⁸ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Volume III, University of Virginia, 1960.

bien o servicio, el pacto arbitral cumple una función informativa, toda vez que la reticencia de un proveedor a pactar un arbitraje donde se lo pueda condenar al pago de daños punitivos brinda información al mercado sobre los estándares de calidad con los que trabaja, incentivando a los proveedores a mejorar la calidad de sus productos³⁹.

Asimismo, una de las cuestiones que más preocupan a la teoría económica y al derecho de daños es la evitación de los costos del daño. En este sentido, la posibilidad de condenar por daños punitivos en el marco de un proceso arbitral —en el cual los costos de resolución son más bajos que los del sistema judicial— permitiría exaltar la función preventiva de los daños punitivos y del derecho de daños en general. Un sistema judicial lento y costoso como el nuestro atenta contra esta función disuasiva al percibir los proveedores que existen pocas posibilidades de que sean sancionados, lo que se agrava por la falta de denuncias dado el alto costo del sistema judicial, todo lo cual forma un círculo vicioso.

En este contexto, la posibilidad de condenar por daños punitivos en un proceso arbitral no solo genera incentivos para los Consumidores de demandar a los proveedores en infracción, sino también para que estos adopten las medidas necesarias de prevención, siendo sus costos de prevención menores que los de aquellos (*cheapest cost avoider*).

V. Conclusión

Sin perjuicio de la inconstitucionalidad que pudiera endilgarse al capítulo 29 del Título IV del CCCN, el CCCN, si bien prohíbe el contrato de arbitraje de consumo, nunca podría excluir la aplicación de daños punitivos en los casos de arbitraje de génesis legal.

Considerando el carácter perfectible del derecho, y partiendo de la premisa de que todo ordenamiento jurídico debe procurar alcanzar o acercarse a la eficiencia, no caben dudas de que un diseño institucional que contemple el arbitraje de consumo y la aplicación de daños punitivos arbitrales es socialmente conveniente.

Una política consciente en torno al arbitraje como vía de resolución de conflictos supone entender, de *lege lata*, que la facultad de los árbitros de condenar por daños punitivos se encuentra prevista en la LDC a partir de una interpretación

³⁹ CHAPPE, Natalie, “The informational role of the arbitration clause”, *European Journal of Law and Economics*, N° 13, 2002.

integral de la misma. Esto por cuanto la LDC consagra tanto el arbitraje como los daños punitivos y no prevé límite alguno para su fijación por parte de paneles arbitrales. En consecuencia, si el legislador hubiera querido quitar algún remedio establecido en la LDC del alcance de los árbitros, debería haberlo determinado expresamente. Luego, si se quisiera superar esta discusión, de *lege ferenda*, deberían incluirse expresamente los daños punitivos arbitrales.

En este contexto, una interpretación literal del art. 52 bis LDC que prive a los árbitros de la posibilidad de condenar por daños punitivos presupone prolongar en el tiempo los efectos nocivos de un sistema de administración de justicia manifiestamente ineficiente y violatorio de las más elementales garantías constitucionales.

Como afirma Constantine Katsoris, el propósito del arbitraje es ser un medio sustituto a los gastos y la demora de los procedimientos judiciales, teniendo como objetivos principales la celeridad y la economía procesal sin comprometer la imparcialidad. Sin embargo, para que el arbitraje sea una alternativa de la vía judicial, no debe privar a los demandantes de remedios legales⁴⁰. Bajo tales condiciones, el arbitraje no solo resultaría beneficioso para quienes sometieran la resolución de sus conflictos a árbitros generalmente versados en la materia, en el marco de un proceso veloz y económico, sino también para la sociedad toda, pues permitiría descongestionar el sistema judicial de nuestro país y asignar de forma más eficiente los recursos sociales. Para ello resulta esencial que los árbitros sean competentes para emitir laudos cualitativamente idénticos a las sentencias judiciales. Así, más allá de la deficiente regulación de los daños punitivos en la LDC, no hay razón alguna para negar a árbitros privados la facultad de condenar por daños punitivos.

La elección de la vía de resolución del conflicto debería involucrar solo las diferencias de procedimiento, no una diferencia cuantitativa en cuanto al remedio buscado y la solución brindada. Una diferencia tal es inconcebible, sobre todo cuando normativamente se alienta el arbitraje como una vía eficiente de resolución de conflictos. La cuestión a decidir no es si los daños punitivos deben ser otorgados, sino si los Consumidores deben legítimamente esperar recibir una solución cuantitativamente idéntica sin importar la vía de resolución escogida. La respuesta a tal interrogante es, decididamente, sí.

En este contexto, la solución más eficiente, también es la solución más equitativa y justa, al reconocer a los Consumidores el derecho a acceder a idénticas

⁴⁰ KATSORIS, Constantine N., *op. cit.*, p. 21.

soluciones, sin condenarlos a transitar un proceso lento y costoso, máxime cuando lo que está en juego son derechos de incidencia colectiva donde la prevención es prioritaria y precede a la reparación.

EL CONJUNTO INMOBILIARIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS PARQUES INDUSTRIALES

PLANNED UNIT DEVELOPMENT IN THE CIVIL
AND COMMERCIAL CODE: THE LEGAL SITUATION
OF INDUSTRIAL PARKS

Melisa Jarque*

Sumario: *I. Conjuntos inmobiliarios. Características según el CCC. El reglamento y su contenido. Régimen normativo aplicable. Situación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. II. Parques industriales como conjunto inmobiliario. Concepto. Importancia. Intervención del Estado. Clases. Estructura jurídica de los parques industriales. Consorcio de Propietarios. Su personería jurídica. Conflictos. III. Referencias bibliográficas.*

Resumen

Los conjuntos inmobiliarios son receptados en el Código Civil y Comercial como un novedoso derecho real. El objeto del presente artículo es desarrollar cuáles son las características propias de esta figura y, a su vez, analizar en profundidad la situación jurídica de los parques industriales, como moderna forma de urbanización.

Palabras clave: Conjunto Inmobiliario, Parque Industrial, Código Civil y Comercial, Derechos Reales, Consorcio, Personería Jurídica.

* Abogada. Graduada de la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

Planned Unit Development are accepted in the Civil and Commercial Code as a new kind of land regulation. The purpose of this article is to explain the characters of that grouping and, at the same time, to study the legal situation of industrial parks as a new way of urbanization.

Keywords: Planned Unit Development, Industrial Park, Civil and Commercial Code, Land Regulation, Consortium, Legal Status.

I. Conjuntos inmobiliarios

El Código Civil y Comercial ha incorporado al mundo jurídico un sinnúmero de conceptos novedosos. Se incluyen elementos en relación a la persona, a la capacidad, a los derechos de los menores y al nombre; se enumeran y regulan las personas jurídicas de carácter privado; se altera notoriamente el derecho de familia; y en el ámbito de los derechos reales se le ha dado espacio a la idea de “conjunto inmobiliario”.

Siendo el objeto del presente artículo desarrollar la situación de los parques industriales, como una de las modalidades de urbanización incluida dentro de los conjuntos inmobiliarios, será necesario especificar a qué se hace referencia cuando se habla de ellos según dispone la normativa del Código Civil y Comercial.

Dentro de la enumeración de cuáles deben ser considerados derechos reales, en el artículo 1.887 inciso D, el nuevo código recepta expresamente al conjunto inmobiliario. Quedan abarcados dentro de tal concepto:

los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixto. (Art. 2073 CCyC).

Los elementos característicos de este tipo de agrupamiento también quedan delimitados por el mismo código, concretamente en el artículo 2074, estableciéndose que debe existir: 1) cerramiento; 2) partes comunes y privativas; 3) estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes; 4) lugares y bienes comunes; 5) reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares; 6) régimen disciplinario;

7) obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes; y 8) entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

Todas las facultades que se ejerciten dentro del conjunto inmobiliario, ya sea sobre áreas comunes o áreas propias, serán interdependientes entre sí. Será área privativa toda unidad funcional que sea independiente según su destino, pero que tenga posibilidad de salida a la vía pública, ya sea de forma directa o indirecta. Por reglamento podrá definirse qué cosas y áreas son de carácter comunitario, siendo aplicable —en caso de duda— la presunción de que es ámbito de carácter común. El contenido del reglamento, que será necesario redactar, podrá incluir cuestiones relativas a las vías de circulación, de acceso y de comunicación; a las áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales; a cuáles son las instalaciones y los servicios compartidos; a las pautas de convivencia a las que, quienes ocupen el conjunto inmobiliario, deberán atenerse; a los criterios a cumplir para permitir el uso y goce de los espacios comunes; a qué gastos extraordinarios se deberán realizar; qué derechos tendrán los invitados; cuáles son las limitaciones y restricciones a la adquisición de partes de la urbanización; los tipos de sanciones a aplicar en caso de incumplir con las disposiciones de convivencia; entre otras (arts. 2074, 2076, 2077, 2078, 2080, 2081, 2082, 2083, 2085 y 2086).

En relación con las cuestiones vinculadas a elementos urbanísticos (como usos, cargas, dimensiones, áreas autorizadas, etc.), el artículo 2075 del Código Civil y Comercial establece que deberán organizarse conforme las disposiciones administrativas de la jurisdicción involucrada. A su vez, el segundo párrafo de tal normativa indica que corresponderá remitirse a lo reglado para el derecho real de propiedad horizontal, pero con las modificaciones que específicamente se incorporen en el título relativo a conjuntos inmobiliarios, formándose así un “derecho de propiedad horizontal especial”.

Como sucede en el caso de las edificaciones del régimen de propiedad horizontal, existirán expensas, gastos y contribuciones comunes a todos aquellos que formen parte de la urbanización (art. 2081). Tales aportes serán la base de financiamiento del mantenimiento y la conservación del conjunto inmobiliario.

Los conjuntos inmobiliarios en tanto forma de agrupamiento social no son una novedad. Más allá que el derecho lo incorpora de forma expresa a partir del Código Civil y Comercial, figuras como los clubes de campo y los barrios cerrados ya eran de reconocida existencia. En un principio, la regulación a la que se sometieron abarcó tanto elementos de derechos reales como de derechos

personales. Así, hubo casos en que coexistieron el derecho real de dominio sobre las parcelas individuales y el derecho personal de servidumbre sobre las áreas comunes¹.

Partiendo de esta situación normativa preexistente, el nuevo código se encargó de establecer expresa e imperativamente cual sería el destino que deberían seguir aquellos conjuntos inmobiliarios ya constituidos. Se incorporó como último párrafo del artículo 2075, que

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

Toma importancia destacar que la exigencia de adaptación a la nueva normativa no tiene plazo de cumplimiento establecido.

Aunque la claridad de la norma es indiscutible, doctrinarios como Butlow², Mariani de Vidal y Abella³, se encargaron de someter tal disposición al test de constitucionalidad. Considerando el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional —por la tutela al derecho de propiedad— y el artículo 7 del nuevo código —que establece la irretroactividad de la ley en relación a los derechos amparados por garantías constitucionales—, la disposición del último párrafo del artículo 2075 sería válidamente objetable. Sin dudas es importante el avance que el Código Civil y Comercial hace en relación a normativizar la situación de los conjuntos inmobiliarios, pero ello no justificaría el avasallamiento de las instituciones preconstituidas.

Como todo derecho de propiedad debe ser respetado, quienes detenten la titularidad de estas modernas urbanizaciones podrían alegar la inconstitucionalidad de la norma. Habrá que ver cómo se desarrolla jurisprudencialmente la interpretación de tan dudosa disposición.

¹ BUTLOW, DANIEL E., “Conjuntos inmobiliarios nuevos y preexistentes”, *Arquitectura Legal*, disponible en <http://arquilegal.com.ar/conjuntos-inmobiliarios-nuevos-y-preexistentes>, p. 2.

² BUTLOW, *op. cit.*, p. 3.

³ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, *LA LEY* 08/04/2015, 1 (AR/DOC/677/2015, p. 23).

II. Los parques industriales como conjunto inmobiliario

Desde hace tiempo, mucha es la doctrina y la jurisprudencia que viene desarrollando en forma específica las cuestiones relativas a los clubes de campo, los cementerios o los barrios privados. Sin embargo, en relación a los parques industriales —en tanto forma de urbanización incluida como conjunto inmobiliario por el Código Civil y Comercial— nunca se llevó adelante un suficiente análisis.

A los fines de realizar un acabado examen sobre la situación jurídica de este nuevo modelo de agrupamiento, en primer lugar es necesario definir de qué se habla cuando se hace referencia a un parque industrial.

Un parque industrial es un espacio territorial, subdividido en parcelas individuales, que cuenta con infraestructura y servicios adecuados para beneficiar a las empresas que decidan instalarse allí con fines exclusivamente industriales. A diferencia de las “áreas”—que son meros espacios destinados a ser ofrecidos como potenciales disparadores de la industria local desde la iniciativa pública—, se habla de parque cuando este ya se encuentra consolidado, organizado bajo una gestión única, con suministro de servicios como corriente eléctrica, agua potable, gas, alumbrado público, telefonía, internet, vigilancia, entre otros.

El conglomerado que conforma lo que se denomina parque industrial adquiere importancia no solo en cuanto a lo económico, sino también en tanto genera cooperación e interdependencia entre las empresas, a tal punto que potencia en gran medida la competencia industrial regional. Así, los proveedores de materias primas y los prestadores de servicios generalmente deciden instalarse dentro del parque y se encargan de asegurar suministro no solo a quienes se encuentren allí radicados, sino también a las familias, comercios y establecimientos de toda la región.

El sector público —local, provincial y nacional— participa activamente en el desarrollo de los parques industriales.

Ya sean parques oficiales, privados o mixtos, el gobierno será el encargado de asegurar que el mismo cumpla todas las normativas relativas a aptitud ambiental, factibilidad y seguridad.

En el caso de los parques industriales oficiales, el Estado es el único y principal impulsor del agrupamiento. En cambio, son de carácter privado aquellos que respondan a iniciativas de particulares; y mixtos aquellos que surgen por el accionar conjunto de organismos estatales y no estatales.

La Ley 13744 de creación y funcionamiento de Agrupamientos Industriales en la Provincia de Buenos Aires, incluye en su artículo 26 una cuarta clase de parques industriales según quien propicia la iniciativa: los “mixtos promocionales”, definidos como aquellos en los que

el Estado aporta los inmuebles a afectarse, sobre el que se transferirá a título oneroso la titularidad dominial a los particulares, una vez que estos hayan realizado la inversión productiva necesaria para el emprendimiento previa certificación de los organismos de contralor⁴.

Creando un Registro Nacional⁵, ofreciendo Aportes No Reintegrables que hacen al subsidio de obras interiores y exteriores⁶, asegurando inspecciones periódicas por la Unidad de Desarrollo Industrial Local o el organismo dependiente del Ministerio de Industria que corresponda⁷, emitiendo autorización para la instalación, ampliación y radicación de empresas, recaudando tasas y contribuciones, o de muchas otras formas, el Estado garantiza su participación directa e indirecta en los proyectos de urbanización industrial, tanto a corto como a largo plazo.

Ahora bien, sabiendo de qué se trata cuando se hace referencia a los parques industriales, corresponde analizar el vacío legal que aún hoy existe en cuanto a la estructura jurídica de este tipo de agrupamiento.

Los parques industriales involucran y generan una multiplicidad de vínculos sociales, económicos y jurídicos que no pueden quedar sin una adecuada regulación.

Si se sigue la línea del Código Civil y Comercial, los parques industriales quedan incorporados como conjunto inmobiliario en tanto derecho real. La consideración como derecho real supone para los sujetos involucrados una mayor y más eficiente seguridad jurídica, siendo las partes privativas y comunes del conjunto inmobiliario las que se transfieren a quien sea adquirente. Este derecho real detendrá ciertos caracteres: será sobre cosa propia, ejercido por la posesión, registrable y principal.

Los parques industriales como conjunto inmobiliario, deben quedar sujetos a un derecho de propiedad horizontal especial, tal como se lo indica en el artículo 2075:

⁴ Ley 13744, Provincia de Buenos Aires, 9/11/07 BO N° 25.778, artículo 26.

⁵ Decreto 915/10, Provincia de Buenos Aires, 28/06/10, artículo 2.

⁶ Decreto 915/10, Provincia de Buenos Aires, 28/06/10, artículo 5.

⁷ Decreto 915/10, Provincia de Buenos Aires, 28/06/10, Anexo, artículo 17.

... Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

En un acabado análisis de lo que implica un régimen de propiedad horizontal y de lo que requiere la organización de un parque industrial, asume central importancia —en ambos casos— la figura del consorcio de propietarios. Ello, en tanto y en cuanto es el propio código civil y comercial el que dispone que los conjuntos inmobiliarios deben contar con una “entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas”⁸.

Hablar de consorcio es referirse al “... conjunto de los propietarios de las unidades funcionales”⁹, que establecerá su domicilio en el inmueble donde se ubique el agrupamiento, y se organizará en base a tres órganos: la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.

El nuevo código incorpora expresamente en el artículo 148 inc. h) al consorcio de propiedad horizontal en la enumeración de personas jurídicas de carácter privado. Si los conjuntos inmobiliarios deben regirse por remisión expresa con las normas relativas a la propiedad horizontal, deviene lógico que las disposiciones sobre los consorcios de éste tipo de régimen sean aplicables de idéntica forma a los consorcios de parques industriales. Que el consorcio se constituya como persona jurídica lo habilita a que detente la titularidad de un patrimonio por sí mismo, a asumir responsabilidades y obligaciones, y a gozar de mayor independencia y autonomía en relación a sus actividades.

Sin embargo, a la hora de aplicar esta regulación surge un conflicto fundamental: no existe reglamentación que haga viable llevar a la práctica los derechos que el Código recepta. No está reglado el trámite concreto de inscripción de los consorcios de parques industriales que les otorgue la personería jurídica que corresponde. No son asociaciones civiles, ni fundaciones, ni consorcios de cooperación, ni sociedades comerciales, por lo que las autoridades que tienen incumbencia en lo relativo a personas jurídicas no se hacen responsables de reglamentarlo. Los profesionales encargados de inscribir a los consorcios de

⁸ Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 1/10/2014, artículo 2074.

⁹ Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 1/10/2014, artículo 2044.

propiedad horizontal desconocen el camino que otras formas de agrupamiento deberían seguir para obtener la personería jurídica.

De esta manera, se llega a una encrucijada: existen derechos reconocidos pero no se conoce la forma de aplicarlos o hacerlos efectivos.

Teniendo en cuenta lo novedoso y reciente que es el tratamiento de las nuevas formas de urbanización, las sucesivas cuestiones que se vayan planteando, llevarán a la adecuación del sistema jurídico a la realidad actual.

Como ya se mencionó en párrafos anteriores, es relevante la importancia que adquieren los parques industriales, en una sociedad que procura progreso y desarrollo, sobre todo si se tiene en cuenta que hoy han sido consagrados derechos reales de específica aplicación e incumbencia.

Resultando una variable sensible y determinante, tanto a nivel económico como social, la personería jurídica a la que tienen derecho los consorcios de los parques industriales debería ser reglamentada, posibilitando así la consolidación de las múltiples relaciones jurídicas que se generan.

En síntesis, tratándose la reglamentación de las figuras indicadas, de una necesidad jurídica, social y económica, es de esperar que las instituciones logren adecuarse cuanto antes, tornando viable el cumplimiento de las nuevas pautas consagradas en el texto del reciente Código Civil y Comercial.

III. Referencias bibliográficas y de consulta

BUTLOW, Daniel E., “Conjuntos inmobiliarios nuevos y preexistentes”, *Arquitectura Legal*, disponible en <http://arquilegal.com.ar/conjuntos-inmobiliarios-nuevos-y-preexistentes>

CANOSA, Javier, “La regulación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derechos reales”, 28/07/2015, disponible en <http://www.canosa.com/es/regulation-of-property-rights-under-the-new-argentinean-civil-and-commercial-code/>

CORNA, Pablo, “Conjuntos inmobiliarios”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, 2012, Buenos Aires, *El Derecho*, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/conjuntos-inmobiliarios-pablo-corna.pdf>

FUNDACIÓN METROPOLITANA, “El crecimiento de los parques industriales, motor de la economía para la región metropolitana”, *Informe Digital Metropolitano*, 28/08/2014, disponible en <http://metropolitana.org.ar/idm/el-crecimiento-de-los-parques-industriales-motor-de-la-economia-para-la-region-metropolitana/>

GARCÍA ORTIZ, Grisela A., “Los derechos reales en el nuevo código civil y comercial de la nación”, *Urbe et Ius*, disponible en http://www.urbeetius.org/institucional/item/download/18_211fa756c4c3c1055fe88cc2ba686025

MALIZIA, Roberto, “Conjuntos Inmobiliarios”, *Ed. Rubinzal Culzoni*, RC D 1292/2015, disponible en http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle_articulos&id=869011

MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, *LA LEY* 08/04/2015, 1 (AR/DOC/677/2015).

MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación 2da. Parte”, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/Nuevos-derechos-reales-del-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n-MOLINA-QUIROGA.pdf>.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial: Conjuntos Inmobiliarios y cementerios privados”, *Infojus*, DACF150341, 29/04/2015 disponible en <http://www.infojus.gov.ar/eduardo-molina-quiroya-nuevos-derechos-reales-codigo-civil-comercial-conjuntos-inmobiliarios-cementerios-privados-dacf150341-2015-04-29/123456789-0abc-defg1430-51fcanirtcod>

TEITELBAUM, Horacio, “Los nuevos paradigmas y desafíos de la reforma”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 2015, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/los-nuevos-paradigmas-y-desafios-de-la-reforma/>

TRANCHINI, Marcela, “Comentarios a la regulación de los conjuntos inmobiliarios”, en *Ponencias de la Comisión Bicameral para la Reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación*, disponible en http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/024_MARCELA_TRANCHINI.pdf

»ENSAYOS«

LA CADUCIDAD DE LOS PLAZOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO A LA LUZ DE LA NORMATIVA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

THE EXPIRATION OF TERMS IN THE PREVENTIVE CONCORDAT IN LIGHT OF THE REGULATIONS OF THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Marcos Fernández Peña*

Sumario: I. Introducción. II. Funcionamiento del instituto durante la vigencia del Código de Vélez. III. Análisis de la normativa en el Código Civil y Comercial IV. Conclusión.

Resumen

El artículo 128 de la Ley de Concursos y Quiebras establece que las obligaciones pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho a la fecha de la sentencia de quiebra. Sin embargo, en el mencionado cuerpo normativo no hay una norma homónima con respecto a la misma situación en el concurso preventivo. Frente a esta laguna normativa, la doctrina ha ensayado dos posiciones contrarias: una que sostiene que la presentación en concurso no produce el vencimiento anticipado dado que no hay una norma que así lo disponga; mientras que la otra entiende que las obligaciones se consideran vencidas, atento a la aplicación analógica del artículo 128 y a lo estipulado por los artículos 753 y 533 del Código Civil de Vélez Sársfield. Cabe analizar en este trabajo cuál será la situación atento a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial; específicamente teniendo en cuenta el artículo 353 del mismo.

Palabras clave: Artículo 128 Ley de Concursos y Quiebras, Caducidad de los plazos pendientes en el concurso preventivo, Reglas Concursales, Artículos 753 y 533 Código Civil de Vélez, Artículo 353 Código Civil y Comercial.

* Tutor Alumno del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur entre 2015 y 2017. Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho UNS; Alumno Investigador de Proyectos de Investigación acreditados en el marco de la UNS: "Principios Jurídicos de la Sociedad de la Información" y "Enseñanza del Derecho". Becado en la Universidad de Córdoba, España, para movilidad académica de grado en el primer semestre de 2018.

Abstract

The article 128 of the Bankruptcy Act states that the term of obligations are considered overdue since the date of the bankruptcy sentence. However, there is no homonymous rule regarding the same situation in the other major bankruptcy proceeding: the preventive agreement. Faced with this issue, the doctrine has tested two opposing positions: one holding that the presentation in the preventive agreement does not produce the anticipated expiration since there is no law that so provides; while the other believes that the obligations are considered overdue, considering the analogical application of the article 128 and what was stipulated by articles 753 and 533 of the Civil Code of Velez Sársfield. In this paper, we will analyze which will be the situation now, according to the sanction of the new Civil and Commercial Code; specifically taking into account the new article 353.

Keywords: Article 128 Bankruptcy law, Revocation of pending deadlines in the bankruptcy proceedings, Bankruptcy Rules, Articles 753 and 533 Civil Code of Velez, Article 353 Civil and Commercial Code.

I. Introducción

Hasta fines del siglo XIX el fenómeno de la insolvencia tuvo como respuesta jurídica únicamente la quiebra del deudor *in malis* con la consecuente distribución del producido de la misma entre los acreedores de acuerdo a su orden de preferencia.

Sin embargo, la legislación de Bélgica marcó un hito en 1887 incorporando un nuevo instituto ante la cesación de pagos del sujeto deudor: *el concordato preventivo*. Mediante esta herramienta jurídica, a aquel deudor que hubiera incumplido no por una administración fraudulenta o temeraria, sino por mala fortuna, la ley le otorgaba la posibilidad de llegar a un acuerdo con sus acreedores antes de ser declarado en quiebra.

En nuestro país, el concurso preventivo fue introducido legislativamente a través de la Ley 4156 sancionada en 1902, que justamente tuvo como una de sus fuentes a la ley belga de 1887 y al proyecto italiano de Bolaffio.

Desde 1902 en adelante, el concurso preventivo se ha mantenido en las diversas reformas y las nuevas leyes relativas a la insolvencia —la Ley 11719 de 1933; la 19551 de 1972 y la 24522 de 1995— mutando el publicismo o privatismo¹

¹ En lo referente al protagonismo de los acreedores y la preponderancia o no del juez en la homologación del acuerdo preventivo.

relativo al mismo de acuerdo a los vientos ideológicos más en boga al momento de la discusión legislativa.

Dentro del esquema jurídico particular que importa la normativa sobre los sujetos en estado de cesación de pagos, hay una regulación en concreto que ha suscitado la discusión doctrinaria respecto de su aplicación o no en el concurso preventivo. Nos referimos al vencimiento anticipado de las deudas (o la caducidad de los plazos pendientes), regla consagrada expresamente para el caso de la quiebra en el artículo 128² de la Ley de Concursos y Quiebras 24522.

En el presente trabajo intentaremos en primer lugar exponer brevemente los argumentos de cada una de las doctrinas respecto a la aplicabilidad del instituto al concurso, teorías que fueron realizadas en un contexto jurídico en el cual se encontraba vigente el Código Civil elaborado por Vélez Sársfield.

En segundo lugar, analizaremos cuáles de las nuevas regulaciones establecidas por el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015 influyen sobre la discusión y qué repercusión tienen sobre una ley especial como lo es la Ley de Concursos.

Finalmente, realizaremos una conclusión donde discurriremos acerca de la utilidad y adecuación de la solución brindada por la nueva normativa vigente en nuestro país.

II. Funcionamiento del instituto durante la vigencia del Código de Vélez

Como se dijo anteriormente, la Ley 24522 contiene expresamente el principio de caducidad de los plazos pendientes en el caso de quiebra en su artículo 128.

Con base en una lectura literal de este artículo, parte de la doctrina entendió que la presentación en concurso preventivo no produce el vencimiento anticipado de las obligaciones porque no hay una norma que así lo disponga, y esto implicaría agravar la situación patrimonial del deudor³.

² Las obligaciones del fallido pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho en la fecha de la sentencia de quiebra.

³ Entre otros doctrinarios, se inclinan por la negativa a la caducidad de los plazos en el concurso preventivo: RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1996, pp. 220 - 221; GRANADOS, Ernesto I.J., "Efectos de la apertura del concurso preventivo", *Revista de Derecho y Empresario. IV*, Universidad Austral, 1995, p. 64.

Otra parte de la doctrina⁴ —mayoritaria— entendió que sin importar la postura que se adopte respecto de si el plazo otorgado al deudor es en beneficio de éste, del acreedor o de ambos, lo cierto es que la afección que produce el concurso se proyecta directamente sobre la confianza que tuvo el acreedor al concederle al deudor dicho término.

En ese orden de ideas, esta postura sostiene que tanto en el concurso preventivo como en la quiebra se producen efectos que hacen caer los plazos estipulados para las obligaciones: el primero de estos efectos es la suspensión y el fuero de atracción que ejerce el proceso concursal respecto de las acciones individuales de contenido patrimonial. Nada significaría esperar el vencimiento de los términos de algunas obligaciones todavía no vencidas si su titular no pudiera hacer valer su derecho individualmente.

El segundo efecto es la cristalización del pasivo a fin de mantener la par *condicio creditorum*. Ello se produce a través de la verificación de créditos, etapa de la cual no quedan excluidas las obligaciones a plazo, siempre que fueren de causa o título anterior a la presentación del concurso preventivo.

Así es que la corriente mayoritaria entiende que son muchas las normas que legisladas en la parte de la quiebra, se aplican por ser principios generales en la materia para el caso del concurso preventivo. Principalmente, las normas que tienden a la cristalización del pasivo y que se fundan en los máximos principios concursales de la concurrencia y la par *condicio creditorum*, preceptos que no se incluyen en la parte de concurso preventivo pero que, desde que se fundan en la necesidad de cristalizar el pasivo concurrente, resultan inherentes a todo proceso concursal.

Esta postura no solo se sustenta en la interpretación analógica del artículo 128, sino que también se apoyaba en una interpretación integral del derecho patrimonial, citando los artículos 533⁵ y 753⁶ del Código Civil de Vélez Sársfield.

⁴ HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, t.1, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1998, pp. 475 - 476; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras*, t.1, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2003, p. 174; GRAZIABILE, Dario J., *Derecho Concursal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012; MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de concursos y quiebras*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 2 y ss.

⁵ Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosíblemente quisieron o entendieron que habían de cumplirse.

⁶ Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigirle contra los deudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso.

De este modo, sostienen que conforme a tales normas, el deudor insolvente no puede aprovecharse de los plazos estipulados para la obligación; por ende, es viable la aplicación del artículo 128 al instituto del concurso preventivo.

Así es como concluyen que el concurso preventivo produce, por sí mismo, la caducidad de todos los plazos, sin necesidad de que la norma especial contenida en el capítulo de quiebras haga referencia al proceso preventivo.

Finalmente, la doctrina que acepta la caducidad de los plazos pendientes en el concurso preventivo expone la forma de neutralizar el negocio que resultaría de cobrar antes del plazo. Así sostienen que la solución sería compensar el anticipo en el cobro tomando la posición más justa para cuantificar las obligaciones cuyo plazo hacaducado al momento del cobro: al momento de la apertura del concurso —cuando se considera vencida la obligación— deben deducirse los intereses del período entre la fecha de la petición del concurso y la fecha de vencimiento de la obligación.

III. Análisis de la normativa en el Código Civil y Comercial

El 1 de agosto de 2015, con la entrada en vigencia de la Ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación se produjeron numerosas e importantes variaciones en todo el ordenamiento jurídico.

Cabe preguntarse si alguna de estas modificaciones tuvo repercusiones en la discusión doctrinaria que se expuso con anterioridad, la cual no es ociosa, sino que es de gran relevancia tanto para el desarrollo del proceso concursal como para el mantenimiento del derecho de propiedad, consagrado en la mismísima Constitución Nacional.

Del análisis del nuevo cuerpo normativo, podemos advertir una norma que precisamente se refiere a la cuestión que traemos a debate en este trabajo. Nos referimos concretamente al artículo 353 el cual textualmente dice:

El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.

Fácilmente se puede advertir que en la segunda oración el nuevo Código toma claramente la posición minoritaria de la discusión a la que aludimos *ut supra*.

Sin embargo, aunque la norma afirma que la apertura del concurso no hace caducar el plazo, la frase final, “sin perjuicio... de todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”, suscita muchas dudas respecto de la posibilidad de su aplicación práctica.

Es en virtud de esa última expresión que a nuestro criterio el artículo 353 del Código Civil y Comercial, lejos de zanjar la discusión teórica no hace otra cosa que agregar más confusión. Decir que el plazo no caduca pero que el acreedor va a quedar sometido a todos los efectos del régimen concursal es una contradicción.

Esto es así porque respecto de los acreedores quirografarios, la caducidad de los plazos es, efectivamente, una inherencia del régimen concursal. Si tienen que verificar —porque son concursales (art. 32)⁷—, si no pueden ser pagados al vencimiento cuando el crédito se haga exigible —porque lo impide el art. 16⁸—, y tampoco pueden ejecutar —porque tienen suspendida la vía individual (art. 21)⁹—, en definitiva van a cobrar como todos en los términos del acuerdo.

Con lo cual, no obstante lo que expresa el artículo mencionado, los acreedores concursales van a tener que verificar, no van a poder ser pagados, no van a poder ejecutar y van a votar porque el acuerdo en definitiva los va a afectar.

Esto es así porque en los acreedores quirografarios, la concursabilidad va de la mano con la cristalización del pasivo, la suspensión de las ejecuciones, el respeto de la par condicio y el sometimiento a los efectos del acuerdo.

Es decir, no obstante lo expresamente consagrado en el artículo 353 del Código Civil y Comercial, los fundamentos sostenidos por la doctrina mayoritaria a la luz

⁷ Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos, con dos (2) copias firmadas y debe expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales, dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación.

⁸ El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación.

⁹ La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos.

del código de Vélez mantienen su plena vigencia, pues la incompatibilidad entre la nueva normativa y las normas concursales hacen que su aplicación sea imposible.

IV. Conclusión

A lo largo de este breve trabajo hemos tratado de dilucidar la cuestión relativa a la aplicabilidad o no de la caducidad de los plazos vigente para el caso de la quiebra en el concurso preventivo.

Observamos lo establecido por la normativa concursal, analizamos lo que disponía el Código Civil de Vélez Sársfield y lo que establece el Código Civil y Comercial, actualmente en vigencia.

Asimismo, estudiamos brevemente los argumentos en favor de una y otra posición respecto al tema en cuestión y establecimos cómo se situaría ese debate doctrinario a la luz de la nueva legislación.

Finalmente, realizaremos una reflexión respecto de la modificación insertada en el mencionado artículo 353.

A nuestro criterio, el 353 es una modificación fallida que solo agrega confusión. Su autocontradicción, estableciendo primero la no caducidad de los plazos y luego diciendo que el acreedor quedará sometido a todo el resto de los efectos concursales, hace que hubiese sido preferible que el Nuevo Código no se refiriese al tema.

En cambio, tendría sentido decir que no caducan los plazos respecto de acreedores muñidos con garantía real —para el supuesto de que el contrato de prenda o hipotecario no lo haya previsto— porque esos acreedores si bien tienen que pedir verificación, pueden iniciar o continuar la ejecución y cobrar. En este caso sí podría convenirle al deudor que la ley dijera que el plazo no caduca para que el concursado pueda pagarle en los términos originarios y el acreedor no pueda iniciarle inmediatamente ejecución.

Sin embargo, el mencionado artículo no se refiere expresamente a esos acreedores estableciendo esos efectos, por ello sostenemos que su redacción ha sido, cuanto menos, poco feliz.

Por todos estos motivos, entendemos que el artículo 353 es inútil e innecesario y debemos concluir que aquello que debieron haber previsto los legisladores, deberá ser corregido ahora por la jurisprudencia pues, como dijera Montesquieu, *“Las leyes inútiles debilitan a las necesarias”*.

LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO ELEMENTO NECESARIO PARA LA APERTURA A VÍNCULOS FILIALES TRIPLES

THE CHILDBEARING WILL AS A NECESSARY ELEMENT TO ACKNOWLEDGE TRIPLE FILIAL BONDS

Esteban Marmeto*

*Sumario: I. Introito. II. Regla del doble vínculo filial.
III. La voluntad procreacional y sus cauces.*

Resumen

Se reconocerán vínculos filiales triples o tripartitos en los supuestos de donación de gametos no anónimos, es decir, cuando quien aporta el material genético es una persona conocida por la pareja. Esto es así ya que es aquí en donde el elemento biológico y el volitivo se unen, no encontrándose disgregados como ocurre en la donación de gametos anónima.

En este sentido, consideramos que la voluntad procreacional expresada por el tercero que aporta el material genético debe ser el elemento a ponderar a fin de posibilitar la apertura hacia vínculos filiales triples o tripartitos. Sustraerse de esta solución implicará un avasallamiento de la socioafectividad.

Por otro lado, sostenemos que la regulación expresa del binarismo por el Código Civil y Comercial de la Nación no es impedimento para reconocer la multiparentalidad. En este sentido creemos que haciendo un diálogo de fuentes, atento a lo establecido por el texto normativo en los artículos 1 y 2 y por aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, podemos

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Auxiliar alumno de Derecho de Familia y Sucesiones. Becario de investigación del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN). Ponencia presentada en la comisión de estudiantes de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil". Bahía Blanca 1, 2 y 3 de octubre de 2015. Agradezco especialmente a María Victoria Schiro, Guillermina Zabalza y Eduardo J. Arrubia por su invaluable aporte en esta ponencia.

realizar una interpretación extensiva de la voluntad procreacional abriendo la posibilidad de incorporar al tercero a la relación paterno filial.

Palabras claves: Filiación triple, Socioafectividad, Multiparentalidad, Voluntad procreacional, Fecundación, Homoparentalidad, Técnicas de reproducción humana asistida.

Abstract

The triple filial bonds will be acknowledged in cases of non-anonymous gametes donation, *i. e.*, when the person who provides the genetic material is known by the couple. Hence, the biological element and the autonomy of the will are linked, whereas they split in the case of the anonymous gamete donation.

Therefore, we think that the childbearing decision, which is claimed by a third person who provides the genetic material, should be the element which has to be taken into account in order to create the possibility of triple filial bonds. If this solution is denied, it would involve a “socio-affection” subjugation.

On the other hand, we argue that the evident binary ruling held by the National Civil and Commercial Code is not a pitfall for acknowledging multi-parenting institutions. Consequently, we state that by making the juridical resources dialogue, according to articles 1 and 2 and due to International Conventions on Human Rights, we are allowed to perform an extensive interpretation regarding the childbearing decision so as to add a third person to the filial paternal relationship.

Keywords: Triple filial bond, Socio-affection, Multiparenting, Childbearing decision, Fertilization, Homoparenting, Assisted Human Reproduction Techniques.

Introito

La filiación se distingue de los demás institutos del derecho de familia por las modificaciones que se producen en el correr del tiempo, las cuales responden a dos variables: cambios sociales e impacto en la biotecnología¹.

¹ KRASNOW, Adriana N., “La procreación humana asistida y sus problemas. Un análisis desde la teoría del mundo jurídico” en *Derecho y complejidad*, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, 2011, p. 198.

El avance de la ciencia y la tecnología y la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26618) —que permitió que toda persona pueda contraer matrimonio sin importar su orientación sexual—² vino a visibilizar y colocar definitivamente en el escenario jurídico la discusión en torno a la filiación frente a la utilización de material genético ajeno a la pareja parental.

Ante este panorama, el Código Civil y Comercial de la Nación suplió esta carencia histórica³ mediante la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴ como una tercera fuente filial. En este sentido, se buscó generar un derecho de familia más humano y respetuoso de la diversidad en donde los datos de la realidad impactan en la composición de la familia⁵.

Frente a esta nueva situación jurídica surge el interrogante en torno a si, en vista de este nuevo plexo normativo, podemos repensar el instituto del derecho de la filiación en virtud de la voluntad procreacional como generadora de un tercer vínculo filial y no como mera fuente de la filiación binaria.

II. Regla del doble vínculo filial

La sanción de la ley de Matrimonio Igualitario puso en crisis el instituto del derecho filiatorio ya que, entre otras cuestiones, planteó el interrogante de si, conteste con estas nuevas realidades, podía pensarse en la generación de vínculos filiales tripartitos⁶.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sobras de un debate incómoda y actual”; LL, 2010, p. 1.

³ No obstante esta afirmación, CIURO CALDANI señala: “Esa carencia normativa no es, sin embargo, total y vale tener en cuenta las soluciones que surgen de las formalizaciones de derechos humanos constitucionalizados (art. 75 inc. 22) en especial de la Convención de los Derechos del Niño”. En “Aspectos iusfilosóficos de la procreación humana técnicamente asistida”, *Investigación y Docencia*, N° 30, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, p. 28.

⁴ En adelante TRHA.

⁵ KRASNOW, Adriana N., “Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En la búsqueda armonizadora de una propuesta de interpretación armonizadora”, RDF 64-29, p. 1.

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 2. Estas autoras plantean la siguiente situación fáctica: “una mujer contrae matrimonio con otra persona de su mismo sexo pero tiene relaciones sexuales con un hombre; de tales vinculaciones nace un niño, y quien lo generó desea hacerse cargo de su hijo genético. ¿Qué respuesta legislativa sería más adecuada para solucionar este conflicto jurídico? ¿La ley debería priorizar la presunción de “filiación”-para utilizar un concepto neutro-que prevé el artículo 243 del Código Civil o debería permitir que, en estos casos, prime el reconocimiento por parte del hombre con quien el niño tiene vínculo genético indubitado?”.

Pero, frente a esta cuestión, el Código Civil era muy claro ya que receptaba, aunque en forma implícita⁷, la máxima del doble vínculo filiatorio. En tal sentido el artículo 250 del Código Civil establecía, en su último párrafo, que “No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa y simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida”. Conforme con esta disposición, el artículo 252 disponía que “Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última”.

La incorporación, por el Código Civil y Comercial de la Nación, de la voluntad procreacional, vehiculizada a través de las TRHA⁸ como una nueva fuente filiatoria —no obstante el fuerte rechazo de un sector de la doctrina en ser considerada como tal^{9,10}—, trajo consigo una luz de esperanza acerca de la posibilidad de una regulación eventual de vínculos filiales tripartitos. Esto es así ya que al otorgar la facultad de concebir a quien no pueda —o no quiera¹¹— hacerlo de la forma tradicional, se genera una situación idónea para regular la filiación tripartita.

Pero el Código Civil y Comercial mantuvo, aunque ahora de manera expresa, la máxima que establecía la legislación anterior. En tal sentido el nuevo texto legal

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, tomo II; capítulo elaborado por Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 449.

⁸ Esta regulación debe ser analizada en consonancia con la “ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida” (Ley 26862) y su decreto reglamentario 956/2013.

⁹ Entre otros, GONEM MARCELLO, Graciela, en “Algunas reformas al proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2012) efectuadas por la Comisión Bicameral en relación con personas vulnerables”, MJD6780; SAMBRIZZI, Eduardo A., “La voluntad procreacional. La reforma del Código Civil en materia de filiación”, AR/DOC/4722/2011.

¹⁰ Al respecto, SAMBRIZZI señala que “... la procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación que aquella cuya fuente es la naturaleza, pudiendo también producirse la filiación por naturaleza por la práctica de una relación sexual natural. En efecto, sea que la fecundación del óvulo con el espermatozoide se produzca por relación sexual o mediante una de las varias técnicas de procreación asistida, es la naturaleza la que en ambos supuestos actúan para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano dotado de todo lo necesario como para continuar desarrollándose en forma gradual hasta producirse el nacimiento” en “La voluntad procreacional...”, *op. cit.*, p. 2.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, *op. cit.*, p. 404. Aquí señalan, en referencia a la Ley 26862, que “La ley no se refiere en ningún momento a las TRHA como modo de paliar un problema de salud; es decir, no se centra en la noción de “infertilidad” sino —y de manera más amplia— en el derecho de acceso a las TRHA para alcanzar la maternidad/paternidad”.

instituye, en el último párrafo del artículo 558, que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

La recepción manifiesta del sistema binario —es decir, “la imposibilidad de ostentar más de dos vínculos filiales”¹²— tiene como consecuencia que toda persona que pretende generar un vínculo filial con otra, que posea doble emplazamiento filiatorio deberá primero impugnar uno para poder ser emplazado¹³.

Se ha sostenido para fundamentar la continuidad de los vínculos filiales dobles que “sustraerse del principio binario sobre el cual se edifica el sistema jurídico filial en todas sus fuentes es un salto cualitativo significativo, de fuerte impacto social y psicológico, por lo que resultaría difícil de aceptar y construir”¹⁴.

Por nuestra parte creemos que dicho fundamento no es óbice para vedar la posibilidad de crear vínculos filiales triples o tripartitos. El análisis que sigue dará cuenta de lo expresado en este párrafo.

III. La voluntad procreacional y sus cauces

El sistema filiatorio del Código Civil, según Ley 23264, se edificaba sobre la base de la verdad biológica, la cual era entendida como “la coincidencia entre los términos generante y generado de orden natural y padre e hijo de orden legal”¹⁵. En estos términos, la determinación del vínculo se regía por una concordancia entre lo jurídico y lo biológico en donde el elemento volitivo carecía de relevancia¹⁶.

Sin embargo, aquel principio fue puesto gravemente en crisis. Esto fue así ya que el desarrollo de la biotecnología generó una realidad cada vez más compleja en la sociedad posmoderna. Es a partir de allí que, a través del uso de la ciencia y técnica médica, “el arte de fabricar un niño ya no se limita al encuentro sexual

¹² HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, RDF 66-75, p. 1.

¹³ En este sentido, el artículo 578 establece que “Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previamente o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación”.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, *op. cit.*, p. 453.

¹⁵ ALES URÍA, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis comparado del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”. DFyP 2013, 119, AR/DOC/590/2013, p. 2.

¹⁶ KRASNOW, Adriana, *Tratado de derecho de familia*, tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 21.

entre un hombre y una mujer”¹⁷. Nos encontramos, verdaderamente, ante una “revolución reproductiva” que separa radicalmente la reproducción humana de la sexualidad, de modo que hoy en día es posible la reproducción sin sexo (y el sexo sin reproducción)¹⁸.

Estos vientos de cambio han trastrocado estructuras del derecho de familia tradicional que antes eran impensadas, dado que es en la procreación asistida en donde el elemento volitivo cobra especial relevancia desplazando, de esta manera, al genético produciéndose una “desbiologización de la paternidad”¹⁹. Es por ello que, en virtud de estas técnicas, “se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que dan a su vez tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria”²⁰.

Todas estas cuestiones provocaron que las bases del sistema filiatorio argentino se conmovieran por la introducción de la voluntad procreacional como generadora de vínculos filiales. Es a partir de aquí que el instituto en análisis “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, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”²¹.

Ahora bien, no obstante el aumento en Argentina de las técnicas de reproducción asistida²², nuestro sistema legal no disponía ninguna regulación sobre este tema. Fue a partir de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, en donde esta carencia normativa se visibilizó en forma más latente. Ello generó que se reabriera el debate en torno a la regulación de este instituto exigiéndole así una

¹⁷ CADORET, Anne, “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”, *Revista de Antropología Social*, N° 18, Universidad Complutense de Madrid, 2009, p. 67.

¹⁸ LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, *RDF*, N° 50, p. 107 [citada por ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, Victoria, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad en la adopción y la procreación asistida”, *Revista Cartapacio de Derecho*, vol. 20 (2011), p. 2].

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad...”, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ *Idem.*

²¹ FAMÁ, María Victoria, “Padres como los demás... Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario”, *AP/DOC/1948/2012*, p. 2.

²² <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/08/11/nosotros/NOS-18.html>. Además se puede observar los estudios realizados en el siguiente artículo: PÉREZ, Agustina, “Género y tecnologías reproductivas. Una aproximación desde el trabajo de campo”, *MJD7172*.

respuesta al ordenamiento jurídico que sea conteste con las problemáticas que se presentan en la realidad social.

Ante este panorama, el 5 de junio de 2013 fue aprobada la Ley 26862²³ (Ley de Cobertura para los Tratamientos de Reproducción Asistida). Esta legislación vino no solo a suplir el silencio legislativo sobre este tema sino también a dar seguridad jurídica ante los distintos planteos jurisprudenciales²⁴ respecto de la reproducción asistida. Además, es importante señalar que, según lo dispuesto por el artículo 10 de dicho ordenamiento, la ley es de orden público.

Ahora, no obstante que la sanción de esta ley tuvo como finalidad erradicar esa carencia normológica, es cierto que el sistema jurídico argentino necesitaba una regulación integral de las técnicas de reproducción asistida y sus impactos en materia de generación de vínculos filiales. En vista de esta necesidad, fue el Código Civil y Comercial de la Nación el que adecuó la legislación nacional a los avances científicos actuales a través del establecimiento de las TRHA como fuente de filiación.

Este plexo normativo vino a saldar una antiquísima deuda que tenía con toda la sociedad, situación que se visibilizó aún más ante la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario²⁵.

Como se indicó anteriormente, el Código Civil y Comercial ha conmovido el sistema filial argentino introduciendo las TRHA cuyo elemento determinante es la voluntad procreacional²⁶. De esta manera, se edifica una nueva fuente filiatoria.

Va de suyo que esta voluntad procreacional se encuentra materializada a través del consentimiento, el cual debe reunir los requisitos que dispone el ordenamiento jurídico, a saber: previo, informado, libre y formal. En virtud de estas exigencias, el Código Civil y Comercial excluye toda posibilidad de un con-

²³ Para un análisis más profundo del tema ver HERRERA, MARISA, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”; AR/DOC/2256/2013.

²⁴ HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, BLADILO, Agustina, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”; JA, 2013-II.

²⁵ Esto en virtud del Principio 24, inciso A de los Principios de Yogyakarta.

²⁶ En contra: SAMBRIZZI quien sostiene que “No creemos que la voluntad procreacional constituya una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o de la paternidad en la procreación asistida, pareciendo, por el contrario, que de ella pueda ser aceptada puede crear graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad...” en *La voluntad procreacional...*, op. cit., p. 4.

sentimiento presunto²⁷. En este sentido, importa la voluntad expresada por el hombre y/o mujer con total prescindencia de quien ha aportado los gametos²⁸.

Por último, es importante resaltar que, en virtud de lo que se desprende de la normativa vigente, las TRHA deben ser realizadas en un centro médico. En efecto, en caso de que la procreación sea llevada a cabo mediante alguna técnica de procreación doméstica (como por ejemplo, mediante la utilización de jeringas con esperma), la filiación no se determinará —en caso de que sea una pareja de lesbianas— respecto de la esposa de la madre gestante²⁹.

Como resultado de esta nueva realidad jurídica, que es enmarcada tanto por la noción de socioafectividad³⁰ como desde el concepto de familia ampliada³¹, nos preguntamos si estamos ante la presencia de una crisis de la máxima del doble vínculo filial. Es decir si conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Ley 26061 —fundamentalmente el artículo 11—, podemos pensar en la existencia de vínculos filiales triples o, por qué no, de una multiplicidad de vínculos filiales.

Empero, para el análisis de esta cuestión, consideramos relevante enfatizar que esta nueva máxima filial surgiría solo cuando la fecundación fuera heteróloga —es decir, “cuando los gametos en todo o en parte provinieran de un tercero extraño a la pareja”³²— y no cuando la fecundación fuera homóloga —es decir, cuando “los gametos procedieran del esposo o compañero y de la esposa o compañera”³³—.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo III, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 494.

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 509.

²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia*; *op. cit.*, p. 464.

³⁰ Término proveniente del derecho brasilero. Podemos definirla como “el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental”. Juzgado Familia, n° 4. Córdoba, 28/6/2010, “A.S.G. v M.V.S. y otro s/medidas urgentes”.

³¹ Decreto reglamentario 415/2006 de la Ley 26061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17 de abril de 2006.

³² LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, “*El derecho de familia desde la Constitución Nacional*”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 190.

³³ *Idem*.

Ahora, luego de haber dejado en claro que los vínculos filiales triples pueden generarse solo cuando los gametos utilizados provienen de una persona diferente de los de la pareja, debemos analizar qué ocurre en el caso de la donación anónima. Tal como surge del Código Civil y Comercial de la Nación, nuestra legislación actual optó por una solución intermedia en torno al anonimato en las TRHA³⁴, en donde el niño puede solicitar información no identificatoria —datos genéticos— al centro de salud sin necesidad de intervención judicial pero, en caso de que quiera obtener una información identificatoria —nombre y apellido del donante—, deberá solicitarlo judicialmente. No obstante ello, es importante resaltar que el derecho que le asiste al niño de conocer sus orígenes, tal como surge del artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁵, se limita solo al origen genético³⁶ no pudiendo crear lazos filiatorios con el donante. Sostener lo contrario implicaría una clara violación al principio de proporcionalidad de derechos. Esto conllevará, como contrapartida, la imposibilidad de incorporar a ese donante anónimo a un vínculo filial triple, postura que compartimos.

Sin embargo, entendemos que la situación es diversa cuando quien aporta el material genético no es anónimo. Esta situación fáctica podría presentarse cuando una pareja homosexual o heterosexual decide recurrir a una persona conocida (por ejemplo, un amigo) para que él —mediante la utilización de esperma— o ella —a través de su óvulo— preste sus gametos. Este escenario se halla enmarcado en las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación al regular las TRHA, con lo cual en principio quedarán emplazados los miembros de la pareja parental.

También podríamos preguntarnos qué ocurre si la fecundación se produce ya no en un centro de salud, sino mediante una técnica “doméstica” o a través del acto sexual con el tercero. En este último caso, consideramos que no se aplicarán las reglas de las TRHA.

Ante estos escenarios corresponde indagar acerca de cuál debería ser la respuesta jurídica si quien ha aportado gametos no quiere ser un simple donante sino integrar un proyecto parental, es decir hacer valer su “no anonimato”

³⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA, “*Tratado de Derecho de Familia*”; Op. cit. Página 579.

³⁵ Manual de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, edición española enteramente revisada, 2004, página 130.

³⁶ SCHIRO, MARÍA VICTORIA, “*El derecho al conocimiento de los orígenes biológicos y su ejercicio autónomo en las diferentes fuentes de la filiación*”; RDF N°68, página 107.

para sumar su vínculo. Es aquí donde nos preguntamos acerca de las posibles interpretaciones que frente a cada caso pueden suscitarse. Es en esta situación donde, en definitiva, se efectiviza la necesidad de realizar una apertura hacia los vínculos tripartitos para poder captar las nuevas realidades.

Frente a este panorama consideramos que la noción de socioafectividad juega un papel fundamental abriendo la relación jurídica familiar a una complejidad subjetiva mayor.

En definitiva, creemos pertinente profundizar la diferencia existente entre donante anónimo y no anónimo en relación a su voluntad de generar un vínculo filiatorio. Si partimos desde el tercero, la solución será disímil en ambas situaciones. En el primer caso —en el que quien presta gametos es una persona no conocida por la pareja— creemos que su vinculación con el niño se basa solo en un nexo genético; es decir su intención es solo la de ser “donante” y no “padre”³⁷. Es en esta situación fáctica en la que nos encontramos ante la inexistencia del elemento volitivo que será, en definitiva, el necesario para generar un vínculo filiatorio para incorporar al tercero a la relación parental. Adoptar una solución contraria implicará una merma en la donación de gametos atentando, de esta forma, contra la finalidad que tuvo el legislador al regular las TRHA. La cuestión será, a nuestro entender, totalmente diferente en el caso de que el donante sea “no anónimo” en donde podemos observar que si la intención del tercero de prestar sus gametos no se circunscribe solo al mero vínculo genético —ser donante— sino que además exterioriza su voluntad procreacional el análisis será diferente. Es decir que en este caso hay una combinación entre ambos elementos no encontrándose disociados, como ocurre con el aportante anónimo.

Esta cuestión también puede ser analizada desde la óptica de la pareja que recurre a un donante desconocido y aquella que acude a uno no anónimo. La utilización de gametos de una persona anónima para lograr la fecundación exterioriza la intención de la pareja de valerse de un recurso biológico y no de sumar un vínculo filial. Diferente será el caso en el que ésta decida que quien aporte los gametos sea una persona conocida, en donde puede hallarse presente su voluntad de no limitar al tercero a un mero vínculo biológico sino la de incorporarlo a la relación paterno filial.

En suma, podemos concluir diciendo que la generación de vínculos filiales triples se observa claramente en las donaciones de gametos no anónimas, en

³⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA, “*Tratado de Derecho de Familia*”; Op. cit. Página 693.

las que se visibiliza una combinación entre el vínculo biológico y la voluntad procreacional. Ante la presencia de esta dualidad de elementos, creemos que esta última deberá ser la determinante a fin de realizar una apertura hacia la multiparentalidad.

Como consecuencia de estas situaciones fácticas nuestro país permitió este año, a través del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas³⁸, la inscripción de vínculos filiales tripartitos. Pero no obstante el avance en el ámbito administrativo estos cambios no son acompañados por la legislación debido a la recepción, por parte del Código Civil y Comercial de la Nación, de la máxima del doble vínculo filial.

Sin embargo, consideramos que la regulación del binarismo no obsta a la apertura hacia los vínculos filiales triples. Esto es así ya que creemos que por aplicación de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación y de un análisis sistémico del derecho, podemos trascender esta máxima filial y permitir la adición de un tercer vínculo que respete la voluntad procreacional del tercero que no solo tiene intención de aportar sus gametos sino, además, de ejercer funciones parentales.

No podemos negar los avances que el Código Civil y Comercial ha realizado en materia filiatoria pero no es menor resaltar que el derecho de familia es el derecho de la realidad social. No reconocer los vínculos filiales triples es abstraerse de ella.

³⁸ Al respecto, ver: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/mama-mama-y-papa-la-primer-filiacion-triple-de-argentina-8287.html> —ocurrída en Provincia de Buenos Aires— y <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/un-nino-podra-tener-los-apellidos-de-sus-mamas-y-su-papa-en-la-ciudad-9126.html> —en CABA—.

»ENTREVISTA«

ASPECTOS RELEVANTES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ENTREVISTA A LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

RELEVANT ASPECTS OF THE CIVIL AND
COMMERCIAL CODE OF THE NATION: INTERVIEW
TO JURIST AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

María Florencia del Barrio*
Leandro Kunusch**

Sumario: I. Introducción. II. Entrevista a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. III. A modo de conclusión.

Resumen

El 23 de febrero de 2011, reconociendo la necesidad de actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, el PEN creó —a través del decreto 191/2011— la ‘Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación’ integrada por los Dres./as. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En dicho decreto, se hace especial mención a las relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas que, durante las últimas décadas de nuestra historia, atravesó la legislación cuyo *aggiornamento* se pretende, destacándose fundamentalmente la reforma Constitucional del año 1994 y la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, de gran influencia en el derecho privado.

* Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

** Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Ayudante de docencia “B” —por concurso—, asignatura Derecho Procesal Penal de dicha institución. Secretario de Redacción, Revista de Derecho UNS.

Con la colaboración de gran cantidad de juristas interesados en este proceso de actualización, fue redactado un proyecto de ley que, luego de ser reformado en algunos aspectos por el PEN, recibió aprobación por el Congreso de la Nación mediante Ley 26 994 el 1 de octubre de 2014, entrando finalmente el nuevo Código en vigencia el 1 de agosto de 2015.

Palabras clave: Código Civil y Comercial de la Nación, Derecho Privado, Reforma legislativa, Constitucionalización del Derecho Privado, Kemelmajer de Carlucci.

Abstract

On February 23, 2011, recognizing the need to update and unify national legislation on Private Law, the National Executive set up –by Decree 191/2011- the ‘Commission to write the Bill of reform, updating and unification of National Civil and Commercial Codes’, made up of jurists Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. In this Decree special-mention is made of the significant cultural transformations and legal changes- that, during the last decades of our history, went through the legislation whose updating is intended, highlighting fundamentally the Constitutional reform of 1994 and the consequent incorporation into our legislation of various Human Rights Treaties, of great influence on private law.

With the collaboration of a large number of jurists interested in this updating process, a bill was drafted that, after being reformed in some aspects by the National Executive, was approved by the National Congress through Law No. 26,994 on October 1, 2014, finally entering the new Code into force on August 1, 2015.

Keywords: Civil and Commercial Code of the Nation, Private Law, Legislative reform, Constitutionalization of Private Law, Kemelmajer de Carlucci.

I. Introducción

Un renovado paradigma de derecho privado ha sido puesto en marcha mediante la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, transformación que arroja profundas implicancias prácticas en la vida de las personas.

Vasta y compleja ha sido la obra finalmente aprobada por el Congreso, que encuentra entre sus principales autores a la ex ministra de la Suprema Corte de

Justicia de Mendoza, Aída Kemelmajer de Carlucci, nombrada en el año 2011 miembro de la Comisión de Notables encargada de realizar las reformas del Código Civil encomendadas por el Poder Ejecutivo Nacional.

En el marco de su visita a la ciudad de Bahía Blanca el 27 de junio de 2015, estuvimos dialogando con la prestigiosa jurista mendocina sobre algunas modificaciones centrales introducidas por el nuevo Código.

II. Entrevista a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci

Se suele afirmar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta el llamado fenómeno de constitucionalización del derecho privado. Concretamente, ¿qué significa ello y qué implicancias tiene en la práctica?

Este fenómeno del neoconstitucionalismo implica, en sencillas palabras, que el bloque de constitucionalidad baja a todo el derecho privado. Es decir, implica que la Constitución Nacional no solamente está en la cúspide de la pirámide, como nos han enseñado tradicionalmente.

Lo antedicho supone que cuando en el derecho privado se produce un enfrentamiento de conflictos en torno a derechos fundamentales, no podemos manejarlos con el simple proceso de subsunción, que es el típico mecanismo que manejan los jueces frente a un problema solo de legalidad. ¿En qué consiste este mecanismo? Se produce un hecho, existe una norma, se subsume ese hecho en la norma, y esta operación arroja casi automáticamente la solución. Se trata de un razonamiento prácticamente silogístico, que no basta en estos casos, puesto que los principios constitucionales pasan a jugar un rol preponderante en la resolución de conflictos producidos en el ámbito de las relaciones entre particulares.

Podemos ver que el derecho privado entra en conflicto con derechos fundamentales cuando, por ejemplo, una mujer contrata a través de internet una habitación de un hotel, o de un *Bed and Breakfast*, y al llegar allí el dueño del lugar le impide el ingreso por estar casada o en pareja con otra mujer, argumentando que pertenece a una fe en la cual las relaciones homosexuales son contrarias a su religión. En este caso vemos un típico contrato de derecho privado que ha entrado en colisión con un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad sexual. En nuestro país a lo mejor estas personas pueden estar casadas y, a pesar de ello, se les niega el acceso a una habitación matrimo-

nial. Esto demuestra que los derechos fundamentales no son solo derechos que el individuo opone al Estado, típicas relaciones de derecho público, sino que también ingresan en las relaciones horizontales, entre particulares. Entonces, cuando se habla de constitucionalización del derecho privado se hace referencia a que, en el derecho privado, también ingresan y están en juego estos derechos fundamentales. Y, cuando logramos vislumbrar eso, podemos inferir que el proceso antes mencionado de subsunción es insuficiente, porque hay que entrar a ponderar los derechos fundamentales que se manifestaron en conflicto en el caso concreto y resolver el juicio sobre la base de tal ponderación y de una mayor argumentación, dado que no basta la subsunción. Estas serían las características principales que tiene este proceso de constitucionalización del derecho privado.

¿Y cómo se relaciona este tema con la protección de la persona humana, a la cual se coloca, a partir del Código Civil y Comercial, como centro del sistema?

Esta pregunta es oportuna, porque justamente utilizando el ejemplo antes mencionado lo podemos ver de manera clara. En un sistema patrimonialista, yo le estaría dando prioridad al derecho del locador y a la autonomía: nadie está obligado a contratar, entonces el dueño de aquel lugar podría denegar el acceso, rescindir el contrato o declararlo nulo bajo el argumento de que desconocía que la persona era homosexual. En cambio, cuando el Código cambia la perspectiva y pasa a una mirada personalista, lo que comienza a interesar es la persona, sus derechos y sus libertades, y desde ese punto de vista es que va a resolverse la situación conflictiva planteada.

En los medios de comunicación masivos se habló de que el Código Civil y Comercial regula un “divorcio express”. ¿Hay algo de cierto en esa simplificación mediática?

Como primera medida, esta es una expresión absolutamente incorrecta que utilizaron los medios para oponerse al Código Civil y Comercial, sosteniendo que el mismo admitía que la gente tomara el matrimonio con liviandad, sin atender a la importancia de esta institución que ha sido y sigue siendo clave en todas las sociedades. De ninguna manera puede hablarse de un divorcio *express* porque el Código, a raíz de este proceso de neoconstitucionalismo, recoge tres principios básicos que nos vienen de la constitucionalización. El primero de ellos es la libertad, a la que ahora llamamos autonomía, lo que implica que la

persona no tendrá que decir al juez por qué se quiere divorciar: el Estado no tiene por qué interferir, porque el ser humano tiene autonomía y libertad de ir a pedirlo. El segundo principio es la igualdad y el pluralismo, lo que implica que todos pueden ir al juez a manifestar su voluntad de divorciarse sin necesidad de expresar los motivos de ello, sin distinguir entre mujeres y hombres, homosexuales, heterosexuales. Y el tercer principio recogido, al lado de estos dos valores, es aquella fraternidad de los franceses a la que hoy llamamos responsabilidad y solidaridad.

Entonces, con respecto a esta nueva forma de divorcio, queda claro que de express no tiene nada. Ello puesto que le respeta la autonomía a la persona, pero a la vez la obliga, por el principio de responsabilidad y de solidaridad, a llevarle al juez una oferta sobre cómo va a solucionar los problemas típicamente jurídicos, como son los alimentos, la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, si hay compensaciones, cómo son ellas, etcétera. Entonces, esto demuestra que habrá una responsabilidad que no existe en el Código de Vélez, en el cual no hay ninguna obligación de proponerle al juez absolutamente nada. En el marco de dicho Código, lo que hacen las personas es tirarle al juez los trapos sucios de las causas por las cuales quieren divorciarse, pero sin proponerle nada. En el Código Civil y Comercial, en cambio, aparece un sistema que supone un cambio esencial en el rol de los abogados, que tienen que preocuparse por llegar a acuerdos en todos estos temas que hacen a la solidaridad, para llevarle al juez propuestas serias, responsables. En resumen: tienen que trabajar para la paz familiar, no para el conflicto.

En materia de filiación, ¿qué establece el Código Civil y Comercial con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida?

Este Código, por primera vez, incorpora las técnicas de reproducción asistida como una nueva manera de filiación. Se trata de una filiación que está fundada no en el dato genético sino en otro elemento que se llama voluntad procreacional. ¿Qué significa esto? Que son padres los que han tenido la voluntad procreacional, aunque el dato genético no coincida con esto. Por eso, el Código recoge la antiguamente llamada reproducción humana heteróloga, lo que significa que viene un tercero, externo a la pareja y proporciona material genético. En estos casos tenemos un donante anónimo —en verdad, mal llamado anónimo, ya que el centro de salud siempre tiene los datos de esta persona— que aporta el semen, sin saber a dónde va a parar ese semen —solo en este sentido, desde el punto de vista de la mentada ignorancia, puede hablarse de anonimato—. Lo

mismo con la mujer que dona el óvulo, el cual queda allí para futuras personas que vengan a reclamarlo.

En resumen, en esa reproducción humana heteróloga, lo que interesa es la voluntad procreacional, no el dato genético. Si a un niño se le hace un ADN va a decir que es hijo del donante. Pero la relación jurídica de filiación no se entabla con el donante, sino con el que tiene la voluntad procreacional, es decir, con el que quiso llevar adelante esa técnica. Esto representa un cambio de mirada muy importante en materia de filiación.

Para finalizar, ¿podría sintetizar en pocas palabras cómo y por qué el Código Civil y Comercial mejorará la vida a las personas?

Este es un Código, siempre lo decimos, que no le quita derechos a nadie, sino todo lo contrario: los amplía. El proceso de constitucionalización al que antes hemos hecho referencia, es un proceso que nos sirve para llegar a las soluciones justas en el sentido constitucional.

En muchas conferencias, solemos trabajar con una película en la cual se ve la historia de un padre luchando en soledad para criar a sus tres hijos menores, en la Irlanda de los años cincuenta. Este padre sufre la pérdida de sus hijos cuando los Tribunales irlandeses se los quita y, ante tal desesperante situación, decide impulsar una lucha que le permita preservar a su familia, logrando así recuperar a los niños. Si bien la letra de la ley imponía la necesidad de concurrencia de ambos padres para recuperar a los hijos —la letra de la ley hacía mención a “los padres” en conjunto—, lo cierto es que los jueces formularon una interpretación a la luz de los principios constitucionales, disponiendo que el padre protector, quien ama a esos niños, a pesar de la ausencia de la madre, tiene derecho a recuperar a sus hijos, convivir con ellos y educarlos, prerrogativa inalienable y que no implica riesgo alguno para los niños —es decir, pudo recuperar a sus hijos gracias a una interpretación de la norma no conforme a su letra—. En definitiva, gracias a esa interpretación constitucional, ese padre se reunió nuevamente con sus hijos, a la vez que si se hubiese hecho una interpretación desde la letra inerte de la ley, nunca los hubiese recuperado.

El ejemplo deja en claro que este proceso de constitucionalización es por demás importante, puesto que nos va a llevar a solucionar problemas que no ha podido resolver el Código de Vélez. En esta línea precisamente se inscribe el hecho de que a través del Código Civil y Comercial, que recepta el divorcio incausado, las personas ya no tienen por qué decirle al juez las razones por las cuales quieren

divorciarse, mientras que en el Código de Vélez, si uno de los cónyuges no está de acuerdo, la única alternativa resultante es el divorcio causado, completamente violatorio del derecho a la intimidad. Muy pocos quieren que se anden ventilando las razones por las cuales quieren divorciarse y desde una mirada constitucional no tendrían por qué divulgarlo. Con el Código Civil y Comercial prima la autonomía, la libertad.

III. A modo de conclusión

El objetivo de la entrevista llevada a cabo fue el de exponer algunas implicancias prácticas respecto de las principales reformas introducidas al derecho privado argentino por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Tal como lo ha expresado la doctora Kemelmajer de Carlucci, la implementación del Código unificado trae consigo una renovada manera de ver la sociedad, con consecuencias no solo en la vida diaria de los ciudadanos sino también desde la óptica de los propios profesionales del derecho, dando concreción a una ansiada y necesaria adaptación de las instituciones de derecho privado a las realidades sociales de nuestros tiempos. Se trata de un cambio fenomenal y sin precedentes en los modos de ver y estar de las relaciones privadas y, no obstante la existencia de posturas reaccionarias a la mentada transformación, resulta inquebrantable la afirmación de que este Código representa un espacio de principios y valores que beneficia a toda la población.

En definitiva, y según acertadas palabras de la prestigiosa jurista mendocina, el Código Civil y Comercial amplía los derechos de los ciudadanos, brindando soluciones jurídicas para las cuales el Código de Vélez no ofrece respuestas concretas.

INDICACIONES PARA EL AUTOR

En conformidad con el Reglamento de la Revista de Derecho UNS, el autor deberá observar las siguientes pautas de redacción:

Para publicar en la sección “Doctrina”, es requisito ser graduado de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna Universidad Pública o Privada de la República Argentina.

Para publicar en la sección “Ensayos”, es requisito ser estudiante de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna Universidad Pública o Privada de la República Argentina, y tener aprobados al menos 10 exámenes finales de la carrera de Abogacía o 6 finales de la carrera de Martillero y Corredor Público.

Para publicar en las secciones “Comentarios de Jurisprudencia”, “Novedades Legislativas”, “Derecho y Literatura” y “Derecho y Cine” es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur o alguna Universidad Pública o Privada de la República Argentina y tener aprobados al menos 6 exámenes finales de la carrera.

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos.
- Se admiten trabajos de autores colectivos (coautores).
- Hoja: A4.
- Tipo de letra: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y los márgenes de las páginas deberán ser de 2 cm en todos los casos.
- En caso de destacados dentro del texto utilizar bastardilla. No se admitirá el resaltado con negrita.

¿A dónde enviar el trabajo?

El trabajo debe entregarse en formato digital (archivo Word) a la casilla de correo **revistadederechouns@gmail.com.ar**

Extensión de las colaboraciones

- a) Ensayos, Doctrina y Selección Especial: hasta 3000 palabras (aproximadamente, 10 páginas).
- b) Resto de las secciones: hasta 1000 palabras (aproximadamente, 3 páginas).

Proceso de evaluación y selección de trabajos

Los trabajos que se presenten serán evaluados por el Comité Académico de la Revista. La función de este consiste en evaluarlos y dictaminar acerca de su publicación, conformando una preselección. A tal efecto, el artículo presentado es sometido al siguiente proceso de evaluación. En primer lugar, es recibido por el Secretario de Redacción. Luego, el Consejo de Redacción decidirá a qué miembro del Comité Académico se asigna el mismo, sin indicar el nombre del autor. En caso de que el evaluador sugiera modificaciones, el autor podrá realizar las modificaciones pertinentes y presentarlo nuevamente.

REGLAS DE ESTILO

I. INTRODUCCIÓN

Las citas son indicaciones precisas y detalladas que se utilizan para hacer referencia a otros autores con la finalidad de poder llegar a la fuente de lo citado. Las normas convencionales señalan que todo lo que no sea propio de los redactores debe ser citado porque lo contrario puede considerarse un acto indebido de apropiación.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha adoptado como modelo el método de citación dispuesto en la asignatura Taller de Seminario de la carrera de Abogacía de la UNS, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por el presente Manual de Estilo.

II. SUMARIO

Precederá a cada trabajo un sumario en el cual consten los diferentes subtítulos o secciones que lo estructuren. Cada subtítulo deberá organizarse con números romanos.

III. ABSTRACT Y PALABRAS CLAVE

Cada trabajo irá precedido de un resumen o *abstract* y de una suma de palabras claves.

El primero consiste en una síntesis o resumen donde se informa específicamente los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras, escritas en fuente Arial, tamaño 12 puntos y *cursiva*, a fin de que pueda diferenciarse del cuerpo del trabajo.

Las segundas, por su parte, abarcan un conjunto palabras clave (*keywords*) que comprendan la temática central del artículo a modo de facilitar su clasificación temática. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras clave.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés. Esta última podrá, no obstante, encomendarse al Consejo de Redacción.

Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo no incluirán *abstract* ni palabras claves.

IV. REGLAS GENERALES DE CITACIÓN

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

IV. I. Indicación de páginas

Cita de una página específica: p. 18.

Cita proveniente de una página y las siguientes: p. 18 y ss.

Cita proveniente de un conjunto de páginas: pp. 18-25.

Cita de páginas que no son consecutivas: pp. 18 y 25.

IV. II. Abreviaturas

Deberán evitarse las abreviaturas, de ser utilizadas ha de indicarse con precisión.

IV. III. Fuentes web

Las fuentes obtenidas de la web, preferentemente a páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso, deberán hipervincularse. Es importante que en este tipo de citas se destaque la fecha de consulta. Lo último podrá omitirse cuando la información referenciada se encuentre en archivos estables como, por ejemplo: InDret, Infoleg, SSRN, SCBA.

Ejemplo modo 1: ALVARADO, LOURDES, “Facultad Discrecional”, *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, consultado el 08/05/12. URL: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=-com_content&task=view&id=723&Itemid=27

Ejemplo modo 2: SCHMITT, CARL, *Sobre el Parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp. 17 y ss.)

VARANI, JAVIER E., “La Imprescindible Reforma de la Ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El Caso de la Integración de los Concejos Deliberantes.” Disponible en http://www.quieroelegir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf (Documento Digital, p. 2).

A continuación, apuntaremos cuál es la forma adecuada para citar distintas categorías fuentes jurídicas.

V. FUENTES

V. I. Fallos

Partes, Tribunal, Fecha. Publicado en: bastardillas, página/s.

Ejemplo 1: “Giroldi Horacio D. y otro”, CSJN, 7/4/95, *La Ley Online* (Documento Digital, pp. 4-8).

Ejemplo 2: “Machinandiana Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *LA LEY* 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - *LA LEY* 2009-C, 647 - *LA LEY* 19/06/2009, 7; *LA LEY* 2009-D, 96; *LLBA* 2009 (junio), 557 - *RCyS* 2009-VII, 62; *LA LEY* 29/12/2009, 4; *LA LEY* 2010-A, 220 (AR/JUR/10675/2009, p. 11 y ss.).

V. II. Fallo anotado

Partes, Tribunal, Fecha. Publicado en: bastardillas, página/s.

Ejemplo: “Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, CNFed. CA, Sala II, 13/4/1999, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto”, *La Ley*, 1999-C, 509.

En caso de citarse el fallo y no su comentario, ha de omitirse la referencia al autor.

V. III. Artículos de revistas

AUTOR, “Título: entre comillas”, *Título de la revista debe ir en bastardilla*, el número de ejemplar y tomo (si lo hubiere) ha de citarse utilizando números romanos, editorial, página/s.

Ejemplo 1: ROCHA PEREYRA, GERONIMO, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)”, Publicado en la *Revista de Derecho Administrativo (REDA)* nro. XLIII, abril de 2003, Ed. LexisNexis, pp. 21-24.

Ejemplo 2: SPROVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp. 1-2).

Ejemplo 3: ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p. 4);

V. IV. Libros

AUTOR O AUTORES: apellido y nombres en mayúscula, *título en bastardillas*, edición, editorial, lugar de publicación, año, página/s.

Ejemplo 1: BIOCCA, STELLA M., *Derecho Internacional Privado, un nuevo enfoque*, 1ª Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, pp. 91-121.

Ejemplo 2: BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 1ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988 (6ª ed., 2004), pp. 139-141.

V. V. Libros de Abeledo Perrot Online

Autor, Título: bastardillas, Año, Edición, Editorial, Página/s.

FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., “Derecho del Consumo”, en *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Ed. LexisNexis, Abeledo Perrot, 2009, *Lexis* N° 9212/003489, pp. 3-4.

V.VI. Fuentes Secundarias

Ejemplo 1. PIZARRO, RAMÓN D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)].

V. VII. Definiciones de diccionarios

Voz “entre comillas”, en AUTOR, *título en bastardillas*, edición, editorial, lugar de publicación, año.

Voz “*Exceptio non adimpleti contractus*” en OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 27ª Edición actualizada, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

V. VIII. Leyes

Número de la ley, nombre de la ley o decreto, si lo tiene, título de la publicación en que aparece oficialmente, lugar de publicación, fecha de publicación (día, mes y año), paginación si hubiera.

Ejemplo: Ley 23515 Divorcio vincular, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de Junio 1987.

Publicación del Departamento de Derecho
de la Universidad Nacional del Sur gestionada
y dirigida por estudiantes de la carrera de Abogacía