Vol. VIII Nº 2 | Septiembre 2016 ISSN 2313-9285

CDJLP

Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa

APORTES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (II)

Elisa Romina García. Sucesiones vacantes ¿el conviviente podría suceder?

Juan Cruz Goyeneche. La responsabilidad parental.

Romina Silvana Ortega. Privilegios en el Código Civil y Comercial.

Cristina Peralta. Prescripción y los tributos provinciales.

Gustavo Arballo. Estudio exegético del título preliminar del CCyC.

XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Conclusiones

Parte General: "Nuevas Reglas Referidas al Régimen de Capacidad de la Persona Humana" • Obligaciones: "Obligaciones de dar dinero" • Daños en las relaciones de familia • Contratos: "Formación Progresiva del Contrato: tratativas y pactos preliminares" • Derechos Reales: "Usufructo" • Familia: "Identidad y filiación" • Sucesiones: "Exclusión de la Vocación Hereditaria" • Derecho del Consumidor: "Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles" • Lex Mercatoria • Derecho comparado: "Daños derivados de la actividad de Internet" • Derecho Romano: "Derechos reales de superficie y enfiteusis" • "Derechos e intereses de incidencia colectiva" • Enseñanza del Derecho: "Utilidad del método socrático en la enseñanza en relación con audiencias ante tribunales superiores"

DOCTRINA DE DERECHO PENAL

Mónica Rivero. El delito de femicidio en el Código Penal.

Luciana Carla Gozzi. Supuestos de Procedencia de la Prisión Domiciliaria.

Vol. VIII Nº 2 | Septiembre 2016 ISSN 2313-9285

CDJLP

Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa

Poder Judicial
de la Provincia de La Pampa

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 15 de marzo de 2017 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2016

Presidente

DR. EDUARDO D. FERNÁNDEZ MENDÍA

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LUIS LOSI

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPA

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3°.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

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

INDICE

DOCTRINA DE DERECHO CIVIL

Elisa Romina García. *Sucesiones vacantes ¿el conviviente podría suceder?* 13

Juan Cruz Goyeneche. *La responsabilidad parental*..... 27

Romina Silvana Ortega. *Privilegios en el Código Civil y Comercial* 45

Cristina Peralta. *Prescripción y los tributos provinciales*..... 69

Gustavo Arballo. Estudio exegético del título preliminar del CCyC..... 89

XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL - CONCLUSIONES

Comisión nº 1 - Parte General: "Régimen de Capacidad de la Persona Humana"... 150

Comisión nº 2 - Obligaciones: "Obligaciones de dar dinero"..... 157

Comisión nº 3 – Daños en las relaciones de familia..... 163

Comisión nº 4 - Contratos: "Formación Progresiva del Contrato" 168

Comisión nº 5 - Derechos Reales: "Usufructo"..... 172

Comisión nº 6 - Familia: "Identidad y filiación" 177

Comisión nº 7 - Sucesiones: "Exclusión de la Vocación Hereditaria" 187

Comisión nº 8 - "Protección del Consumidor de Servicios Financieros" 194

Comisión nº 9 - Lex Mercatoria 198

Comisión nº 10 - "Daños derivados de la actividad de Internet" 199

Comisión nº 11 - Derecho Romano: "Derechos reales de superficie y enfiteusis" . 202

Comisión nº 12 - "Derechos e intereses de incidencia colectiva" 203

Comisión nº 13 - Enseñanza del Derecho: "Utilidad del método socrático en la enseñanza en relación con audiencias ante tribunales superiores"..... 206

DOCTRINA DE DERECHO PENAL

Mónica Rivero. *El delito de femicidio en el Código Penal* 211

Luciana Carla Gozzi. *Supuestos de Procedencia de la Prisión Domiciliaria en la Argentina*..... 231

DOCTRINA DE DERECHO CIVIL

SUCESIONES VACANTES ¿EL CONVIVIENTE PODRÍA SUCEDER?

Elisa Romina García

1. Planteo de la cuestión.

La cuestión a considerar en este trabajo monográfico es "si el conviviente supérstite, puede ser considerado con vocación legítima para suceder, en las sucesiones vacantes". Se plantea la posibilidad que en aquellos casos en los cuales no exista testamento válido, ni herederos legítimos que acepten la herencia, el conviviente supérstite, que no hubiese firmado un pacto de convivencia, pueda iniciar la sucesión ab intestato del conviviente fallecido por acción, o en su caso oponerse a la declaración de vacancia de una sucesión, otorgándole vocación legítima al conviviente, que cumplió con las obligaciones que conlleva la unión convivencial.

Bien es sabido, que nuestro sistema jurídico, prevé, las sucesiones testamentarias, intestadas y en su defecto las vacantes.

Así la sucesión es testamentaria cuando el hombre manifiesta su voluntad mediante testamento válido, por el cual dispone de sus bienes para después de su muerte. Expresamente el art. 2462 del CCyC indica: "*Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro*[1]*, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales*".

[1] CCyC, Título X, Libro Quinto. Transmisión de derechos por causa de muerte. Art. 2445. "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la cónyuge de un medio".

La sucesión intestada o ab intestato es aquella que opera en virtud de llamamientos legítimos, sin intervenir la voluntad del causante. Es decir que la sucesión intestada se basa en una o más vocaciones legítimas en ausencia del testamento del causante que instituya herederos. Sin embargo, cuadra advertir que la vocación legítima, o llamamiento legal a la adquisición hereditaria, no solo suple la ausencia de testamento- puesto que, de ser así, dicho llamamiento bien podría encuadrarse como régimen supletorio-, sino que cuando los herederos o llamados por la ley gozan, además de una vocación legitimaria, resulta imperativo para el causante en el sentido tradicional de que no puede excluirlos[2].

En las sucesiones ab intestato de acuerdo a lo que indica el art. 2424 del CCyC.

> "*Las sucesiones intestadas se difieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma según el lugar en el que están situados.*

Entonces el causante puede disponer libremente de sus bienes respetando siempre las porciones legítimas que prevé la ley, para el caso de que posea herederos forzosos (art. 2444 y 2445). En su defecto, y en caso de que no haya testamento válido, la ley establece, quienes heredan, y cómo lo hacen.- Y por último, si no hay testamento válido, ni herederos aceptantes de la herencia, la misma se declara vacante a pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público (art. 2441 del CCyC)[3].

---

[2] ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 5ª Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea.-

[3] Art. 2441, del CCyC: Declaración de Vacancia. A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, se debe declarar vacante la herencia si no hay herederos

2. Vigencia del nuevo CCyC

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, se plasmó una realidad social, biológica, psicológica y cultural, de muchos ciudadanos y ciudadanas, que vivían fuera del matrimonio y que no poseían un marco regulatorio específico, generando una multiplicidad de conflictos de diversa índole, lo que conllevó a que se someterían dichas controversias en juicios interminables, en donde acreditar los extremos que se invocaban, a veces era hasta de difícil realización, generando varios pronunciamiento jurisprudenciales, razón por la cual y a fin de salvaguardar la autonomía de la voluntad de las partes, los derechos constitucionales es que se incorporó al nuevo CCyC la cuestión de las uniones convivenciales, otorgándoles a las mismas una serie de derechos y obligaciones.

Expresa la doctrina argentina:

> "Nos enfrentamos a representaciones alternativas de modelos y estructuras familiares que deben ser contemplados por el discurso jurídico frente al modelo tradicional de la familia conyugal patriarcal. El modelo "único" y "absoluto" de familia conyugal nuclear perdura hoy en nuestro discurso jurídico, donde poco espacio se abre para la regulación de otro tipo de organizaciones familiares. Es indispensable resignificar el antiguo concepto de familia a partir de la relativización de los valores tradicionales, como así también redefinir y reconocer las nuevas identidades de sus miembros, sus derechos constitucionales, y los nuevos roles y relaciones de interacción que surgen en torno del paradigma de la familia democrática". Está claro que hablar de la familia hoy no es igual que referirnos a la familia de siglos anteriores, o aun del

---

aceptantes ni el causante ha distribuido la totalidad de los bienes mediante legados. (…).-

> S. XX. Aun percibiendo la transformación de la familia, debemos recuperar decididamente una de las funciones relevantes dirigida a un objetivo nominado interno: la protección psico-social de sus miembros, que debido a las dificultades transicionales ha alcanzado más importancia que nunca. En la actualidad, la función más importante es que "la familia es un medio de socialización del individuo", vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de tradiciones, de hábitos, de usos y creencias.[4]

El nuevo CCyC, define a las uniones convivenciales como "la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo"[5].

Requisitos constitutivos: a) mayoría de edad, b) no estar unidos por vínculos de parentesco, c) no estar casados o tener otra unión convivencial, d) mantener la convivencia mínima de dos años[6].

Presenta un núcleo duro o piso mínimo obligatorio, que significa que no puede pactar en contrario y si lo hace no tiene efecto, que comprende: i) Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia[7]. ii) Tienen obligación de contribuir a los gastos comunes de la vivienda. iii) Son solidariamente responsables

---

[4] LLOVERAS, Nora, *Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura*, ps. 99 á 124. En: Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial. Familia. Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, La Ley, Bs. As., Diciembre 2014.

[5] Art. 509. Código Civil y Comercial de la Nación.-

[6] Art. 510. Código Civil y Comercial de la Nación.-

[7] Art. 519. Código Civil y Comercial de la Nación.-

por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros[8]. iii) Prevé expresamente la Protección de la vivienda familiar[9].

En cuanto al régimen económico durante la convivencia, prevé que los convivientes suscriban pactos convivenciales, siempre que no sean contrarios al orden público, ni al principio de igualdad, ni afectan los derechos fundamentales de los convivientes. A falta de pacto, cada uno tiene libre administración y disposición de sus bienes, salvo protección de la vivienda familiar y bienes indisponibles.

Con respecto a los efectos, prevé una compensación económica[10], atribución del uso de la vivienda[11], atribución de la vivienda en caso de muerte, el cual no puede ser superior a dos años[12].

Si bien se ha efectuado una amplia regulación, como pudo observarse se mantuvo y creo con buen criterio- conforme lo establecía el Código de Vélez Sarsfield, la exclusión de la vocación hereditaria a los convivientes.

Bien es sabido que, como apunta Lloveras:

> No se otorgan derechos hereditarios a los convivientes, en el CCyC, pero se autoriza a los miembros de la unión a celebrar pactos convivenciales (art. 513 CCivyCom). Pero estos pactos convivenciales tienen los límites establecidos en el art. 515 CCyC. Si el cese de la unión convivencial opera por muerte (art. 523, inc. a, CCyC), tendrán su límite en que lo pactado no afecte la legítima (art. 2444 y ss.) de los herederos forzosos.

---

[8] Art. 521 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

[9] Art. 522 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

[10] Art. 524 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

[11] Art. 526 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

[12] Art. 527 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

> Tampoco dichos pactos convivenciales pueden incluir contratos ni derechos hereditarios eventuales, a tenor de lo fijado en el art. 1010 CCivyCom - que regula la herencia futura. [13]

Sin perjuicio de ello, y conforme la reforma de la Constitución Nacional del 1994, la cual en su art. 14 bis reconoce la protección integral de la familia, entendida por la doctrina como "una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de relaciones intersexuales que genera la convivencia" y a su vez también se da jerarquía constitucional a diversos tratados entre los cuales se encuentran: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 6 prevé "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y recibir protección de ella"; Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 16, reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y recibir protección de la sociedad y del estado, Convención sobre los derechos del niño (art. 75 inc. 22) que también hace referencia y garantiza la protección que merece la familia como núcleo básico de la sociedad.

Sumado a ello la multiplicidad de derechos que el CCyC, le ha otorgado al conviviente, ya sea desde el derecho real de habitación al conviviente supérstite[14], protección a la vivienda[15], legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales[16], lo necesario para alimentos del conviviente en caso

---

[13] LLOVERAS, Nora, *Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura*, ps. 99 á 124. En: Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial. Familia. Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, La Ley, Bs. As., Diciembre 2014.

[14] Art. 527 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

[15] Art. 522 del Código Civil y Comerciald e la Nación

[16] Art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación.

de fallecimiento[17], cómo así una serie de obligaciones como es el deber de asistencia mutua fundado en un principio de solidaridad familiar.- Podemos identificarla como la disposición a responder por el bien del otro dando fundamento a los alimentos y por otro lado como la convergencia de esfuerzos individuales de los integrantes de la comunidad familiar que se traducen como contribución y colaboración, pero también como goce común de los beneficios.

Es que creo necesario encontrar un punto intermedio entre la exclusión de la vocación hereditaria total del conviviente supérstite (régimen actual) y el reconocimiento legal equiparándolo al cónyuge supérstite, como se planteó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.-

3. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Bahía Blanca.

En las ponencias presentadas en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas los días 1, 2 y 3 de octubre del 2015, en la ciudad de Bahía Blanca -desde mi punto de vista el evento jurídico más importante desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial-, si bien no se discutió este tema puntual, sí se hizo en la Comisión Nº 7, de Sucesiones. Lo que se planteó en una de las ponencias fue la vocación hereditaria del conviviente supérstite y la necesidad de su reconocimiento legal, presentada por los Dres. Fabián Faraoni, Andrea Patricia Sola y Mónica Assandri, quienes expresaron:

> Consideramos que al regular el Código las "uniones convivenciales" se plasman en la legislación los paradigmas de la igualdad y la no discriminación de las diversas "formas familiares" lo que implica reconocerles a todas ellas un

[17] Art. 1745

> tratamiento equitativo e iguales consideraciones legislativas. En consecuencia y con basamento en el mandato constitucional de la "protección integral de la familia" sostenemos que es necesario que el sistema legal argentino reconozca a los convivientes vocación hereditaria, en concordancia con la vocación que posee el cónyuge supérstite, por ser la legítima hereditaria "una protección económica".
>
> Proponemos *de lege ferenda*: "Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente atento a la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, de no discriminación y protección integral de las diversas formas familiares[18].

En las conclusiones a las que se arribo en dicha Comisión, dicha propuesta tuvo un voto por la afirmativa minoritario[19].

Así también en la ponencia presentada por la Dra. Raquel Villagra de Vidal, uno de las cuestiones que planteó fue expresamente:

> "El principio de solidaridad familiar debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales reguladas por el CCyC, aún en el derecho sucesorio. No corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el

---

[18] XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca. Comisión nº 7. Sucesiones. La Vocación hereditaria del conviviente supérstite: La necesidad de su reconocimiento legal. Autores. Fabían Faraoni, Andrea Patricia Sola, Mónica Assandri.

[19] Por la afirmativa, (minoría) votaron los Dres. Nora Lloveras, Gutierres Dalla Fontana y Villagra. Por la negativa (mayoría): Herrera, Iglesias, Orlandi, Loyarte, Gagliardi, Gonzalez, Zabalza, De la Torres, Capparelli, Moreyra, Guilisasti, Mazzinghi, Krasnow. Se abstuvieron: Di Lella, Pedro. Franscisco A.M. Ferrer.

mismo código les impone un deber de asistencia fundado en un deber de solidaridad familiar."[20]

En las conclusiones que se arribo en la Comisión, dicha propuesta tuvo un voto por la afirmativa minoritario[21].

Ambas ponencias apuntaban a que atento la protección constitucional de la familia, el principio de solidaridad familiar, basado en la asistencia mutua que se deben los convivientes, durante la vida poseen esas obligaciones y luego en caso de fallecimiento, la ley en caso de que no exista testamento válido, llama no solo a los herederos forzosos, sino también a los colaterales de tercer y cuarto grado, quienes no tienen obligación de asistencia y si tienen vocación legítima deferida por ley, excluyendo al conviviente, entendiendo que esta exclusión roza lo inconstitucional.

4. Conclusiones

Si bien tiene protección constitucional la multiplicidad de las familias existentes en la actualidad, no por ello, debe otorgársele igual trato, a los/las ciudadanos/as que deciden casarse y a los que deciden no hacerlo, como así también a los que deciden testar o no. No debe otorgársele vocación hereditaria a los convivientes en las sucesiones testamentarias e intestadas, más en cambio, podría considerarse la posibilidad de que en aquellos casos en los cuales no exista testamento válido, ni herederos legítimos que acepten la herencia, en esos casos expresamente, el conviviente supérstite, que

[20] Comisión nº 7, Sucesiones: "Exclusión de la vocación hereditaria". La Indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar. Autor. Ab. Raquel Villagra del Vidal.-

[21] Por la afirmativa Villagra. Por la negativa: Ferrer, Di Lella, LLoveras. Loyaerte. Iglesias. Gaglirdi. Torres. Mazzinghi. Guilisast. Kuyumdjian. Capparello. Moreyra. Gutierrez Dalla Fontana. Muntaner.-

no hubiese firmado un pacto de convivencia podría iniciar la sucesión ab intestato del conviviente fallecido por acción, o en su caso oponerse a la declaración de vacancia de una sucesión, otorgándole vocación legítima al conviviente, quien cumplió con la *obligación asistencial entre parientes, dando cumplimiento al principio de solidaridad familiar.*

Considero que no corresponde otorgarle vocación legítima al conviviente desde el inicio, porque en un principio, si el causante hubiese querido otorgarle ese derecho, hubiese testado en su favor o hubiese contraído matrimonio, entender lo contrario violaría el principio de autonomía de la voluntad.

Pero también creo, que ante la posibilidad de que dichos bienes pudiera receptarlo el fisco, en ese caso, y como excepción, corresponde darle prioridad al conviviente, quien en vida tuvo una serie de obligaciones que cumplir, y en consecuencia, corresponde heredar dichos bienes.

Con la nueva incorporación de las uniones convivenciales al Código, cabría repensar, la posibilidad de que previo a declarar la vacancia, se considere al convivivivente como sucesor de esos bienes, de los cuales el causante no testó, y que tampoco posee herederos legítimos.

Considero que el reconocimiento legal otorgándole vocación legítima al conviviente supérstite, es un extremo legal, ya que desvirtuaría en principio el régimen legal sucesorio argentino, conllevaría a una cierta inseguridad jurídica, afectando el principio de razonabilidad constitucional, ya que pondría en igual de trato, a los que decidieron casarse y a los que decidieron no hacerlo, forzando al máximo las bases de la Reforma del Nuevo Código Civil y Comercial, ya que el Nuevo CCyC, no equipara la unión matrimonial a la unión convivencial.-

Es por esta razón, que mi propuesta en este trabajo es que se considere, que en aquellos casos en donde no existe testamento válido ni herederos legítimos, el conviviente, acreditando dichos

extremos, pueda iniciar la sucesión ab intestato del conviviente fallecido, ya sea por acción, u oponerse en aquella sucesión en donde se intentar declarar la vacancia de la misma.

Los argumentos por los cuales arribo a esta conclusión son que así como el conviviente tiene una serie de derechos y obligaciones, y en virtud de la protección integral de las diversas formas familiares, de la constitucionalización del derecho privado creo que excluirlo totalmente del régimen sucesorio es un extremo inconstitucional, pero así también lo es, incluirlo de llano, con los mismos derechos que posee el cónyuge supérstite.

Pues el conviviente, no posee los mismos derechos y obligaciones que el cónyuge y si las partes, han decidido no contraer matrimonio, la ley no tiene que imponerle las consecuencias jurídicas que conllevaría el reconocimiento legal de la vocación sucesoria al conviviente.

Así como importante doctrina ha definido a este nuevo Código Civil y Comercial como una posibilidad. Creo, que ya haber incorporado las uniones convivenciales al régimen jurídico, fue un avance que plasmó una realidad social de décadas, intentar reconocer vocación sucesoria y equiparar al cónyuge supérstite es por lo menos en este momento social un extremo, el cual considero reitero que desvirtuaría el régimen sucesorio argentino.

Así la Dra. Nora Lloveras, en una de sus publicaciones, manifestó:

> "Existe un límite constitucional claro y preciso: no es posible otorgar una actitud jurídica arbitrariamente diferente, fundada en criterios irrazonables que no superan el diagnóstico del test de constitucionalidad.- El derecho debe tutelar la familia matrimonial o formada sobre el matrimonio, y a la par, proteger otras formas familiares que evidencian elecciones de proyectos de vida diferentes, que no se basan en el matrimonio. Todos, unos y otros, unas y otras, los que

> deciden contraer matrimonio y los que eligen un camino diferente para conformar una familia, deben ser destinatarios de la tutela del sistema jurídico, según el paradigma de los derechos humanos. Tanto las personas que eligen la unión convivencial como las que optan por el matrimonio forman una familia, que como tal es amparada por el CCyC, en función de los principios relevantes que surgen del paradigma de los derechos humanos -sin dejar de destacar las voces que contradicen el Código sancionado. Y esa libertad de la persona o de las personas para elegir un camino distinto al constituir una familia, como lo es la unión convivencial, no puede sentar un territorio familiar en el que esté ausente la solidaridad y la responsabilidad. Por ello, libertad, solidaridad y responsabilidad, de la mano, permiten la configuración de una familia convivencial que el CCyC sanciona: la unión convivencial. El legislador (...) decide la regulación de esas uniones, pero esto no significa que se adjudique el mismo trato y el mismo estatuto al matrimonio y a las uniones convivenciales[22].

Creo que el derecho vigente en este momento social busca un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar. Comprende lo indispensable para la tutela integral de los derechos humanos de los miembros de la pareja y la protección de los terceros, pero no regula con rigurosidad y en detalle lo que las personas han decidido obviar al apartarse del matrimonio. De este modo *no es lo mismo casarse que no casarse*. Si la pareja se casa, queda sujeta a las reglas del derecho matrimonial con todas sus formalidades y efectos, personales y patrimoniales. Si la pareja no se casa, sólo es imperativo

---

[22] LLOVERAS, Nora. *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*, 15/07/2015. www.infojus.gov.ar.Infojus. ID Infojus: DACF 150401.

el piso mínimo obligatorio que ya señalé ut- supra. Lo demás queda sujeto a las decisiones de los convivientes, que pueden acordar libremente los efectos de su unión. Creo que es importante entender el "paso a paso" del legislador, de tener vigente el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield desde el año 1869, el cual de acuerdo a la realidad social de ese momento, no existían prácticamente las uniones convivenciales, a obtener una regulación, estableciendo disposiciones imperativas, que regulan esta realidad social, es un paso muy importante, lo que significa, que de acá a un par de años, cuando la realidad social plantee los problemas de los convivientes que no poseen derechos hereditarios, la jurisprudencia va a comenzar a expedirse al respecto, como de hecho en algunos caso ya lo ha hecho, lo que va a requerir en un futuro no tan lejano su tratamiento.

■■■

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Juan Cruz Goyeneche

1. Introducción: algunas cuestiones generales sobre la reforma en materia de derecho de familia.

Sin duda uno de los cambios más significativos que trae el Nuevo Código es que el ejercicio de la responsabilidad parental, convivan o no los progenitores, corresponde como regla general a ambos y además en los dos casos rige la presunción de que los actos cotidianos realizados por uno de los progenitores cuenta con la conformidad del otro.

Antes de ingresar en el análisis puntual de los temas en materia de responsabilidad parental, parece importante destacar algunos aspectos generales en cuanto a la reforma en el área del derecho de familia, porque forman parte de un esquema que se repite en todos los temas. En este sentido, se advierte una clara intención de los autores del Nuevo Código, de colocar a la persona humana en el centro de la consideración; de procurar desarrollar los conceptos con un lenguaje simple y fácil de comprender; de encabezar los temas haciendo referencia a los principios generales que rigen cada materia; y, de regular una cantidad de situaciones presentes en nuestra vida cotidiana y que es bueno que el Código Civil y Comercial las contemple.

Asimismo, parece ser que se produce un proceso de "constitucionalización" del derecho civil, ya que se advierte una permanente consideración a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En función de ello

y a partir de las numerosas obligaciones que el Estado ha asumido con respecto al pleno ejercicio de los derechos individuales, se advierte también una mayor vinculación entre el derecho privado y el derecho público.

También se advierte con claridad lo que se ha dado en llamar la "democratización" de las relaciones familiares, donde a partir de un reconocimiento pleno de los derechos de los grupos más postergados dentro de la familia (particularmente las mujeres y los niños), se reformulan los roles familiares y se le da valor además a formas familiares basadas sobre todo en el afecto y el compromiso personal.

Como señalé al principio, en estos aspectos se habían logrado ya avances, sobre todo gracias al empuje de los operadores del derecho, pero era necesario cristalizarlos en una profunda tarea de adecuación de nuestro Código Civil, en línea con los principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, no debemos olvidar que esta es una obligación de los Estados y en tal sentido, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se lo ha recordado a la República Argentina con absoluta claridad.

El último aspecto que pretendo señalar es que la reforma plantea una figura del juez activa y dinámica, que sobre la base de los principios que se incorporan al texto del Código debe trabajar con las familias y tomar decisiones en beneficio de los integrantes de la familia.

Esta visión de la función del Juez de Familia está en línea con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

2. La responsabilidad parental. Un cambio de terminología acorde con los alcances de la nueva institución.

Una de las cuestiones respecto de la cual existía ya consenso, era la necesidad de dejar de referirnos a esta institución como "patria potestad" y buscar alguna denominación que fuera más acorde a su actual finalidad y alcances. Una de las posibilidades que desde distintos sectores se venía proponiendo era la que finalmente adopta este Código Civil y Comercial.

Como se ha señalado en los fundamentos del Nuevo Código, el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y a diferencia de lo que sucede con el concepto de patria potestad, que nos remite a la idea de poder de la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente, el concepto de "responsabilidad parental" es inherente al de "deber" que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía.

Asimismo, como señalaron autores de la talla de Cecilia Grosman, era necesaria una denominación que diera cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. Ya no estamos frente al ejercicio de un poder sobre los hijos, sino ante el cumplimiento de una función que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolescente, en cabeza de ambos progenitores, de conformidad con los términos del artículo 18 de la CDN. Como se ha señalado, la locución responsabilidad parental, receptada inicialmente en el Reino Unido, ha ido difundiéndose en los últimos años.

Así, puede mencionarse el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 ("Nuevo Bruselas II") o el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006. También en el ámbito local la ley nacional de protección integral de niñas, niños y

adolescentes se refiere a las responsabilidades familiares y de los padres en el artículo 7°, la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 114), específicamente se refiere a la responsabilidad de los padres en su artículo 34, y lo mismo sucede en otras leyes locales.

3. La idea de desarrollo del niño como finalidad de la responsabilidad parental.

El capítulo 1 del título VII que analizamos —referido a los principios generales que rigen la materia— comienza con un concepto de lo que es la responsabilidad parental. Si bien bastante semejante al que contenía el Código Civil de Vélez, incluye un aspecto sumamente importante al referirse a la finalidad de la institución que es la noción de desarrollo. Como expresa Rivero Hernández, el niño es una realidad humana en devenir, en continuo desarrollo que poco a poco va forjando su propia identidad. Es que el cachorro humano al nacer es uno de los más indefensos. No cuenta con la dotación biológica suficiente para poder hacer frente a las exigencias de la vida. Lo que caracteriza a la existencia humana es que se desarrolla empíricamente en un contexto de orden, dirección y estabilidad que está dado por el orden social, al que el niño ingresa a través del proceso de socialización

En la primera etapa llamada de socialización primaria, los otros significantes (padres o encargados del niño) desarrollan una tarea fundamental que permitirá al niño su incorporación progresiva a distintos ámbitos sociales (socialización secundaria). Es por eso que era necesario incluir como finalidad de la responsabilidad parental esta idea de desarrollo, presente también en la Convención.

Justamente la Convención se refiere con absoluta claridad a este aspecto y las responsabilidades de los progenitores y del Estado.

Así, el artículo 18.1 establece que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de

que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Esta disposición se integra con el artículo 27 en cuanto prescribe la obligación de los padres y del Estado, de proporcionar al niño las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo físico, mental espiritual, moral y social.

La obligación parental de dirigir y orientar a los hijos, debe estar encaminada a dotarlos de las herramientas para que éstos, en la medida de su desarrollo, puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos respecto de los cuales son los verdaderos titulares. Guiarlos será, en definitiva, acompañarlos en el camino que los lleva de la dependencia (cuando son muy pequeños) a la total autonomía.

En este sentido vale la pena recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha resuelto hace ya varios años que la CDN, al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática.

De ahí que aluda a la "evolución" de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su "madurez" (art. 12), y al impulso que debe darse a su "desarrollo" (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el "desarrollo" del niño (art. 6.2).

Tan importante es esta idea de desarrollo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalar que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo.

4. Los tres principios que rigen la responsabilidad parental.

Como adelanté al comienzo, una metodología que se advierte a lo largo no sólo de este Título VII, sino de todo el Nuevo Código, es la inclusión de principios generales que son los que sirven de marco a todas las normas dictadas en cada caso. En este aspecto, luego de definirse a la responsabilidad parental, se establecen los tres principios generales que rigen la materia, a saber: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Fácil resulta advertir que este artículo recoge en buena medida algunos de los ejes centrales de la Convención incorporados luego a la Ley 26.061 y las restantes leyes locales de protección integral, a lo largo de estos últimos años, respecto de los cuales más se ha trabajado en estos años.

Aunque ya se ha repetido infinidad de veces, me permito recordar que el efecto principal de la CDN ha sido desplazar a las niñas, niños y adolescentes desde el lugar de objetos de protección y preocupación al de sujetos de derechos y que este cambio de paradigma desde la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, se concreta justamente mediante la promoción del interés superior del niño, como principio rector guía de todas las medidas relativas a las personas menores de edad.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la consideración primordial del interés del niño, que la CDN —art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10) a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental) (consid. 4°).

En esa oportunidad, nuestro Máximo Tribunal resolvió también que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (consid. 5°). En la misma línea, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que cuando colisionan y no se pueden armonizar los derechos de los niños con los de los adultos, deben priorizarse los primeros. También ha decidido que el ejercicio de la libertad de autonomía, expresada en la autonomía de los integrantes del grupo familiar en la toma de decisiones que a ellos conciernen, encuentra su valla en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas individuales que conforma esa familia y, en particular, en la expresión del art. 3 de la CDN, que remite al interés superior del menor.

Por otra parte, partiendo de la base de reconocer al niño como sujeto de derechos, la CDN incorpora en su artículo 5, el principio de la autonomía progresiva. Este principio implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez lo cual, como puede advertirse con facilidad, es absolutamente contrario al sistema rígido y cerrado contenido hasta ahora en el del Código Civil. También la CDN incorpora en el artículo 12.1 el derecho de los niños a expresar su opinión en todos los temas que los afectan, la cual deberá ser tenida "debidamente en cuenta", en función de su edad y madurez.

Nuevamente aquí se advierte el carácter protagónico que la Convención confiere a los niños en lo que hace al desarrollo de su vida, que contrasta con el perfil meramente tuitivo que actualmente tiene el Código Civil. A todo lo largo de este título se han efectuado

modificaciones —a muchas de las cuales nos referiremos en distintos puntos— que importan una participación gravitante del hiño y adolescente en todos los temas que lo involucran. La Ley 26.061, fue importante para profundizar estos postulados rectores y, como se ha expresado, era necesaria para poder plasmar definitivamente los principios expuestos por la Convención y hacer efectivo el siempre estelar "interés superior del niño". Además, tuvo un claro propósito de cumplir con el compromiso asumido por los Estados Partes en el artículo 4° de la Convención de compatibilizar nuestra legislación interna en materia de NNA con el contenido del Tratado.

También las leyes locales de protección han incorporados normas en un sentido similar a la ley 26.061. Por último debemos señalar que el Nuevo Código no solo prevé en muchas de sus normas que el niño debe ser escuchado y su opinión tenida valorando su edad y grado de madurez, sino que también hace referencia a su defensa técnica, es decir a la Intervención del abogado del niño, que también era un capítulo pendiente del Código Civil.

5. La autonomía progresiva

Si bien hemos referido a ella en el punto anterior, por constituir uno de los principios generales en materia de responsabilidad parental, nos parece que tiene tal trascendencia que merece algunas consideraciones adicionales. De hecho, este postulado excede en mucho el título que estamos analizando y en realidad modifica el régimen de capacidad actualmente vigente.

Así, el artículo 24 del Nuevo Código al referirse a las personas incapaces de ejercicio, señala entre ellas a "la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo" (inciso b). Ello implica dejar de lado la postura rígida del Código Civil por un mecanismo muchos más dinámico y ajustado a la realidad.

Esta disposición se integra, entre otras, con el artículo 26 que constituye la aplicación práctica del principio de la capacidad progresiva y amplia el ámbito de intervención en función de la edad y grado de madurez, a tal punto que le otorga importantes facultades en cuanto a las decisiones que tengan que ver con su propio cuerpo, sobre todo a partir de los 16 años, lo cual se corresponde con modernos principios en materia de bioética, presentes en el derecho comparado.

Por otra parte, ya hemos visto que conforme al artículo 638, inciso b, última parte, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, lo cual se corresponde con los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 3, 24 y 27 de la Ley 26.061).

Sin duda se trata de una modificación largamente reclamada. Basta hacer un breve repaso por las consideraciones que se han efectuado en este tema. Así, Cárdenas al señalar que el régimen jurídico de capacidad/incapacidad había estallado con las nuevas normas de derechos humanos, y ya no era posible sostener que alguien debe ser informado/escuchado y tenerse en cuenta lo que dice, si es un incapaz absoluto. Escuchar la palabra del chico y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos.

En la misma línea Famá y Herrera destacaron 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 que implica necesariamente el abandono de la rígida y obsoleta dicotomía entre "capacidad-incapacidad" propuesta por el Código Civil.

Llorens y Rajmil al referirse a las directivas anticipadas en materia de salud, subrayaron también que los derechos que conceden

tanto la Convención como la Ley 26.061, tornan inaplicables los límites rígidos contenidos en el Código Civil.

Lloveras y Salomón, por su parte, expresaron con marcada sencillez que la capacidad progresiva es un concepto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de autonomía de los sujetos y asimilar la evolución legal a la evolución psíquica-biológica.

Solari, por su parte, ha sostenido que la autonomía progresiva configura la faz dinámica en la capacidad del sujeto, que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad.

Con total claridad Mizrahi ha señalado que este concepto permite superar el paradigma capacidad-incapacidad, propio de la época pseudo-tutelar en el que se inscribe el Código Civil y determina que en cada caso habrá que verificar el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento.

6. El ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartidos

Sin duda uno de los cambios significativos que trae el Nuevo Código, es que el ejercicio de la responsabilidad parental, convivan o no los progenitores, corresponde como regla general a ambos y además en los dos casos rige la presunción de que los actos cotidianos realizados por uno de los progenitores cuenta con la conformidad del otro.

Vale la pena tener presente que la CDN en varias de sus disposiciones destaca la responsabilidad principal de los padres en el

pleno desarrollo de los niños y la importancia de que éste se desarrolle dentro de un ambiente familiar (Preámbulo, párrafos quinto y sexto; arts. 2.2., 5, 7.1, 8.1, 9, 9.1, 16.1, 18.2 y 20), sin formular distinción alguna en cuanto a si aquellos conviven o no, y en la misma línea debe ubicarse el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Particularmente, el art. 18.1 de la CDN, fija la responsabilidad del Estado en poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Desde este punto de vista es muy acertada la modificación que se propone al régimen actual, tanto en lo que tiene que ver con el ejercicio de la responsabilidad, como con el cuidado personal —al que nos referiremos en seguida—, que ubica al Código Civil en línea con lo dispuesto por los tratados internacionales y con lo dispuesto en el derecho comparado. Justamente en lo que respecta cuidado personal, que se deriva del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo, se advierte otro de los saludables cambios terminológicos que introduce el Nuevo Código, que deja de lado así la vieja noción de tenencia.

Pero el cambio no es sólo terminológico sino que incluye cuestiones que desde hacía rato se venían reclamando casi unánimemente por parte de la doctrina nacional y que se vinculan al modo de llevar a cabo el al cuidado del hijo cuando los progenitores no conviven.

En efecto, era tiempo ya de dejar de lado el principio de que en estos casos, el ahora cuidado personal debía quedar en cabeza de uno sólo de los progenitores, dando preferencia a la madre en el caso de niños menores de 5 años, salvo causas graves que afectaran el interés del menor (conf. arts. 264, inc. 2° y 206 del Código Civil).

Cabe recordar que estos criterios tradicionales para la elección del progenitor, desde hace ya tiempo venían siendo

superados por el esfuerzo interpretativo de los operadores del derecho y, en muchos casos, por los acuerdos establecidos por los propios progenitores, que paulatinamente han ido orientándose a sistemas donde haya un mayor equilibrio en el tiempo y las responsabilidades respecto del hijo, lo cual se corresponde con los cambios que han tenido las parejas en cuanto a su funcionamiento y a los roles atribuidos a cada uno de ellos. Y esto también tiene que ver con superar estereotipos de género, que colocan a hombres y mujeres en situaciones de desigualdad, obligación que también ha asumido el Estado al suscribir distintos tratados internacionales específicos de los derechos de las mujeres.

De hecho, desde distintos ámbitos se planteaba la necesidad de que el criterio para la atribución de la tenencia fuera el establecido en el artículo 206, conforme la modificación efectuada por la Ley 26.618 (es decir el interés superior del menor), en línea con el art. 3° de la CDN y 3° de la ley 26.061.

El Nuevo Código, si bien prevé la posibilidad de que el cuidado personal del hijo pueda ser asumido por un progenitor o por ambos, dispone que la primera alternativa que tendrá el juez a la hora de tomar una decisión en esta materia, será otorgar el cuidado compartido del hijo a ambos progenitores con la modalidad indistinta.

Por supuesto la norma admite que en algunos casos esto no sea posible o que resulte perjudicial para el hijo. Hay que aclarar que el Nuevo Código indica que cuando se habla de cuidado compartido con modalidad indistinta implica que el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

El Nuevo Código incluye también una enumeración de los elementos de juicio a la hora de determinar a cuál de los progenitores le corresponderá el cuidado personal del hijo en caso de que deba conferirlo a uno sólo de ellos, resaltando que ello será excepcional. En este sentido, nos parece valioso que se tenga en cuenta en primer

término cuál de los progenitores facilita de mejor manera el derecho del niño a tener trato regular con el otro progenitor, lo cual en definitiva beneficiará el derecho del niño a tener contacto personal con su progenitor no conviviente.

Por aplicación de los términos del actual artículo 264, inc. 2, última parte, el Nuevo Código Civil y Comercial además de establecer el derecho de comunicación del progenitor no conviviente, también establece que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654), al mismo tiempo que establece también el deber de colaboración con el progenitor que vive con el hijo (art. 653, in fine).

Antes de finalizar este punto, no podemos dejar de señalar que ha sido acertada la inclusión en el Nuevo Código, de la posibilidad de que en el interés del niño y por razones justificadas se pueda delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o tercero, por tiempo determinado y mediante homologación judicial, lo cual se corresponde con distintas resoluciones adoptadas ya en ese sentido. Era tiempo que el Código contemplara este tipo de situaciones temporarias que se pueden presentar en la realidad actual y no regulara sólo las que implicaban una mayor permanencia de los vínculos, como la tutela o la adopción.

7. La incorporación de la categoría de adolescentes y su regulación.

Se inscribe la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación la categoría de adolescentes. Este término ha sido, hasta hace poco tiempo, ajeno a nuestro régimen legal, que históricamente se ha limitado a distinguir entre menores y mayores de edad. Recién en las últimas décadas y como parte del impulso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se ha producido

dentro del cambio en la consideración de los niños, la necesidad de utilizar una categoría especial en función de la edad.

La ciudad de Buenos Aires fue pionera en la materia al incorporar a su constitución (1° de octubre de 1996) un artículo especialmente dedicado a la situación de los niños, niñas y adolescentes (art. 39), tendencia que se tradujo luego en el dictado de la Ley 114 (3/12/1998) de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Con posterioridad, se dictaron también distintas leyes provinciales de protección de los niños que incluyeron específicamente en su consideración a los adolescentes.

A nivel nacional, este proceso parece consolidarse a partir de la sanción de la Ley 26.061 (26/10/2005), donde se empieza a utilizar este término pero sin establecer concretamente a quiénes se refiere.

El Nuevo Código fija el comienzo de la adolescencia en 13 años, lo cual parece una de las alternativas posibles, teniendo en cuanta la realidad actual en cuanto a la madurez y desarrollo de quienes llegan a esa edad.

Por otra parte, si con la mayoría de edad a los 21 años, se consideraba una categoría especial de niños a partir de los 14 años a los que se llamaba "menores adultos", al reducir la mayoría de edad, no parece ilógico reducir también el momento a partir del cual se los considera adolescentes.

El Nuevo Código se encarga de regular la situación de los adolescentes, tanto en el caso de ser progenitores como si se trata de hijos que llegan a los 13 años. Progenitores adolescentes: El artículo 644 del Nuevo Código, regula lo atinente a la situación de los progenitores adolescentes y el ejercicio de la responsabilidad parental respecto de sus hijos.

Esta disposición implica una importante modificación con respecto al régimen actual consagrado en el artículo 264 bis, en cuanto dispone que los hijos de padres menores de edad quedarán

sujetos a tutela. En la práctica, esta norma implicaba que salvo que hubieran contraído matrimonio, las personas menores de edad no podían ejercer la patria potestad respecto de sus propios hijos, lo cual implicaba una situación de desigualdad que, además privilegiaba más la libreta que la situación de madurez de los hijos que es uno de los ejes de la reforma.

Como puede advertirse, se ve aquí la impronta que emana de la Convención y los principios de desarrollo y autonomía progresiva a los que ya hemos hecho referencia. Creemos que con acierto la ley consagra que quien tiene capacidad para tener un hijo, debe tener derecho a ocuparse de él, cuidarlo y ser responsable por él.

Por supuesto que ello no implica dejar sólo al adolescente en esta tarea y de ahí que el Nuevo Código otorga también un rol importante a quienes ejercen la responsabilidad parental sobre el progenitor adolescente, pudiendo incluso oponerse a sus decisiones cuando las consideren contrarias al interés superior del niño.

También nos parece acertado que respecto de actos trascendentes en la vida del niño, el consentimiento del progenitor adolescente se integre con el alguno de sus progenitores, toda vez que a mayor trascendencia del acto, es conveniente un grado de intervención mayor por parte de los adultos responsables, a los efectos de garantizar los derechos de los niños involucrados.

8. Colofón.

La modificación propuesta por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en lo que respecta a la responsabilidad parental claramente implica un paso adelante en esta materia. Además de cumplir con la exigencia de adecuar el derecho interno a lo que surge de los tratados internacionales, contribuye a dar mayor sostén a las normas que se han dictado en los últimos años y particularmente la ley 26.061.

No debemos olvidar que el derecho siempre cumple una labor pedagógica y desde este punto de vista aún cuando muchas disposiciones formaran parte de normas específicas como aquella, la incorporación de estas modificaciones contribuirá sin duda a afianzar estos principios en el conjunto de los operadores y de la sociedad.

Por otra parte, no podemos menos que valorar el esfuerzo realizado por los autores del proyecto en el sentido de redactar las normas del modo más simple posible, lo cual sin duda facilita su comprensión para los operadores que no tengan una formación específica en derecho y que son una pieza fundamental en el abordaje y resolución de los conflictos que pueden presentarse en las relaciones familiares y para la comunidad en su conjunto.

Lo mismo ocurre con los principios generales incorporados al comienzo de cada título, que permiten tener una visión general que resulta muy útil para aquellos que no están familiarizados con el derecho. Por último, hay que remarcar que también se advierte en el espíritu del Código Civil y Comercial una preocupación concreta por dar respuesta a situaciones que se presentan en nuestra vida cotidiana, más que a casos de laboratorio. Por supuesto, como sucede con toda norma, habrá cuestiones cuya eficacia sólo podrá evaluarse con la aplicación práctica.

■■■

PRIVILEGIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Romina Silvana Ortega

1. Estructura y ubicación de los privilegios en el Código Civil y Comercial.

La estructura de los privilegios ha sufrido un cambio rotundo y significativo con respecto al Código Civil, no solo en su posición dentro del cuerpo legal, sino también en su número de artículos, ya que hoy son solamente 14 y, antes eran 74 engorrosos artículos.

Dentro del Código Civil se encontraban ubicados en el Libro IV, Sec. II, Título I "De la preferencia de los Créditos" (art. 3875 a 3877); Capitulo I "División de los Privilegios" (Art. 3878 a 3882); Capitulo II "De los privilegios sobre ciertos muebles" (art. 3883 a 3897); Capítulo III "Del orden de los privilegios sobre los bienes muebles (Art. 3898 a 3922) y; Capítulo IV "Del privilegio sobre inmuebles" (Art. 3923 a 3938).

Hoy en el Código Civil y Comercial se encuentra ubicado en el Libro VI, Titulo I "Privilegios"; Capitulo I "Disposiciones generales" (Art. 2573 a 2581) y Capitulo II "Privilegios Especiales" (Art. 2582 a 2585).

Los privilegios, como ya se mencionara, se hallan en el Libro VI, que es él que reúne las disposiciones comunes a los derechos reales y personales.

Las ventajas que ofrece esta modificación son: mayor claridad, reducción del número de privilegios, y la enumeración en el Art. 2582 del CCyC del elenco de privilegios.

Antes de la reforma, dice Mariani de Vidal

> "la materia de privilegios aparecía contemplada en diversas normas que no guardaban la necesaria armonía, extremos que la convierten en un sistema laberíntico que genera problemas de difícil y compleja solución… Además de los dos principales cuerpos normativos que los contemplan – El Código Civil y la Ley de Concursos-, concurren con sus disposiciones varios otros ordenamientos".
>
> "Por tal motivo, los apabullados interpretes reclamaban la unidad legislativa y la simplificación del sistema, propiciándose la reducción del número de privilegios y la fijación de reglas nítidas y simples referidas al rango de cada uno".[1]

A tal punto fue necesaria la reforma, que el Dr. Guillermo Allende, califico al sistema, durante mucho tiempo, como un de un verdadero caos legislativo.

Para reforzar los dicho por Allende, es dable agregar lo dicho por Manuel Adrogué, ya que para este autor

> *"la duplicación de disposiciones y la falta de coordinación entre las normas hace que un mismo crédito sea privilegiado o no, o tenga prevalencia sobre otro según que el deudor este o no concursado, o exista algún acreedor intermedio que provoque la interpretación diversa de la norma".*[2]

---

[1] MARIANI DE VIDAL, Marina, "Cambios en el Régimen de los Privilegios en la Reforma del Código Civil y Comercial", en *Pensar en Derecho,* Año 2013 nº 2, Pág. 189-190.

[2] ADROGUÉ, Manuel I, *La Prelación de Créditos en Materia Concursal.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976. Pág. 19 y 20.

Muchos autores, pujaban por la unificación de privilegios en un solo cuerpo legal, la mayoría pretendía dejarlos solo en el Código Civil y Comercial o en la Ley de Concursos y Quiebras y, eliminar los privilegios de las leyes especiales, tarea difícil si las hay, ya que habría que modificarse varios cuerpos normativos.

Pero otros autores, consideraron que

> "quizás no sea necesaria la unificación en un solo cuerpo legal de los privilegios, pues existen diversas materias y muy peculiares estas que necesitan ser reguladas por separado, pero si resulta necesario mantener una técnica legislativa uniforme respecto a este instituto, pues no resulta justo que según el proceso en que se haga valer el privilegio… difiera el rango de preferencia".[3]

Si bien no se logró la anhelada unificación, dice Mariani de Vidal, hoy

> "se mantiene la doble regulación, pero se cuenta con dos regímenes que guardan armonía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generar una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios". [4]

---

[3] PRIVILEGIOS, Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24.522. Darío J. Graziabile. La Ley. Pág. 23.

[4] MARIANI DE VIDAL, Marina, "Cambios en el Régimen de los Privilegios en la Reforma del Código Civil y Comercial", en *Pensar en Derecho,* Año 2013 nº 2, Pág. 189-190.

2. Definición de Privilegio.

El artículo 2573 del CCyC define al privilegio "como la calidad que corresponde a un crédito a ser pagado con preferencia a otro".

Al definirlo de esta manera, se termina con la disputa de que si un privilegio es un derecho real o un derecho personal, ya que

> "queda claro que un privilegio no es derecho personal o real, sino simplemente una cualidad que la ley estima conveniente atribuir a ciertos créditos, por distintos motivos, los que pueden ser de distinta índole (la equidad, el interés público, la necesidad de proteger el trabajo, la conveniencia económica, razones de salubridad, etc.), las que constituyen el fundamento de cada privilegio". [5]

Hoy el legislador tuvo en cuenta la naturaleza del crédito mismo, el que ampara con el privilegio (objetividad de los privilegios), y no a la persona, o sea, al acreedor de ese crédito.

El Código Civil, en su art. 3875 lo definía como un derecho dado a un acreedor, lo que permitía creer en el carácter subjetivo de ese privilegio.

Esta definición trajo aparejada diversas tesis referentes a su naturales jurídica, ya que había varios autores, como Cortes, Cordeiro Alvarez, Bibiloni, Alsina o Molinario, que manifestaban que los privilegios solo se ejercen sobre otros acreedores, mientras la cosa este en poder del deudor, pero a diferencia de otros derechos personales, solo la ley los puede crear. Los partidarios de esta tesis personalista, sostienen que los privilegios no establecen una relación directa de la persona con la cosa, que no existe un derecho de

[5] MARIANI DE VIDAL, Marina, op. cit., p. 191.

persecución contra terceros y, que son accesorios al acceder al crédito principal, por lo que los privilegios son derechos personales.

Del lado contrario, y pregonando una tesis realista, se encontraban autores como Martos, Mozeaud, Segovia o Salvat, que sostenían que los privilegios se ejercen sobre los bienes mismos afectados al pago de los respectivos créditos, existiendo por lo tanto una afectación directa de la cosa al crédito, por lo que los privilegios constituirían un derecho real.

Hoy es más que evidente que los privilegios no son ni derechos reales ni personales, terminándose definitivamente con esta dicotomía con la redacción de art. 2573 del CCyC, en la que queda mas que claro que la naturaleza jurídica de los privilegios es la calidad que corresponde a un crédito.

Esta última postura, fue impulsada por autores, como Bonnecase, Borda, Alterini o Llambias, que afirmaron que los privilegios son cualidades o propiedades del crédito al cual acceden y le dan al acreedor derecho preferente al cobro mismo, por lo tanto sería calidades accesorias de ciertos derechos, careciendo de esta manera de autonomía, ya que van ligados a otros derechos.

3. Caracteres de los Privilegios.

3.1. Legalidad: El art. 2574 del CCyC establece que los privilegios resultan exclusivamente de la ley y, que el deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino de modo como la ley lo establece.

De más está decir que la única fuente de creación posible de los privilegios es la ley, privando, de este modo, a los particulares de la creación de privilegios que la ley no contempla.

Esta única posibilidad de creación de los privilegios por la ley, está motivada en la abolición de los privilegios personales.

Algunos autores, como Farsi Gebhardt y Fernández, han señalado que los privilegios no constituyen puramente y solamente una creación del legislador, sino que es la consagración en las legislaciones de un principio universal, que reposa en la valoración que la sociedad concede a ciertos créditos por su naturaleza y, que solo pueden ser establecidos por la legislación nacional, potestad esta que se encuentra establecida en el art. 75, inc. 12 de nuestra Carta Magna quitándole de la posibilidad a las Provincias de crearlos.

> "Este carácter configura una excepción al principio de paridad de los acreedores frente al patrimonio del deudor común,... privándose como principio a las convenciones particulares la posibilidad de crear privilegios que la ley no contempla". [6]

Si bien los privilegios no pueden ser fruto de la autonomía de la voluntad, si se pueden realizar negocios sobre el rango, ello se encuentra establecido en el art. 2575 del CCyC, el que reza que el acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; y que en tal caso los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros.

Como se puede ver, entra a tener una pequeña participación la autonomía de la voluntad, dándose la posibilidad a los particulares de negociar respecto al rango de los privilegios, pero debe mantenerse inalterada la situación del resto de los acreedores que no han sido parte de las negociaciones, sin beneficiarlos ni perjudicarlos; de esta modo no se desnaturaliza el origen legal de los privilegios.

Por último el art. 2575 del CCyC, hace una salvedad, estableciendo que el privilegio laboral no es ni renunciable, ni

---

[6] MARIANI DE VIDAL, Marina, op. cit., p. 192.

postergable ya que, se ha dicho, "su razón de ser es mas que obvia: la protección que se dispensa a los trabajadores, quienes en ocasiones determinadas pueden encontrarse sorprendidos, ante dichas situaciones no deseables".[7]

Es necesario destacar, que acá hay una discordancia con la Ley de Concursos y Quiebras, ya que la misma en su art. 43, le da la posibilidad al trabajador de renunciar a su crédito, siempre y cuando esa renuncia no sea superior al 20 % de la acreencia.

3.2. Indivisibilidad: Este carácter está consagrado en el art. 2576 del CCyC, el que manda que los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito.

Esto quiere decir, conforme lo aclarara Iturbide que, esta regla de indivisibilidad implica que todo el producido de la cosa o cosas, y cada parte de ese producido quedan afectados al pago de todo el crédito y cada parte de el, de modo que la división de las cosas o del crédito no afecta la integridad del privilegio y, este subsiste hasta tanto haya sido satisfecho totalmente el acreedor.

Este principio deja sentado que, la finalidad del asiento es responder por la totalidad de la deuda, y que aunque se haya abonado una parte sustancial de ella, el bien en cuestión podrá ser subastado.

3.3. Transmisibilidad: La última parte del art. 2576 del CCyC, establece que la transmisión del crédito incluye la de sus privilegios.

---

[7] PADILLA, Rodrigo, Comentario al Art. 2575, en MEDINA, Graciela y RIVERA, Julio C., *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014.

Si se transmite el crédito principal, el privilegio resulta ser adquirido por los sucesores.

Esto tiene conexión con otro de los caracteres, el de accesoriedad, ya que los privilegios son inseparables y accesorios del crédito, por lo tanto el crédito se va a transmitir con esta calidad.

3.4. Accesoriedad. "La accesoriedad –dice Graziabile- viene ligada con la inseparabilidad, lo que implica que el privilegio siempre va objetivamente ligado al crédito que califican. Por ello, la cesión del crédito incluye la del privilegio. Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes los pueden ejercer como los mismos cedentes".[8]

La vida del privilegio depende de la existencia de su crédito, si se extingue el crédito, también lo hará su privilegio, pues "supuesto contrario, puede cesar el privilegio y el crédito mantener su validez y eficacia".[9]

3.5. Excepcionalidad: Los privilegios constituyen una excepción al principio de igualdad entre los acreedores frente a la prenda común, que es el patrocinio del deudor.

Al ser el mismo de carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente.

> "Esta interpretación restrictiva implica dos consecuencias, la imposibilidad de crear un privilegio analógicamente cuando expresamente la ley no lo dispone y,

---

[8] GRAZIABILE Darío J., *Privilegios, Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 24.522.*. La Ley. 2015, págs. 52 y 53.-

[9] TANZI, Silvia Yolanda y FOSSACECA, Carlos Alberto, *¿Cómo han sido disciplinados los privilegios en el Código Civil y Comercial?*, Disponible en www.nuevocodigocivil.com

también impide que la preferencia se extienda a rubros no contemplados por el sistema legal como protegidos por la prelación". [10]

Por otro lado, cabe aclarar que la excepcionalidad está estrechamente ligada con la extensión de los privilegios, ya que el art. 2577 del CCyC establece que los privilegios se extienden al capital, siempre y cuando la norma no lo aclare.

Véase que es tan excepcional que solo se extiende al capital, no haciéndolo a los intereses, ni a las costas, ni a los accesorios del crédito, reiterando, que para incluir tales rubros la norma lo tiene que hacer expresamente.

3.6. Renunciabilidad: Algunos autores incorporan este último carácter, el que se encuentra establecido en la primera parte del art. 2575 del CCyC, que dice expresamente que el acreedor puede renunciar a su privilegio.

El viejo art. 3876 del C.C., solo hablaba de la postergación del privilegio, no lo hacia en cuanto a la renunciabilidad.

La renuncia del privilegio, no implica la renuncia al crédito, sino tan solo a su carácter de privilegiado, por lo que el crédito en este modo subsiste, no dando lugar a la extinción de la obligación.

Como se explicara con antelación, los privilegios laborales no puede ser renunciables (última parte art. 2575 del CCyC), por los motivos ya detallados, coincidiendo con el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajos, y que de lo contrario también implicaría el apartamento de los pactos internacionales.

[10] GRAZIABILE Darío J., op. cit., p. 55.

4. Asiento.

Se dispone en el art. 2573 del CCyC, que el privilegio solo podrá ejercitarse mientras la cosa afectada al asiento, permanezca en el patrimonio del deudor, salvo deposición legal en contrario (ejemplo de ello, es el privilegio sobre buques del art. 484 inc. c ley 20.094), ya que si la cosa se desplaza a otro entraría a jugar la figura de la subrogación real.

El asiento del privilegio es sobre lo cual se va a ejercer la preferencia, "se relaciona con un bien o bienes en virtud de cuyo producido se cancelara prioritariamente el crédito privilegiado. Agotado el crédito privilegiado, este se extingue". [11]

La última parte del art. 2573 del CCyC, hace una salvedad al establecer que los privilegios no pueden ser ejercidos sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley,

> "ello es lógico puesto que las cosas que no se pueden embargar, tampoco pueden ejecutarse, y el privilegio trata justamente sobre la ejecución forzosa de ciertos bienes de un deudor común a varios acreedores, cuyos bienes en principio son insuficientes para atender a todos los créditos debidos. Allí es donde los acreedores podrán hacer vales sus privilegios, siempre por la calidad de sus créditos y no en razón de las personas involucradas". [12]

5. Subrogación Real.

Esta figura se encuentra reglada en el art. 2584 del CCyC, que determina que el privilegio especial se traslada de pleno derecho

---

[11] GRAZIABILE Darío J., op. cit., p. 63.

[12] PADILLA, Rodrigo, Comentario al Art. 2575, en MEDINA, Graciela y RIVERA, Julio C., *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014.

sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, se por indemnización precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.

En este sentido dicen Tanzi y Fossaceca:

> "El bien o suma de dinero que ingrese en el patrimonio en reemplazo de un objeto afectado por un privilegio, responderá de acuerdo a los mismos grados de preferencia. Es decir el bien ingresado a causa del detraído se convierte en el asiento del privilegio.
>
> De acuerdo al art. 2584 del CCyC, es menester cumplir ciertos requisitos: A) Existencia de bienes individualizados en el patrimonio. B) Su pérdida o enajenación. C) Ingresos de nuevos que sean individualizados por la misma causa que produjo la salida de los bienes perdidos o enajenados. D) Lazo de filiación directo y seguro, entre el bien enajenado o desaparecido y, aquel entrado en intercambio.
>
> El reemplazo puede consistir tanto en una suma de dinero como cualquier otro bien. Así debe ser entendido cualquier otro concepto que permita la subrogación real del referido art. 2584 del CCyC". [13]

La subrogación real se relaciona con el asiento subsidiario de los privilegios, se considera así por que sustituye al asiento originario, consistiendo en la sustitución de un asiento por otro.

Cabe aclarar que la subrogación real solo se da en el caso de los privilegios especiales, no siendo posible integrarse esta figura con los privilegios generales, habiéndose dicho que "esto es así porque en

---

[13] TANZI, Silvia Yolanda y FOSSACECA, Carlos Alberto, *¿Cómo han sido disciplinados los privilegios en el Código Civil y Comercial?*, Disponible en www.nuevocodigocivil.com

los privilegios especiales, el asiento de preferencia se encuentra perfectamente individualizado y, no en los generales, por que el asiento de dichos privilegios se comporta como una universalidad".[14]

6. Computo.

La forma de computar los privilegios se encuentra establecida en el art. 2578 del CCyC, que dispone que se si concede un privilegio en relación a un determinado lapso, este se cuenta retroactivamente desde el reclamo judicial, excepto disposición legal en contrario.

Ejemplo de ello será el referido a las remuneraciones por seis meses debidas al trabajador (art. 2582 inc. b del CCyC).

7. Procesos Universales. Privilegios Generales.

Son aquellos procesos que versan sobre la totalidad de un patrimonio, con miras a su liquidación y distribución.

Antes de adentrarnos más en el tema, es importante hacer una distinción entre los privilegios especiales y los generales. Los primeros son aquellos que recaen sobre determinados objetos, muebles o inmuebles y, los segundos son los que afectan a la totalidad de los bienes, a una universalidad.

Los privilegios generales solo van a ser aplicados en los procesos universales, y los privilegios especiales, en las ejecuciones individuales.

En esta parte se hace alusión a una de las más importantes modificaciones, ya que en el Código Civil, existía la distinción entre estos dos privilegios, y había normas para cada uno de ellos.

---

[14] PIZARRO, Ramon Daniel, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tomo II. Pág. 371

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se elimina ese engorroso sistema y, solo lo se mencionan los privilegios generales en el art. 2580, haciendo en el una remisión a la ley concursal cuando existan privilegios generales, pretensos de hacer valer en un proceso universal, dejando de esta modo solo los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial, y los generales solo en la Ley de Concursos y Quiebras, es decir que con la entrada en vigencia del nuevo Código, los privilegios generales deberán hacerse valer solo en los procesos universales.

El art. 2579 del CCyC, especifica que en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos y, hace una salvedad muy importante al agregar que exista o no cesación de pagos, de este modo, como explica Mariani de Vidal, los procesos sucesorios, al ser procesos universales, quedaran sujetos al régimen de la ley de concursos cuando se trate de graduar el orden de cobro de los acreedores, también se hace referencia a los Concursos Preventivos, donde se carece de este presupuesto objetivo de las quiebras.

Véase que en los procesos sucesorios si existe estado de insolvencia, no así en los Concursos Preventivos, donde lo que se busca es la continuidad de la empresa.

Parece raro decir que en un proceso sucesorio hay un estado de insolvencia, ya que solemos escucharlo solo en las quiebras, pero hay autores que consideran que los procesos sucesorios son los casos de “insolvencia sin concurso”.

> Un antiguo fallo de primera instancia, dijo que en la sucesión se puede apreciar el estado de insolvencia y de cesación de pagos, por más que falte la realización de algunos bienes. Máxime que los herederos la han repudiado y se encuentran

> en estado de liquidación como si se tratare de un concurso, reflejándose en ella la situación patrimonial del causante".[15]

Para finalizar este tema, hay que agregar que "la unificación en materia de privilegios especiales supone la eliminación de algunos que contenía el Código Civil y la Ley de Concursos, como son los del vendedor del inmueble y el del locador". [16]

8. Privilegios Especiales.

Como se dijo precedentemente, los privilegios especiales, son aquellos que se van a hace valer en las ejecuciones individuales.

Estos se encuentran enumerados en seis incisos del art. 2582 del CCyC, que consideramos a continuación por separado.

> *a) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre esta, incluyéndose los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal.*

Este es el caso del conocido privilegio del conservador, donde su asiento es la cosa mueble o inmueble conservada, "y donde los créditos comprendidos serán los honorarios y gastos de quien construyo, conservo o mejoro una cosa, por lo que debe considerarse

---

[15] ED, 23-188, 17/5/1965, citado por José Iglesias, *Los privilegios en la ley de concursos y los créditos de los concursos*, Cuadernos RDCO, separata n° 131/123, 1988, Pág. 355, nota 560.

[16] PADILLA, Rodrigo, Comentario al Art. 2580, en MEDINA, Graciela y RIVERA, Julio C., *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014.

mano de obra y materiales, repuestos y otros insumos necesarios para realizar el trabajo". [17]

La novedad de este artículo, es la inclusión del crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal, que si bien no estaba incluido en el Código Civil, ya la jurisprudencia y la doctrina le había asignado el carácter de privilegiado.

Parte de la doctrina, como la Dra. Marina Mariani de Vidal, consideran que dentro del privilegio del conservador y, "atendiendo a la naturaleza misma del crédito, se encuentran incluidos los créditos por expensas en los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos – clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos y cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente de su destino- … los gastos del sistema de tiempo compartido y, la cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio, en el caso de los cementerios privados". [18]

La prelación de estos créditos, "se funda en el beneficio que reporta a los demás acreedores la inversión de gastos realizados en carácter de necesarios para la misma cosa".[19]

> *b) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentran en el establecimiento donde presta su servicios o que sirve para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el*

---

[17] GRAZIABILE Darío J., op. cit., p. 257.

[18] MARIANI DE VIDAL, Marina, op. cit., p. 197-198.

[19] ARGERI, Saul, *La quiebra y demás procesos concursales*, Editora Platense, La Plata, Tomo III, Pág. 281

propietario de la edificación, reconstrucción o reparación del inmueble, el privilegio recae sobre estos.

Véase que en estos créditos con privilegios otorgados al trabajador, su asiento serán las mercaderías, materia primas, maquinarias, y en el caso de la construcción, edificación o reparación de un inmueble, su asiento será este.

Estos privilegios, presupone la existencia de un contrato de trabajo, un titular de ese crédito que sería el trabajador y; por último, la calidad de deudor caería en la cabeza del empleador.

c) Los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre estos.

Estos son los conocidos créditos fiscales y, es de destacar la inclusión dentro de estos créditos privilegiados a la contribución de mejoras, la que no se encontraba mencionada en el Código Civil, ni en la ley concursal.

El asiento de este privilegio son los bienes determinados sobre los que se aplican directamente esos tributos.

d) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre esta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarlas.

Este inciso regula el privilegio del retenedor de la cosa, que armoniza con el art. 241 inc. 4 de la ley 24522.

La ley le otorga a ciertos acreedores la facultad de retener la cosa propiedad del deudor, hasta que este ultimo abone lo adeudado al acreedor el razón de la cosa dada en retención, pero esta cosa no

puede ser usada por el acreedor, ya que el mismo tiene como depositario judicial el deber de conservar y proteger esa cosa, la que tampoco puede ser usada por el dueños de ella, o sea el deudor del crédito en razón de esa cosa.

e) Los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrants y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial y flotante.

Estos privilegios versan sobre figuras que afianzan el cumplimiento de la obligación.

Este inciso incorpora el privilegio del acreedor anticresista, privilegio este, que no se encontraba en el Código Civil, ni el la LCQ, a pesar de que la doctrina ya le había reconocido privilegio, ello conforme a las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N°4 (en derechos reales), en declaración unánime.

"No obstante – se ha dicho- el anticresista no podrá hacer valer su privilegio en caso de concurso, por que la ley no lo contempla, lo que implica un desajuste … el que podría paliarse interpretando que el anticresista goza el derecho de retensión con arreglo al art. 2587 del CCyC".[20]

En este inciso no se consignan los bienes sobre los cuales caerá el privilegio, pero se interpreta que el asiento se encontrara constituido por el objeto de la garantía real.

f) Los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería.

---

[20] MARIANI DE VIDAL, Marina, op. cit., p. 200.

El Código Civil y Comercial solo enumera y reconoce los privilegios de las leyes especiales, y debido a las particularidades de dichos privilegios los remite las leyes mencionadas. Esa remisión la hace a los fines de establecer la extensión de las preferencias y sus respectivos rangos u órdenes de cobro.

9. Reserva de Gastos.

La *reserva de gastos* se encuentra mencionada en el art. 2585 del CCyC, el que manifiesta que antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización y, terminará diciendo que, en todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y, los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y, en el interés del acreedor.

La doctrina italiana ha denominado a los créditos englobados en esta artículo, créditos prededucibles, ya que van a tener que ser pagados con anticipación a los demás créditos.

Ahora bien, estos créditos prededucibles son los que van a surgir de

> "la asunción de nuevas obligaciones, por las cuales va a responder el deudor condenado en costas, ilimitadamente y, reiterando lo ya dicho, con anticipación. Estas acreencias van a surgir de la actividad jurídica que se desarrolla durante todo el procedimiento judicial". [21]

[21] GRAZIABILE Darío J., op. cit., p. 199.

Más concretamente se está refiriendo a todas a aquellas erogaciones que van a surgir del desenvolvimiento normal del proceso y, van a tener estrecha relación con el bien objeto del privilegio –no con el deudor- ya que como lo detallara el artículo antes citados, van a hacer a la conservación, custodia, administración y realización de ese bien.

A parte de los créditos ya mencionados, también quedaran comprendidos dentro de estos, "los correspondiente a tributos, deudas por servicios y expensas comunes referidos al bien en cuestión… gastos de subasta". [22]

Y para finalizar el artículo, hace especial mención a los denominados gastos y honorarios que van surgir durante el proceso de ejecución individual y, que van a ser los generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en el interés del acreedor.

10. Extensión de los Privilegios Especiales.

El artículo 2583 del CCyC, reiterado lo ya establecido en el art. 2577 del CCyC, determina que los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital.

Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia, la que ha dicho:

> "Es principio de la teoría general de los privilegios, en cuanto a la extensión de estos, que únicamente se le reconoce al capital salvo supuestos excepcionales previstos por el legislador para algunos casos en los que dicha cualidad preferencial es otorgada a los intereses y/o a las costas".[23]

---

[22] GRAZIABILE Darío J., op. cit., p. 241-242.

[23] STJ Santiago del Estero, fallo "Pernigotti", sentencia del 28/10/2009.

El ya mencionado art. 2577 del CCyC, manda que los privilegios se extienden solo al capital y, agrega salvo disposición legal expresa en contrario, disposición esta que se encuentra en la segunda parte del art. 2585 del CCyC, al establecer cuatro excepciones a este principio general, las cuales son:

a) Los intereses por dos años, contados a partir de la mora, de los créditos laborales mencionados en el inc.b) del art. 2582 del CCyC.

b) Los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y, los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582 del CCyC.

c) Las costas correspondientes a los créditos enumerados en los inc. b) y e) del art. 2582 del CCyC.

d) Los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582 del CCyC, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos.

La razón por la cual se encuentra vedada la posibilidad de extensión de los privilegios a los intereses, costas y otros accesorios de los créditos, a excepciones de estos cuatro ejemplos, es por el carácter excepcional que poseen los privilegios y, que por tal carácter serán de interpretación restrictiva y, como consecuencia no podrán estas excepciones aplicarse de manera analógica.

11. Créditos Quirografarios.

Estos créditos, serán aquellos que no poseen ningún tipo de privilegio, carecen de preferencia en el cobro y, en caso de existir remanente, luego de haber hecho la reserva de gastos y, ser pagado los acreedores privilegiados, los acreedores quirografarios o sin

privilegio, como lo establece el art. 2581 del CCyC, cobran a prorrata entre si, excepto disposición expresa en contrario.

Cabe hacer alusión a la definición que ha dado Martorell de prorratear, ya que para el significa "distribuir proporcionalmente entre los beneficiarios el producto objeto del reparto, otorgándole a cada uno de ellos un porcentaje obtenido de la división de dicho activo".[24]

Pero el prorrateo no será exclusivo solo de los créditos quirografarios, ya que en caso de no alcanzar el activo para satisfacer la acreencia de los acreedores privilegiados, estos también cobraran a prorrata, respetando las reglas establecidas en el art. 2582 del CCyC.

Es importante aclarar que, como los privilegios son de carácter excepcional, en caso de existir dudas respecto a si el crédito es quirografario o privilegiado, será juzgado quirografario. También serán considerados acreedores quirografarios aquellos que han renunciado al privilegio, ya que los mismos pueden renunciarse, siempre y cuando no sean privilegios laborales.

12- Orden de Preferencia. Conflicto entre los acreedores Privilegiados.

El art. 2586 del CCyC establece una regla general, que ha venido a echar luz al intricado sistema de privilegios de Código Civil, regla que determina que los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del artículo 2582 del CCyC, y dentro de cada inciso, a excepción del f) que remite a las leyes especiales (las que reglaran respecto a sus privilegios), será "primero en el tiempo, primero en derecho".

---

[24] MARTORELL. Ernesto, *Tratado de Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2010 Tomo III. Pag. 618.

Pero el artículo 2586 del CCyC, establece seis excepciones a estos principios generales, las cuales son:

a) Los créditos mencionados en el inc. f) de art. 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos, o sea tendrán el rango que determine su ordenamiento.

b) El crédito del retenedor prevalece sobre los restantes créditos con privilegio especial si la retención ha comenzado a ser ejercida antes de nacer los créditos privilegiados.

c) El privilegio de los créditos con garantía real prevalece sobre los créditos fiscales y el de los gastos de construcción y mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, si los créditos se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía.

d) Los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento.

e) Los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía.

f) Si concurren créditos comprendidos sobre un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

Para finalizar este tema es importante reiterar:

"que la regla en esta sensible materia está determinada en el orden establecido en el art. 2582 y existe una remisión expresa en tal sentido; mientras que las excepciones se fundan en una cuestión temporal. Se hizo plena aplicación, en estos casos de conflictos, del principio prior in tempore, potior in iure. Por último es claro que si concurren créditos

comprendidos en el mismo inciso y sobre idénticos bienes, volvemos a la regla universal de liquidación a prorrata, ya que desaparece por así decirlo, la situación de preferencia generada por el privilegio”. [25]

■■■

[25] PADILLA, Rodrigo, Comentario al Art. 2586, en MEDINA, Graciela y RIVERA, Julio C., *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014.

PRESCRIPCIÓN Y LOS TRIBUTOS PROVINCIALES

Cristina Peralta

1. Posturas en la doctrina y la jurisprudencia.

Este modo tan silencioso de liberarse de obligaciones por el transcurso del tiempo ha traído en las últimas décadas mucho para debatir y como tal, posturas doctrinales encontradas en relación a su regulación en las legislaciones tributarias locales de una manera diferente a la del Código Civil.

Se pueden señalar tres posturas:

Primera: está plasmada en la inveterada y pacífica doctrina de la C.S.J.N., a partir del reconocido precedente "Filcrosa" (Fallos 326:3899), en el que se estableció que las normas locales que reglamentan la prescripción en forma contraria o distinta a lo dispuesto en el Código Civil resultan constitucionalmente inválidas puesto que dicho instituto es propio del derecho común y, por lo tanto, se encuentra regido por los artículos 31 y 75 (inciso 12) de la Constitución Nacional. Sentenció la C.S.J.N. que la norma aplicable es el inciso 3° del artículo 4027 del Código Civil por ser una regla propia de la materia en cuestión.

Segunda: es la que sostiene que las provincias poseen la facultad de fijar el plazo de la prescripción de los poderes y acciones para determinar impuestos e impulsar su cobro, al igual que la suspensión, interrupción y cómputo, ello por ser materia propia del derecho público local. Esta postura se

fundamenta en la autonomía del derecho tributario local, atendiendo a la naturaleza e interés público comprometido: la percepción de la renta pública.

Tercera: posición morigeradora de las dos anteriores, que entiende que la provincia puede, en principio, fijar plazos de prescripción siempre que en el caso concreto ellos guarden razonabilidad y no contraríen la unificación del derecho común.

Esta situación controvertida parte de los debates más trascendentales, fue aplacada por la jurisprudencia pacífica del más alto tribunal de la República Argentina, aunque los que mantenían la postura contraria la dejaron plasmada en sus artículos de doctrina como así también los jueces en los considerandos de sus sentencias, más allá de resolver acorde al Máximo Tribunal fundados en la economía procesal y en evitar someter a las partes del juicio a un largo andar hasta la Corte para que se resolviera en su consecuencia.

Este debate nuevamente resurgió con el proyecto del Código Civil y Comercial Unificado. He aquí la cronología de los hechos y la antología legal y jurisprudencial de este instituto del derecho y su aplicación a los tributos locales.

2. Antecedentes de la regulación de la prescripción y el fallo "Filcrosa" de 2003.

Durante muchos años las legislaciones de las provincias de la República Argentina regularon la prescripción en materia tributaria con sus propios alcances, tanto en relación al plazo como al modo de cómputo, la suspensión y la interrupción. Así por ejemplo establecían un plazo de 10 años computándose a partir del primero de enero del año siguiente al vencimiento de la obligación o del vencimiento para la presentación de la declaración jurada. Esto

implicaba que el plazo se extendiera en algunos casos a 12 años (Impuesto Sobre los Ingresos Brutos).

En septiembre del año 2003 la CSJN se pronunció al respecto en el tan mentado caso "Filcrosa S.A. s/quiebra s/Incidente de verificación de la Municipalidad de Avellaneda", resolviendo finalmente una defensa opuesta por el síndico de la quiebra con fundamento legal en la aplicación del Código Civil contra una verificación de crédito de la comuna de Avellaneda.

Se transcriben las partes fundamentales del fallo para comprender qué aspectos tuvo en cuenta el máximo tribunal para pronunciarse en ese sentido:

> "6º) que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75, inc. 12, éste no sólo fijará los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.
>
> 7º) cabe tener presente que, en tanto modo de extinguir las acciones, este instituto involucra aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad cuya inclusión dentro de tal delegación no se discute. En ese marco, y del mismo modo en que esa razón ha justificado la regulación por la Nación de los distintos modos de extinción de las obligaciones -sin que ello obste a su aplicación en el ámbito de materias no delegadas-, idéntica solución debe adoptarse respecto de la prescripción
>
> 9º) Que como consecuencia de tal delegación, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones

entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional ,por lo que no cabe a las provincias -ni a los municipios- dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (doctrina de Fallos:176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344)

12) aun cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos (Fallos: 320:619, entre otros), es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta, y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción (Fallos: 320:1344).

13) Que el conflicto planteado entre los alcances de ese poder y el contemplado en los arts. 121 y 122 de la misma Carta Magna, debe ser resuelto mediante una interpretación que permita integrar las normas supuestamente en pugna dentro del sistema ideado por el constituyente, sin establecer restricciones que no surjan de sus respectivos textos, ni sean derivación inequívoca de las materias que en cada uno se regulan (…)

16) Que de tal modo, sustentada en la afirmación de que lo atinente a la prescripción no concierne al régimen impositivo previsto en la Constitución, esta solución respeta las previsiones de su art. 31, que imponen a las provincias, en ejercicio de su poder no delegado, adecuarse a las normas dictadas por el Congreso Nacional en ejecución de aquellos que sí lo han sido.

> Y es claramente más valiosa desde un punto de vista práctico, pues, además de reflejar el propósito de los constituyentes de contribuir a la creación de aquellos lazos de unidad entre las provincias y sus integrantes necesarios para fundar la República, evita los peligros ínsitos en la dispersión de soluciones concernientes a institutos generales, que quedarían librados -pese a tal generalidad- al criterio particular de cada legislatura local.
>
> 17) Que finalmente, cabe señalar que, esta Corte ha admitido la aplicación de la legislación civil al ámbito del derecho administrativo (Fallos: 190:98 y 321:174), proceder que ha justificado, en lo específicamente referente al derecho tributario, en la circunstancia de que esta disciplina no está al margen de la unidad general del derecho, ni es incompatible con los principios del derecho civil (Fallos: 313:1366)".

Los Ministros Belluscio y Boggiano cuando remiten directamente a los argumentos del Procurador General de la Nación y A. Vázquez según su voto, citan expresamente la aplicación del artículo 4027 inc. 3 del Código Civil.

3. El voto de Carmen Argibay en "Casa Casmma" de 2009.

De la causa "Casa Casmma S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de verificación tardía (promovido por Municipalidad de La Matanza)" de fecha 26/03/2009, en la cual si bien se resolvió en concordancia con Fallos 326:3899 (Filcrosa S.A.), oportuno resulta citar las palabras vertidas por la Señora Ministra CARMEN M. ARGIBAY:

> "Los agravios vinculados con el plazo de prescripción aplicable encuentran respuesta en los fundamentos dados por esta Corte en Fallos: 326:3899.
>
> Con relación a este aspecto, entiendo oportuno señalar que la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso "Filcrosa" no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a éstas un significado erróneo.
>
> Tal circunstancia confiere plausibilidad a la interpretación de la legislación nacional que sirvió de fundamento a la decisión adoptada en dicho precedente, pese a las dificultades que encuentro para extraer del Código Civil, a partir de la argumentación utilizada en el fallo, el claro propósito legislativo de limitar el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas.
>
> A ello debe agregarse que en la causa no se ha promovido seriamente la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil ni se ha articulado una crítica orientada a revisar esa interpretación que, mientras siga en pie, cuenta con la autoridad para gobernar la solución de casos similares o análogos a aquéllos en los que ha operado como ratio decidendi".

4. Adecuación de la normativa luego de la doctrina "Filcrosa".

Luego de estos fallos y el transcurso permanente de sentencias en contra obtenidas por las haciendas locales, muchas de

éstas adecuaron los cuerpos legislativos, como en el caso de la Provincia de La Pampa que en el año 2006 mediante Ley N° 2267, modificó el actual artículo 144 del Código Fiscal (t.o. 2015) reduciendo el plazo de prescripción a cinco (5) años, pero no así los restantes aspectos que alcanzan al instituto como lo es el cómputo.

> *TÉRMINOS - Artículo 144.- Prescriben por el transcurso de cinco (5) años las facultades y poderes de la Dirección de determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales o verificar y rectificar las declaraciones juradas de contribuyentes y responsables, y aplicar o hacer efectivas multas y clausuras.*
>
> *Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción para el cobro judicial de los tributos y sus accesorias y multas por infracciones fiscales.*
>
> *Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción de repetición de tributos a que se refiere el artículo 103.*
>
> *INICIACIÓN DE LOS TÉRMINOS - Artículo 145.- Los términos de prescripción de las facultades y poderes indicados en el primer párrafo del artículo anterior, comenzarán a correr desde el 1° de enero siguiente al año al cual se refieren las obligaciones fiscales, excepto para las obligaciones cuya determinación se produzca sobre la base de declaraciones juradas de período fiscal anual, en cuyo caso tales términos de prescripción comenzarán a correr desde el 1° de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas e ingreso del gravamen."*

5. El Nuevo Código Civil y Comercial

Si tenemos en cuenta las palabras de la ministra de la Corte Dra. Argibay y la serie de fallos dictados en idénticos o similares términos que "Filcrosa" se llegó a la actualidad con una gran expectativa con el dictado del Código Civil y Comercial.

En efecto, con fecha 22 de Agosto de 2012 el vicepresidente de la Comisión Arbitral Sr. Gerardo Daniel Ratti, al elevar la Nota N° 538 a los Sres. Representantes de la Comisión Bicameral a cargo de la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (Congreso de la Nación Argentina) planteaba lo siguiente:

> *"Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad a instancia de las jurisdicciones que conforman la Comisión Arbitral, organismo de aplicación del Convenio Multilateral del 18-08-77… con el objeto de llevar a su conocimiento la inquietud que genera en las administraciones tributarias, la posible afectación a las autonomías normativas locales derivada de algunos aspectos contenidos en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.*
>
> *Sin perjuicio de destacar que existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales encontradas sobre la materia, se observa que en los últimos y reiterados pronunciamientos de la CSJN se ha sentado el criterio según el cual las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil resultan inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos 175:300;176:115; 193:157; 203:174; 184:319; 285:209; 320:1344; 326:3899 entre otros).*

En este orden interpretativo la CSJN, sostiene en materia de tributos provinciales y de la CABA, la aplicación del plazo de prescripción establecido en el inc. 3) del art. 4027 del Código Civil el que dispone que se prescribe por cinco (5) años, la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años o plazos periódicos más cortos.

Ahora bien, en el proyecto que está a estudio de esa Comisión Bicameral, dicho instituto se encuentra reflejado en el artículo 2562 el cual fija en dos (2) años, la prescripción para el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos.

De este modo, siguiendo el criterio de la CSJN de prosperar la reforma propiciada, se reduciría el plazo de prescripción impactando en los procedimientos de fiscalización y verificación de los Fiscos, como así también en los plazos establecidos para el cobro compulsivo del tributo debido.

En la misma línea argumentativa (...) respecto al inicio del cómputo de la prescripción... y las causales de suspensión e interrupción".

Para concluir "(...) en el entendimiento de que no existe momento más oportuno que el presente para dejar sentada la interpretación que la incidencia de las normas del futuro Código Unificado acarrean respecto de la normativa provincial ... a la espera de que vuestra honorabilidad tome los recaudos pertinentes a fin de salvaguardar debidamente la cuestión planteada. Fdo. Gerardo Daniel RATTI (Vicepresidente)".

La Resolución Declarativa N° 5 de la Comisión Federal de Impuestos al respecto dice:

COMISION FEDERAL DE IMPUESTOS -Puerto Madryn, Chubut, 31 de agosto de 2012.RESOLUCIÓN DECLARATIVA N° 5 -

VISTO: El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y la preocupación manifestada por la totalidad de los fiscos en relación con el artículo 2562, inciso d) y CONSIDERANDO: Que el artículo 2562 del proyecto citado prevé que "prescriben a los DOS (2) años (...) d) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas;"

Que de esa manera se estaría reduciendo el plazo de prescripción liberatoria actualmente establecida en el artículo 4027, inciso 3º, del Código Civil, llevándola de CINCO (5) años a DOS (2) años.

Que como consecuencia del precedente "Filcrosa S.A. s/... la Corte (...) interpretó que el plazo de dicho inciso resulta aplicable a las obligaciones tributarias provinciales, haciendo prevalecer la legislación de fondo sobre las regulaciones locales en materia de derecho tributario....

Que de aprobarse el plazo de 2 años, aparece como consecuencia necesaria una nueva dificultad insuperable para los fiscos en cuanto a la persecución de las obligaciones tributarias. Ello es así en la medida en que el plazo señalado resulta incompatible con los tiempos necesarios para fiscalizar, determinar, agotar la vía administrativa y dejar expedita la ejecución fiscal: único medio admisible en el sistema republicano para el reclamo compulsivo de deudas de esta naturaleza.

Que a las argumentaciones referidas precedentemente se agregan nuevos elementos fundados en la imposibilidad práctica de armonizar los plazos para el reclamo judicial de deudas tributarias, que excedería con mucho el plazo de prescripción. Todo lo cual lleva a los fiscos intervinientes a merituar las graves consecuencias que acarrearía para el erario público la reducción del plazo de prescripción, ya de por sí exiguo, en el marco de la complejidad actual de las relaciones tributarias.

Que por todo lo expuesto, y lo dispuesto por el artículo 11, incisos g) e i), de la Ley 23.548, el plenario de representantes de la Comisión Federal de Impuestos resuelve:

Artículo 1º: Declarar la preocupación de los fiscos que integran este organismo en cuanto a las graves consecuencias que acarrearía para la recaudación tributaria la reducción del plazo de prescripción liberatoria que surge de la redacción del artículo 2562, inciso d), del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 2º: Dirigirse a los Señores Legisladores Nacionales a los efectos de solicitarles se sirvan tener en cuenta los argumentos expuestos en los considerandos de esta Resolución.

Fdo. Cr. Daniel R. Hassan –Presidente-; Lic. Débora M. V. Bataglini -Secretaria Administrativa.

Con fecha 7 de Octubre de 2014 se sancionó la Ley N° 26994 "Código Civil y Comercial" el cual estableció:

Artículo 2532.- Ámbito de aplicación. *En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos.*

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

Artículo 2562.- Plazo de prescripción de dos años. *Prescriben a los dos años:*

c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas"

Como se observa del texto del proyecto al texto de la norma nada se modificó, es decir, las inquietudes planteadas no hicieron eco en la comisión reformadora. En virtud de lo cual de la interpretación de dichas normas podrían surgir nuevamente posturas encontradas y con válidos argumentos. Así:

- cuando el nuevo Código Civil y Comercial en el artículo 2532 dispone *"Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos"* y el artículo 2560 cuando dice *" excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local"*, remiten totalmente el instituto de la prescripción a la normativa local.
- otra postura sería, cuando las normas supra citadas remiten a las legislaciones locales lo hacen solo y únicamente en referencia al plazo, quedando el resto de los aspectos del instituto (cómputo, suspensión e interrupción) en manos del Código Civil y Comercial de la Nación.
- finalmente, podría entenderse que el Congreso no puede delegar por ley a las provincias competencia que éstas le delegaron primeramente por la Constitución Nacional y, en consecuencia aplicar el Código Civil y Comercial con los argumentos esgrimidos en Filcrosa S.A. pero con dos caminos: a) remitir al plazo general de cinco (5) años del artículo 2560 o b) al inciso c) del artículo 2562.

6. Consecuencias y divergencias.

No puedo dejar de aventurar que si se toma esta última posición los Fiscos Provinciales nuevamente verían disminuido su campo de acción, ya que dicho plazo no se condice su extensa actividad fiscalizadora la que puede decantar en una determinación de oficio de tributos y dejar expedita la acción de cobro judicial, a la que se sumaría gran pérdida en las haciendas locales hasta que se produzca la adecuación.

A tan poco de ponerse en vigencia el nuevo Código, la controversia ya está plasmada.

- El Dr. Fernando Kalemkeriam en su clase de curso de posgrado dictada con fecha 23 de Octubre de 2015, manifestó la posible existencia de posiciones doctrinales, pero en su propia posición sostuvo que la remisión que realiza el artículo 2532 del Código Civil y Comercial a las legislaciones locales lo es solo al plazo quedando el resto del instituto regulado por el Código Civil y Comercial. Asimismo, expresó que de tomar la jurisprudencia una postura en los términos del fallo Filcrosa, debería hacerse con remisión al plazo general y no al inciso c) del artículo 2562 porque no se condice con la realidad con la que se enfrentan los Fiscos a la hora de perseguir el cobro de los tributos.-

En la jurisprudencia, dos casos a la fecha del presente difieren al respecto:

- **Sala 3 de la Cámara del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**. *In re* "GCBA contra Ticketek Argentina SA sobre ej. fisc. - ing. brutos convenio

multilateral", Expte N° B84583-20/3/0. Ciudad de Buenos Aires, 9 de abril de 2015.

Voto de Gabriela Seijas y Hugo Zuleta: (...) siempre se ha reconocido la conveniencia de que los tribunales adecuen sus decisiones a los criterios sostenidos por el máximo órgano jurisdiccional. Ello encuentra fundamento tanto en razones de economía procesal como de seguridad jurídica. Sin embargo, tal principio no es absoluto y debe ceder cuando sobrevienen circunstancias relevantes que no pudieron ser tenidas en cuenta al momento de la decisión de los precedentes.

Esto último es lo que ocurre en el caso, pues el 7 de octubre de 2014 fue promulgada la Ley 26994, por la que se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 2532 dispone: "Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos" (resaltado agregado).

Si bien el nuevo código no se encuentra aún vigente, lo cierto es que forma parte del derecho argentino, ya que ha sido sancionado y promulgado de conformidad con las reglas de admisión de dicho sistema jurídico. Por ende, no puede ser ignorada la inequívoca voluntad del Congreso Nacional -emitida a través de las vías constitucionales pertinentes- de no legislar en materia de prescripción de tributos locales y de que esa facultad sea ejercida por las respectivas legislaturas. Es decir que es el propio órgano que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación sería competente para legislar sobre la cuestión el que considera que no le corresponde ejercer tal competencia

con relación a los plazos de prescripción de los tributos locales.

Ahora bien, podría sostenerse que, con independencia de lo que los legisladores nacionales puedan pensar al respecto, es la Corte Suprema el intérprete último de la Constitución Nacional y, por ende, quien tiene la última palabra para decidir sobre el alcance de su artículo 75, inciso 12. Sin embargo, no puede negarse que es el Congreso y no la Corte quien tiene competencia para dictar los códigos a que se refiere la norma en cuestión y, por ende, para decidir sobre su contenido, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser declarada inconstitucional alguna de sus disposiciones.

Este nuevo elemento justifica apartarse de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente antes mencionado.

Lo expuesto es acorde a lo señalado en el voto concurrente que emitiera la ministra Carmen Argibay en la causa "Municipalidad de Resistencia c/Lubricom", resuelto el 8 de septiembre de 2009 (Fallos, 332:21089)

Es decir que si el legislador actuara en sentido diverso a la interpretación sostenida por la Corte, a juicio de la Dra. Argibay, ello podría tener aptitud para generar un cambio en la jurisprudencia.

En ese mismo sentido, el 11 de febrero de 2014, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/Herrmann Alejandro Enrique s/apremio" sostuvieron: "la prescripción de las obligaciones tributarias locales (...) se rigen por lo estatuido por el Congreso de la nación de manera uniforme para toda la República y, ante la ausencia de otra norma nacional que

> la discipline, su solución debe buscarse en el Código Civil..." (el resaltado no pertenece al original)
>
> Con el agregado final del artículo 2532 del Código Civil se zanja la discusión a favor de la posición que sostenía que no hay óbice a que los ordenamientos locales fijen los plazos de prescripción en materia tributaria.

En este fallo los Jueces no sólo aplican el C.C. y C. que aún no estaba vigente sino que remiten a la legislación local en su totalidad es decir, no solo el plazo sino también en relación a los restantes aspectos del instituto. Así por ejemplo en relación a la suspensión los Jueces consideran que la obligación se suspendió (por cierto válidamente) dos veces primero con la Ley Provincial N° 2569 y segundo por la notificación de la Resolución.

- **Juzg.1a Ins. Civil C/ Comp. en Ejec. Fiscales N° 2 (ex 25 CC).** Expediente: 1389987/36 - Dirección De Rentas De La Provincia De Córdoba c/ Brito, Edmundo - Presentación Múltiple Fiscal – 297 SENTENCIA NUMERO: 200. Córdoba, dieciocho (18) de setiembre de 2015.

> *"la reforma –según lo entiendo- zanja definitivamente la problemática evidenciada en las posturas antagónicas (...), la materia encuentra -a partir de la reforma- una solución definitiva, en el ámbito legislativo.*
>
> *(...) señalo, que la postura que adopta el nuevo Código en materia de prescripción de los tributos locales (...) muestra una clara inclinación hacia una interpretación más bien propia del derecho público, sustentado por la mayoría de la doctrina administrativa y tributaria (...)*
>
> *a los fines de determinar la competencia de la Provincia para legislar la materia en cuestión, considero que el*

concepto de "plazo" contenido en los artículos 2532 y 2560 del C.C.C. debe entenderse en sentido amplio, esto es, compresivo no solo del término de prescripción, sino también del modo de cómputo y de las causales de suspensión e interrupción. Ello, atendiendo al principio general del derecho conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos. Así, si las administraciones locales son competentes para establecer los plazos de la prescripción (potest plus), también deberían están autorizadas a fijar su modo de cómputo y las causales de suspensión e interrupción del plazo en curso (potestminus). En este sentido se ha sostenido: "(...) Si bien el art. 2532 determina: ´Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos´ entendemos con esta expresión -se abarcan todas las cuestiones atinentes a la prescripción- suspensión, interrupción, dispensa de la prescripción-, y no solo el tiempo del plazo prescriptivo. Si el legislador solo hubiera querido limitar la potestad de las provincias y la CABA, a la definición del lapso de la prescripción, hubiera bastado con lo dispuesto en el artículo 2560, en el cual después de establecerse que el plazo genérico es de cinco años, se agrega ´excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local´. Sin embargo, también contempla la facultad de las legislaturas locales para legislar sobre esta materia, en el Capítulo 1 referido a las ´Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva (...)

Interpretar lo contrario importaría entender que el instituto de la prescripción

puede ser desmembrado, siendo que los aspectos que lo conforman constituyen un todo inseparable (...)

(...) entiendo que -independientemente de la fecha en que comenzó a correr el plazo de la prescripción- hoy no podemos ignorar la inequívoca voluntad del Congreso nacional de no legislar en materia de prescripción de

> *tributos locales y de que esa facultad sea ejercida por las legislaturas locales. Es decir que es el propio órgano que según la C.S.J.N. sería competente para legislar sobre la cuestión el que considera que no le corresponde ejercer tal competencia.*

7. Conclusión.

Sin perjuicio de la postura que se adopte, la expectativa que causaba la posible solución que el Código Civil y Comercial traería al tema, se desmoronó con el texto sancionado pues lejos está de solucionar la problemática.

Como *supra* se expresara nuevamente se abre la puerta a interpretaciones variadas, que si bien no es desacertado interpretar de manera diferente una norma al ser aplicada a cada caso en concreto, no lo es para este tema que coloca en incertidumbre al ciudadano contribuyente, al Fisco en su labor recaudadora y a los Jueces a la hora de sentenciar. Ello hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación incline la balanza en su última ratio a una interpretación que resuelva el problema.

■■■

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Gustavo Arballo

1. Importancia y función del Título Preliminar.

En el *Título Preliminar* encontramos una recopilación sistemática de los criterios y pautas sobre temas estructurales como el sistema de fuentes, la interpretación, y la aplicación y el ejercicio de los derechos.

Tal como se predicaba en relación al Código Civil anterior -por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la regla de interpretación prevista en el art. 16 CC excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos 316:957, entre muchos otros)-, los principios aquí sentados tienen un ámbito de aplicación expansivo: trascienden las materias de lo civil y comercial y se erigen como reglas de interpretación y de construcción hermenéutica aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

Es importante tener en cuenta ese efecto expansivo para captar la importancia del *Título Preliminar* como "núcleo de significaciones", tal como se lo postula en los *Fundamentos:*

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

argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el título preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como lo proponemos seguidamente:

- *Del Derecho:* se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación
- *De las leyes:* se regula la ley como fuente formal principal: obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho,
- *Del ejercicio de los derechos subjetivos:* se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.
- *De los derechos y los bienes:* se especifica el campo regulatorio del código en la materia.[1]

2. Fuentes del Derecho.

El Código estructura en el art. 1º un sistema que conjuga tres elementos: como núcleo regulatorio elemental, *la ley*; como *parámetro de validación*, la Constitución y los Tratados; como *criterio de interpretación priorizado*, la pauta teleológica de la finalidad de la norma (luego, el art. 2º incluirá otros criterios adicionales para la hermenéutica).

[1] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.3.

> ***1º.- Fuentes y aplicación.*** *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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

Con su primer lugar en el orden de aparición queda claro que la solución de la ley es la base de toda hermenéutica, pero ello no implica primacía ni agota la tarea, pues la norma exige que ella sea "conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte".

En los *Fundamentos* se describen las implicancias de esa "*interpretación conforme*" que

> "impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando dice que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros)". [2]

[2] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.4.1

3. La habilitación a una reconstrucción que requiere el "diálogo" de fuentes.

La estructura de fuentes no debe leerse en forma secuencial y segmentada, sino con un criterio que presupone su integración sinérgica. El art. 1° de este Código debe ser leído según el concepto de "diálogo de fuentes" de Erik Jayme[3] que propicia una aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes convergentes.

Se busca, nos explica Depetris, trascender la lógica de las antinomias y de la nulificación para llegar a concebir el ordenamiento con una coherencia derivada y restaurada desde una perspectiva funcional:

> "El trabajo sobre los hechos y los textos jurídicos debe hacerse con otra visión, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un resultado o respuesta que sea no sólo aceptable cotejado frente a una regla particular, sino aceptable para el sistema. La recurrencia a la jerarquía normativa ya no es el único modo de solucionar las antinomias o problemas de concurrencia de diversas fuentes en la captación de una determinada materia, sino que se elige la armonización antes que el descarte. Esta técnica, cuya implementación -debe reconocerse- no será tarea fácil y generará probablemente más de un desacuerdo, ha tenido mayor desarrollo en materia de derecho del consumidor".[4]

---

[3] Cf. JAYME, Erik, "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne", *en Recueil des Cours de l`Académie de Droit International de l`Haye*, T. 251, p. 1995.

[4] DEPETRIS, Carlos Emilio, *Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial, 01.06.2015,* www.infojus.gov.ar (Id Infojus: DACF150652)

4. La pauta de "*interpretación conforme*".

La "interpretación conforme con la Constitución" que aquí se recoge como pauta hermenéutica tiene una doble función. La primera es la de ver cada norma y componente del ordenamiento a través del prisma de la Constitución, sus principios, reglas y valores. Es la implicancia hermenéutica más directa de la "constitucionalización del derecho" y es una pauta que funciona en varios niveles o pasos.

El primero es que implica que no deben aplicarse normas que no puedan ser consecuentes con el respeto y la tutela de los criterios constitucionales.

El segundo paso es que la *interpretación conforme con la Constitución* puede orientarnos en supuestos de ambigüedad o vaguedad de la norma: en casos donde existan varios modos de interpretación posibles, habrá de preferirse el que arroje el resultado más compatible con la Constitución y no aquel que la ignore o sea inconsistente con sus postulados.

Además, la "interpretación conforme" también busca evitar la "declaración de inconstitucionalidad", en una suerte de recurso saneador. La Corte tiene dicho, en efecto, que

> "la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, por lo cual, al ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, cuando ello es de estricta necesidad"[5].

Así, la pauta de "interpretación conforme" puede orientar al intérprete a la hora de reconstruir el vacío legal que genera una norma constitucionalmente problemática, buscando integrar el derecho para proveer una solución admisible. De esa forma se permite que los casos

[5] CSJN, "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333 (2012)

no se resuelvan con la simple inconstitucionalidad, sino con la afirmación de una regla aplicable.

5. Posibilidad del control de constitucionalidad "de oficio".

Dado que los jueces deben resolver los casos según "las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional", de ello se sigue que no podrían aplicar una ley "no conforme", esto es, una ley que puedan calificar de inconstitucional, aún cuando ello no haya sido específicamente planteado por las partes.

En un Código que es explícito en su pretensión de "constitucionalizar" el derecho civil, la norma avala el control de constitucionalidad "de oficio", que por otra parte la Corte ha entendido procedente en el citado "Rodríguez Pereyra" (caso en el que dijo que "Los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer, de oficio, el control de constitucionalidad, pues la Constitución Nacional, al incorporar al derecho interno las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana que obliga a los órganos judiciales de los países que ratificaron a ejercer dicho examen"). Y este aval no se limita a la posibilidad de ejercerlo a través de su *ultima ratio,* que es la declaración de constitucionalidad, sino que abarca y comprende la integración de la norma bajo el procedimiento de "interpretación conforme" que vimos antes.

6. Los *usos y costumbres* como fuente.

No toda costumbre es susceptible de ser invocada como fuente del derecho. Cobra relevancia sólo cuando la ley o los interesados se refieran a ella, o en situaciones no regladas legalmente (para cubrir un eventual vacío o laguna). Además, la costumbre necesita elementos objetivos (observancia constante y uniforme, ser una práctica generalizada, mantenerse durante un cierto tiempo en tales condiciones) y subjetivos (un factor psicológico que implica que los operadores o sujetos la asumen con conciencia de su obligatoriedad, la

llamada *opinio iuris et necessitatis*, que la distingue del mero uso o práctica extendida pero que no es costumbre en sentido normativo).

Se distingue habitualmente entre la costumbre *secundum legem* (que coincide con la ley), *praeter legem* (que va mas allá de la ley, y es la que en las condiciones aquí prescriptas puede funcionar como fuente del derecho) y *contra legem.* Nótese que tomada en su literalidad, puede existir una costumbre que sea contraria a una ley pero no contraria al derecho, por estar conforme con principios o valores superiores del ordenamiento. Aquí viene a cuento remarcar, como haremos enseguida, la pertinencia de la distinción que propone el CCyC entre "Ley" y "Derecho".

7. Fuentes "formales" y "materiales". La *jurisprudencia* como fuente: negación legislativa y subsistencia práctica.

Viene a cuento aquí recordar la clásica distinción entre fuentes "formales" (las que provienen de autoridades externas al intérprete, como la ley y los reglamentos, y la costumbre) y "materiales" (que incluyen en el intérprete por su persuasión, como la jurisprudencia, la producción académica o "doctrina" de los juristas, y los productos del derecho comparado).

Modificando el Anteproyecto, el Congreso de la Nación optó por suprimir del enunciado de criterios de interpretación a la "jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso" que figuraba en el art 1º proyectado por la Comisión redactora.

Aun quedando frustrada su "positivización", lo cierto es que nada cambia en tanto la jurisprudencia va a mantener indudablemente su lugar como fuente formal del derecho, con dos factores que habrán de maximizar su importancia.

En primer lugar, porque la casuística será el campo de pruebas y de análisis principal en la medida en que muchas soluciones del Código se establecen en base a principios que tienen mayor posibilidad de desarrollo jurisprudencial que las rígidas "reglas". El derecho "principializado" es un derecho contingencial, más casuístico, mas "líquido", y brinda amplios campos de desarrollo a la jurisprudencia.

En segundo lugar, la pauta de interpretación "conforme" y la renovada exigencia de la motivación de las decisiones -incorporada al art. 3º CCyC- demandan a la judicatura un compromiso mayor de despliegue hermenéutico susceptible de decantar en "jurisprudencia".

En algunos casos la jurisprudencia local ha seguido precedentes extranjeros, en particular norteamericanos (en buena medida ello ha sido el caso con las reglas de exclusión de prueba ilegalmente obtenida en el proceso penal, o la doctrina de la real malicia en el ámbito de la libertad de expresión). En esos casos, dado que la propia Corte Suprema ha adoptado una determinada matriz de análisis, será pertinente (aunque no determinante) la casuística ulterior desarrollada en la jurisdicción que ha servido como fuente de inspiración.

8. Otras fuentes: la doctrina y el derecho comparado.

Con respecto a la "doctrina" cabe formular similares consideraciones que las vertidas con respecto a la jurisprudencia, en el sentido de que su no inclusión en el listado de fuentes no implica que no sea pertinente su utilización en sus diversas funciones: científica, didáctica, práctica, crítica.

Del mismo modo, lo apuntado en relación a la aplicación de la jurisprudencia extranjera es aplicable al "derecho comparado", una fuente posible de integración que ha inspirado siempre a nuestros legisladores y también ha sido fecundamente utilizada en el desarrollo jurisprudencial (por ejemplo, en materia de "acción de clase", es notoria la influencia del derecho de los EE.UU. en la doctrina que la Corte Suprema iniciara a partir del caso "Halabi").

9. Criterios de interpretación.

En consonancia con las pautas del artículo 1º, veremos en el art. 2º una referencia explícita al "ordenamiento" se reafirma la necesidad de que la interpretación ya no es la simple elucidación de las palabras de la ley, sino un esfuerzo hermenéutico que requiere al

menos establecer como juegan los principios frente a las reglas, qué normas pueden tener primacía por implicar tutela de valores o libertades de mayor jerarquía, y resolver el problema de las "lagunas" del derecho.

> ***2º.- Interpretación.*** *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

La explicación de los *Fundamentos* aborda sucesivamente estos diferentes criterios y busca esclarecer su función hermenéutica:

> De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.
>
> Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.
>
> Se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una

unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

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

Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo. [6]

10. La "*analogía*".

Una pieza central en esa maquinaria interpretativa es la construcción de argumentos "por analogía", que ya estaba contenida en el art. 16 CC y que ahora se trasvasa al art. 2 CCyC. La aplicación de leyes análogas se funda, decía Raymundo Salvat, en el principio de que siendo las situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla (el adagio *ubi eadem ratio, ídem jus* que viene del derecho romano).

Cabe reiterar que la analogía debe apreciarse no en una mera equiparación o similitud situacional aparente, sino que debe sostenerse

---

[6] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.4.2

siempre en función de varios vectores aquí postulados en un orden de abstracción creciente, partiendo siempre de la literalidad de la norma (sus palabras), y comprendiendo a partir de allí una reconstrucción coherente con la *finalidad* de la ley, los *principios* y los *valores* del ordenamiento jurídico.

11. Las "finalidades": adopción de un criterio "evolutivo", no "histórico".

Asumida explícitamente (y redundantemente) la centralidad del método teleológico, cabe pensar diversas "acepciones" de la "finalidad" como criterio interpretativo.

Podría pensarse, en primer término, en una finalidad "occasio legis", dada por las motivaciones coyunturales del legislador al sancionar la norma. En los *Fundamentos* queda clara que la intención de los codificadores ha sido la de trascender esa concepción "originalista" y apreciar la finalidad en una perspectiva "dinámica", y el mismo tema fue tratado en la exposición del Dr. Ricardo Lorenzetti, en su intervención de 2012 en la Reunión de la Comisión Bicameral del Congreso dedicada a la Reforma del Código, en estos términos.

> "Lo que ocurre es que la intención nuestra, y esto está explicado, es que la ley sea fuente primera de interpretación. Esto es lo primero que se aclara porque si no hay mucha interpretación creativa en la jurisprudencia e ignoran la ley sin declararla inconstitucional".
>
> "Entonces, se pone la finalidad de la ley. Acá lo que se dice es que se pone la finalidad para eliminar la idea de la intención del legislador, no en el sentido que usted dice que es correcto, la intención del legislador siempre está presente y además acá se dice en el texto: "la ley y sus finalidades", dentro de ellas está la intención. Lo que se aclara en los fundamentos es evitar la interpretación originalista, es decir, ir al origen. Cuando pasan muchos años, una ley está vigente, hay casos en los cuales el juez a veces cuando se resisten a la ley, a la intención del Congreso –y esto se está viendo en la jurisprudencia- se remite a la intenciones de hace varios años,

> fuera de época. Ahí se dice que se quiere evitar una interpretación originalista y por eso se le da prioridad a las finalidades. Las finalidades de la ley en la legislación actual normalmente están. Hoy se legisla mucho por objetivos y ustedes ponen en las leyes: "estos son los objetivos". Ahí está reflejada la intención del legislador. No ha sido la intención ignorarlos, sino combatir una práctica jurisprudencial que distorsiona".[7]

Emerge entonces la alternativa de pensar en la finalidad "ratio legis", a tenor de los objetivos coyunturalmente deseados por el legislador. Se trata de una visión superadora, pero aún insuficiente. La finalidad que pretende el CCyC es una finalidad que trasciende la racionalidad instrumental de la coyuntura, y que para ganar consistencia exige discernir los valores que subyacen en los objetivos de la ley.

Daniel Vítolo ha sugerido que el uso del plural en "las finalidades" habilita al intérprete a "sopesar *diversos efectos* según los alcances que se le adjudiquen a la norma, no sólo en relación con el caso concreto, sino con su armonización en el conjunto de todo el ordenamiento jurídico. De allí la alusión que la norma hace a las "*…finalidades…*" -en plural-, en lugar de la mera "*intención del legislador*"[8].

Compartimos ese criterio que presupone un operador del derecho atento, activo y prudente: el intérprete siempre debe revisar el resultado y los efectos de su aplicación. Congruentemente con ello, veremos por ejemplo que en la teoría del abuso ya se habla no solo del ejercicio abusivo de los derechos, sino de los efectos de una "situación jurídica abusiva" (art. 10 CCyC).

---

[7] LORENZETTI, Ricardo, *Intervención en la Reunión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 14 de agosto de 2012.* Versión Taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación. Disponible en http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-14-08b.html

[8] VÍTOLO, Daniel, "La interpretación de la ley en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en Diario DPI, 06.05.2015.

En suma el art. 2º ofrece un prisma que exige pensar "el derecho" de un modo funcional, integrado y articular una hermenéutica orientada al resultado, para que las leyes tengan un alineamiento con las expectativas de coordinación y los contextos diversos en que los valores deben aplicarse.

En este sentido vale recordar lo que se explica en la sección de los "Fundamentos" en relación al art. 10 del CCyC, que reputa como "ejercicio abusivo" de un derecho aquel que "contraría los fines del ordenamiento jurídico", reemplazando así la expresión del art. 1071 CC que hablaba de "los fines que [la ley] tuvo en mira al reconocerlos". Esto implica –así lo expresa la Comisión- sentar que el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido "histórico", lo que opera "posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo"[9].

12. Los "principios y los valores".

Nótese que ya no se habla como en el art. 16 CC de principios "generales" sino de principios a secas. Puede entenderse que con ello cobran importancia no solo los *principios* que tienen un campo de aplicación *muy abierto* (como el de que nadie puede beneficiarse de un acto ilegal a cuya producción ha contribuido) sino también principios peculiares de ciertos subsistemas (como derecho laboral, derecho del consumidor, derecho comercial, etc.).

Vale la pena repasar que la expresión de "principios" puede tener varias acepciones *conceptualmente heterogéneas*. Se suele hablar de *principios* como:

a) de normas de fuerte densidad axiológica a las que se atribuye una jerarquía superior y que deben predominar en caso de conflicto con cualquier regla;

b) de objetivos, criterios o pautas que, explícitos o implícitos, sustentan y justifican, como premisa mayor, una serie de normas específicas, textualizadas o no (como el

[9] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.6.3.

omnipresente principio de buena fe, o principios específicos como el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable mencionado en el art. 1094 CCyC)

c) de normas que se formulan con un campo de aplicación mas abierto y potencialmente indeterminado (enunciativo) que el de las "reglas" (disyuntivas, específicas y cerradas);

d) de principios como "mandatos de optimización" (Alexy), que ordenan al operador procurar que en la solución adoptada se consiga la realización de un valor en la mayor medida posible;

e) y, en una acepción no propiamente jurídica, pero que también se usa en el campo del derecho, se habla de principios como formulaciones estándar de un criterio dominante que admite soluciones diversas (en el sentido de "principios" y de "excepciones al principio").

Esta lista no es completa y existen otros usos de la palabra "principios", cuyo análisis excede notoriamente el rango de desarrollo de este comentario. En todo caso, cabe alertar de que siempre conviene especificar de qué tipo de principios estamos hablando, y tener presente esa polisemia para evitar un uso promiscuo del concepto, algo en lo que de hecho incurre el propio Código y los Fundamentos de la Comisión.

Por otro lado, es dable destacar que el Código aparece abierto a los "valores" jurídicos. Nótese que "principios y valores" no juegan como pautas "supletorias", "de repuesto", recursos in extremis a los que se acudía en supuestos de oscuridad o insuficiencia de las leyes, para resolver dudas semánticas o llenar "vacíos", sino que son marcadores y sensores de coherencia que deben incorporarse en todo proceso de aplicación de normas.

En resumen, el CCyC quiere un operador que actúe con un criterio sistémico y no meramente exegético, y por eso su sistema de fuentes propicia ahora acceder *directamente* a principios y valores para integrar o interpretar la norma.

13. El deber de resolver.

Implícita y condensada en el epígrafe de la norma del art. 9º CCyC, se mantiene la regla del art. 15 CC (que a su vez venía del art. 4º del Código Napoleón): "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

Leemos entonces:

> ***3º.- Deber de resolver.*** *El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

Esto es, los casos deben ser resueltos, por aplicación de las fuentes dadas en el Código (art. 1º CCyC), aplicadas según las reglas de interpretación (art. 2º CCyC) y según las reglas probatorias aplicables. Entendemos que la palabra "asuntos" parece ser comprensiva tanto del proceso estrictamente adversarial como de los procesos voluntarios.

14. Digresión: la "jurisdicción" como presupuesto del deber de resolver del juez.

Una lectura *a contrario sensu* de esta norma es que los jueces no deben resolver sobre asuntos que no sean "sometidos a su jurisdicción". Esto supone que los jueces no deben resolver asuntos que sean de naturaleza "consultiva" (para lo que no tienen, estrictamente, "jurisdicción") como tampoco asuntos que no estén dentro de sus competencias judiciales procesalmente predefinidas, en lo que concierne a la distribución de competencias por razón de materia y por razón del territorio).

15. Sobre "jurisdicción" y "competencia".

Aunque a veces se utilizan en forma intercambiable, cabe recordar la distinción entre "jurisdicción" y "competencia" en el ámbito procesal. La primera es la función que el juez ejercita, de aplicar el Derecho; la segunda, la aptitud legal de ejercer esa función con relación a un asunto determinado.

En ese sentido, el Código mantiene el criterio básico del Código de Vélez, al establecer en el art. 78 CCyC que "el domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas" (aunque existen muchas reglas específicas sobre competencias, tanto en el propio Código como en los Códigos de procedimiento nacional y provinciales).

16. Digresión sobre la regla del *iura novit curia* y sobre las limitaciones impuestas por el principio de congruencia.

El Código no fija pautas para el juez mas allá de la exigencia de que su decisión sea "razonablemente fundada". No obstante ello, cabe aclarar una potestad, y a la vez un límite, que operan simultáneamente en el ejercicio de la jurisdicción judicial.

La potestad está dada por el principio de que las partes alegan hechos y formulan pretensiones, pero es el juez el que resuelve cual es el derecho aplicable: "*venire ad factum, curia iura novit*". Implícita en ese deber de resolver, y en las reglas fijadas en el título preliminar del Código, está la posibilidad de que el juez resuelva conforme al ordenamiento que entiende aplicable al caso, aún apartándose de las normas invocadas por las partes en sus planteos, o del encuadre jurídico que le fuera presentado.

Lo que no puede hacer el Juez, y en ese sentido estaría obrando fuera de su "jurisdicción", es resolver en la sentencia (o en actos interlocutorios antecedentes) sobre cuestiones no planteadas por los litigantes, o que sus partes resolutivas se relacionen con pretensiones que no fueron articuladas o sometidas a su decisión, por mas que haya advertido su plausibilidad en el curso del proceso.

A ello se conoce como "principio de congruencia", que implica que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes (y, correlativamente, en las apelaciones, los jueces que resuelven los recursos sólo pueden pronunciarse en materias que hayan sido apeladas por las partes, y no pueden cambiar lo que hayan consentido).

Si así lo hiciera, estaría afectando no solo las reglas del debido proceso, sino también transgrediendo esta pauta del art. 3 CCyC.

No es incompatible con ello, en cambio, la posibilidad de producir prueba judicial "para mejor proveer", a iniciativa del juez (de oficio), pero siempre recordando que no puede producirse prueba sobre hechos que no hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos.

17. Otra digresión: reglas probatorias, presunciones y criterios para "casos de duda".

Un corolario de la "constitucionalización" del derecho que adopta como estandarte el Código es el de la "publicización del proceso", lo que implica acotar en parte los rigores emergentes del principio dispositivo. Ello se advierte en numerosas disposiciones procesales contenidas en Códigos de Fondo y en normas que habilitan al juez a tomar decisiones con criterios amplios.

Otro reflejo de ello se ve en temas de derecho probatorio. Sabido es que el principio general es que la carga de la prueba corresponde a quien demanda, aunque a lo largo de este Código veremos algunos casos donde específicamente se establecen inversiones de la carga de la prueba, adopción de cargas probatorias dinámicas (la carga de la prueba corresponde a quien esté en mejor posición para aportarla) y criterios que debe adoptar el juez "en caso de duda".

Las presunciones consisten en un mecanismo de relevancia probatoria que orienta en un sentido específico la carga de la prueba, y pueden ser expresadas en forma positiva (cosas que "se presumen", y el interesado deberá probar que no fueron así) o negativa (cosas que expresamente "no se presumen", debiendo ser probadas por quien

alegue que existieron u ocurrieron). En ambos casos se habla de presunciones "iuris tantum", siendo excepcional el caso de presunciones que *no* admiten prueba en contrario (presunciones "iuris et de iure"). Por ejemplo, los registros de la contabilidad obligatoria "prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma" (art. 330 CCyC).

18. El deber de adoptar una decisión "razonablemente fundada".

En la norma final del capítulo, el simple deber de *resolver* los casos (derivado del art. 15 CC que instituye que "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes") es transformado en un deber que ahora tiene un *plus*: el deber del juez de adoptar "una decisión *razonablemente fundada*". Si bien esto resulta una innovación en el contexto del Código de fondo, hay que recordar que todos los Códigos procesales ya incluían reglas y exigencias específicas de motivación al detallar el contenido de las sentencias (y, por supuesto, desde "Rey c. Rocha" de 1908 la Corte Suprema ha venido desarrollando su doctrina de arbitrariedad de sentencia para descalificar fallos que presentan severos errores de motivación).

En los *Fundamentos* se afirma que "esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos". Si bien esto implica propiciar una plausible extensión de la pauta a funcionarios no judiciales, lo cierto es que el art. 3° sólo habla de "el juez".

19. La obligatoriedad de "las leyes".

Se debe entender este concepto como obligatoriedad de las *normas en general*. Manteniendo el criterio interpretativo ya consolidado en el texto correlativo en el Código de Vélez (art. 1° CC) en el art. 3 CCyC se está aludiendo a leyes en sentido "material" (no "formal") por lo cual ello es comprensivo de normas jurídicas generales tales como decretos, reglamentos, resoluciones, etc.

> ***4º.- Ámbito subjetivo.*** *Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.*

20. El principio de "territorialidad".

En el texto citado se advierte que se mantiene también el principio de que *en el territorio nacional se aplica la ley nacional.*

Ello no cierra la posibilidad de que en tribunales argentinos se apliquen leyes extranjeras, en las hipótesis de derecho internacional privado que contempla el Código en su última parte (Libro VI, Título IV), donde las veremos en detalle.

Aún en esos casos, como manda el art. 2600 CCyC, "las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino".

21. Vigencia de las leyes y exigencia de publicidad.

Se mantiene la referencia a la "publicación oficial" de las leyes como condición de su vigencia, con una suerte de ficción legal de que a partir de ese acto no se podrá alegar el desconocimiento de las normas por parte de los sujetos obligados o regulados por ellas (a ello se refiere el "principio de inexcusabilidad" del art. 8 CCyC).

> ***5º.- Vigencia.*** *Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.*

Como decía el jurista francés Portalis, la publicación de las leyes tiene por objeto no tanto hacer conocer la ley, como fijar un día desde el cual se la considerará conocida.

El plazo de vigencia será de ocho días (corridos, según vemos en el modo de cómputo general) aunque la ley puede disponer su entrada en vigencia inmediata o –como ha sido el caso de este mismo Código Civil y Comercial unificado- diferida. También podría darse el caso de que una ley disponga un sistema escalonado de vigencias, de forma tal que algunas normas sean de aplicabilidad inmediata y otras estén sujeto a un plazo más largo.

22. Cómputo de los plazos.

Se mantienen reglas del CC, incorporándose la regulación del plazo de horas. En los *Fundamentos* se explica que se tomó esta norma del Proyecto de 1998, suprimiendo de allí la propuesta regulación del *plazo de gracia*, institución que por su naturaleza debía ser materia a regular dentro de cada ordenamiento procesal.

> ***6º.- Modo de contar los intervalos del derecho.*** *El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.*

Recordemos que esta norma permite que las leyes dispongan modos diferentes de computar los plazos. Es habitual que leyes procesales o administrativas cuenten plazos por días hábiles. Otro ejemplo: la ley 17.801 de registración inmobiliaria adopta el criterio de que el plazo se computa desde el día mismo de una presentación, cambiando en ese punto la regla general de que los plazos se cuentan a partir del día siguiente.

La parte final del artículo también habilita a que las partes establezcan un modo convenido ("convencional") de computar un plazo, de manera que esta norma no es de orden público.

Veamos algunos casos posibles.

- *Plazos en horas.* "En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente". Conforme a ello, si alguien asume la obligación de cumplir con un acto en el término de "24 horas" a las diez de la mañana, el plazo empieza a correr desde las once y consecuentemente vencerá a las once de la mañana del día siguiente.
- *Plazos en días.* Si se fija un plazo por "cinco días" a partir del 5 de abril, el plazo comenzará a correr del día 6 de abril ("queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente).
- *Plazos en meses.* "Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha". Ello significa que si es contraída una obligación el 4 de diciembre fijando un plazo por el término de dos meses, el vencimiento del plazo ocurrirá el 4 de febrero del siguiente año. En el caso de que esa obligación se hubiese contraído el 30 de diciembre, el vencimiento ocurrirá el último día de febrero del siguiente año (ello es así porque "cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes").

- *Momento del vencimiento del plazo.* Un sujeto obligado no estará incumpliendo un plazo hasta que culmine todo el día del vencimiento ("Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo" es el corolario de la regla de que "día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche"). Conforme a ello, un término que venza el 15 de marzo sólo estará vencido cuando comience el día 16 de marzo.
- *Husos horarios.* Salvo que se especifique lo contrario, los términos de horas y días se computan según el huso horario aplicable a la República Argentina (UTC -3) establecido por la nacional ley 26.350.
- Recordamos siempre que las partes pueden pactar en contrario en este aspecto.

23. Principio de *aplicación inmediata* de las leyes a "las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

La Comisión ha querido mantener la misma regla de "derecho transitorio" fijada en la otra gran reforma del Código (la de 1968, dada por la ley 17.711), de forma que el artículo que transcribimos a continuación es básicamente la reproducción del art. 3 que estaba en el Código Civil antes vigente.

> ***7º.- Eficacia temporal.*** *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*
>
> *Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*
>
> *Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.*

Esto implica que una relación (un alquiler, un matrimonio, una sociedad) pueden haber nacido bajo otras reglas (por ejemplo, las del CC) y en lo sucesivo seguir su desarrollo bajo reglas nuevas (el CCyC). No existe ningún problema en ello en tanto es jurisprudencia consolidada de la Corte que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos (Fallos 325:2600 y 2875, entre muchos)[10].

Cabe tener en cuenta, sin embargo, que esta aplicación inmediata no puede afectar derechos ya incorporados al patrimonio, tal como puntualizaremos más abajo.

24. Aplicación de leyes que modifican los plazos de prescripción.

Este supuesto particular está legislado en el art. 2537 CCyC, que sienta el principio de que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.

Sin embargo, acota esa norma en su segundo párrafo, "si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas

---

[10] Al respecto recordamos que en una de sus "Notas" al Código Vélez Sarsfield decia sobre la aplicación inmediata de las leyes. "...El interés privado es sin duda un punto de vista capital, pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores reemplacen cuanto antes a las antiguas cuyos defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aún a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos. (...) Entendemos por derechos adquiridos antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Un derecho que puede ser revocado *ad nutum* por la persona que lo ha conferido, no es un derecho adquirido sino una mera expectativa. La ley nueva que lo encuentra en ese estado puede tomarlo para regirlo a su voluntad: puede revocarlo o modificarlo, pues que es revocable y el poder de la ley abraza todo lo que no estaba irrevocablemente terminado antes de su publicación" (VELEZ SARFIELD, D., nota al original artículo 4044 del CC).

leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior".

25. Aplicación inmediata de las leyes "aún" a las relaciones y situaciones jurídicas existente.

Como se ha dicho, los proyectistas no quisieron innovar y su idea fue mantener los conceptos del art. 3 del Código Civil vigente, que Borda adoptó en 1968 con la ley 17.711 inspirándose en las ideas del jurista francés Paul Roubier.

Sin embargo, se advierte una diferencia de una sola palabra, porque el art. 3º CC habla de aplicación inmediata "*aún* a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Los proyectistas del Código han afirmado que el Ministerio de Justicia remitirá al Congreso una ley de fe de erratas para incorporar ese "aún" omitido.

En todo caso, es claro que el espíritu del legislador fue apegarse estrictamente al art. 3º, con la implicancia técnica de que cabe asumir la aplicabilidad de la jurisprudencia ya existente en relación al mismo.

26. La retroactividad: precisiones.

En cuanto a la "retroactividad", el art. 7º sigue con la trayectoria sinuosa de la norma fuente del CC. Está (1) prohibida en principio, pero (2) se admite disposición en contrario, aunque (3) no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Corresponde esclarecer sobre el ámbito en que tiene lugar la limitación señalada aquí en (3). En concreto, hay un principio de irretroactividad consistente en que no procede aplicar una ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas.

Como dice Paul Roubier, el jurista francés que inspiró la redacción del anterior art. 7º CC, "Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva".[11]

De ese modo, los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua.

Así formulado, ese principio no impide lo que el Código efectivamente avala, que es la aplicación de las leyes nuevas a las consecuencias de una situación jurídica existente o nacida bajo una ley anterior.

27. Leyes supletorias sobre los contratos en curso de ejecución.

La regla dada por este art. 7 CCyC implica que los contratos que estuvieran ejecutándose al momento de la vigencia del Código seguirán rigiendo en los términos en que fueron concebidos. Esto implica que se aplicarán las reglas propias del contrato, mas la legislación supletoria del Código Civil o Comercial que vienen a ser reemplazados por el nuevo CCyC, de forma que aquí tendríamos una hipótesis puntual de aplicación *ultraactiva* o *diferida* de leyes.

En los "Fundamentos" se explica la lógica de esta disposición:

> Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de

[11] ROUBIER, Paul, *Les conflits de lois dans le temps. Théorie de la non-rétroactivité des lois*, Tome I. Paris, Recueil Sirey, 1929).

> ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad "común" sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. [12]

28. Concepto de "derechos adquiridos".

Cabe recordar aquí un antiguo precedente de la Corte Suprema, que es criterio consolidado del tribunal, en donde diferencia un *derecho adquirido* –al que endosa la protección constitucional de inviolabilidad de la propiedad- de un mero *derecho en expectativa*, en estos términos:

> "...el legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán, a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una

[12] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.5.3.

> simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad".[13]

29. La "transición" entre el CC y el CCyC: el caso de las demandas con sentencia firme.

La duda aquí se podría plantear cuando a partir de estas demandas han surgido derechos pendientes de cumplimiento, que podrían haber sido resueltas de modo diferente bajo las reglas del nuevo Código. ¿Se puede pedir una suerte de "revisión"? La respuesta negativa se impone. Un caso típico de esta situación podría ser el de una prestación alimentaria conferida con el divorcio con "declaración de culpabilidad" que fue derogada por el CCyC. En este caso la sentencia hace "cosa juzgada" sobre el derecho a la prestación, ello sin perjuicio de las acciones por reajuste, incumplimiento, etc.

Este tema de "expedientes en trámite en los que no existía sentencia firme a la entrada en vigencia del CCyC" da pie para una triple distinción que detalla Kemelmajer de Carlucci:

> El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable. Así, por ej:
>
> a) Si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara.
>
> b) Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 revisará conforme el artículo 1113 del CC, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento

[13] CSJN, "Horta c. Harguindeguy", 21/08/1922, Fallos 137:47

de la constitución de la relación jurídica. En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., se discute la aplicación de una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos adquiridos.

c) Para que haya divorcio se requiere sentencia (arts. 213.3 del CC y 435 inc. c del CCyC); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia firme, no hay divorcio, lo que implica (...) que después del 1/8/2015, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código Civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el código civil y comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.[14]

30. Acotaciones a propósito de la aplicación del CCyC a demandas en trámite al momento de su entrada en vigencia.

Aunque a este respecto se han reportado diversas alternativas en la jurisprudencia, cabe propiciar una solución complementaria a la recién glosada, y que Aída Kemelmajer en cierta medida sugiere en el artículo citado, cuando concede que nada impide que el juez "invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa".

---

[14] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, en* nuevocodigocivil.com, 2015.

Mas allá del “nada impide”, puede argüirse que una cabal comprensión del principio de bilateralidad del proceso requiere que si efectivamente hay una cuestión dudosa sobre el derecho transitorio aplicable el juez "debe" dar traslado a las partes.

Sin perjuicio de ello, esta secuencia también puede ser pedida por las partes de un proceso. Para ello deben explicar, muy claramente, por qué razón se planteará la necesidad de hacer una limitada reexposición del derecho aplicable al caso (y, en su caso de alegar y aportar prueba relevante únicamente en lo concerniente a lo que no haya sido posible o relevante plantear al momento de constituir la litis bajo la vigencia del sistema de los Códigos).

Cabe acotar, al mismo tiempo, una importante salvedad con respecto a la situación de las *cuestiones no apeladas*. Imaginemos una sentencia que llega a la Cámara únicamente por una cuestión de honorarios, pero ya resuelta en cuanto al tema de fondo. En ese caso la Cámara no podrá revivir lo que ya es cosa juzgada. Confluyen en ello el principio de preclusión y el principio de congruencia. En base a este mismo criterio debe entenderse que la entrada en vigencia del nuevo Código en modo alguno habilita a alguien para replantear cosas que no fueron oportunamente planteadas.

La primera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al texto sancionado se dio a los pocos días de su entrada en vigor, el 6 de agosto de 20015, en relación a un caso en el que los peticionantes reclamaban la inscripción de un niño con el apellido de la madre seguido del correspondiente al padre, alternativa que no estaba contemplada en la legislación precedente y que en cambio autoriza el art. 64 del Nuevo Código.

El tribunal declara que su pronunciamiento sería ya entonces inoficioso, correspondiendo la inscripción solicitada que se prevé en el ahora vigente Código Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, el fallo postula la importante pauta de que

> Las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la

> decisión del Tribunal deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir. [15]

También ha tenido ocasión de pronunciarse la Corte Suprema en un caso mas reciente, sentenciado el 29 de marzo de 2016, en donde revocó una sentencia que había decretado un divorcio por "culpa" de uno de los cónyuges, de conformidad a las "causales" que existían en el Código derogado. [16]

Con igual criterio el tribunal dispuso además que en un proceso de restricciones a la capacidad se revalúe la situación del causante conforme a la nueva normativa, efectuando el juez en su caso la adecuación jurídica necesaria.[17]

31. Las normas procesales contenidas en el CCyC: aplicación inmediata a los procesos en curso.

Como ya hemos dicho, el Código Civil y Comercial incluye algunas normas procesales. Recordamos aquí que conforme a un criterio consolidado, las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y aun en caso de silencio de ellas, se aplican a las causas pendientes.

Luego de la entrada en vigencia del Código, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo aplicación del "principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia", al disponer que

---

[15] CSJN, "D.L.P, V.G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", sentencia del 6 de agosto de 2015, Fallos 328:706.

[16] CSJN, "Terren, Marcela María Delia u Otros C/ Campili, Eduardo Antonio S/ Divorcio", sentencia del 29 de marzo de 2016, Fallos 339:349.

[17] CSJN, "P., V. A. s/ art. 152 ter código civil"", sentencia del 17 de mayo de 2016, Fallos 339:676.

ante una declaración de insania resuelta con anterioridad, correspondía que la revisión de la sentencia que declara la incapacidad sea sustanciada de acuerdo a lo indicado por el Código Civil y Comercial.[18]

Del mismo modo, en un proceso de guarda la Corte dispuso que era de aplicación el artículo 716 que fija las reglas en materia de competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, resolviendo asignar la competencia al juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. [19]

Desde luego, la aplicación de las normas del Código no puede hacerse retroactiva a etapas precluidas del proceso.

32. Invocabilidad del "Error de Derecho".

Se mantiene la presunción de que las leyes se presumen conocidas y no puede alegarse su ignorancia, aunque la redacción aparece en formato de "principio-excepción"

> ***8º.- Principio de inexcusabilidad.*** *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.*

Al respecto, la Comisión Redactora del Anteproyecto reconocía en los "Fundamentos" que el principio podría ceder ante "la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, en los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria". Sin embargo, la Comisión consideró que "una regla general de este tipo en el título preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación que podría deteriorar seriamente el presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las

---

[18] CSJN, "G. A. S. s/ insania", sentencia del 8 de septiembre de 2015, Fallos 338:828.

[19] CSJN, "D. L. A. y otro s/ guarda", sentencia del 27 de octubre de 2015, Fallos 338:1150.

diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables". [20] Entre esas normas podrían entenderse las normas de tutela del consumidor, de la parte débil o no predisponente del contrato, de niños, niñas y adolescentes, etc.

33. Sobre las reglas de ejercicio de los derechos: su regulación como principios generales.

En los "Fundamentos" se explica como ha habido un "proceso de generalización creciente" en cláusulas que aparecieron legal o jurisprudencialmente como un enclave acotado y de sentido corrector. Esto es lo que ha sucedido con cláusulas de buena fe, abuso y fraude, utilizadas en un origen en áreas de contratos y derechos reales específicos, luego elevadas a principios dentro de la teoría de cada instituto, y finalmente reconocidos como principios generales de todo el derecho privado. "Esta calificación como principios generales que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia –dice la Comisión" no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial", lo que se advierte con la teoría del abuso de derecho anclada en el art. 1071.

Para dar testimonio de su "principialidad", entonces, el Codificador los incluye en el Título Preliminar:

> De esta manera consideramos que se están suministrando pautas generales para el ejercicio de los derechos que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el código (...) que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tendrá sobre las leyes especiales. [21]

---

[20] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.5.4.

[21] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.6.1.

34. El ejercicio "de buena fe".

El principio de que los derechos deben ser ejercidos *de buena fe* aparece como la primera *regla de ejercicio* de los derechos que consagra el CCyC en el art. 9.

> ***9º.- Principio de buena fe.*** *Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*

Recordemos que en el régimen derogado el principio de buena fe se infería a partir de la formulación particular que, en relación a los contratos, se dedicaba a ello en el art. 1198 CC: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Este principio, al estar colocado estructuralmente en el Título Preliminar, ahora aparece correctamente ubicado como un principio general.

La función del principio de la "buena fe" es tanto *limitativa* (el ordenamiento no ampara a quien ejerce un derecho de mala fe o de modo disfuncional) como *tuteladora* (el ordenamiento ampara a quien obró de buena fe). Así la buena fe o mala fe puede tener efectos sobre la validez de actos jurídicos y sobre la interpretación del alcance y los efectos de los mismos.

Es importante aclarar que, a falta de elementos que la pongan en cuestión, *la buena fe "se presume"*.

Mas allá de la referencia general del Título Preliminar, el CCyC utiliza frecuentemente el concepto de *buena fe* en muchas reglas particulares. Por ejemplo, en el artículo 991, referido a las tratativas precontractuales: bajo el acápite "Deber de buena fe", se dice que "durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber

confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato"; este sería un caso de buena fe "lealtad".

También más adelante, en materia de "posesión y tenencia", el art. 1918 CCyC nos indica que "El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad" (se trataría de un caso de buena fe "creencia"). Seguidamente, el art. 1919 CCyC dirá que "La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario", confirmando la presunción general antedicha.

35. Buena fe "objetiva" (ejercicio con *lealtad*) y "subjetiva" (buena fe *creencia*).

Existe una distinción entre la llamada "*buena fe lealtad*", que tiene que ver con lo que una persona "hace" al ejercitar su derecho, y la "*buena fe creencia*" que se relaciona con lo que una persona "supone" al ejercitar su derecho. En los *Fundamentos* se explica que "al ser un principio general, se incluye tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe "creencia" (subjetiva), que incluye la apariencia". Congruentemente con este principio aparecen aplicaciones particulares de estas ideas, como la regla de *representación aparente* dada en el art. 367 CCyC.

36. Los tres párrafos que regulan el abuso del derecho en el art. 10 CCyC.

El art. 10 del Código como una suerte de ejemplo viviente de las diversas "capas geológicas" que es posible advertir en el CCyC.

> ***10.- Abuso del derecho.*** *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

El primer párrafo es el que parte del art. 1071 CC original, y le hace una sustancial incorporación dada en una sola palabra: si en la versión original de Vélez Sársfield se decía que el ejercicio de un derecho propio no podía constituir como ilícito ningún acto, desde 1968 (a partir de la reforma de la ley 17.711) ello sólo se predica sobre "el ejercicio *regular*" de un derecho.

Como adelantamos, la nueva ubicación sistemática es congruente con la visión valorativa que impregnan al CCyC desde el Título Preliminar, y como dice la Comisión redactora en los Fundamentos del Anteproyecto, este lugar preponderante "cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema".

El párrafo segundo fue agregado también en la ley 17.711, y ahora en el CCyC incorpora también una importante variación: ya no se habla de los fines que "la ley tuvo en mira al reconocerlos" sino de los fines "del ordenamiento", tema que hemos tratado supra al hablar de la finalidad de la ley como pauta interpretativa.

> *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

Se mantiene la doble base para establecer cuándo se configura el abuso de derecho: una más concreta que es dada por un desvío de la función o destino para el que el derecho fue creado, y una más amplia que establece su patrón de contraste con la observancia de los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Finalmente, el tercer párrafo sigue el art. 396 del Proyecto de Código Civil de 1998 dándole cabida tanto a la acción precaucional o preventiva (que cesen los efectos del abuso), a la indemnización (que se compense por el daño sufrido) y al regreso al *statu quo ante* (volver las cosas al cauce del ejercicio "regular" del derecho). En el Código queda entonces dicho que:

> *El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*

Esta norma, vista con detenimiento, enuncia como advierte la doctrina tres funciones del juez ante el hecho ilícito abusivo: una de *prevención* ("evitar los efectos"), otra *restauradora* o de recomposición al estadio previo al ejercicio abusivo del acto o situación, en la medida en que fuera posible, y finalmente una *indemnizatoria* o resarcitoria.[22]

37. Situación jurídica abusiva.

Nótese que se abre el espectro no sólo para captar el clásico "abuso de derecho" sino también la "situación jurídica abusiva", que puede suscitarse a través de la sinergia nociva de una pluralidad de derechos que si fueran considerados aisladamente no supondrían *per se* un supuesto de "abuso".

Luego el CCyC define específicamente la "situación jurídica abusiva" en el contexto de los contratos predispuestos, cuando el art. 1120 establece que "se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos".

Esta caracterización, por cierto, es proyectable a otros supuestos donde la implicancia abusiva no esté basada en una fuente contractual sino de otro tipo de derechos.

---

[22] Cfse. RABBI-BALDI CABANILLAS. Renato y SOLÁ, Ernesto, en Medina-Rivera (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley 2014, Comentario al Art. 10 p. 2.3.

38. Se remueve el pretérito indefinido del art. 1071 CC, que quería "anclar" al intérprete al criterio original del legislador "histórico".

A riesgo de redundar, subrayamos la trascendente alusión a los "fines del ordenamiento".

En una pequeña pieza de doctrina, el secretario de la Comisión Redactora, Miguel De Lorenzo, había expresado su perplejidad acerca del "pretérito indefinido" del art. 1071 CC. Esos "fines que se tuvieron en mira", decía De Lorenzo, constreñían al intérprete a los argumentos dados en la *occasio legis* y no le permitían adoptar una interpretación evolutiva.

El pequeño pero importante cambio en la letra de la norma, que ahora habla de los "fines del ordenamiento", habilita y propicia una reinterpretación contemporánea de las normas. "La voluntad del legislador no queda fijada por la interpretación con un contenido concreto para todo tiempo, sino que —como decía Radbruch— permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos. Cuando nos referimos pues, a los "fines" de la norma, hacemos referencia, en todo caso, a los fines duraderos y a la par variables de ésta. Creo que en esto reside, precisamente, la distinción entre la *occasio legis*, es decir, el motivo histórico de la norma, de la *ratio legis* que, emancipada de las motivaciones efímeras o episódicas, acompaña a la ley, como decía Reichel, a través de todos los tiempos".[23]

39. Acción preventiva y abuso de derecho.

Más adelante, el CCyC legisla sobre la "acción preventiva", que "procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento", aclarando

[23] De Lorenzo, Miguel, "Abuso de derecho y pretérito indefinido", en *La Ley*, t. 2009-C , p. 1339.

que en tal caso "no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" (art. 1711 CCyC).

Al correlacionar ambas normas se observa que el damnificado actual o potencial (si el perjuicio es "previsible") puede articular esa acción de un modo "objetivo", por el solo hecho del daño que se suscite a través de un ejercicio abusivo o de una situación abusiva.

40. Cargas probatorias de abuso de derecho, situación abusiva y abuso de posición dominante.

Lo dicho anteriormente debe complementarse señalando que la doctrina ha apuntado que "no cabe requerir que la víctima del ejercicio abusivo de un derecho pruebe la existencia de dolo de parte del sujeto activo de la conducta que la afecta; le basta con probar la inequidad de los efectos de ella, algo que es de especial importancia cuando el ejercicio abusivo se genera por la estructuración de vínculos contractuales conexos o en situaciones jurídicas abusivas"[24].

41. Digresión: el caso de los actos discriminatorios y la ley 23.592.

Así como la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, tampoco ampara su ejercicio discriminatorio. Aunque el Código Civil y Comercial no incluyó específicamente a esta categoría de actos, la idea forma parte de nuestro ordenamiento por imperio de una disposición vigente, de carácter general, dada en la ley "antidiscriminatoria" 23.592, cuyo artículo primero establece que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto

[24] Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo Herrera – Caramelo – Picasso (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, tomo I, p. 41.

discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

Ese artículo realiza una enumeración "enunciativa" puntualizando que "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos" (art. 1º in fine ley 23.592). Se ha elaborado jurisprudencia específica sobre el alcance del "dejar sin efecto" el acto discriminatorio, en virtud de lo cual se ha ordenado por ejemplo la restitución en el cargo de trabajadores perjudicados por un despido discriminatorio. Existe clara similitud entre esta lógica y la directiva de "restitución al estado anterior" que figura en el art. 10 CCyC.

42. Abuso de posición dominante.

Es importante aclarar que a los efectos del Código Civil la mera existencia de una "posición dominante" no genera por sí misma ningún efecto ni merece reproche. Pero el Código hace hincapié en ella tomando nota que muchos abusos del derecho y muchas "situaciones jurídicas abusivas" se gestan a partir de que un actor del mercado tiene un decisivo poder de predisposición de condiciones por su posición dominante.

> ***11.- Abuso de posición dominante.*** *Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.*

El CCyC no establece parámetros para definir a la "posición dominante", aunque estos están establecidos en la Ley de Defensa de la Competencia 25.156. En el artículo 4º esta ley preceptúa que "se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia

sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos". El artículo 5º agrega que a los fines de establecer la existencia de posición dominante debe considerarse: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder. Esas definiciones legales podrían ser utilizadas analógicamente para evaluar la existencia de una posición dominante en el contexto del Código Civil.

> ***12.- Orden público. Fraude a la ley.*** *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*
>
> *El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.*

43. Leyes "de orden público" y "leyes supletorias".

Las leyes "de orden público" tienen como característica especial el hecho de que sus disposiciones no pueden ser modificadas por convenio entre las partes.

En el sistema del Código conviven estas regulaciones "de orden público" con otras regulaciones "supletorias" que sólo rigen cuando las partes no han convenido nada distinto. Por ejemplo, la mayor parte de las reglas concernientes a la locación son supletorias, aunque el plazo mínimo de la locación es de orden público. En los *Fundamentos* (II, 1.4) se apunta que como consecuencia de la *constitucionalización del*

derecho privado el nuevo CCyC "reconoce un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes".

El CCyC trata de organizar esta convivencia en algunas normas de prelación normativa. Así aparece la pauta la del art. 963 CCyC, aplicable para los contratos, disponiendo si concurren disposiciones del Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y del Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial, y d) normas supletorias del Código.

44. Cuáles son las normas de "orden público".

Ni el Código anterior, ni el CCyC, hacen una definición conceptual de las normas "de orden público", obligando a establecer si esa naturaleza se da a partir del análisis de cada norma en particular.

La doctrina marca que tienen esta naturaleza las normas sobre atributos de la persona humana (capacidad, nombre, estado de familia, derechos personalísimos) así como las normas que regulan la constitución, capacidad, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas.

Dos áreas específicas tienen un marcado contenido de normas de orden público que veremos en detalle en las secciones respectivas: Familia y Derechos Reales. También existen normas de orden público en el régimen de las obligaciones (característicamente disponiendo casos de condiciones prohibidas que buscan proteger a las partes débiles de un vínculo ocasional o a consumidores) y en menor medida en el campo de las sucesiones (a través de los límites a la libertad del difunto para disponer de sus bienes post mortem, a través de las porciones "legítimas" que son mínimos para sus herederos, aunque en ese aspecto el CCyC otorga mayores grados de libertad que el Código al que reemplaza).

Por empezar, y dentro del mismo CCyC, en muchos casos podemos tener claro que hay normas que no son "de orden público" cuando el Código expresamente habilita que las partes pacten reglas distintas a las que contiene –en ese caso, sin dudas- con carácter "supletorio" (un ejemplo de este mismo título preliminar está dado por

la posibilidad de que las partes establezcan un modo convencional de cómputo de plazos).

45. El "fraude a la ley".

El párrafo 2º reproduce el art. 8º del Proyecto de 1998. Debe tenerse en cuenta que el fraude "a la ley" –que únicamente funciona con leyes "imperativas", o *de orden público*- tiene una naturaleza objetiva, con los efectos que determina este artículo, y debe distinguirse del fraude como vicio del acto jurídico que consiste, en lo esencial, en realizar actos en perjuicio de acreedores que –con su consecuencia de inoponibilidad del acto al acreedor- es regulado en los arts. 338 y ss CCyC.

El "fraude a la ley", ahora conceptualizado en el CCyC, implica el recurso a una técnica jurídica que busca evadir una prohibición, o soslayar el cumplimiento de una obligación legal imperativa (la ley que se ve "defraudada"), al encuadrar el acto en una "ley de cobertura", que no corresponde a la naturaleza de la operatoria. De esa forma, por ejemplo, se pueden evadir normas laborales estructurando lo que en la realidad funciona como una relación de empleo bajo la "cobertura" de una prestación de servicios discontinua, o burlar las restricciones a la "legítima" hereditaria por la constitución de una sociedad.

Nótese que en el abuso del derecho del art. 10 CCyC existe únicamente una normativa involucrada, mientras que en el "fraude a la ley" se da esta dualidad entre lo formal y lo sustancial (un derecho "de cobertura" frente a un derecho "defraudado", ello siempre bajo la mirada conglobante del "ordenamiento" y no necesariamente de las normas aisladamente consideradas).

46. Consecuencia del "fraude a la ley".

La solución general dada en este art. 12 no acarrea la nulidad del acto, sino su sometimiento a la normativa que se trató de eludir. En nuestro primer ejemplo, ello comportará, por ejemplo, la consecuencia de que el dependiente podrá reclamar su encuadramiento como

empleado bajo los principios del derecho laboral. Ahora bien, en los casos en que precisamente la norma imperativa tenga prohibido un acto determinado, su consecuencia efectiva puede ser, efectivamente, la nulidad.

La doctrina civilista parecía inclinarse en el sentido de que el "fraude a la ley" no se basa en el propósito de reprimir la mala fe sino en la necesidad de proteger los fines del ordenamiento. La norma del CCyC parece inclinarse por este concepto, ya que su objeto de examen es "el acto" en sí, sin referencia a un animus por parte de los intervinientes mas allá de su apartamiento de un resultado que sea análogo a uno prohibido por norma imperativa.

47. El "fraude a la ley" y el "orden público" como barrera a la aplicación extraterritorial del derecho extranjero.

Con relación al tema del artículo que comentamos, también se regula el fraude a la ley en el recurso a la legislación de otro país que viola normas imperativas de nuestro ordenamiento, supuesto que es captado por los arts. 2598 a 2600 CCyC.

48. Renuncia de los derechos.

Son aplicables dos observaciones que la doctrina civilista formulaba con respecto a su antecedente, el art. 19 CC, y que resultan ilustrativas para la comprensión de la norma del CCyC:

> ***Art. 13.- Renuncia.*** *Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.*

La primera es que obviamente esta disposición se refiere a la renuncia a "derechos" que un sujeto podría tener por la aplicación de las leyes (no tendría sentido una renuncia a obligaciones).

La segunda, y muy importante, es que esta cláusula se refiere a normas "imperativas", y no meramente supletorias, que pueden ser dejadas sin efecto por las partes.

49. Renuncia implícita: teoría de los actos propios.

Cabe tener en cuenta que la renuncia a los efectos de la ley no necesariamente habrán de darse de modo explícito, sino que pueden ocurrir de modo implícito, tal como lo contemplan los arts. 262 y 264 CCyC (este último recogiendo la regla del art. 918 CC).

Un caso especial y muy extendido es que postula que con arreglo al principio cardinal de la buena fe, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada (esto es, ejecutada con discernimiento, intención y libertad), jurídicamente relevante y plenamente eficaz, idea que está captada en el art. 1067 CCyC bajo el acápite "protección de la confianza".

Se sigue aquí jurisprudencia extendida: "No es lícito –ha dicho la Corte- hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe. La situación impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever"[25].

Así como funciona entre partes, esta misma idea también incide en el control de constitucionalidad: ello se refleja en la doctrina del "sometimiento voluntario", que los tribunales aplican para concluir que el acatamiento sin reservas a un régimen determinado impide un ulterior cuestionamiento de su validez o constitucionalidad por parte del adherente.

En todo caso, conviene ser prudente en la aplicación de la doctrina en dos aspectos.

En primer lugar, observar con cuidado que las renuncias no pueden presumirse y requieren una conducta positiva. Por ejemplo, en

[25] CSJN, "Bergada Mujica", Fallos 329:5793, 19/12/2006, entre muchos otros.

el art. 263 CCyC, el mero silencio o inacción no es –en principio- una manifestación de voluntad.

En segundo lugar, hay que advertir que la Corte ha precisado que la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquellos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad.[26]

Finalmente, cabe referirse –aunque esté fuera del Título Preliminar- al caso especial de los actos de disposición sobre derechos personalísimos. Regulado en el art. 55 CCyC, se lo admite si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, aclarando que tal consentimiento "no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable". El art. 56 CCyC, a su turno, regula en especial los actos de disposición sobre el propio cuerpo.

50. El art. 14 CCyC y la categoría reconocida de los "derechos de incidencia colectiva".

Junto a los clásicos derechos individuales, el Código reconoce derechos "de incidencia colectiva", dando encuadre civil a esta categoría que fue reconocida a nivel constitucional en el art. 43 introducido en la reforma de 1994. En estos derechos hay un bien afectado que es colectivo y cuyo titular no es una persona en particular: su naturaleza es supraindividual.

> ***14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.*** *En este Código se reconocen:*
>
> *a) derechos individuales;*
>
> *b) derechos de incidencia colectiva.*
>
> *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.*

[26] CSJN, "Iribarren", Fallos 322:1253, 22/06/1999

En cuanto a la parte final del artículo, en los *Fundamentos* se anota que al proyectar ese texto se buscó "resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva".

El destaque cumple una función de esclarecimiento: ratifica que el agravio derivado de un ejercicio abusivo puede en efecto exceder el ámbito de los derechos individuales y proyectarse únicamente –o conjuntamente- hacia "derechos de incidencia colectiva en general".

Consecuentemente, y con las adaptaciones que pueda existir en cada caso, la doctrina del abuso jurídico tiene un campo de aplicación transversal. "Se trata –dicen los *Fundamentos*- de que los derechos subjetivos tienen límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos".

51. El art. 14 CCyC y la categoría excluida de los "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos".

En "Halabi", el fallo de 2009 que introdujo la "acción de clase", la Corte había reconocido una *tercera categoría*, donde la incidencia colectiva no surgía de la naturaleza misma del derecho, sino de la causa común derivada de afección a intereses que son individuales, pero homogéneos.

Para explicar la distinción entre las tres categorías Lorenzetti ha propuesto la siguiente analogía.

> Supongamos que una fábrica arroja líquidos contaminantes a un río y que, como consecuencia, se producen los siguientes daños:
>
> - *Tres personas sufren lesiones por beber agua:* Cada una de ellas es titular de un interés individual y promoverá una demanda para el resarcimiento de

los daños sufridos, que es lo que sucede habitualmente.

- *Un millón de personas beben el agua, porque esta penetró en el sistema de suministro de agua potable de una ciudad:* Este caso es objetivamente igual que el anterior, ya que se causa un perjuicio individual, pero hay numerosos sujetos ligados a la misma situación. Así, el problema es de organización de la justicia, y ha dado lugar a las acciones de clase, que permiten canalizar daños de carácter masivo. 82
- *Dos pájaros beben el agua y mueren*: Eran los dos últimos ejemplares de su especie, con lo cual se afecta un bien colectivo, del que nadie es dueño, y no hay derechos subjetivos dañados. En este caso, es legítimo obrar en defensa del bien, y por ello pueden reclamar tanto el afectado (interés difuso) como una organización (interés colectivo) o el Defensor General (interés público), pero lo harán por una legitimación extraordinaria que otorga la ley. Si hubiera una indemnización, esta no ingresaría al patrimonio de ninguno de ellos, porque, como se señaló, no hay derechos subjetivos afectados. [27]

Sobre esta base, la Corte diría en "Halabi" que

> … la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

[27] LORENZETTI, Ricardo, *El arte de hacer justicia,* Buenos Aires, Sudamericana, 2014, pp. 120-121.

> En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.[28]

Ante la falta de regulación de esas "acciones de clase", la Corte postuló que

> "la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).[29]

En base a este criterio, la Comisión había incorporado a este artículo un tercer inciso que luego suprimió el Poder Ejecutivo Nacional al enviar el proyecto al Congreso, basándose en el criterio de

---

[28] CSJN, "Halabi" (Fallos 332:111, 24/02/2009).

[29] CSJN, "Halabi" (Fallos 332:111, 24/02/2009).

que por su naturaleza procesal no correspondía su inclusión en un Código de fondo.

52. Vigencia de la doctrina de la Corte Suprema.

Conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Halabi", la fuente de esa categoría de derechos "de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" no es meramente legal, sino que emana del art. 43 2° pfo. de la C.N., de modo tal que esa doctrina no podría verse afectada por el hecho de que se haya obviado su inclusión en el Código Civil. Cierto es que su regulación, planteada en términos muy generales en el proyecto, no incluía los detalles procesales necesarios, lo que por cierto no es materia propia de un Código de Fondo.

La sentencia destaca que hubo una mora del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia.

En resumen, tanto la acción de clase como la categoría que la justifica (la de los intereses individuales homogéneos) seguirán formando parte del ordenamiento argentino, mas allá de su no inclusión en el Código, en base a las pautas jurisprudenciales que progresivamente ha ido estructurando la Corte Suprema, luego de "Halabi"[30], tribunal que incluso ha creado un "Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación"[31]. Muy recientemente, en el trascendente caso "CEPIS"

---

[30] CSJN, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales" del 21/08/2013; "Consumidores Financieros c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A." y "Consumidores Financieros c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario "del 24/06/2014; "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo" del 23/09/2014; "Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales" del 27/11/2014.

[31] CSJN, Acordada 32/2014 del 01/10/2014.

referido a tarifas del gas, la Corte volvió a ratificar su doctrina en relación a las acciones homogéneas. [32]

Como elemento corroborante, puede tenerse en cuenta que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 20015, el punto 4 de las conclusiones de la Comisión dedicada a "Derechos e Intereses de Incidencia Colectiva", se concordó en que "la supresión de los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y comercial y la modificación de sus artículos 14 y 240, no implica eliminar del derecho positivo argentino la categoría de los "derechos individuales homogéneos". [33]

53. El "patrimonio", los "bienes" y las "cosas".

Aquí vemos también una aparición de conceptos que el Código de Vélez no incluía en su título preliminar, y que aparecen en esta parte en el CCyC para dar un marco conceptual común a todos los libros del Código.

- El "patrimonio" se define como un conjunto (una "universalidad jurídica", como decía Vélez en la Nota al art. 2312 CC) de derechos que recaen sobre *bienes*.
- No todos los *bienes* serán materiales, o, jurídicamente, "cosas" -puede haber así derechos creditorios, o derechos intelectuales-, y, por otra parte, no todas las cosas son "susceptibles de valor económico".

[32] CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo". fallo del 18/08/2016.

[33] XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre de 2015, Comisión interdisciplinaria sobre "Derechos e Intereses de Incidencia Colectiva", punto 4. Las conclusiones de las Jornadas se publican en extenso en este mismo volumen.

> ***Art. 15.- Titularidad de derechos.*** *Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.*
>
> ***Art. 16.- Bienes y cosas.*** *Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.*

El sistema original de Vélez fue actualizado en 1968 con una analogía plasmada en el art. 2311 2do párrafo del derogado CC, que con alguna mejora de redacción aparece ahora en el final del art. 16 CCyC. Así, se dispone que "la energía" y "las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre" se pueden considerar como "cosas", pero cabe hacer la salvedad de que la equiparación sólo podrá tener sentido cuando las reglas a aplicar sean compatibles a los efectos legales, lo que debe ser apreciado prudentemente.

Luego, en los arts. 225 y ss. del CCyC aparecen definiciones relativas a bienes y cosas (inmuebles por naturaleza y por accesión, muebles, fungibles, consumibles, accesorias, del dominio público, etc.) y allí figuran reglas que actualizan y recogen las fijadas anteriormente en los arts. 2313 y ss. CC.

El Código mantiene el principio de que el patrimonio es "único", pero la posibilidad de constituir sociedades de un solo socio permite una suerte de escisión del patrimonio de la persona.

Además, se contemplan casos especiales de patrimonios "de afectación", virtualmente separados del patrimonio personal: el del presunto fallecido, el de los hijos, los bienes de la sociedad conyugal, bienes transmitidos fiduciariamente.

54. La "función social de la propiedad".

En el trámite parlamentario se consideró, y finalmente se desestimó, la posibilidad de adosar a este artículo un segundo párrafo en el que se estableciera que "la propiedad tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común". Diversas polémicas causadas por esta iniciativa redundaron en que se mantuviera el artículo 15 CCyC tal como fuera proyectado por la Comisión Redactora.

No obstante, aún no estando escrito en el CC ese principio era y sigue siendo parte del ordenamiento, a un nivel jerárquico superior, desde que el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social".

Además, el mismo Código reconoce en el art. 240 CCyC (y en otras normas de naturaleza tuitiva) la posibilidad de reconocer límites al ejercicio de los derechos individuales, lo que natural e implícitamente abarca al derecho de propiedad.

Como reflejo de esta concepción subyacente, se ha resaltado, como se verá a continuación, el espíritu de "sociabilidad en el ejercicio de los derechos" en consonancia con el "paradigma protectorio" del CCyC. Al respecto, Lorenzetti explica sus implicancias y derivaciones en el Código con estos términos:

> El ejercicio ilimitado de los derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y por eso se requiere un orden público de coordinación. Por esta razón se han reforzado los principios de sociabilidad, y se los ha generalizado al incluirlos en el título preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (Art. 9) y el abuso del derecho (Art. 10), que luego se reiteran en numerosas normas específicas (ej. Art. 729).
>
> El *paradigma protectorio* tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los códigos del siglo XIX regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las

asignaciones previas del mercado y la sociedad. Superando esta visión el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital, como ocurre con *el paciente* (Art. 59), el *consumidor* (Art. 1092), los *pródigos* (Art. 48), el *integrante de comunidades indígenas* (Art. 18); las *personas con capacidad restringida* (Art. 31), por enumerar algunas entre las numerosas situaciones existenciales tomadas en consideración. El Código Civil y Comercial busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera *ética de los vulnerables*. Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (Art. 244), de otros bienes que quedan excluidos de la garantía común de los acreedores (Art. 744).[34]

55. Derechos sobre el cuerpo humano.

El art. 17 explicita estos derechos calificándolos por su carácter no patrimonial:.

> ***17.- Derechos sobre el cuerpo humano.*** *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.*

En los *Fundamentos* se afirma que:

Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa ("bienes que no tienen un valor económico" o "extrapatrimoniales"). El valor configura un

[34] LORENZETTI, Ricardo, *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación.* Disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf

> elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad. [35]

Con ello queda abandonada la visión patrimonialista que, al reconocer estos derechos, permitiría su comercialización, patentamiento o libre disposición. "En estos supuestos –se dice en los *Fundamentos*- el valor que se les dé, puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa".

56. Propiedad comunitaria indígena: El encuadre constitucional. El art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

El último artículo del Título Preliminar cierra con un reconocimiento nominal de la propiedad comunitaria indígena.

> ***18.- Derechos de las comunidades indígenas.*** *Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.*

Cabe recordar que en la reforma de 1994, al tiempo que se eliminaba la cláusula que propiciaba "conservar el trato pacífico con

---

[35] COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, *Fundamentos*, III.7.6.

los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67 inc 15 del texto constitucional anterior) se estableció entre las facultades del Congreso el mandato constitucional de

> "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (artículo 75 inc. 17).

57. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Mas allá de la legislación especial (Ley de Política Indígena 23.302) cabe subrayar la fuerza normativa que tiene el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado por Argentina por Ley 24.071, y cuya operatividad fuera reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[36].

Se trata de un cuerpo normativo que trasciende temas laborales y que constituye una verdadera carta de derechos con secciones dedicadas a la Política General indígena que deben adoptar los Estados, legislación sobre Tierras, Empleo, condiciones de trabajo y formación profesional, Sistemas de Salud y Seguridad Social, etc.

En lo que aquí interesa, resultan de particular importancia los artículos 13 a 17, que establecen (entre otras directivas) que los gobiernos deben tomar las medidas que sean necesarias para

[36] CSJN, casos "Confederación Indígena del Neuquén", 10/12/2013, y "Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural", 07/10/2014-

determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, respetar las modalidades tradicionales de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por dichos pueblos, y consultarlos siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

58. Cambios en el anteproyecto y la introducción de la "cláusula complementaria" sobre propiedad indígena.

Con la idea de incorporar al sistema del Código Civil un sistema de propiedad indígena, en el Art. 18 CCyC originalmente proyectado por la comisión bajo el acápite "Derechos de las comunidades indígenas", se preveía que las que cuentan con "personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Titulo V, de este Código"; consignándose que también "tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva".

En función de esa remisión, se incluía también en el art. 1887 CCyC a la "Propiedad Comunitaria Indígena" dentro del catálogo de derechos reales, definiéndola como aquella "que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas y cuya titularidad corresponde a "la comunidad indígena registrada como persona jurídica".

La regulación plasmada en el Anteproyecto fue criticada por especialistas y representantes de las comunidades indígenas, tanto por aspectos conceptuales como de técnica legislativa.

En todo caso, cabe recordar que el art. 6 del Convenio 169 establece que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán ... (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente", lo que en todo caso no se estuvo cumpliendo a cabalidad en el proceso

de reforma del Código más allá de la posibilidad de presentar ponencias en las audiencias públicas.

En función de ello, y ante la imposibilidad de encontrar una solución integradora pronta, el Congreso estimó que la cuestión requería de un debate separado que tuviera su abordaje a través de una ley especial, a la que remite la cláusula transitoria primera incluida en la ley sancionatoria del CCyC.

Congruentemente con ello, el Congreso también suprimió del texto sancionado la regulación particular que el Anteproyecto incluía en la sección de los derechos reales.

59. Pautas emanadas de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre propiedad indígena.

A pesar de la no inclusión final del texto, la propiedad comunitaria indígena no está en un vacío legal, sino que tiene pautas específicas dadas por el Convenio 169, y la jurisprudencia propia del sistema interamericano.

En efecto, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo que ha desarrollado un amplio corpus jurisprudencial (vinculante para nuestro país, en función de las pautas de "interpretación conforme" y de la exigencia del control de convencionalidad incluidas en el CCyC)

En particular, la Corte IDH ha subrayado que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; que la posesión tradicional otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y que obliga a los Estados a delimitar, y

otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas. En este contexto, los pueblos indígenas tienen derechos a la totalidad de tierra y recursos que han utilizado tradicionalmente, derechos que se mantienen aunque hayan salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad; y aún a falta de título legal.[37]

■■■

[37] Corte IDH, fallos "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua" (31-8-2001), "Comunidad Moiwana vs. Suriname" (15-6-2005); "Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay" (17-6-2005); "Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay" (29-3-2006); "Pueblo Saramaka vs. Surinam" (28-11-2007) y "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay" (24-8-2010).

XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL - CONCLUSIONES

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil –tradicional cita bienal de la comunidad jurídica argentina- se llevaron a cabo en Bahía Blanca el 1, 2 y 3 de octubre de 2015 y representan el primer evento de esta naturaleza que tuvo lugar luego de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial.

En virtud de ello, como se verá, muchas de las discusiones constituyen el primer acercamiento doctrinario sobre temas que no tienen todavía una jurisprudencia asentada.

En las "Jornadas" los participantes –no solo juristas destacados, sino también académicos jóvenes- presentan sus ponencias y debaten sobre los temas asignados a cada comisión con anterioridad; las conclusiones que aquí reportamos en su totalidad representan los consensos (y en muchos casos los disensos o matices) que emergen de estas discusiones doctrinarios, y constituyen una muestra de diferentes posturas que aparecen "*de lege lata*" (doctrina que se propicia para interpretar o aplicar la ley vigente) y "*de lege ferenda*" (como propuestas o ejes para reformas futuras).

COMISIÓN Nº 1 - PARTE GENERAL: "NUEVAS REGLAS REFERIDAS AL RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LA PERSONA HUMANA"

1.- *El régimen de capacidad de la persona humana incorporado en el Código Civil y Comercial resulta acorde con el bloque de constitucionalidad y, en general, superador.* A favor.

2.- *La efectividad de la nueva normativa requiere de un profundo cambio cultural; difusión de la legislación entre la población; formación y capacitación de operadores, efectores jurídicos, equipos y agentes que coadyuven.* Muy necesario.

3.- *La concreción de los fines perseguidos exige que el Estado, en todos sus órdenes, diseñe e implemente políticas que incluyan, necesariamente, la asignación de recursos económicos suficientes, perdurables, direccionados y fiscalizados en su aplicación y utilización.* Idem anterior.

4.- *Resulta imperioso que las normas procesales sean armonizadas con el nuevo régimen de fondo.* Ibidem.

5.- *La incapacidad y las restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas humanas tienen finalidad tuitiva y no resultan en una limitación a sus derechos fundamentales que pueda ser calificado de discriminatoria.*

CAPACIDAD DE DERECHO

6.-***Despacho A:*** *La regulación que de la problemática de los actos de disposición sobre el propio cuerpo efectúa el art. 56 del CCyC, resulta ajustada a los principios establecidos en la Constitución Nacional.*

Mayoría. Abstención de Giavarino.

Despacho B: *La regulación del art. 56 del CC no resulta ajustada a la Constitución Nacional y debe ser revisada.*

Arrué.

MENORES

7.- ***Despacho A (Mayoría).*** *En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio.*

Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlavan, Chaippero, Plovanich, Valente, Muñiz, Laferriere, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, Gonzalez, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rapopport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda.

Despacho B (Minoría). *En materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción, la incapacidad de ejercicio.*

Wallace. Curti, Lotrica, De la Torre, Wolkokics; Lloveras; loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat.

8.- ***Despacho A (Mayoría)*** *La distinción entre niños y adolescentes resulta una adecuación de la legislación al bloque de constitucionalidad.*

Despacho B (Minoría) *La incorporación de la categoría de adolescente es innecesaria.*

Abasolo. Laferriere, Muñiz, Mazzinghi, Gabriel, Valente, Escudero, Zerdán, Ibáñez.

9.- *A partir de los dieciséis años el menor que obtuviere un título profesional puede ejercer la incumbencia respectiva sin necesidad de la autorización de sus padres.*

10.- *La aplicación del principio de capacidad progresiva del menor en materia de ejercicio de sus derechos personalísimos, consagrado por el art. 26 CCyC exige aplicar los principios de la bioética.*

Abstenciones: Mazzinghi, Gabriel, Laferriere, Muñiz, Ibánez, Escudero, Zerdán, Cossio.

11.- *Para establecer la capacidad de los menores para decidir por sí mismos sobre actos médicos, se ha de distinguir si generan o no riesgo para su salud psíquica y física (art. 26 CCyC).*

Abstención: Wolkowicks, Peracca, Herrera, Molina de Juan Curti, Zabalza, Loyarte, Schiro, De la Torre, Chechire, Lotrica, Vega.

12. *En los casos del Art 26 CCyC deben extremarse las medidas tendientes a evitar la judicialización del conflicto entre los adolescentes y sus progenitores.*

Unanimidad.

13. ***Despacho A (Mayoría)*** *La equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años de edad ha de ser limitada a los casos en que involucre el cuidado de su cuerpo.*

Ossola, Crovi, Saux, Palmero, Plovanich, Balmaceda, Giavarino, Lafferriere, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montalto, Mazzinghi, Jorge, Escudero, Zerdán, Ibáñez, González, Cossio Hess, Izuaiza, Louge Emiliozzi, Borda, Arnolfo Rappoport, Arnolfo Rappoport, Peralta Mariscal, Peralta, Palacios, Moia,

Despacho B (Minoría) *La equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años para decidir sobre su propio cuerpo no ha de ser limitada al cuidado de su cuerpo.*

Wallace, Reyna.

14.- Las reglas de capacidad establecidas en el art. 26 del CCyC han de ser compatibilizadas con las de las leyes de ablación e implante, identidad de género y el art. 60 CCyC, prevaleciendo la ley especial.

15.-***Despacho A (Mayoría)*** *El adolescente no cuenta con capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas.*

Plovanich, Giavarino, Muñiz, Laferriere, Saux, Palmero, Mazzinghi, Castro, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Montalto, González, Ibáñez, Escudero, Ossolla Zerdán, Moia, Cossio.

Despacho B1 (Minoría) *El adolescente con grado de madurez suficiente debe ser considerado capaz para otorgar directivas anticipadas.*

Reyna, Wallace, Lotrito,

Despacho B2 (Minoría) *Con autorización judicial.*

Borda, Arnolfo Rappoport Diana y Arnolfo Rappoport, Daniel.

INHABILITACIÓN

16.- Resulta una decisión adecuada mantener el supuesto de inhabilitación por prodigalidad.

Abstención Muñiz, Mazzinghi.

17. No es necesaria la demostración de una patología de base para inhabilitar por prodigalidad, bastando la comprobación de la existencia de actos que expongan a la pérdida del patrimonio.

Abstención: Plovanich, Wallace, Giavarino, Balmaceda.

18.- En la regulación de la inhabilitación no es claro cuál es el rol del equipo interdisciplinario.

19.- La legitimación para pedir la declaración de inhabilitación debe restringirse a los beneficiarios.

20.- En materia de inhabilitación han de aplicarse los mismos principios de registración y revisión previstos para la restricción de la capacidad.

CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACIDAD.

21.- La dispensa prevista en el artículo 405 CC podrá ser otorgada en aquellos casos en los que la persona con capacidad jurídica restringida, pero no cuando se verificara la falta de discernimiento para el acto matrimonial.

22. Es beneficiosa la incorporación del sistema de apoyos al CCyC como figura autónoma y diferente de la representación.

23.- La persona implicada en un proceso de determinación judicial de su capacidad jurídica es capaz durante ese proceso, con excepción de aquellos actos o funciones que eventualmente sean objeto de medidas cautelares en los términos del artículo 34 del CCyC y en cumplimiento de los criterios generales sobre el carácter excepcional de tales restricciones.

Abstención: Mazzinghi.

24. ***Despacho A (Minoría)*** *Hasta tanto se modifiquen las leyes procesales debe designarse curador provisorio en los juicios de restricción de capacidad en aquellas jurisdicciones que lo exijan.*

Mazzinghi, Ibáñez.

Despacho B (Minoría) *La figura del curador provisorio ha desaparecido del derecho argentino.*

Saux, Palmero, Reyna.

Abstenciones (Mayoría): Wallace, Plovanich, Laferriere, Muñiz, Valente , Giavarino, Wolkowicz, Balmaceda, Montalto, Ibánez, Abasolo, Cossio, Herrera, Chechile, De la Torre, Lloveras, Loyarte, Palacios María, Lotrica, Curti.

*25.- **Despacho A (Mayoría)** El equipo interdisciplinario que debe intervenir en todo proceso de restricción de la capacidad debe estar integrado, al menos, por un médico psiquiatra, un psicólogo y un asistente social.*

En contra: Loyarte, Lotrito, Lloveras, De la Torre, Chechile, Herrera, Curti.

***Despacho B (Minoría)** Mientras se encuentren vigentes los códigos procesales que exigen la designación de peritos médicos, los jueces deberán designar, además de un equipo interdisciplinario, la cantidad de facultativos exigidos.*

Mazzinghi, Zerdán.

26. El dictamen del equipo del equipo interdisciplinario ha de ser otorgado en forma conjunta por los profesionales actuantes.

Abstención: Saux, Mazzinghi, Gabriel.

27.- ***Despacho A (Mayoría).** Las soluciones de los arts. 39 y 45 CC resultan una adecuada articulación de los intereses del incapaz y los terceros.*

***Despacho B (Minoría)** Las soluciones de los arts. 39 y 45 CC requieren de ser modificadas de modo que la sentencia sea oponible a terceros desde que adquiera firmeza.*

Saux, Mazzinghi, Jorge, Muñiz, Giavarino, Castro, Montalto, Escudero, Ibánez,Cossio, Borda, Zerdán, Izuririzz, Hess. Lounge Emiliozzi

28.- Es adecuada la exigencia de inscribir la sentencia de restricción a la capacidad prevista por el art. 39, aunque es necesario tutelar los derechos fundamentales de la persona mediante una adecuada regulación de la legitimación activa para requerir la información registrada y los datos que deben suministrarse en cada caso.

29.- Es necesario estructurar un sistema de registros públicos que integren una red interconectada a nivel nacional donde consten las incapacidades o restricciones a la capacidad de ejercicio a fin de brindar seguridad jurídica. Ello debería hacerse en el ámbito del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas.

*30.- **Despacho A (Mayoría)** En ningún caso los representantes del menor pueden otorgar actos personalísimos en su representación.*

***Despacho B. (Minoría)** Los derechos personalísimos relativos a la muerte digna son ejercidos por niños, niñas y adolescentes según su edad y grado de madurez, si se carece de tal aptitud se aplica la teoría de la representación.*

Loyarte, Lloveras, Curti, De la Torre, Lotrica, Chechile, Molina de Juan Herrera, Wolkowicks

31. En los procesos de revisión de una declaración de incapacidad o de capacidad restringida, cuando el equipo interdisciplinario concluye en que han desaparecido las razones que justificaban la restricción, no será necesario abrir la causa a prueba.

*32. **Despacho A (Mayoría)** No resulta recomendable incorporar el instituto de la emancipación dativa a partir de los dieciséis años, en el sistema del Código Civil y Comercial.*

***Despacho B (Minoría)** Resulta recomendable incorporar el instituto de la emancipación dativa a partir de los dieciséis años.*

Abasolo, Zerdan, Valente, Ibánez, Cossio

33. ***Despacho A (Mayoría)*** *El régimen del art. 45 no puede ser aplicado a las personas que por una adicción o enfermedad mental resulten vulnerables de hecho.*

Despacho B *El régimen del art. 45 deber ser aplicado a las personas que por una adicción o enfermedad mental resulten vulnerables de hecho.*

Ibánez, Zerdán, Escudero, Cossio.

35. Hasta tanto se reglamente la figura del abogado del niño, todo niño mayor de 10 años tiene derecho a patrocinio letrado. Los menores de 10 años deben ser evaluados individualmente por los equipos técnicos a los fines de determinar si entiende lo que significa la figura del abogado y cuenta con la autonomía suficiente para darle instrucciones.

Wallace, Balmaceda.

COMISIÓN Nº 2 - OBLIGACIONES: "OBLIGACIONES DE DAR DINERO"

1. OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO DE CURSO LEGAL.

De lege lata.

1.1. El Código Civil y Comercial y la Ley 23.928 (modificada por la Ley 25.561) instauran en la Argentina un régimen nominalista para las obligaciones de dar sumas de dinero.

Mayoría: Azar, Gianfelici, Viale, Cossari, Castro, Moia, Salvatori, Sagarna, Churruarín, Girotti, Scotto Lavina, Bonino, Urruti, Márquez, Cornet, Compiani, Borda, Rey de Rinessi.

1.2.- El Código Civil y Comercial instaura en la Argentina un régimen nominalista flexible para las obligaciones de dar sumas de dinero

Minoría: Bliss.

2.1- Es improcedente determinar pautas de actualización de las obligaciones de sumas de dinero, sea por vía convencional o judicial.

Mayoría: Azar, Gianfelici, Viale, Cossari, Castro, Moia, Salvatori, Sagarna, Churruarín, Girotti, Scotto Lavina, Bonino, Urruti, Márquez, Cornet, Compiani, Borda, Rey de Rinessi.

2.2.- Es procedente determinar pautas de actualización de las obligaciones de sumas de dinero, sea por vía convencional o judicial.

Minoría: Bliss.

3.- El nominalismo que mantiene la legislación vigente es constitucional en tanto no haya inflación significativa.

Unánime

4- Las cláusulas de determinación del precio en relación al precio de bienes determinados son válidas y no constituyen cláusulas de actualización. No es posible fijar un precio fijo actualizable según el precio de bienes determinados por constituir esta modalidad cláusula de estabilización.

Unánime.

5- La fijación de una tasa de interés a fin de mantener incólume el contenido de la prestación dineraria si bien es una herramienta válida, puede resultar ineficiente

Unánime.

De lege ferenda.

6- Es recomendable que una futura reforma permita la utilización de instrumentos para mantener incólumes las deudas dinerarias

Unánime.

2. OBLIGACIONES DE VALOR.

7.- *El régimen previsto por el artículo 772 del Código Civil y Comercial para las obligaciones de valor implica determinar qué obligaciones quedan comprendidas en esta categoría.*

Unánime.

8.1- *Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños, la obligación de alimentos, la deuda de medianería y el valor colacionable.*

Mayoría: Bonino, Girotti, Salvatori,Compiani, Sagarna, Viale, Scotto Lavina, Castro, Márquez, Cornet, Borda, Cossari, Moia, Rey de Rinessi.

8.2.- *También deben encuadrarse como obligaciones de valor aquellas en las cuales las partes han diferido la determinación del precio para una etapa posterior a su nacimiento.*

Minoría: Carnaghi, Urruti, Churruarin, Gonzalez Zavala, Bliss, Gianfelici.

9- *El momento para la cuantificación de la deuda de valor será el determinado por las partes en el contrato, o la sentencia en el caso de deudas judiciales.*

Unánime.

10.- *Al cuantificarse la deuda de valor se le aplican las disposiciones de las obligaciones de dar dinero.*

Unánime.

11.- *La categoría de las obligaciones de valor no puede ser empleada como mecanismo para burlar normas de orden público en fraude a la ley (art. 12 Código Civil y Comercial), lo que ocurre cuando se intentan incluir en ellas típicas obligaciones dinerarias a fin de eludir la aplicación de la prohibición de indexar.*

Voto en contra del Dr. Bliss.

3. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.

De lege lata

12.1- *La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero.*

Mayoría: Scotto Lavina, Márquez, Moia, Churruarin, Gianfelici, Carnaghi, Urruti, Gonzalez Zavala, Rey, Borda, Compiani, Sagarna, Viale.

12.2.- *La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de género.*

Minoría: Cornet, Castro, Bliss, Girotti, Salvatori.

13.1.- *El artículo 765 del Código Civil y Comercial determina una obligación facultativa.*

Mayoría: Gianfelici, Viale, Cossari, Castro, Moia, Salvatori, Sagarna, Churruarín, Girotti, Scotto Lavina, Bonino, Urruti, Márquez, Cornet, Compiani, Borda, Rey de Rinessi, Bliss .

13.2.- *El artículo 765 del Código Civil y Comercial determina una obligación alternativa a favor del deudor, quien podrá liberarse pagando en moneda nacional*

Minoría: Azar.

14.1- *El equivalente de la moneda extranjera se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia) y al momento del pago.*

Mayoría: Scotto Lavina, Carnaghi, Urruti, Gonzalez Zavala, Bonino, Moia, Churruarin, Compiani, Rey, Bliss, Márquez, Azar, Cornet, Sagarna, Viale.

14.2. - *El equivalente de la moneda extranjera se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado*

cambiario en vigencia) y al momento del vencimiento, sin perjuicio del derecho del acreedor a reclamar la diferencia en caso de cambio de la cotización en su perjuicio.

Minoría: Gianfelici, Borda, Castro.

15.1-*La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva.*

Mayoría: Urruti, Carnaghi, Bonino, Churruarin, Moia, Scotto Lavina, Cossari, Bliss, Castro, Rey, Márquez, Azar, Compiani, Borda y Sagarna.

15.2. *La facultad de pago en moneda nacional no puede renunciarse, por ser la norma de orden público.*

Minoría: Cornet, Salvatori, Gianfelici, Viale, Girotti.

16.1- *En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en los contratos de consumo la renuncia al derecho al pago en moneda nacional no es necesariamente una cláusula abusiva.*

Mayoría: Castro, Compiani, Azar, Viale, Cossari, Borda, Sagarna, Carnaghi, Scotto Lavina, Urruti, Moia.

16.2. *En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en los contratos de consumo la renuncia al derecho al pago en moneda nacional es una cláusula abusiva, por importar una renuncia a los derechos del adherente que resultan de normas supletorias, y a los derechos del consumidor.*

Minoría: Márquez, Bliss, Rey, Bonino, Churruarin.

17.- *El precio de la locación puede ser pactado en moneda extranjera. En caso de que este precio se torne desproporcionado en relación a los valores de mercado, se debe recurrir al mecanismo de limitación del valor previsto por el artículo 772.*

Voto de Carnaghi y Bliss.

De Lege ferenda.

18.- *Es necesario modificar los artículos 765 segundo párrafo y 766, y reproducir la solución que proponía el Anteproyecto*

En contra Salvatori, Girotti y Carnaghi.

4. INTERESES.

19. Los intereses compensatorios no se presumen salvo en los contratos en que se los reconocen (mutuo y bancarios), y en los casos en que la ley los impone. Deben reconocerse intereses compensatorios al representante voluntario y al mandatario por las sumas adelantadas en su gestión

Unanimidad.

20.1- *La previsión del artículo 768 inciso c no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea.*

Mayoría: Urruti, Bonino, Gonzalez Zavala, Churruarin, Moia, Scotto Lavina, Rey, Márquez, Borda, Compiani, Azar, Bliss, Viale.

20.2.- *La previsión del artículo 768 inciso c implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa.*

Minoría: Girotti, Salvatori, Cornet, Gianfelici, Cossari, Castro y Carnaghi.

21. *Es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor*

Unánime.

22.- *No deben confundirse los intereses punitorios convencionales con los intereses moratorios de tasa pactada. Se aplican a los primeros las normas sobre la cláusula penal y no son acumulables a los moratorios de tasa pactada*

Abstención de Compiani y Márquez.

COMISIÓN Nº 3 – DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

1. PRINCIPIOS GENERALES

a.- *Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales.*

Loyarte, Chechille, Lloveras, Schiro, Cicchino, Iglesias, Marcellino, Duprat, Notrica, Herrera, Molina, Peracca, Curti, De La Torre, De La Torre, Martínez, Pellegrini, Arianna, Caramelo, Saenz, Parrellada, Lounge.

b.- *Son resarcibles tanto los daños entre cónyuges que lesionen su dignidad en cuanto persona humana como los derivados de la infracción a los deberes matrimoniales.*

Jorge Mazinghi, Gabriel Mazinghi; Gonzalez; Hayes; Cossari, Nelson, Cossari, Leandro Cossari Y Abreut.

c.- *Constituyen supuestos de resarcimiento entre cónyuges los daños provocados por violencia familiar y de género.*

Aprobada por unanimidad.

2. DEBER DE FIDELIDAD.

En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737).

Despacho de mayoría: Arianna, Picasso, Parellada, Pellegrini, Louge Emiliosi, Caramelo, Saenz, Loyarte, Chechille, Lloveras, Cecchino, Gagliardi Marcellino, Schiro, Iglesias, Martínez, De La Torre, Molina, Herrera, Peracca, Bertero, Duprat, Notrica, Curti, Y Arruiz.

Agregado de los doctores Picasso, Saenz, Jorge Mazhinghi; Parrellada, Louge Emiliosi:

Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación, y torna resarcible el daño resultante de la infidelidad. Este dolo directo debe ser probado en todos los casos por el cónyuge que lo alega, y no puede resultar únicamente de la constatación de la existencia de relaciones extramatrimoniales.

Despacho de minoría: *Con fundamento en el principio alterum non laedere (art. 19 de la CN) y lo establecido en los arts. 1, 2 y 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, la violación del deber de fidelidad, no obstante su carácter moral (art. 431), configura un obrar antijurídico (art. 1717) y un daño resarcible en los términos del art. 1737 del código citado.*

Hayes; Jorge Mazhinghi; Gabriel Mazzinghi; Gonzalez, Pandiela; Abreut; Nelson Cossari Y Leandro Cossari,.

3. Responsabilidad Civil y Compensación Económica

3.1. Naturaleza jurídica

Las compensaciones previstas en los arts. 441, 442 y 524 del Código Civil y Comercial no tienen naturaleza indemnizatoria. El objetivo de la indemnización por daños es restituir a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso, mediante una reparación plena (art. 1740 Código Civil y Comercial). La finalidad de la compensación, en cambio, es corregir un desequilibrio patrimonial manifiesto. Por lo tanto, no es un instrumento de nivelación patrimonial.

Aprobada por unanimidad.

3.2. Incidencia de factores subjetivos

La compensación económica que regulan los arts. 441, 442 y 524 del Código Civil y Comercial procede con independencia de la culpa o inocencia en la ruptura. Como excepción se verifica un componente subjetivo cuando se trata de nulidad del matrimonio, pues solo tiene derecho a ella el cónyuge de buena fe (art. 428).

Aprobada por unanimidad.

3.3. Cuantificación de la compensación

Resulta valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan realizar un cálculo objetivo y correcto de la compensación económica conforme con las pautas prescriptas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

A favor: Pandiela, Lloveras, Chechille, Schiro, Cichino, Hayes, Marcellino, Juarez Ferrer, Jalil, Duprat, Iglesias, Pellegrini Picasso, Parrellada, Sanz, Louge, Arianna Y Caramelo.

En Contra: Loyarte, Martinez y Gabriel Mazhinghi.

4.- UNIONES CONVIVENCIALES

Despacho de mayoría: *Son resarcibles entre convivientes los daños derivados de todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana. La infidelidad no constituye daño resarcible.*

Loyarte, Lloveras, Chechille, Schiro, Cichino, Gonzalez, Los Mazhinghi, Marcellino, Juarez Ferrer, Duprat, Iglesias, De La Torre, Martínez, Molina De Juan, Krasnow, Bertero, Peracca, Curti, Notrica, Gagliardi, Torres, Abreut, Maggio, Zabalza, Fredes, Arianna, Picasso, Parellada, Pellegrini, Louge Emiliosi, Caramelo y Saenz.

Despacho de minoría: *Son indemnizables los daños derivados de los hechos que dan lugar a la ruptura de la unión convivencial. El factor de atribución es subjetivo, y el daño debe tener la suficiente entidad para habilitar su reparación (arts. 1721 y 1739 del Código Civil y Comercial).*

Jalil y Pandiela Molina

5.- RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑOS CAUSADOS A LOS HIJOS

5.1. Falta de reconocimiento voluntario de hijos

a.- *Resulta acertada la incorporación al Código Civil y Comercial de una norma (art. 587) que contempla la reparación de los daños producidos por la falta de reconocimiento. La indemnización comprende los daños patrimoniales y no patrimoniales.*

Aprobado por unanimidad.

b.- *Para la procedencia del resarcimiento previsto en el art. 587 del Código Civil y Comercial debe acreditarse que el padre tenía conocimiento de la probabilidad del vínculo. La conducta asumida por el padre en el proceso de*

filiación constituye un importante elemento a los fines de valorar el factor de atribución.

A favor: Jorge Mazzinghi, Gabriel Mazzinghi, Marcellino, Juarez Ferrer, Gonzalez, Bertero, Arianna, Saenz, Picasso, Louge y Cichino.

En contra: Pandiela Molina Y Hayes Abstención: Loyarte, Chechille, Lloveras, Schiro, Vega, Gagliardi, Iglesias, De La Torre, Martinez, Duprat, Herrera, Molina, Notrica, Krasnow, Maggio, Fredes, Torres, Zabalza, Curtis, Peracca, Pellegrini y Caramelo.

5.2. TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES

a.- *Los padres son responsables por la transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas derivadas de la procreación natural. Deben ser enfermedades graves que afectan una vida digna. El factor de atribución es subjetivo; los padres responden en la medida en que, obrando diligentemente durante la concepción o el embarazo, podrían haber evitado la transmisión.*

A favor: Bertero, Jalil, Hayes, Saenz, En Contra; Lloveras, Loyarte, Chechille, Schiro, Vega, Gonzalez, Gagliardi, Marcellino, Mazzinghi, De La Torre, Duprat, Notrica, Curti, Molina, Herrera, Peracca, Martinez, Maggio, Abreut, Williams, Fredes, Zabalza, Iglesias, Arriana, Pellegrini, Arianna Y Caramelo.

Abstención: Picasso.

b.- *En el caso de transmisión de enfermedades por intervención sobre los genes, debe responder el laboratorio y quienes intervinieron en el proceso que desencadenó la activación del gen o genes deletéreos. El factor de atribución es objetivo.*

Aprobado por unanimidad

6.- DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

A los efectos de establecer la existencia de "gran discapacidad" en los términos del art. 1741 del Código Civil y Comercial debe ponderarse la

repercusión extrapatrimonial que la incapacidad tiene en los damnificados indirectos que solicitan reparación.

Aprobado por unanimidad.

COMISIÓN Nº 4 - CONTRATOS: "FORMACIÓN PROGRESIVA DEL CONTRATO: TRATATIVAS Y PACTOS PRELIMINARES"

1. Formación progresiva del contrato. Alcances.

La noción de formación progresiva del contrato comprende los pactos y tratativas preliminares, la invitación a ofertar, la publicidad, los contratos preliminares y la reparación de los daños.

Unanimidad

2. Invitación a ofertar y oferta.

Dadas las diferentes estructuras contractuales legisladas en el Código Civil y Comercial de la Nación –contratos paritarios, por adhesión y de consumo-, cabe considerar que la invitación a ofertar regulada en el art. 973 no contempla a los contratos de consumo, en tanto a éstos se le aplica la normativa específica.

Unanimidad

3. Oferta irrevocable y contratos preliminares.

A los fines de determinar la naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable cabe establecer que la oferta irrevocable constituye una manifestación unilateral de la voluntad, mientras que la promesa de celebrar un contrato –bilateral o unilateral- y el contrato de opción previstos en los arts. 995 y 996, son contratos preliminares.

Unanimidad.

4. Acuerdos parciales.

Despacho uno.

Los arts. 978 y 982 regulan situaciones diferentes en la formación progresiva del consentimiento contractual. En tal sentido el primero atiende a la aceptación singular de una oferta y al tratamiento que debe darse a las modificaciones que introduzca el aceptante. El segundo contempla, en cambio, los supuestos de fraccionamiento del iter contractual en acuerdos sucesivos.

A los fines de determinar si se alcanzaron los requisitos exigidos por el art. 982 corresponde atender, entre otros factores, a la naturaleza y finalidad de contrato, a las circunstancias en que se desarrollaron las negociaciones (1065) como así también a la protección de la confianza y la lealtad que como pauta hermenéutica establece el art. 1067, siempre en el marco de una interpretación que conforme lo dispone la norma, en caso de duda el contrato se tiene por no concluido.

Mayoría

Despacho dos.

El acuerdo parcial solo permite demostrar el avance de las tratativas, sin comprometer la libertad contractual de las partes, y es incompatible con la necesidad del consentimiento integral para el perfeccionamiento del contrato que exige el art. 978 del C.CyCN.

Minoría: Gustavo Orgaz y Norma Juanes.

5. Tratativas contractuales.

El régimen de las tratativas contractuales no se agota en los arts. 990 a 993, sino que debe integrarse conforme al art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación con los principios generales y normas específicas relativas de información, publicidad, confidencialidad, transparencia, que se encuentran en el ordenamiento normativo vigente (Código y microsistemas o leyes especiales).

Unanimidad

Despacho uno. *Conforme a los arts. 991 y 992 del C.CyCN. y dada la heterogeneidad de los comportamientos que pueden presentarse durante las tratativas contractuales con entidad para generar responsabilidad, corresponde – sin limitar a priori el resarcimiento a una determinada categorización del daño – aplicar los principios generales de la responsabilidad civil. A los fines de determinar la extensión del daño resarcible, gravitan las normas de los arts. 1725 y 1729 del C.CyC.N. No resulta aplicable a este ámbito la regla de la previsibilidad contenido en el art. 1728.*

Mayoría

Despacho dos. *Otra posición entiende que la ruptura intempestiva de las tratativas viola el principio de confianza y da lugar a la responsabilidad objetiva, con reparación plena e integral.*

Minoría

6. Contratos preliminares.

En los contratos preliminares pueden diferenciarse varias especies: los contratos preliminares que tienen por objeto obligar a la negociación, los que tienen en miras organizar la negociación y los relativos a la conclusión del contrato definitivo, supuesto éste que está regulado en los arts. 994 al 996 del CCyCN.

Puede considerarse que entre el contrato preliminar y el definitivo media una conexidad negocial genética y funcional que gravita en la relevancia o comunicabilidad de los efectos jurídicos al menos hasta el momento en el cual se concluye el definitivo. En ese orden puede resultar de aplicación los institutos de la frustración del fin del contrato (art. 1090), la imprevisión (art. 1091), la lesión (art. 332) y la ineficacia (art. 382).

Unanimidad.

6. 1. Plazo. Naturaleza.

Despacho uno. *Cabe interpretar que el plazo de un año previsto en el art. 994 del C.CyCN. es de caducidad, máximo e indisponible.*

Mayoría

Despacho dos. *El plazo previsto en el art. 994 es disponible por las partes en ejercicio de la autonomía contractual.*

Minoría

6. 2. Plazo. Alcances

Debe entenderse que el plazo de un año se refiere a las promesas del art. 995 del C.CyCN.

Este plazo no se aplica al contrato de opción del art. 996, según se desprende de la propia redacción de la norma y de la diferencia con el texto del art. 934 del Proyecto de 1998 de Unificación del Código Civil con el de Comercio, que ha sido su fuente. Tampoco alcanza al boleto de compraventa inmobiliaria en razón de que no se trata de un contrato preliminar.

Unanimidad

7. Observación.

Con respecto a la metodología empleada en la regulación de la teoría general del contrato se planteó una observación del Dr. Carlos Ghersi en el sentido que debió haberse colocado como centro del sistema a los contratos de adhesión y no a los contratos de negociación individual.

COMISIÓN Nº 5 - DERECHOS REALES: "USUFRUCTO"

1.- APLICACIÓN DEL CCYC A USUFRUCTOS CONSTITUIDOS CON ANTERIORIDAD.

De lege lata

El CCyC rige, a partir de su entrada en vigencia, las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7), por lo que resulta aplicable al usufructo constituido bajo el régimen del Código Civil derogado

Unanimidad

2.- OBJETO.

De lege lata

1.- *Partes materiales: El usufructo sobre diversas partes materiales a favor de titulares distintos, no implica que entre ellos exista una cotitularidad de esos derechos.*

2.- Partes alícuotas: Los condóminos pueden constituir usufructo sobre su parte indivisa, de conformidad a lo previsto por los artículos 1989 y 2130, inc b), del CCyC, sin conformidad de los demás condóminos.

Unanimidad

3.- DERECHOS

El usufructo puede tener por objeto un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé (art. 2130, inc. b, CCyC). Uno de estos casos lo constituye la anticresis del usufructo (art. 2213, CCyC).

4.- DERECHOS INTELECTUALES:

El usufructo puede tener por objeto derechos intelectuales, sólo en los casos en que la ley lo prevé (art. 2130, inc. b, CCyC).

CONSTITUCIÓN

De lege lata

Legitimados

a) Conjuntos inmobiliarios:

El artículo 2131 del CCyC, al referirse al titular de un derecho real de propiedad horizontal como uno de los legitimados para constituir usufructo, comprende también a los conjuntos inmobiliarios contemplados en los artículos 2073 a 2086 del CCyC, pues son éstos, en definitiva, una propiedad horizontal especial, conforme el artículo 2075 del CCyC (Unanimidad).

b) Tiempo compartido:

i) Dictamen de mayoría: *El titular del derecho real de tiempo compartido está legitimado para constituir usufructo, toda vez que la regla incorporada por el artículo 2131 del CCyC no es taxativa, excluyente de otros supuestos de derechos reales sobre cosa propia, y que por aplicación del art. 2095, inc. b, del CCyC, el usufructuario puede ceder temporal o definitivamente su derecho.*

ii) Dictamen de minoría: *El titular del derecho real de tiempo compartido no está legitimado para constituir derecho real de usufructo, toda vez que tal facultad no está prevista por el artículo 2131 CCyC, y tal*

constitución resultaría violatoria de la estructura legal prevista por el artículo 1884 del CCyC.

c) Superficie:

Además de derechos reales de garantía, la interpretación del artículo 2120 del CCyC, en armonía con el art. 2131 del CCyc, determina que el superficiario puede gravar con usufructo la propiedad superficiaria (unanimidad).

d) Constitución judicial:

En razón de lo dispuesto por el art. 2133 CCyC, en ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución.

Disidencia: el Dr. Urbaneja entiende que *en virtud de los arts. 441 y 442, en caso de desacuerdo de los excónyuges en el proceso de divorcio, el juez puede imponer a uno de ellos que constituya usufructo a favor del otro, como compensación económica. Idéntica previsión surge de los arts.524 y 525 para la disolución de la unión convivencial.*

5. FACULTADES DEL USUFRUCTUARIO:

De lege lata:

1.- Afectación al régimen de protección de la vivienda:

El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de

vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario (Unanimidad).

2.- Construcciones:

Dictamen de mayoría: *Resulta de aplicación el artículo 2143 CyC y no el artículo 1962, en el caso de que la realización de construcciones nuevas por el usufructuario o su cesionario impliquen una alteración de la sustancia, por violación de los supuestos previstos por el artículo 2145 del CCyC.*

Dictamen de minoría: *La realización de construcciones nuevas excede el supuesto de mejoras facultativas e importa alteración de la sustancia, siendo aplicable la disposición del art. 1962 CCyC, en el supuesto de transmisión del derecho.*

3.- Constitución de derechos reales de garantía:

De lege lata:

1.- Dictamen de mayoría: *En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.*

2.- Dictamen de la minoría: *Dada la transmisibilidad del derecho real de usufructo y su gravabilidad (art. 2142 del CCyC), el usufructuario tiene la facultad de hipotecar.*

De lege ferenda

1.- Recomendación por mayoría: *Se recomienda que en una futura reforma se incluya, de manera expresa, la facultad del usufructuario de hipotecar o de constituir prenda, según el caso.*

Transmisibilidad

De lege lata:

1.- Subasta pública (Unanimidad): *El CCyC no solo prevé la transmisibilidad voluntaria, sino también forzosa, mediante subasta pública, en ejecución individual o colectiva. En éste caso, el nudo propietario debe ser citado al proceso.*

2.- Cláusulas de inenajenabilidad:

a) Dictamen de mayoría: *No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los artículos 1884 y 1906 del CCyC.*

b) Dictamen de minoría: *Es posible que los sujetos involucrados en la constitución de un derecho de usufructo puedan pactar cláusulas de inenajenabilidad, en los términos previstos en el artículo 1972 del CCyC.*

Extinción

De lege lata:

1.- Resolución por incumplimiento:

Si el usufructuario no cumple con las obligaciones que le imponen la ley o el contrato, el nudo propietario puede requerir la resolución del contrato por incumplimiento.

2.- Revocación

El usufructo constituido en forma gratuita, es revocable por las causas previstas para la revocación de las donaciones (arg. art. 1543 CCyC).

3.- Legado

Aun aceptado el usufructo por el legatario, el art. 2460 del CCyC autoriza a interpretar que el o los legitimarios pueden optar por entregar al usufructuario el objeto del usufructo o bien la porción disponible. Se trata de un caso de extinción del usufructo no contemplado en el art. 2152 del CCyC, puesto que ya había nacido con la muerte del testador y aceptación del legatario.

4.- Extinción del subadquirente

En el supuesto de transmisión del usufructo (artículos 2142 1 parte y 2144 CCyC) la muerte o la extinción de la persona jurídica sub adquirente consolida el derecho en cabeza del nudo propietario.

Unanimidad

COMISIÓN Nº 6 - FAMILIA: "IDENTIDAD Y FILIACIÓN"

PLURIPARENTALIDAD

En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Mayoría: Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS) y Marisa Herrera (UBA).

Los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el código, en particular de los artículos 1 y 2 del Título Preliminar.

Minoría: Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo) y Adriana Krasnow (UNR).

No se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad.

Unanimidad: Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Marisa Herrera (UBA), Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo) y Adriana Krasnow (UNR).

CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA)

Debería incorporarse en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo de filiación como principios generales, el derecho a la identidad y el superior interés del niño.

Unanimidad: Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires), Nicolás Laferriere (UCA, Buenos Aires), Federico Notrica (UP), Eliana González (UCA, Rosario), Adriana Krasnow (UNR), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs As), Adriana Warde (UNC), Lorena Maggio (UP), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Ana María Chechile (UNLPlata); Ana Peracca (UN de Catamarca) y Marisa Herrera (UBA).

Las técnicas de reproducción humana asistida constituyen una tercera causa fuente filial, sea homóloga o heteróloga.

Mayoría: Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Silvina Basso (Uces), Adriana Warde (UNC) y Marisa Herrera (UBA),

La determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida como lo regula el Código Civil y Comercial de la Nación afecta el derecho a la identidad al permitir las TRHA heteróloga.

Minoría: Nicolás Laferriere (UCA Buenos Aires) y Eliana González (UCA, Rosario).

Son inconstitucionales los arts. 577, 582, 588, 589, 591, 592 y 593.

Minoría: Nicolás Laferriere (UCA Buenos Aires) y Eliana González (UCA Rosario).

Los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCyCN) deben ser proporcionados por los propios progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental al Registro Civil.

Unanimidad: Aída Kemelmajer de Carlucci (UNcuyo), Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Silvina Basso (Uces) y Adriana Warde (UNC).

Se debe dictar una ley especial que regule las técnicas de reproducción humana asistida.

Unuanimidad: Aída Kemelmajer de Carlucci (UNcuyo), Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Silvina Basso (Uces) y Adriana Warde (UNC).

Derecho de acceso a la información de los nacidos por TRHA heterólogas

En el art. 564 inc. b. del Código Civil y Comercial de la Nación se debe entender las "razones debidamente fundadas" de manera amplia y flexible.

Mayoría: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega

(UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Lorena Maggio (UP), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

En el art. 564 inc b. del Código Civil y Comercial de la Nación se entiende que la sola invocación del derecho a la identidad es considerada una razón debidamente fundada.

Minoría: Nicolás Laferriere (UCA, Buenos Aires), Eliana González (UCA, Rosario), Patricia Kudjumdian (UCA, Buenos Aires) y Adriana Warde (UNC).

Para el acceso a la información no identificatoria art. 564 inc a, se debe contar con edad y grado de madurez.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Lorena Maggio (UP), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP), Nicolás Laferriere (UCA, Buenos Aires), Eliana Gonzalez (UCA, Rosario), Patricia Kudjumdian (UCA, Buenos Aires) y Adriana Warde (UNC).

La necesidad de que el Estado (Ministerio de Salud) crea y mantenga actualizado el Registro Único de donantes, eslabón necesario para efectivizar el derecho de acceso a la información contemplado en el art. 564 del CCyCN en una ley especial.

Unanimidad: Herrera (UBA), Zabalza (UNdel Centro), Fredes (UNRio Negro), Vega (UN de Catamarca), Peracca (UN de Catamarca), de la Torre (UP), Notrica (UP), Duprat (UNS), Krasnow (UNR), Chechile (UNde La Plata), Basso (Uces) y Warde (UNC).

Es deber del centro de salud de reguardar datos sobre el donante.

Unamidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Lorena Maggio (UP), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP), Nicolás Laferriere (UCA, Buenos Aires), Eliana Gonzalez (UCA, Rosario), Patricia Kudjumdian (UCA, Buenos Aires), Adriana Warde (UNC) y María Victoria Pellegrini (UNS).

Es deber de los progenitores informar al hijo con edad y grado de madurez suficiente su origen procreacional.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Lorena Maggio (UP), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP), Nicolás Laferriere (UCA, Buenos Aires), Eliana Gonzalez (UCA, Rosario), Patricia Kudjumdian (UCA, Buenos Aires), Adriana Warde (UNC) y María Victoria Pellegrini (UNS).

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

Se debe regular la gestación por sustitución en una Ley Especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

La ley especial de gestación por sustitución debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes.

Mayoría: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

La ley especial de gestación por sustitución debe hacer hincapié en la protección de la persona gestante.

Minoría: Silvina Basso (Uces).

El nacido por gestación por sustitución, con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan

(Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

El derecho a conocer los orígenes del niño nacido por gestación por sustitución realizada con material genético de personas ajenas al proyecto parental se resuelve, en el caso de los donantes de gametos, por aplicación de los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UNde La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Patricio Curti (UP).

FILIACIÓN BIOLÓGICA

La compulsividad de las pruebas genéticas es compatible con el sistema de indicio grave que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación frente a la negativa del presunto padre a realizarlo.

Mayoría: Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires).

Minoría: Ana Peracca (UN de Catamarca).

Se debe relativizar el principio de cosa juzgada en los procesos de filiación que no se han basado en la prueba genética.

Unanimidad: Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires), Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana

Peracca (UN de Catamarca), Ana María Chechile (UNL Plata), y Carolina Duprat (UNS).

ADOPCIÓN

Guarda de hecho

De lege lata:

Se debe entender de manera sistémica de conformidad con los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa y genuina.

Unanimidad: Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

De lege ferenda:

Se debe modificar el art. 611 y volver al texto del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

Unanimidad: Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

De lege lata:

Se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscribe a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad.

Unanimidad: Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

De lege ferenda:

Se debe modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad.

Unanimidad: Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

En los supuestos de los arts. 611, 643 y 657 es relevante para la resolución del conflicto (guarda para adopción, ejercicio de la delegación de la responsabilidad parental y guarda judicial), la voluntad de los niños con edad y grado de madurez suficiente.

Unanimidad: Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana Peracca (UN de Catamarca), y Carolina Duprat (UNS).

Adopción y homoparentalidad

- Dada las dificultades que enfrenta la adopción por parejas del mismo sexo para adoptar debe reforzarse la interpretación sobre las condiciones de idoneidad previstas en el art. 613 de conformidad con lo dispuesto en el art. 656 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Unanimidad: Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Ana María

Chechile (UNLPlata), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Silvina Basso (Uces), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional de Champagnat), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana Peracca (UN de Catamarca), y Carolina Duprat (UNS).

DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES:

Se propone reformar el tercer párrafo del art. 596 del Código Civil y Comercial de la Nación en el siguiente sentido: "El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a datos médicos y enfermedades transmisibles".

Minoría: Silvina Basso (Uces).

Deben establecerse protocolos de actuación tanto para los organismos públicos como los judiciales con miras a conservar y resguardar la información del adoptado de manera adecuada y completa, conservándose en soporte magnético, además de soporte papel.

Unanimidad: Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Ana María Chechile (UNLPlata), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Silvina Basso (Uces), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional de Champagnat), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana Peracca (UN de Catamarca), y Carolina Duprat (UNS).

La información relativa a los orígenes debe ser utilizándose un lenguaje claro, sencillo, comprensible y con terminología acorde a los derechos humanos, es decir, libre de términos estigmatizantes y discriminatorios.

Unanimidad: Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Ana María Chechile (UNLPlata), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Silvina Basso (Uces), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional de Champagnat), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR),

Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana Peracca (UN de Catamarca), y Carolina Duprat (UNS).

En la acción autónoma a los fines de conocer los orígenes se debe garantizar a todo/a adolescente el derecho a contar con un patrocinio gratuito, a cargo del Estado.

Unanimidad: Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As), Ana María Chechile (UNLPlata), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Silvina Basso (Uces), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional de Champagnat), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Adriana Krasnow (UNR), Marisa Herrera (UBA), Paula Fredes (UN de Río Negro), Ana Peracca (UN de Catamarca), y Carolina Duprat (UNS).

Teniendo en cuenta que puede llevar a confusión el término "acción de filiación" en el art. 624, se debe entender que no se produce emplazamiento filial sino que los efectos se limitan a los previstos en la norma mencionada.

Minoría. Adriana Krasnow (UNR).

COMISIÓN Nº 7 - SUCESIONES: "EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA"

LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA ENTRE CÓNYUGES (2437 CCYC)

Separación de hecho y exclusión sucesoria

De lege lata:

La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho.

Esta causal incluida en el art. 2437 CCyC, es coherente con el régimen de divorcio incausado.

Por la afirmativa (mayoría): Guilisasti; Ferrer; Gutiérrez Dalla Fontana; Moreyra; Di Lella; Loyarte; Iglesias; Lloveras; Orlandi; Pellegrini; Duprat; Torres; Caparelli; Peracca; Vega; Zabalza; Gagliardi; Krasnow.

En contra (minoría): Mazinghi, Jorge A.M.; Villagra, Raquel; Muntaner, María; Gonzalez; Eliana.

De lege ferenda:

Es necesario modificar el art. 2437 del CCyC y establecerque, en principio, la vocación hereditaria entre los cónyuges se mantiene en el supuesto de separación de hecho, y que sólo la pierde el cónyuge que ha asumido una voluntad claramente contraria a la unión matrimonial.

Por la afirmativa (minoría): Mazinghi, Jorge A.M.; Muntaner, María; Gonzalez; Eliana. Moreyra, Javier.Villagra.

En contra (mayoría): Guilisasti; Ferrer; Gutiérrez Dalla Fontana; Di Lella; Loyarte; Iglesias; Lloveras; Orlandi; Pellegrini; Duprat; Torres; Capparelli; Peracca; Vega; Zabalza; Gagliardi; Krasnow.

B. Prueba

Quien pretende excluir al cónyuge, debe probar el supuesto objetivo de la separación de hecho.

Quien considere que no debe ser excluido de la sucesión, será quien deba probar que dicha separación era transitoria o no afectaba el proyecto de vida en común.

Por la afirmativa (mayoría): Guilisasti; Ferrer; Gutierrez Dalla Fontana; Moreyra; Di Lella; Loyarte; Iglesias; Lloveras; Orlandi; Pellegrini; Duprat; Torres; Caparelli; Peracca; Vega; Zabalza; Gagliardi; Krasnow;Mazinghi, Jorge A.M.; Muntaner, María; Gonzalez; Eliana. Moreyra.

Se abstiene: Raquel Villagra

C. Decisión judicial

En materia de exclusión hereditaria del cónyuge, corresponde meritar y analizar los motivos por los que ha cesado la convivencia resultante de una decisión judicial.

Por la afirmativa (minoría): Villagra. Moreyra. Muntaner. Capparelli. Gonzalez, Ferrer, Gutierrez, Dalla Fontana, Mazzinghi, Jorge A. M

Por la negativa (mayoría): Iglesias, Loyarte Lloveras, Di Lella, Orlandi, Pellegrini, Torres, Duprat, Peracca, Vega, Zabalza, Gagliardi, Krasnow, Herrera, De la Torre,Guillisasti.

D. Decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia

La causal de cese de la convivencia por una decisión judicial de cualquier tipo constituye una causal autónoma de exclusión.

Aprobada por unanimidad: Moreyra. Muntaner. Capparelli. Gonzalez. Ferrer. Dalla Fontana. Mazzinghi, Jorge A. M: Iglesias, Loyarte, LLoveras, Di Lella, Orlandi, Pellegrini, Torres, Duprat, Peracca, Villagra. Vega, Zabalza, Gagliardi, Krasnow, Herrera, De la Torre, Guilisasti

La resolución judicial debe ser firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan judicialmente medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, o son provisionales, o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho, que cause la extinción de la vocación hereditaria conyugal.

Afirmativa (mayoría): Moreyra, Muntaner. Capparelli. Gonzalez. Mazzinghi, Jorge A. M: Iglesias, Loyarte, LLoveras, Di Lella, Orlandi, Pellegrtni, Torres, Duprat, Peracca, Vega, Zabalza, Gagliardi, Krasnow, Herrera, De la Torre.Villagra

Negativa (minoría): Ferrer, Gutierrez Dalla Fontana, Guilisasti

E. Derecho transitorio

Si un cónyuge muere a partir de la vigencia del CCyC:

a) la exclusión prevista en el art 2436 (matrimonio in extremis) no opera cuando el matrimonio fue precedido por una convivencia, con los requisitos del Título III del L II, si el matrimonio se celebró antes del 1°/08/2015

b) los cónyuges que conservaban la vocación hereditaria por encontrarse separados personalmente (art. 3574 C.C.) la pierden por aplicación del art. 2437 si la muerte se produce a partir del 1°/08/2015

c). la exclusión en caso de matrimonio in extremis (art 2436) no opera sólo cuando el matrimonio fue precedido por una unión convivencial; queda excluido otro tipo de unión

Por la afirmativa (minoría): Guilisasti, Moreyra, Mazzinghi.

Por la negativa (mayoría):Muntaner. Caparelli. Gonzalez. Mazzinghi, Jorge A. M: Iglesias, Loyarte, LLoveras, Di Lella, Orlandi, Pellegrini, Torres, Duprat, Peracca, Vega, Zabalza, Gagliardi, Krasnow, Herrera, De la Torre, Orlandi.

F. Derecho real de habitación y exclusión hereditaria

La exclusión a los derechos hereditarios respecto de los cónyuges separados de hecho, no impide que el cónyuge supérstite invoque un derecho real de habitación sobre el inmueble que habitaba hasta la muerte de su consorte - 2383 CyC.

Por la afirmativa (minoría): Mazzinghi, Jorge

Por la negativa (mayoría): Orlandi, Lloveras, Di Lella,Loyarte, Iglesias, Herrera, Duprat, Krasnow, Notrica, Moreyra, Vega. Torres. Gagliardi. Peracca. Molina, Guilisasti, Capparelli.Gutiérrez Dalla Fontana.

G. La vocación hereditaria en la unión convivencial

De lege ferenda:

Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente en la unión convivencial atento a la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, de no discriminación y protección integral de las diversas formas familiares.

Por la afirmativa (minoría): Lloveras, Gutierrez Dalla Fontana.Villagra

Por la negativa (mayoría): Herrera, Iglesias, Orlandi, Loyarte, Gagliardi, Gonzalez, Zabalza, De la Torres, Capparegllí, Moreyra, Guilisasti, Mazzinghi, Krasnow

Se abstiene: Di Lella, Pedro. Francisco A.M. Ferrer

INDIGNIDAD

CAUSALES DE INDIGNIDAD

A. Acción de indignidad. Efectos de la acción de indignidad respecto del sucesor particular a título oneroso del heredero declarado indigno.

El sucesor particular a título oneroso del indigno sólo puede ser calificado de mala fe, y por ende ser pasible de encontrarse como legitimado pasivo de una acción de indignidad, cuando surge la existencia de la causal de indignidad en el expediente sucesorio. Debe requerirse por parte del tercero compulsar y estudiar el expediente sucesorio.

Por la afirmativa (Minoría):Mazzinghi. Ferrer. Capparelli. Gutierrez, De la fontana, Muntaner, Moreyra.

Por la negativa (mayoría): Lloveras. Di Lella. Iglesias. Guilisasti. Villagra. Gagliardi. Kuyumdjian. Torres.

Se abstienen; Dolores Loyarte. Olga Orlandi.

Se considera incluido el cesionario de derechos hereditarios.

Por la afirmativa (mayoría): Mazzinghi. Ferrer. Capparelli. Gutiérrez Dallafontana. Muntaner. Moreyra. Iglesias. Torres, Kuyumdjian, Guilisast.

Por la negativa (minoría): Lloveras. Di Lella. Villagra.

Se abstiene. Loyarte.

B. La falta de suministro de alimentos al causante y la necesidad de un reclamo expreso.

De lege lata:

Debe interpretarse el inciso e) del art. 2281 CCyC queson indignos de suceder alcausante los parientes oel cónyuge cuando mediando un reclamo extrajudicial fehaciente o una demanda judicial, no le hayan suministrado al causante los alimentos que efectivamente necesita para satisfacer sus necesidades.

Por la afirmativa (mayoría): Mazzinghi. Ferrer. Capparelli. Gutierrez Dallafontana. Muntaner. Moreyra. Kuyumdjian. Di Lella

Por la negativa (minoría): Iglesias. Torres.

Se abstienen: Guilisasti. Lloveras. Orlandi. Villagra.

De lege ferenda:

Debe incluirse en el art. 2281 inc e) que son indignos de suceder al causante los parientes oel cónyuge cuando mediando un reclamo extrajudicial fehaciente o una demanda judicial, no le hayan suministrado al causante los alimentos que efectivamente necesita para satisfacer sus necesidades.

Por la afirmativa (mayoría): Mazzinghi. Capparelli. Gutierrez Dallafontana,

Muntaner. Moreyra. Kuyumdjian..

Por la negativa (minoría): Iglesias. Torres.Loyarte.Guilisast. Lloveras . Di Lella.

Se abstiene. Ferrer.. Orlandi. Villagra. Gagliardi-

C. Alcance de las causales de indignidad (2281, inc. b). El maltrato emocional a personas mayores..

1. El "maltrato grave de hecho" (2281 inc. b) – especialmente en adultos mayores - incluye el maltrato psicológico y el maltrato emocional.

2. El abandono emocional constituye maltrato pues implica una ausencia manifiesta, continuada y cualificada de relaciones familiares.

3. Pueden ser declarados indignos las personas que profirieran maltrato psicológico y/o abandono emocional a adultos mayores.

El abandono emocional implica: a) la ausencia de relación familiar manifiesta y continuada; b) la inexistencia de vínculos afectivos y/o contacto "notorios"; y c) esta ausencia debe ser exclusivamente atribuible al demandado.

Por la afirmativa (mayoría): Ferrer. Orlandi. Lloveras. Di Lella. Iglesias. Gutierrez Dalla Fontana Loyarte Guilisast. Gagliardi, Torres, Capparelli Kuyumdjian

Por la negativa (minoría): Mazzinghi

Abstención: Villagra

D. La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar

1. El principio de solidaridad familiar debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales reguladas por el CCyC, aún en el derecho sucesorio.

2. El supuesto de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge y de los parientes del causante por indignidad previsto en el inc. e), 1° supuesto, del art. 2281 del CCyC, importa un incumplimiento al deber de solidaridad familiar.

Por la afirmativa (minoría):Villagra. Gutierrez Dalla Fontana.

Abstención: Lloveras. Di Lela Orlandi. Iglesias Gagliardi. Loyarte. Ferrer Moreyra Mazzinghi Muntaner Capparelli Guilisast Kuyumdjian.

3. No corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el mismo Código les impone un deber de asistencia fundado en un deber de solidaridad familiar.

Por la afirmativa: Villagra.

Por la negativa: Ferrer, Di Lella, Lloveras. Loyarte, Iglesias, Gaglairdi.

Torres. Mazzinghi. Guilisast. Kuyumdjian. Capparelli. Moreyra. Gutierrez Dalla Fontana. Muntaner

De lege ferenda:

4. Debe incluirse un llamamiento legítimo no legitimario con preferencia frente al derecho del Fisco (art. 2441 CCyC), a favor de aquellos sujetos alcanzados por un deber alimentario respecto del causante, en subsidio de los llamados con preferencia en razón del vínculo conyugal o parental más próximo con el difunto, tal los afines en 1° grado y el conviviente.

Por la afirmativa:Villagra.

Por la negativa: Ferrer. Di Lella. Lloveras. Loyarte. Iglesias. Gagliardi. Torres. Mazzinghi. Guilisast, Kuyumdjian, Capparelli, Moreyra, Gutierrez Dalla Fontana. Muntaner

COMISIÓN Nº 8 - DERECHO DEL CONSUMIDOR: "PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS Y BURSÁTILES"

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO Y BURSÁTIL.

1. *El régimen de defensa del consumidor se aplica en relación a los proveedores y responsables de servicios financieros y bursátiles, a través de un proceso de "diálogo de fuentes", de jerarquía constitucional (arts. 42 y 43 C.N.), fortalecido por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, a la par*

del sistema especial de la ley 24.240, normas legales complementarias y reglamentaciones.

2. *La noción de "relación de consumo", a la que aluden los arts. 42 de la C.N., 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación y 3° de la ley 24.240, comprende a las "operaciones financieras" activas, pasivas, neutras y otras, realizadas por entidades financieras (ley N° 21.526) y otras entidades asimilables (cooperativas, mutuales, asociaciones sindicales, etc.), cuando el bien o servicio es destinado para satisfacer necesidades privadas o domésticas del consumidor o de su familia o grupo social. Del mismo modo, y con las mismas exigencias, quedan dentro del régimen protectorio las operaciones bursátiles de inversión.*

3. *El principio protectorio, al tiempo que impone a las autoridades judiciales y administrativas proveer a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios y aplicar las normas que les resulten más favorables (arts. 42 CN., 3° y 65, ley 24.240 y 1094 y concordantes, CCyCN), constituye una regla hermenéutica para resolver casos dudosos, en especial, en relación a las operaciones bursátiles de inversión, ámbito donde la debilidad se acentúa en razón de la asimetría de información y la complejidad técnica de dichos negocios, en situaciones de no profesionalidad.*

4. *La codificación de un núcleo mínimo de tutela de los consumidores en el Código Civil y Comercial contribuye a la humanización del trato que deben recibir los consumidores, en especial respecto de aquellos hipervulnerables que se caracterizan por portar una vulnerabilidad agravada por circunstancias tales como discapacidad, edad, analfabetismo, entre otros.*

5. *Las autoridades públicas deben ejercer el poder de policía estatal de regulación, fiscalización y control y diseñar e implementar políticas activas, adecuadas y enérgicas para la efectiva protección de los consumidores de servicios financieros y bursátiles, a través de la implementación de campañas de información, difusión y promoción de derechos, el control y regulación de publicidades ilícitas y prácticas abusivas, la regulación de costos financieros y de las entidades dadoras de crédito, el control de cláusulas abusivas, la educación para el consumo y el consumo sustentable.*

Asimismo, la educación financiera y bursátil constituye una herramienta útil para superar las deficiencias informativas, al tiempo que promueve el uso responsable de tales servicios.

MECANISMOS EFICACES DE TUTELA DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS Y BURSÁTILES

1. *Las reglas del nuevo Código sobre facultades judiciales de los jueces (art. 960) abuso de posición dominante (art. 11); conexidad contractual (arts. 1073, 1074 y 1075), contratos por adhesión (arts. 984 y ss), cláusulas abusivas (art. 1117), situación jurídica abusiva (art. 1120) y función preventiva (art 1708 y concs.), entre otras, expresan mecanismos eficaces de tutela del consumidor en el ámbito financiero y bursátil. Igualmente, las disposiciones sobre información, oferta, publicidad, prácticas comerciales, contratos a distancia y comercio electrónico de la ley 24.240 y del Código Civil y Comercial de la Nación.*

A ello se suma la disciplina especial sobre contratos bancarios con consumidores del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1384 a 1389).

2. *El régimen de prácticas abusivas (art. 1096 y ss del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 8 bis ley 24.240), alcanza a la emisión de títulos cambiarios en fraude a la normativa de consumo. En tales casos, debe permitirse al deudor el planteo de las defensas causales. Cuando la ejecución sea iniciada por un tercero deberá analizarse si su transmisión se efectuó a un sujeto vinculado al proveedor directo por una finalidad económica común (arts. 1073 y 1075 del Código unificado) en fraude a la normativa de consumo. La concurrencia de dichos extremos, torna procedentes las defensas causales.*

3. *Los daños punitivos (art. 52 bis ley 24.240) constituyen por su función disuasiva principal una herramienta eficaz en el ámbito financiero y bursátil, particularmente frente a prácticas abusivas (art. 8 bis ley 24.240).*

4. *Las cláusulas de prórroga de competencia territorial en contra del consumidor son nulas, porque el orden público de protección se establece en su beneficio y no pueden hacerse valer en su contra.*

5. *Las opciones enunciadas en el art. 36, último párrafo, concede al consumidor en cuanto a la competencia nacen al momento de entablar el reclamo y/o iniciar la demanda judicial y son irrenunciables.*

6. *El art. 1389 del Código Civil y Comercial de la nación debe ser interpretado sobre la base del diálogo de fuentes, principio protectorio y las reglas sobre ineficacias contenidas en el Libro Primero*

Protección de los consumidores frente a ciertas operaciones financieras

1. *Los negocios de garantía (hipotecas, prendas, fianzas, etc.) resultan alcanzados por el régimen de defensa del consumidor, cuando son conexos a una operación de consumo. Los principios de accesoriedad e igualdad conducen a dicha interpretación.*

2. *Los mecanismos de tutela previstos para el fiador general en el art. 1578 del Código Civil y Comercial de la Nación resultan aplicables aún frente a quienes se obliguen como "principal pagador".*

3. *El contrato de caja de seguridad es un contrato de consumo y persigue como fines esenciales la seguridad en la conservación y secreto del contenido. Ambas son asumidas como obligaciones de resultado por el receptor, a las que debe adicionarse una obligación de seguridad, que consiste en el deber de mantener indemne al usuario de eventuales daños sobre los bienes custodiados. Los artículos 1414 y 1417 del Código Civil y Comercial de la Nación deben ser interpretados en armonía con el régimen de cláusulas abusivas.*

Sobreendeudamiento de los consumidores financieros o de créditos

1. *Esta Comisión remite a las recomendaciones vertidas en ocasión de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).*

Agenda futura

1. *Sin perjuicio de los valiosos instrumentos existentes en el régimen vigente para la protección de los consumidores financieros y bursátiles, resulta conveniente encarar -en un futuro mediato- el ajuste de la ley de defensa del consumidor, avanzando hacia una exhaustiva regulación de las "operaciones financieras y de crédito para el consumo" (art. 36), que deberá ir acompañada*

de normas provinciales o locales relativas a la implementación de la tutela efectiva en el plano administrativo y procesal.

2. *La Comisión propone que oportunamente se designe, como tema a desarrollar en la Comisión de Derecho del Consumidor, en el marco de las próximas JNDC (La Plata, 2017): "Dialogo entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental. Consumo sustentable. Daños punitivos, acciones colectivas, etc."*

COMISIÓN Nº 9 - LEX MERCATORIA

En cuanto a la Lex Mercatoria y sus elementos característicos:

La Lex Mercatoria trasciende los marcos estatales e internacionales clásicos, constituyendo un sub sistema jurídico de autorregulación cuyos elementos característicos son los usos, prácticas y costumbres comerciales.

Tales características esenciales constituyeron la noción tradicional de Lex Mercatoria, en tanto que la llamada nueva Lex Mercatoria incluye, además, el denominado soft law (principios, leyes modelos, guías legislativas, guías de buenas prácticas), producto de organismos y organizaciones internacionales, derecho originado en los laudos arbitrales y principios comunes del derecho internacional.

Con respecto a la relación de la Lex Mercatoria con el Código Civil y Comercial de la Nación entendemos:

a) *Con carácter general la Lex Mercatoria se encuentra receptada en el artículo 1 como fuente del derecho.*

b) *En cuanto al deber de resolver, la Lex Mercatoria constituye un fundamento para la decisión razonable del juez, establecido en el artículo 3.*

Con relación a las disposiciones de derecho internacional privado:

a) *La lex mercatoria está contenida en la aplicación del derecho extranjero adoptada por el artículo 2595.*

b) *En materia de contratos internacionales la Lex Mercatoria es de aplicación por autonomía de la voluntad de las partes conforme el artículo 2651 inc. d)*

c) *En defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, la Lex Mercatoria se aplica por referencia a las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, según el artículo 2652.*

d) *Con relación a los límites a la aplicación de la Lex Mercatoria, están constituidos por los principios de orden público del ordenamiento jurídico argentino.*

Debe tenerse en claro que las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino son de aplicación inmediata, se imponen por sobre la autonomía de la voluntad de las partes y excluyen el derecho extranjero aplicable.

COMISIÓN Nº 10 - DERECHO COMPARADO: "DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD DE INTERNET"

1. *Internet es un ámbito en el que se generan daños que se rigen por las normas de la responsabilidad civil.*

Unanimidad.

2. *En Internet intervienen diversos actores (proveedores de acceso, de alojamiento, de contenidos, de plataformas de comercio electrónico, buscadores, usuarios, entre otros) que pueden ser productores de daños.*

Unanimidad

3. *Los sitios web que prestan un servicio de intermediación en el comercio electrónico pueden ser responsabilizados tanto por la deficiente prestación del servicio que brindan (publicidad, calificación de los usuarios, trasmisión de la oferta, manejo de la subasta, entre otros) como por el incumplimiento de la obligación principal que asumen sus usuarios vendedores. Pueden ser de aplicación las normas del Código Civil y Comercial que regulan la conexidad contractual.*

Unanimidad

4. *Los sitios web intermediarios en el comercio electrónico están obligados a informar la facultad de revocación que tiene el consumidor de conformidad con lo establecido en los artículos 34, segundo párrafo de la ley 24.240 y 1110 del Código Civil y Comercial de la Nación y responder en caso de daños ocasionados a los consumidores por el incumplimiento de dicha obligación.*

Unanimidad

5. *El derecho al olvido es un derecho relacionado con la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público.*

Unanimidad

6. *Factor de atribución*

a) En el caso de los buscadores el factor de atribución es subjetivo.

Molina Quiroga, Pizarro, López Herrera, Calvo Costa, Frúgoli, Carestía, Alferillo, Urrutia

La mala fe debe ser tenida en cuenta como un factor autónomo de atribución de responsabilidad

Alferillo

b) En el caso de los buscadores el factor de atribución es objetivo fundado en los arts. 1757 y 1758 del CCyCN.

Messina, Lovece, Juárez Ferrer, Ronchi

7. *Los buscadores incurren en responsabilidad cuando son notificados efectivamente del carácter dañino del contenido.*

Molina Quiroga, Pizarro, López Herrera, Calvo Costa, Frúgoli, Carestía, Alferillo, Urrutia

8. La notificación debe identificar el sitio (URL).

Unanimidad

9. Carácter de la notificación

a) *La regla debe ser la notificación judicial, sin perjuicio de un bloqueo preventivo extrajudicial ante notificación privada, en razón de lo previsto por los art. 1710 y concs. CCyCN. Excepcionalmente basta la notificación privada en casos palmarios de ilicitud, que deben estar claramente tipificados en la ley y no ser conceptos abiertos.*

Molina Quiroga, López Herrera, Calvo Costa, Carestía

b) *La simple notificación privada a cargo del afectado es suficiente para generar el deber de bloquear el acceso a los contenidos por el titular del motor de búsqueda (art. 1725 CCyCN).*

Pizarro, Frúgoli, Urrutia, Alferillo

c) *No es necesaria ninguna notificación para que exista responsabilidad*

Messina, Lovece, Juárez Ferrer, Ronchi

10) El objetivo es armonizar la libertad de expresión (art. 13 CADH) con los derechos fundamentales, tanto individuales como de incidencia colectiva de las personas que se sientan afectadas (art. 14).

Unanimidad

11. Recomendación: *La cosificación de las personas en Internet, en especial de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, constituye una categoría de daño intolerable*

Unanimidad.

COMISIÓN Nº 11 - DERECHO ROMANO: "DERECHOS REALES DE SUPERFICIE Y ENFITEUSIS"

El derecho real de Superficie es una creación propia del Derecho Romano, que comenzó a desarrollarse a través de la tarea del Pretor, quien la protegió como una situación de hecho mediante acciones útiles y luego con los interdictos.

Primero se aplicó en terrenos públicos y con posterioridad en el ámbito privado.

Pero es en el derecho Justinianeo donde se lo menciona con precisión como derecho real sobre cosa ajena, afectando a las construcciones.

El derecho de Superficie cumplió en el Derecho Romano una función social, a fin de superar la grave problemática habitacional.

Dalmacio Vélez Sarsfield rechazó la admisión de este derecho de Superficie por las razones político-económicas existentes en ese momento en nuestro país, mientras que en el ámbito del derecho comparado siempre fue receptado.

Por ello vemos con satisfacción la incorporación del derecho de Superficie en el nuevo Código Civil y Comercial, y somos optimistas en el sentido de su aplicación práctica, sin perjuicio de reconocer que es un nuevo desafío para nosotros como profesionales del derecho, para la doctrina y la jurisprudencia, el análisis y la implementación de esta institución, proponemos su enseñanza teniendo en cuenta sus raíces Romanas.

COMISIÓN Nº 12 - INTERDISCIPLINARIA: "DERECHOS E INTERESES DE INCIDENCIA COLECTIVA"

Lege lata

POR UNANIMIDAD

1. *La categoría ´intereses individuales homogéneos´´ es una especie que integra el género derechos de incidencia colectiva, por lo que debe considerarse subsumida en la redacción de los artículos 14, 240, 1737 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación.*

2. *Las notas esenciales se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Nacional (causas "Halabi", "Padec" y "Consumidores Financieros" entre otras) y conforman una doctrina interpretativa a seguir por los tribunales inferiores.*

3. *En el esquema normativo nacional, integrado por el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte (estas dos últimas como fuentes principales a tenor del artículo 1 del Código Civil y Comercial) puede identificarse un género: " derecho de incidencia colectiva" que incluye dos*

subespecies: los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos, y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

4. *La supresión de los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y comercial y la modificación de sus artículos 14 y 240, no implica eliminar del derecho positivo argentino la categoría de los "derechos individuales homogéneos".*

5. *Las acciones por daños a derechos individuales homogéneos pueden tramitar en un proceso colectivo cuando existe una causa fáctica o normativa común; la pretensión se enfoca al aspecto colectivo de los efectos; el ejercicio individual no aparece como justificado o se afecte el acceso a la justicia, o se evidencie un fuerte interes estatal.*

6. *Los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial deben utilizarse como pauta de interpretación de los derechos de incidencia colectiva (artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 14, 240, 1737 y cc. del Código Civil y Comercial).*

7. *Ante la ausencia de legislación, las reglas del proceso colectivo – incluídas las acciones de clase- deberán ser determinadas por el juez, siguiendo la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

8. *La introducción de la categoría de los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial es una derivación directa de la constitucionalización del derecho privado (artículos1 y 2 del Código Civil y Comercial).*

9. *La introducción de los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial ubica al derecho privado argentino en una posición de vanguardia respecto de la protección de los bienes colectivos y de los derechos individuales homogéneos.*

10. *Es importante capitalizar la experiencia de la jurisprudencia argentina ("leading case") en materia de acciones de clase que es perfectamente compatible con el objetivo de proteger los derechos de incidencia colectiva (artículos 14, 240, 1737 y cc. del Código Civil y Comercial)*

11. *Los jueces deben asumir un rol activo en los procesos colectivos con sustento en la constitucionalización de los derechos de incidencia colectiva y en las garantías constitucionales; aplicando el diálogo de fuentes (artículo 2 del Código Civil y Comercial) y adoptando las reglas de decisión del articulo 3 del Código Civil y Comercial. A tales fines deberán resolver los casos con la alternativa de la segmentación en etapas, de la división de pretensiones, la implementación de mecanismos de notificación y publicidad, el análisis de la representación adecuada y de la participación de terceros. Todo ello sobre la base de la flexibilización de las reglas y principios procesales.*

12. *Los artículos 14, 240 y cc. del Código Civil y Comercial consagran la función socioambiental en el ejercicio de los derechos individuales, lo cual implica introducir la noción de bien común y sustentabilidad en el sistema de derecho privado, tanto para la tutela de las generaciones actuales como de las futuras.*

13. *Las acciones preventivas (artículos 1710 y ss. del Código Civil y Comercial) y resarcitorias (artículos 1716 y siguientes del Código Civil y Comercial) por daños masivos que importan una lesión a intereses individuales homogéneos, deben sustanciarse en el marco de un proceso colectivo, incluídas las acciones de clase, en cuya construcción son valiosas las pautas jurisprudenciales que emanan como doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

14. *Los valores culturales del artículo 240 del Código Civil y Comercial, comprenden la tutela del patrimonio cultural (conforme artículo 41 de la Constitución Nacional y 1 y 2 del Código Civil y Comercial) siendo aplicable las reglas y los principios regulatorios de los derechos de incidencia colectiva relativos al ambiente como bien colectivo.*

15. *Sobre la base de normas constitucionales y de la Convención Americana de Derechos Humanos (articulo 1 y 2 del Código Civil y Comercial) el Estado no puede autolimitar su responsabilidad por daños causados a bienes colectivos o de incidencia colectiva.*

16. *Los paradigmas, reglas, principios y valores del Código Civil y Comercial se integran o complementan de manera coherente y sistemática con*

las normas especificas de los microsistemas juridicos relativos a los derechos de incidencia colectiva.

Lege Ferenda

17. *Con el fin de profundizar una tutela real y efectiva de la clase pasiva, resulta conveniente la regulación de las acciones colectivas en la legislación en seguridad social con base en lo normado en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial.*

18. *Es conveniente que las provincias, en ejercicio de facultades legislativas propias, dicten regulaciones procesales en la implementación de los procesos colectivos, incluídas las acciones de clases, para la efectiva protección de los derechos de incidencia colectiva y los intereses individuales homogéneos.*

19. *Seria conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en casos de daños producidos a derechos de incidencia colectiva en general, transcendiendo o ampliando lo ya previsto en el artículo 52 bis de la Ley 24.240*

COMISIÓN Nº 13 - ENSEÑANZA DEL DERECHO: "UTILIDAD DEL MÉTODO SOCRÁTICO EN LA ENSEÑANZA EN RELACIÓN CON AUDIENCIAS ANTE TRIBUNALES SUPERIORES".

1. *El empleo adecuado del método socrático es de utilidad en la enseñanza del Derecho, de un modo especial en la formación para las audiencias ante tribunales superiores. Se enfatiza que no es un objetivo en sí mismo, ni se postula como un camino único, sino que debe corresponder a los requerimientos de las circunstancias.*

2. *El porvenir del derecho civil y del derecho en general depende en gran medida de la educación jurídica, cuyas características actuales no son satisfactorias.*

3. *La enseñanza del derecho ha de tener en cuenta la necesidad de explicarlo atendiendo a sus razones, y a la educación en la formación de juristas a la altura de las exigencias de la tarea que deben realizar. Entre estas se encuentran la formación ética y jurídica en los valores democráticos y republicanos.*

4. *El nuevo Código Civil y Comercial exige el replanteo de los criterios educativos actuales.*

5. *La formación docente, siempre imprescindible, es especialmente relevante en tiempos de nuevos paradigmas jurídicos.*

6. *Es necesaria una estrategia jurídica integral que interrelacione las diversas posibilidades del Derecho.*

DOCTRINA DE DERECHO PENAL

EL DELITO DE FEMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL

María Mónica Rivero

1. Introducción.

El presente artículo tendrá por objeto explicar los motivos por los cuales cuando el homicidio o -su tentativa- se produce en un contexto de género y la victima es una mujer y el autor un hombre, aunque exista parentesco o alguna de las relaciones contempladas por el inciso 1) del art. 80 del Código Penal, el delito se traslada a la figura prevista en el inciso 11 de dicho artículo: el femicidio.

Asimismo considerando la evolución sustancial en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres se determinará la responsabilidad que le cabe a los organismos de los Estados ante hechos criminales encuadrables en la figura bajo examen, aún cuando fuesen cometidos por particulares o por no haberse identificado al autor de la trasgresión. Dicho análisis se realizará en consonancia con lo estatuido por la Ley de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales[1].

2. Encuadre normativo del delito de femicidio.

En nuestro país, el inciso 11) del artículo 80 del Código Penal – incorporado por Ley 26.791, B.O. 14/12/212- se refiere a violencia de género como uno de los elementos típicos, pese a que esta expresión no está definida en el Código Penal. Ello hace que, para su interpretación debamos recurrir a otras normativas para integrar el tipo penal aludido.

En este sentido, dos normas coexisten en el derecho argentino: una, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y

[1] Ley Nacional Nº 26485.

Erradicar la Violencia contra la Mujer[2] y la otra, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales[3].

Jorge Eduardo Buompadre al respecto en su libro *"Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género"* señala que el concepto de violencia de género

> *"es un elemento normativo del tipo, extralegal, no hay que buscarlo en el Código Penal sino en la ley 26.485 art.4… Se trata de un concepto normativo del cual el Juez no puede apartarse, y por ende, no puede ser sometido a una interpretación judicial libre, ni puede ser creado judicialmente, está en la ley y solo la ley dice lo que es violencia de género. Entonces, violencia de género es lo que la ley dice qué es".*

En nuestro ordenamiento interno, la ley 26485 es una norma orientada, pura y exclusivamente, a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres; no se trata en sentido estricto de una "*ley de género*" aún cuando la violencia por razones de género implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres. De lo que se desprende, que para el legislador argentino -aun cuando no haya utilizado el término "género" en la definición de violencia contra a la mujer (art. 4)- se debe entender que la expresión "violencia de género" equivale a "violencia contra la mujer".

Por otra parte, de la interpretación armónica de las normas mencionadas -Convención de Belem do Pará y ley 26.485-, se infiere que no toda violencia contra una mujer es violencia de género. Debe existir en la génesis de esa violencia una relación desigual de poder[4], una agresión que se basa en la pertenencia de la víctima en el sexo femenino, que le impide el goce de sus derechos.

---

[2] *Convención de Belem do Pará*, ratificada por ley nacional 24.632-.

[3] Ley Nacional 26.485.

[4] Art. 4 Decreto 1011/2010 –B.O. 20/7/10 Reglamentación de la ley 26.485.

De allí, que el fundamento de la mayor penalidad del femicidio, debemos buscarlo en la condición del sujeto pasivo y las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. Por lo que, el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no se traduce siempre en un femicidio, sino solo aquella muerte provocada en un ámbito situacional especifico, que es aquel en el que existe una situación de subordinación y de sometimiento de la mujer hacia al varón basada en una relación desigual de poder.

La violencia contra la mujer no es una cuestión domestica o biológica que este dada por la diferencia entre los sexos, sino de género. Toda vez, que el género se constituye como resultado de una construcción social, mediante la cual, se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a varones y mujeres.

Es decir, que la violencia contra la mujer se enmarca dentro de un sistema socio-cultural de dominación y subordinación de las mujeres que es aplicado por hombres y se denomina patriarcado. Este sistema está sustentado ideológicamente en preceptos androcéntricos –mirada masculina del universo- que legitiman practicas de violencia contra la mujer, basada en roles atribuidos como naturales o biológicos de unos y otras, y en el discurso de superioridad masculina que busca, a su vez, controlarlas y mantenerlas dentro del modelo que el patriarcado ha querido imponerles: el de mujer sumisa, buena madre, hija o esposa.

Aunque la situación o el status de las mujeres, puede variar de una cultura a otra, de un país al otro, de un momento histórico al otro, persiste una constante que está dada por la subordinación de las mujeres a los hombres. Estas diferencias impactan, en la distribución del poder, en el acceso a los recursos materiales, simbólicos y servicios, y genera violencia.

Y esto se refleja, cuando ocurre un caso de violencia por razones de género, con frecuencia no se produce una crítica real, sino que se tiende a justificar, y a merituarlo, generalmente desde dos posturas. Cuando la agresión no ha causado lesiones graves, se

presenta como un conflicto de pareja, que debe ser resuelto dentro de la propia relación[5].

En cambio, si el caso es más grave o produce la muerte de la mujer, se buscan justificaciones, tales como que el agresor es alcohólico, consumidor de sustancias prohibidas, sufre alteraciones emocionales, trastornos psíquicos, o aún peor en la propia víctima, la cual es a veces considerada como la 'propiciatoria' o 'merecedora' de la agresión violenta que acaba con su propia vida.

Se piensa que ciertos crímenes solo les ocurren a ciertas personas que llevan modos de vida diferentes, que pertenecen a determinados grupos étnicos, que tienen ciertas creencias religiosas, que pertenecen a grupos sociales, que tienen nivel económico bajo, que consumen drogas, que exteriorizan una orientación sexual distinta. Tampoco es conveniente la 'idealización de la víctima', por ser joven, estudiante universitaria, pertenecer a un status social elevado, porque puede llevar a descontextualizar el crimen, haciendo que se pierdan las circunstancias reales de su comisión.

De este modo, una parte de la violencia que sufren las mujeres queda en la invisibilidad, y la otra parte en la impunidad, lo que apareja que no se producen cambios en las circunstancias que causan dicha violencia, situación que refuerza, a su vez, la construcción socio-cultural.

En tal sentido Maqueda Abreu, expresa que

> *"fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignadas bajo la etiqueta del género. De ahí la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"*[6].

---

[5] El estudio de algunas sentencias, introduciendo la perspectiva de género en el análisis de la casuística judicial, ha puesto de manifiesto que se resta importancia a las pruebas acreditantes de violencia doméstica y se minimizan los actos violentos o vejatorios dándoles la consideración de simples disputas conyugales.

[6] MAQUEDA ABREU, María Luisa "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología-8-02,2006).

Resultando de ello que, la violencia de género a la que alude el inc.11) del art. 80 del C.P. no es aquella violencia que, en tanto concepto neutral, es exigida como elemento típico en alguna de las figuras del código penal (ej. robo) sino una categoría específica de violencia que, además de estar orientada concretamente hacia una mujer como sujeto pasivo del delito (por el hecho de ser mujer) requiere que ella se halla desarrollado en una ámbito especial que "hunde sus raíces en un contexto de dominio, de poder, de discriminación, del sexo femenino"[7].

Cabe hacer mención, que no existe una definición consensuada de los conceptos de "*femicidio*" y "*feminicidio",* toda vez que su alcance, su contenido y sus implicaciones son todavía objeto de amplios debates tanto en las ciencias sociales como en la acción política y en los procesos legislativos nacionales. Sus acepciones, varían según el enfoque del cual se lo examina y la disciplina que lo aborde.

Más allá de ello, independientemente de la terminología que se adopte, estas situaciones de violencia contra la mujer presentan características comunes: están fundadas "*en una cultura de violencia y discriminación basada en el género*", que "*tienen sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres".* No se trata de "*casos aislados, esporádicos o episodios de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades"*, esto último según surge del Informe de México producido por el Comité de la CEDAW bajo el art.8 del Protocolo Facultativo de la Convención.

Lo importante es que el uso del concepto femicidio/feminicidio y su diferencia con el homicidio, permite visualizar la expresión externa de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres.

3. Responsabilidad de los organismos del Estado en los crímenes de feminicidio.

[7] BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Es necesario acreditar en el proceso la 'posición de dominio o actitud machista' en casos de violencia de género. Especial referencia al femicidio" en El Dial DC1B 19).

En este punto, comenzaré señalando que se ha producido una evolución sustancial en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres que partió de un objetivo limitado a la mera igualdad entre hombres y mujeres, y que ahora se concentra en el reconocimiento de la desigualdad y discriminación estructurales que han afectado y afectan a las mujeres en los ámbitos que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En palabras de Víctor Abramovich "eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos y demanda del Estado una suerte de neutralidad o "ceguera" frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación".[8]

Ese cambio, tiene como consecuencia la revisión completa en la forma en que los derechos de las mujeres son reconocidos, protegidos y aplicados

En tal sentido, varios instrumentos internacionales de carácter vinculante y de derecho blando "soft law", abordan la problemática de la violencia contra la mujer y han servido de base para elaborar una cuantiosa jurisprudencia internacional en la materia.

Habré de mencionar dos en particular: En el ámbito universal, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada en el año 1993, por la Asamblea General de las Naciones Unidas; y en el ámbito latino- americano, la antes mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belem de Pará-. Ambos instrumentos internacionales condenan todas las formas de violencia contra la mujer que tengan lugar dentro de la familia o unidad doméstica, en la comunidad, en cualquier otra relación interpersonal, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra. A través de la Declaración y la

---

[8] ABRAMOVICH, Víctor "Responsabilidad estatal por violencia de género. Comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en www.anuariocdh.uchicle.cl.-

Convención, los Estados se comprometen a instaurar y aplicar una serie de medidas destinas a prevenir, erradicar, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, incluyendo el femicidio.

En nuestro país, los Instrumentos Internacionales señalados tienen hoy rango constitucional integran el derecho interno del Estado, tienen carácter vinculante, son parte de él (art. 75, inc.22, de la Constitución Nacional). El Estado Argentino ha asumido la obligación de dar efectividad a los derechos humanos. Para ello, es fundamental que toda la legislación interna sea plenamente compatible con las convenciones y que los principios y las disposiciones de estas puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva.

Así la Convención de Belén do Pará establece en el artículo 7 que

> "los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
>
> a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, se comporten de conformidad con esta obligación;
>
> b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
>
> c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
>
> d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
>
> e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o

consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención…"

A su vez, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han enfatizado el vínculo entre la discriminación de género, la violencia contra la mujer, el deber del Estado de actuar con debida diligencia y la obligación de facilitar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos.[9]

4. El estándar internacional de la debida diligencia.

De este modo, el estándar internacional -o instrumento de medición- de la debida diligencia ha venido siendo utilizado por diferentes instancias internacionales para evaluar si un Estado ha cumplido con su obligación general de garantía frente a los hechos que violen los derechos a la vida, integridad, y la libertad personal de las personas, en particular, aquellos casos en los que las mujeres resultas asesinadas, en muchos de ellos por sus parejas, ciudadanos comunes, es decir, por actos imputables a particulares. Así lo señalo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un hecho violatorio de derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la

[9] CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 63,9de diciembre 2011, párr.4

responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en términos requeridos por la Convención.[10]

En igual sentido, el Comité de la CEDAW, en materia de violencia contra la mujer, desde el año 1992 estableció que los estados podrían ser responsables de los actos privados de las personas "si no adoptan medidas con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".[11]

El estándar de la debida diligencia fue luego integrado en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*, en la *Plataforma de Acción de Beijing*, en la *Convención de Belem do Pará* en su artículo 7, apartado b), así como en el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia domestica* (Convenio de Estambul, artículo 5).

Lo expuesto hasta aquí, nos lleva a concluir que "existe una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer"[12].

En el caso "Campo Algodonero" -Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso y otras vs, México, sentencia 16 de noviembre de 2009- la Corte estableció en casos de violencia contra la mujer los Estados deben adoptar medidas integrales destinadas a prevenir los factores de riesgo y a la vez reforzar las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva. A su vez, aplicando la Convención de Belén do Pará, definió un deber de protección estatal reforzado en materia de violencia contra las mujeres, tomando en cuenta la situación estructural de subordinación, discriminación y violencia que deben enfrentar las mujeres en el continente. Dicho deber reforzado se basa en la doctrina del riesgo previsible y evitable.

---

[10] Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, Serie C,N°4, párr. 172.-

[11] Comité de la CEDAW, Recomendación General No.19, párr. 9

[12] Informe de la Relatora Especial. *La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer*, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, párr. 29.

Es decir, que la Corte toma como base para atribuir responsabilidad al Estado por la acción de particulares, la mencionada doctrina del riesgo previsible y evitable.

Según la Corte, el deber del Estado de adoptar medidas de protección y prevención está condicionado por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y por la posibilidad razonable de evitar ese riesgo.

Ese criterio se ajusta a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello (Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, No 140, párrs 123 y124): "No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja la obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar el daño".

De modo tal, según mi entender, frente a una denuncia penal, el Estado ya se encuentra en conocimiento formal del riesgo, surgiendo una obligación de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo. Ello no quita, que exista la posibilidad de establecer cierta presunción de conocimiento de ese riesgo en casos de violencia de género que trasciendan al ámbito público, como podría ser a través de medios de comunicación, aún cuando no se halla efectivizado denuncia penal alguna, ya que ello está estrechamente ligado al rol de vigilancia o monitoreo que la propia Convención impone al Estado.

Ese conocimiento del riesgo genera el deber de brindar una respuesta inmediata desde poder judicial, de garantizar el acceso judicial de la víctima y de investigar diligentemente los crímenes ya consumados.

De lo expuesto se infiere, que la capacidad operativa del estado de evitar que se materialice una situación de riesgo, no puede ser considerada como si el Estado fuera un sujeto extraño al riesgo que

debe reaccionar solo cuando lo conoce con lo que tiene a su alcance, todo lo contrario, está obligado a articular las políticas públicas y poner en marcha el sistema institucional a efectos de repeler este tipo de riesgo.

Desde esa perspectiva, el informe de la CIDH "Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", establece en su párr. 6: Este informe parte de la premisa de que el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y libertades de las mujeres, y por ello la importancia de la respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos.

5. Políticas Públicas. Principio de transversalidad

Pero la violencia de género no debe ser entendida como un problema solo del poder judicial, sino que debe ser abordada como un problema de políticas públicas, que requiere el concurso de los tres poderes del estado.

De allí también, que siendo la violencia de género un fenómeno sistémico, su abordaje legislativo, aunque necesario, resulta insuficiente. Resultando para ello imprescindible que el Estado promueva la articulación intersectorial asignado principalmente tareas a los sectores de justica, salud y policía.
Así la Ley 26485 en el inciso c, del Título II Políticas Públicas, establece "la asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin…"--derecho de acceso gratuito a la justicia-- lo que se ve complementado con lo ordenado en el Título III, Procedimientos, Capitulo I, artículo 16, y Capitulo II artículo 20.

En consonancia con ley 26.485 el Decreto Reglamentario 1011/2010 en su artículo 7° que estable. "Todas las intervenciones que se realicen en el marco de la presente reglamentación deben garantizar un amplio acceso a la justicia y a los diversos programas y acciones de garantías de derechos contemplados por la ley que se reglamenta. La asistencia a las mujeres en situación de violencia será articulada con todos los organismos intervinientes y evitará su revictimización. Se prestará especial atención a las particularidades o características

diferenciales que agraven el estado de vulnerabilidad de las mujeres víctimas, tales como la edad, la condición socioeconómica, el origen étnico, racial o religioso".

Aquí me detendré, en analizar el concepto de vulnerabilidad de la víctima, según Maximiliano Hairabedian vulnerable "es aquel que por su adversidad o circunstancia especial se encuentra con menos posibilidades defensivas que el común de las personas", o dicho de otro modo, es una persona que se encuentra en una posición de debilidad o inferioridad respecto del autor y que le impide revelarse o imponerse ante la voluntad del mismo.

Entonces podemos definir como vulnerable a aquellas personas que, ya sea por su adversidad o una circunstancia especial, se encuentre en menores posibilidades defensivas que el común de las personas, por lo cual se presenta como "un blanco más fácil" para que alguien lo dañe o lo perjudique.

En este punto no puedo dejar de mencionar las "*Reglas de Brasilla sobre Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad*", las que, si bien, no tienen carácter vinculante, igualmente deben "ser adoptadas por los operadores del poder judicial, en todo cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que se refiere".

Dichas reglas estatuyen que "se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser la víctima o alguien que tiene poder sobre ella".

El documento contiene también previsiones indicadas a las víctimas, y en tal sentido refiere que "se considera víctima toda persona física que haya sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la física o psíquica" (Regla N° 10), y en tales casos la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal, destacando a estos efectos, entre otras, "las de personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o familiar y las víctimas de delitos sexuales". Asimismo dichas reglas propician "la adopción de todas aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos

de delito" (victimización primaria) y "que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia" (victimización secundaria), procurando conforme lo señala la Regla 12, "garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que sufran riesgo de intimidación, de represalia o de victimización reiterada o repetida".

Así las cosas, la relación de la persona con su entorno en el cual se encuentra inmersa es lo que en definitiva determina la condición de vulnerabilidad, y ello merece un análisis en cada caso en particular.

De lo expuesto, hasta aquí se infiere la importancia, de entender a la violencia de género como un problema de políticas públicas que requiere la participación y coordinación de los tres poderes del Estado. Por ello es necesario avanzar, aún más, desde el ámbito judicial, por ejemplo, instalando y fortaleciendo, oficinas de atención a las víctimas de delitos y a los testigos para que tomen debida intervención, con el objeto de brindar asistencia interdisciplinaria para la evolución, diagnostico, definición de estrategias de abordaje, como así, seguimiento de casos, orientación tanto respecto de las víctimas directas, indirectas y/o familiares, y eventualmente plantear derivación ante entidades públicas o privadas que se dediquen a la recuperación psicosocial de personas afectadas por violencia de género, capacitando a los operadores judiciales como policiales que acojan a las víctimas que denuncian este tipo de violencias, concientizando para evitar la revictimización, brindando recursos humanos y económicos destinados al cumplimiento y seguimiento de órdenes de protección o medidas cautelares emitidas, entrega responsable de dispositivos de alerta --botón antipático-- previa evaluación que acredite necesidad y eficacia por equipos interdisciplinarios; desarrollando, capacitando y mejorando la atención a mujeres víctimas de maltrato en los servicios de salud; inscribiendo la violencia contra las mujeres en las políticas de seguridad, con el fin de lograr una vida libre sin violencia, meta que solo podrá alcanzarse, desde el empoderamiento de la mujer, para ello se deben reforzar la formación escolar, el compromiso activo de las escuelas para la detección precoz de noviazgos violentos, como así de niñas/os y/o adolescentes que sufran la violencia intrafamiliar,

instalando en la opinión pública, la condena a la violencia contra la mujer, trabajando en la problemática con instituciones y la comunidad local.-

Al respecto del "empoderamiento", entiendo, que está en la capacidad de la mujer de controlar su propio destino, y para lograr esto, es lógico vivir sin miedo y sin violencia, pero es indispensable tener capacidades, recursos, oportunidades, medios y opciones. Por ello reitero, la importancia del establecimiento de políticas estales en materia de educación, acceso gratuito a la justicia, salud, trabajo, salario digno, vivienda.

De ahí, que dentro de las Políticas Públicas, Preceptos Rectores, Titulo II, Capitulo I, inc. d) de la ley 26.485 se establezca la adopción del "principio de transversalidad", siendo que "…el objetivo central de la transversalización del enfoque de género es alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres…" "La transversalización se refiere a hacer política pública integrando como objetivo central la igualdad de género…." "…Ello implica integrar la igualdad de mujeres y varones en todos los momentos del proceso de desarrollo de una política (análisis, planificación, ejecución y evaluación), en todas las áreas de políticas relevantes y en todos los niveles sectoriales….".[13]

Lo dicho, no me aparta de la premisa a la que hice referencia más arriba, "el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y libertades de las mujeres, y por ello la importancia de la respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos", debiendo adoptar todas aquellas medidas que resulten adecuadas acorde al caso, para garantizar en todas las fases del procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas de violencia, máxime cuando se está frente a víctimas en riesgo de represalia, de intimidación, padeciendo ininterrumpidamente situaciones reiteradas de violencia durante largos años, incrementándose en determinados casos en frecuencia e intensidad luego de la separación y radicación de la denuncia penal. Sin embargo, para que dicho poder cumpla con tales postulados, requiere que el Estado lo respalde con recursos financieros y humanos adecuados para lograr la correcta aplicación e implementación de la

---

[13] LEVI, Julia, *Transversalización del enfoque de género en las políticas públicas*. Programa para las Naciones Unidas para el desarrollo, Argentina www.undp.org.ar, 16/11/2011.

legislación existente en el área de violencia doméstica y violencia de género.

Resulta aquí, interesante citar un fallo, del Juzgado Correccional de Salta, donde se condenó al estado de Salta a indemnizar por más de un millón de pesos a una niña sobreviviente de un conflicto de violencia familiar, por el hecho en que resultaran muertos su madre y hermano, por su padre, luego de varios hechos de violencia familiar. Esto, frente a la falta de un servicio, consistente en la omisión del cumplimiento por personal policial de una medida de exclusión del hogar oportunamente dispuesta en sede judicial.[14]

Volviendo al principio de la transversalidad, la doctrina ha expresado, que siendo fundamental la idea de prevención de las conductas que lesionan los bienes jurídicos, la capacitación de los operadores jurídicos en materia de violencia de género deviene también de suma importancia.

Al respecto, el deber de prevención incluye la obligación del estado de modificar, transformar y poner fin a la aplicación injustificada de los estereotipos de género negativos.

Como se ha mencionado, existe un vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y el deber de debida diligencia. En ese contexto la perpetuación de estereotipos de género negativos es identificada como uno de los factores determinantes de las discriminaciones y las violencias que sufren las mujeres. En tal sentido, varios artículos de la CEDAW crean para los Estados obligaciones explicitas de modificar y transformar estereotipos de género y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos negativos de género: en art. 5 (a) establece la obligación de "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de perjuicios y practicas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" Dicha obligación es reforzada por el art.2 (f) que exige que los estados adopten "todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o

[14] JCorr.Car. 8ºNom. de Salta, 3/11/2011, "Martínez, José Abraham", L.L Onlime AR/JUR/66620/2011.

derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer".

Sobre el particular la Corte IDH ha dicho que "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencia de la violencia de género en contra de la mujer, situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas o practicas de las autoridades estatales".[15]

6. Conclusiones.

Lo expuesto pone en evidencia, como lo señale en párrafos más arriba, que los prejuicios, las preconcepciones sobre el rol que las mujeres deben cumplir en el ámbito de una sociedad patriarcal -- la presencia de nociones culturales construidas bajo la creencia de inferioridad de las mujeres, que suele atribuirse a sus diferencias biológicas y a su capacidad reproductiva--, condicionan sin lugar a dudas la respuesta que el sistema penal da a los hechos que dañan la vida, libertad, dignidad, integridad física, sexual, psicológica, económica y patrimonial de las mujeres; de allí la imperiosa necesidad, de que los órganos de persecución -Policía/Ministerios Públicos Fiscales- incorporaren desde el inicio, la perspectiva de género en el diseño de las investigaciones a las que dieran lugar de este tipo de hechos, debiéndose considerar la vulnerabilidad específica de la víctima. Lo que además, necesariamente requiere que los jueces y las juezas asuman la responsabilidad de utilizar un sistema de valoración probatoria que rompa la lógica androcéntrica del derecho penal, reinterpretando las reglas y máximas de la experiencia con la cual se llega a la certeza de los hechos y a la responsabilidad del acusado, a los efectos de que el resultado del proceso también reconozca las múltiples formas de discriminación, desigualdad y violencia que padecen las mujeres en los distintos ámbitos donde desarrollan sus vidas cotidianas.

Así, los verdaderos cambios pretendidos, no solo se logran a través de reformas legales que puedan agravar los tipos penales --ello no resta merito a la incorporación de la figura del femicido que permite diferenciarlo del homicidio, y logra visualizar la expresión

[15] Corte IDH, *caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, 2009, párr. 401

externa de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres--, sino a través de una verdadera concientización y capacitación de dichos operadores en materia de violencia género. De ahí lo significativo de la transversalización de la perspectiva del derecho de género en el derecho penal, véase que la gran mayoría de las muertes violentas de mujeres, suelen ser la consecuencia de diversas manifestaciones de violencia previa, a veces denunciadas; sin embargo, no evitadas debido a falta de implementación de estrategias de articulación y coordinación con los distintos sectores involucrados dependientes de los tres poderes del Estado.-

De esta manera, entiendo, que solo si la investigación se realiza con perspectiva de género y se considera la vulnerabilidad específica de la víctima, el Estado cumple con el deber de investigar y sancionar, que tiene dos finalidades: prevenir una futura repetición de los hechos y proveer de justicia en casos individuales.

Al respecto sobre la calidad que debe caracterizar a la investigación, la Corte IDH señaló que "la investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el reconocimiento de la verdad por parte de familiares de las víctimas y la sociedad así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos".[16]

Destacando que esta obligación se extiende aún cuando los hechos sean atribuibles a particulares "pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados, por el poder público".[17]

Siguiendo la misma línea, en lo que respecta al deber de garantizar una reparación justa y eficaz, obligación también asumida por el Estado Argentino que surge de manera expresa tanto de la Convención sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer así como de la Convención de Belén do Pará, que establecen la obligación

---

[16] Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie CNo.,124 párr.153

[17] Corte IDH, *Caso Masecre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero 2006, Serie CNo140,párr. 111)

de los Estados de garantizar a mujeres víctimas de violencia un acceso a los mecanismos de justicia y a la reparación justa y eficaz por el daño que hayan sufrido.

En la sentencia *Campo Algodonero*, la Corte IDH estableció que las reparaciones deben ser abordadas con perspectiva de género "tomando en cuenta los impactos diferenciados que causa la violencia en hombres y mujeres", ordenado al estado Mexicano a reparar a las víctimas con una serie de medidas, que incluyan indemnización material, resarcimiento simbólico y una amplio conjunto de garantías de no repetición. Asimismo, enfatizó la vocación transformadora que las reparaciones con perspectiva de género deben tener, de tal forma que "tengan un efecto no solo restitutivo sino correctivo". [18]

Así, también la jurisprudencia internacional ha hecho particular énfasis en la importancia de la participación de las víctimas en la determinación de las reparaciones, debiendo considerase su cosmovisión, su perspectiva de vida y su concepto de justicia.-

Lo expuesto, nos lleva a afirmar, que las mujeres contamos hoy con valiosas herramientas legales de origen nacional e internacional para defender nuestros derechos, frente a la consecuencias del sistema de dominación patriarcal que sigue imperando con sus particularidades y variaciones, dependiendo de cada sociedad y momento histórico, y que se subsumen dentro del fenómeno de discriminación y violencia contra la mujer, que se reflejan dentro de los distintos ámbitos de actuación.

Sin duda que la organización social, política y sindical de las mujeres en torno al reconocimiento, defensa y fortalecimiento de sus derechos tendrá como consecuencia que graduablemente esos derechos se hagan valer, pero, reiteró, necesariamente tendrá que estar respaldada por los tres poderes del Estado, siendo una de las tareas esenciales sensibilizar a las mujeres en particular y a la sociedad en general respecto de los distintos tipos y modalidades de violencia, promoviendo su desnaturalización y visibilización, debiendo asimismo trabajarse en los tipos de violencia psicológica y simbólica, que son los que mayormente pasan por desapercibidas.

Sin dudas, la ley 26.485 al definir, categorizar, nombrar a las violencias que se ejercen en todas sus formas, ha significado una

---

[18] Corte IDH, *caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, 2009.

avance significativo, al reconocer a través del ordenamiento jurídico una existencia social, que involucra una multiplicidad tanto de acciones como de omisiones que dañan, discriminan, someten y subordinan a las mujeres en los diferentes aspectos de sus vidas cotidianas y que constituyen una de las violaciones a sus derechos humanos.

■■■

SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA EN LA ARGENTINA

Luciana Carla Gozzi

1. Introducción.

La prisión domiciliaria es una medida alternativa a la prisión que surge como resultado de la jerarquía constitucional que se ha dado a ciertos instrumentos internacionales, los cuales consagran principios fundamentales a los que debe adecuarse la ejecución de la pena privativa de la libertad. Más precisamente se trata de una alternativa que pretende evitar el encierro en una unidad carcelaria en aquellos casos especiales donde la situación particular del interno es de una vulnerabilidad tal que así lo amerita; de esta forma se sustituye el cumplimiento de la pena en prisión por el cumplimiento en el domicilio que se designe y bajo la vigilancia o cuidado de otra persona o institución.

Si bien la existencia del instituto se remonta a la sanción del primer Código Penal de la República Argentina, éste ha ido experimentando diversos cambios y modificaciones a lo largo del tiempo. De la mano de esa evolución normativa surgieron también los interrogantes y cuestionamientos al tema, más precisamente en lo que se refiere a su procedencia en algunos casos particulares. Con el juzgamiento de los genocidas de las dictaduras militares por los crímenes de lesa humanidad y la posibilidad de otorgar el beneficio a los autores y partícipes de esos delitos, surge en la actualidad la problemática y el debate, tanto doctrinario y jurisprudencial como social.

En cuanto a la regulación normativa, el instituto se encuentra consagrado en el Código Penal Argentino y regulado más específicamente en la Ley de Ejecución Penitenciaria 24.660, modificada luego por la Ley 26.472. Puntualmente, el artículo 32 de la Ley 24.660 (modif. por art. 1º de la Ley 26.472) establece que la detención domiciliaria procederá en los siguientes seis (6) supuestos:

interno enfermo, interno con enfermedad incurable en periodo terminal, interno discapacitado, interno mayor de setenta (70) años, mujer embarazada y madre de un menor de cinco (5) años o persona con discapacidad a su cargo.

La finalidad del presente trabajo es describir el instituto de la prisión domiciliaria, analizando cada uno de los supuestos mencionados anteriormente y los problemas que su aplicación genera actualmente.

2. Concepto.

Como punto de partida debe mencionarse que por prisión domiciliaria se entiende a la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad o, eventualmente, medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en remplazo de la prisión preventiva– que se cumple en el domicilio, o un centro especializado, fuera del ámbito carcelario. Resulta claro, en consecuencia, que no se trata de una suspensión de la ejecución de la condena, ni de un beneficio que se le concede al imputado. Por otra parte, la prisión domiciliaria se encuentra prevista en las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad*, y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado[1]

La prisión domiciliaria o arresto domiciliario es un instituto de naturaleza penal mediante el cual, bajo ciertas circunstancias, la persona condenada a pena de reclusión o prisión podrá cumplir la misma en su domicilio particular, con el objetivo de evitar el encierro de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o aquellos que por su situación particular merecen una especial atención. Se encuentra regulado en el Código Penal y en la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

---

[1] BECERRA Sol, “La aplicación de prision domiciliaria en caso de padres con niños menores de cinco años a su cargo”, consultado y accedido el 29 de junio del 2016 a traves de la web http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf

Antes de la reforma introducida por la Ley 26.472, que modifica el Código Penal y la Ley de Ejecución 24.660, los supuestos en los cuales procedía el instituto se limitaban a dos: para las personas mayores de setenta (70) años y para aquellas que padecieren una enfermedad incurable en periodo terminal. Luego de la aludida reforma, se amplían los supuestos de procedencia del instituto y, a los ya existentes, se agregan: la persona enferma cuando la privación de la libertad en un establecimiento carcelario le impida tratar adecuadamente su dolencia o recuperarse; la persona discapacitada cuando su permanencia en dicho establecimiento es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; la mujer embarazada; y la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Este tipo de prisión es un instituto que busca ante todo humanizar la pena privativa de la libertad de aquellas personas que por su edad, estado de salud, discapacidad o condición particular sufrirían un padecimiento mucho mayor del que la privación de la libertad en sí implica. Ahora bien, sin pretender con esto desconocer lo anteriormente dicho, tampoco es posible negar la realidad actual que rodea al instituto y los numerosos interrogantes que plantea su otorgamiento, ya que por un lado tenemos al potencial acreedor del beneficio por la situación especial en la que se encuentra y por otro lado se encuentra también el derecho de la víctima a la efectiva punibilidad del responsable.

Muchos son los interrogantes que se plantean al analizar la figura. Por un lado, somos testigos de que la figurase ha visto tergiversada en reiteradas oportunidades; numerosos son los casos donde se concedió el “beneficio” sin verificar adecuadamente las condiciones de otorgamiento o, como sucede en muchísimas oportunidades, el arresto domiciliario es violado sin mayores consecuencias para el infractor o las condiciones bajo las cuales se ejercita terminan transformándolo en una ventaja, desvirtuando de esta manera su significado y con total olvido de que a pesar de ser de cumplimiento domiciliario, no deja por ello de ser una pena. La indiferencia de los jueces ante esta situación, conduce a pensar que en realidad el objetivo del arresto domiciliario no radica en la necesidad de contemplar cierta vulnerabilidad o circunstancias particulares sino en otorgar verdaderos beneficios o favorecer a determinadas personas.

Por otro lado, existen casos en los cuales ante la gravedad del delito cometido (como por ejemplo crímenes de lesa humanidad) o las condiciones en las que se cumple el arresto domiciliario (con lujos, placeres y en la comodidad del hogar) es discutible si, aun verificándose las circunstancias que tornarían viable su otorgamiento, es justo hacerlo.

El otorgamiento de este beneficio constituye una facultad discrecional del juez que debe estar acompañada necesariamente de un análisis minucioso y estricto de las condiciones y requisitos de procedencia; todo ello para impedir, por un lado, violaciones al arresto por parte de los beneficiarios de la medida y, por otro lado, para respetar el derecho que tiene cualquier persona damnificada o víctima de un delito a la condena y castigo efectivo del culpable. En este sentido, no debemos olvidar las repercusiones sociales que provocan las decisiones judiciales sobre la medida; sobre todo en casos que, por la gravedad o significación del delito cometido (crímenes de lesa humanidad, abuso sexual, homicidio), despiertan la reacción e indignación de la sociedad y por ende requieren por parte del juez de un riguroso examen.

3. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.

La prisión domiciliaria es una alternativa para evitar el encierro en una unidad carcelaria en aquellos casos especiales donde la situación particular del interno es de una vulnerabilidad tal que así lo amerita; de esta forma se sustituye el cumplimiento de la pena en prisión por el cumplimiento en el domicilio que se designe y bajo la vigilancia o cuidado de otra persona o institución. El instituto en cuestión es uno de los tantos que recepta los principios de trato humanitario en la ejecución de la pena y atenuación de los efectos del encierro, ambos plasmados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[2], las Reglas Mínimas para el Tratamiento

[2] Articulo 5 de la Declaracion Universal de Derechos Humanos de 1948.

de Sentenciados de Ginebra 1955[3] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[4].

El arresto domiciliario "es una forma especial de cumplir con la pena privativa de la libertad, toda vez que su cumplimiento en la cárcelimplicaría la privación de otros derechos fundamentales además de la libertad".[5]

No constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta en definitiva una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de la libertad.[6]

La prisión domiciliaria o posibilidad de cumplir la sanción penal fuera del ámbito carcelario tiene por finalidad contribuir al fin resocializador de la pena y pretende proteger la salud o integridad física de la persona detenida. A nivel nacional, la prisión domiciliaria se encuentra contemplada en el Código Penal[7], en el Código Procesal Penal[8] y la Ley de Ejecución Penitenciaria 24.660[9].

---

[3] *Reglas Minimas para el tratamiento de Sentenciados* adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevencion del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobado por el Consejo Economico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) del 31/07/1957 y 2076 (LXII) del 13/05/1977.

[4] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos*, Asamblea General de la ONU de 1960, aprobado por la Republica Argentina por la Ley nº 23.313.

[5] Cfse. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, " Revista Derecho Penal" 2001, p. 951, consultado y accedido 28 de junio del 2016 a traves de la web http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/06/doctrina36360.pdf

[6] De La Rúa, 1997,p. 143.

[7] Articulo 10 del Codigo Penal Argentino, modificado por el articulo 4 de la Ley 26.472 B.O 20/01/2009.

[8] Articulos 314 y 502 de CPPN, este ultimo modificado por el articulo 5 de la Ley 26.472 B.O 20/01/2009.

[9] Articulos 32, 33 y 34 de la L.E.P, modificados por articulo 1 y 2 de la Ley 26.472 B.O 20/01/2009.

Antes de su modificación, el artículo 10 del C.P. establecía que la prisión domiciliaria procedía únicamente cuando la pena de prisión no excediera de seis (6) meses y la persona condenada fuera una mujer honesta, mayor de 60 años o valetudinaria. A su vez el artículo 33 de la Ley 24.660 establecía como supuesto al condenado mayor de setenta (70) años o el que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal y el artículo 32 de esa misma ley establecía que el beneficio debía ser concedido por el juez competente y confiaba su supervisión a un patronato de liberados o a un servicio social calificado, nunca a organismos policiales o de seguridad.

Luego, se sanciona la Ley 26.472 con la cual se modifica el artículo 10 del C.P., el artículo 32 y 33 de la ley 24.660 y el artículo 502 del C.P.P.N; de esta manera se amplían los supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria y se deja librado al juez su otorgamiento. En este sentido, existen actualmente diferentes posiciones antagónicas sobre la interpretación que corresponde otorgarle a la primera parte del artículo 32 de la ley 24.660[10], particularmente al término "podrá". Podría pensarse que una interpretación correcta conduce a sostener que el otorgamiento del beneficio no es automático sino que debe reservarse a la sana critica racional del juez o también podría sostenerse que el instituto previsto por la norma es de aplicación automática y los jueces están obligados a otorgarla cuando se verifiquen los requisitos de procedencia.

4. Supuestos contemplados en la ley 24.460.

Actualmente, conforme artículo 32 de la Ley 24.660, los casos en los que puede solicitarse la prisión domiciliaria son:

4.1. Interno enfermo.[11] Este supuesto contempla el derecho a la salud del condenado cuando el encierro efectivo en una unidad carcelaria pueda significar un obstáculo para su recuperación o tratamiento de su enfermedad , circunstancia que deberá acreditarse. Con relación a este

[10] Articulo 32 de la L.E.P.: "El juez de Ejecucion o juez competente, podra disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detencion domiciliaria..."

[11] Inciso 1° del articulo 32 de la L.E.P n° 24.660.

supuesto, es importante destacar la posición de la Sala Penal de T.S.J. Cba. en cuanto sostuvo que la enfermedad no habilita per se el encierro domiciliario sino que la ley autoriza esta modalidad en aquellos casos en que a la afección de la salud se suma un plus, consistente en la obstaculización del adecuado tratamiento e inviabilidad del alojamiento en un establecimiento hospitalario[12].

4.2. Enfermedad incurable en periodo terminal[13]. La reforma no brinda precisiones sobre estos conceptos por lo que la aplicación de este supuesto debe asentarse en el respectivo informe médico y las características de la enfermedad de que se trate para así determinar si ella se encuentra o no en periodo terminal. La aplicación restringida de este supuesto, por la dificultad de acreditar el estado "terminal" al que hace referencia, se ve reflejada en la numerosa cantidad de internos que fallecen a causa de HIV en prisión, ante tal situación se deberían suavizar aquellos obstáculos que impiden que estos enfermos transcurran sus últimos momentos de vida alejados del encierro carcelario[14]. Igualmente hay que tener en cuenta que siempre existe la posibilidad de invocar el supuesto del interno enfermo cuya comprobación es más viable.

4.3. Interno discapacitado.[15] La persona con discapacidad es aquella que padece una "alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social,educacional o laboral"[16]. En este supuesto la privación de la

---

[12] TSJ Cba. Sala Penal. "Juarez, Jose Daniel- Ejecucion de la pena prvativa de la libertad- Recurso de Casacion". Sentencia nº 95 (sentencia de fecha: 19/04/2010).

[13] Inciso 2º del articulo 32 de la L.E.P nº 24.660.

[14] Procuracion penitenciaria de la nacion. Informacion sobre la nueva regulacion del arresto domiciliario. Recuperado el 20/06/2016 de : http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INSTRUCTIVO%20ARRESTO%20DOMICILIARIO.pdf

[15] Inciso 3º del articulo 32 de la L.E.P nº 24.660.

[16] Articulo 9º de la ley nº 24.901de Sistema de prestaciones basicas en Habilitacion y rehabilitacion Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

libertad en el establecimiento carcelario debe significarle un trato indigno, inhumano o cruel.

4.4.Interno mayor de setenta (70) años.[17] Lo único que debe acreditarse en este caso es la edad del interno. Este inciso genera inquietud sobre todo en aquellos casos en donde, si bien el interno cumple con la edad exigida, se encuentra en perfectas condiciones de salud y sociales y ello hace que resulte injusto otorgar el beneficio, de allí que surge el interrogante relativo a si el juez debe otorgarlo con la sola verificación de requisito de la edad o si, usando su discrecionalidad, puede rechazar su otorgamiento. De esta forma se pronunció la Cámara Nacional del Crimen y Correccional Federal al sostener que la edad no basta para conceder el beneficio sino que dicha decisión corresponde potestativamente al juez[18]. Este planteo ha sido objeto de debate en cuanto a la aplicación restringida del supuesto en cuestión, ya que la regla es la condena en un establecimiento carcelario y solo excepcionalmente puede serlo en el domicilio. De esta forma se ha interpretado en los casos de delitos de lesa humanidad, por ejemplo.

4.5. Mujer embarazada.[19] La protección de la maternidad se encuentra contemplada como principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos[20]. El análisis de este supuesto no presenta mayores dificultades, pretende proteger al por nacer de lo perjudicial que puede resultar el ambiente carcelario para su gestación y desarrollo; y, como en los otros casos, corresponderá al juez del caso ponderar la viabilidad o no del instituto.

---

[17] Inciso 4º del articulo de la L.E.P nº 24.660.

[18] "...lo cierto es que una correcta hermeneutica lleva a sostener que aun cuando pueda admitirse que haber alcanzado la edad basta para la concesion del beneficio, dicha decision de todos modos resulta potestativa y no imperativa para el magistrado, dando por tierra la aseveracion defensista en torno a la aplicación automatica del instituto solicitado..."(Voto del Dr. Horacio Cattani e causa "Videla, Jorge Rafael").

[19] Inciso 5º del articulo 21 de la L.E.P nº 24.660.

[20] Inciso 2º del articulo 25 de la Declaracion Universal de DDHH.

4.6. Madre de un menor de cinco (5) años o persona con discapacidad a su cargo.[21] Tal como en el caso anterior, aquí se prioriza el interés del menor y de las personas discapacitadas. Cabe hacer una aclaración en este supuesto, debe tenerse presente que el interés superior del niño no significa necesariamente que deba convivir con su madre[22]. La CDN[23] contempla la posibilidad de que los niños sean separados de sus padres cuando la convivencia resulte contraria al interés de aquel y concretamente prevé su separación cuando media una disposición estatal de detención o encarcelamiento en contra de ellos[24].

En cuanto a la segunda situación prevista por el inciso (persona discapacitada) es preciso que el mismo se encuentre a su exclusivo cargo.

5. Una enumeración no taxativa.

Si bien los seis supuestos anteriormente mencionados son los únicos que se encuentran establecidos en la Ley 26.472, ello no quiere decir que la enumeración es taxativa.

Por el contrario, ella se debe interpretar ampliamente e incluir casos que a pesar de no estar previstos literalmente, afectan a personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad[25].

---

[21] Inciso 6º del articulo 32 de la L.E.P nº 24.660.

[22] TSJ Cba Sala Penal. " Bernaveydemo, Georgina Paula s/ Ejecucion de Pena Privativa de la Libertad- Recurso de Casacion". Sentencia nº 59 (Sentencia de fecha: 04/07/2011).

[23] Convencion sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de la ONU de 1989, Resolucion 44/25.

[24] Articulo 9 de la CDN.

[25] Fuente: pagina web de la Procuracion Penitenciaria de la Nacion. Recuperado el 29/06/2016 de: http://www.ppn.gov.ar/?=info-arresto-domiciliario

6. Características del instituto en cuestión.

En el esquema actual, la prisión domiciliaria es un derecho para el condenado, siendo facultativo aunque no discrecional[26] para los jueces su otorgamiento. En este sentido es que la norma utiliza el término "podrán". Así parece entenderlo la jurisprudencia en sintonía con esa idea.

Conforme lo expresado, cualquier decisión que, en alguno de los casos previstos, deniegue el arresto domiciliario, no podrá fundarse en el mero argumento de que se trata de una "facultad judicial", sino que debe tener sustento en razones que lo justifiquen teniendo en cuenta situaciones particulares de la causa. No hay delitos excluídos, de modo que resultaría viable, incluso, en aquellos supuestos en los que, conforme al texto de los arts. 14[27] CP y 56 bis[28] de la ley de ejecución, no pueden otorgarse la libertad condicional, los beneficios comprendidos en el período de prueba, ni la prisión discontinua, la semidetención o la libertad asistida. De tal modo, que en cualquiera de las hipótesis prevista en la ley, cualquiera sea la gravedad del delito, la prisión domiciliaria puede ser acordada.

---

[26] CN CASACIÓN PENAL, SALA II,2009/03/09, "Teomanópulos, Liliana Sandra s/ Rec. De Casación", causa n°0.458. En el mismo sentido JEjecución Penal Córdoba 1° Nom, 2009/04/07, "Salguero, Miriam Raquel".

[27] Articulo 14 CP : "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7°, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo."

[28] Articulo 56 bis. Ley 24.660 No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos:1.-Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal.2.-Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal.3.-Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.4.-Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal.5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal.Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.

7. Tribunal competente para el otorgamiento.

El art. 10 comentado alude al "Juez competente", pero la ley que lo modifica alude a "Juez de Ejecución o Juez competente". De lo que se puede inferir que en la etapa de instrucción será el juez de garantías; en la etapa de debate y al momento de dictar el fallo será el juez o tribunal ante el que quedó radicada la causa y los tribunales de apelación o casación respectivos; y por último, durante la etapa de ejecución, los jueces encargados de supervisarla.[29]

También el artículo 10 del Código Penal argentino, permite que el Juez valore si la pena privativa de libertad puede cumplirse en forma domiciliaria. Se evalúan las siguientes causales: enfermedad que necesite atención especial o que sea terminal; discapacidad; embarazo; ancianidad (más de 70 años); o tener la mujer un hijo de menos de 5 años o estar a cargo de un discapacitado. El artículo 314 del CPP reconoce concordantemente al juez esta facultad. El artículo 32 de la ley 24.660 encarga que la supervisión de esta detención en domicilio esté a cargo de un patronato de liberados, o en su defecto de un reconocido servicio social. En el caso del enfermo grave o del anciano, el Juez concede el beneficio previo pedido de un familiar o de alguien (persona física o institución) que se comprometa a cuidarlo. Debe justificarse por pedido de informes sociales, médicos y psicológicos tal petición.

La Ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, en su sección tercera, en donde se especifican las alternativas de prisión domiciliaria, se contemplan, sólo dos razones para que el juez de ejecución o juez competente revoque la detención domiciliaria concedida. Ellas son: cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o,

[29] RINALDONI, Regina, "Derecho de igualdad en el otorgamiento de la prisión domiciliaria" consultado el 28 de junio del 2016 a traves de la web: http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/abogados-en-accion/derecho-de-igualdad-en-el-otorgamiento-de-la-prision-domiciliaria

cuando los resultados de la supervisión efectuada por el Patronato de Liberados o servicio social calificado, así lo aconsejaran [30].

8. Principal critica al régimen.

Principalmente en el caso de la madre de un menor de cinco (5) años o persona con discapacidad a su cargo. Antes que nada, debe tenerse presente que en los casos en que los niños viven junto a uno de sus progenitores en los establecimientos carcelarios, se vulneran los derechos humanos de los niños en tanto sujetos de derecho. Los establecimientos carcelarios se presentan, la mayoría de las veces, como lugares no aptos para el normal cuidado y desarrollo de los niños, y que producen afectaciones en los derechos a la libertad e integridad personal de estos últimos. En efecto, por una razón que le es totalmente ajena, el menor se ve obligado a permanecer en la cárcel y familiarizarse con un colectivo de personas y con ciertas nociones (ley, castigo, delito, etc.), a las que no tendría por qué verse sometido. Esto genera una situación de vulnerabilidad, que junto al estigma que representa el encierro aparece como un trato inhumano y degradante para un niño.

Por el contrario, la opción que prevé que el niño permanezca fuera del establecimiento carcelario mientras su progenitor cumple la pena en prisión, se opone al desarrollo y fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida del niño, en los que el contacto con la madre resulta fundamental. Además, la separación de madres e hijos puede implicar, en algunos casos, el desmembramiento familiar. Muchas veces sucede que ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan acoger a los niños, ellos son institucionalizados o dados en adopción. Es decir que ninguna de las opciones presentadas garantiza un desarrollo pleno y saludable del niño. Queda entonces de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para exigir responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como lo son las madres de niños menores.

Pero el espíritu de la norma que busca el interés superior del niño consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño de

[30] Articulo 34 de la LEP nº 24.660.

1989[31] no siempre se ve materializado. En efecto, parecería contra intuitivo que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para el padre que, en remplazo de la madre (por la razón que fuese), cumpla idéntico rol de cuidador principal de los hijos menores. Si bien es cierto que dicha función tradicionalmente recae en la figura de la madre, no resulta descabellado imaginar supuestos en los que el rol se encuentre en cabeza del padre.

En tal sentido, diversos autores han considerado que la exclusión de los hombres que hace la ley al momento de señalar los requisitos para conceder el instituto de prisión domiciliaria, podría ser considerada como una situación de discriminación contraria a la Constitución Nacional y al derecho convencional establecido, entre otros instrumentos, en el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[32]. La jurisprudencia también se ha pronunciado en ese sentido[33]. Incluso desde otra perspectiva, se ha señalado que el tratamiento diferenciado para la mujer refuerza estereotipos de género, en tanto le asigna una función preponderante en la esfera doméstica, y que en definitiva nada obsta a que los hombres puedan solicitar el instituto de prisión domiciliaria en estos casos.

Respecto del principio del interés superior del niño[34], creo que resulta fundamental y prioritario al momento de analizar la procedencia del instituto en cuestión. Muchos de ellos aseguraron que en ciertos casos puede no coincidir con el interés de la madre, por que la autorización para cumplir la pena privativa de libertad en el propio domicilio en estos casos, debe ser interpretada, no como un derecho de la persona condenada a no ser encarcelada, sino como un derecho del

---

[31] Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, inciso 1°.

[32] *Convención Americana de Derechos Humanos,* Artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

[33] CNCP, Sala III, "Bagnato, Adolfo Humberto. s/recurso de casación", N° 11.331, 15 de noviembre de 2009.

[34] Plasmado en la Convencion sobre los Derechos del Niño, se ha considerado que el interés superior del menor es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños".

niño o discapacitado a no ser colocados en situación de desprotección. Asimismo, entonces es necesario exceder el análisis criminal que le hagan ver al juez penal si resulta o no conveniente. Por eso, hay muchos juzgados que le dan intervención a los civiles, para que a través de sus equipos, e incluso hasta de su mayor especialidad, informen, si efectivamente para el caso en concreto es conveniente que la madre esté al cuidado de su hijo.

Dicho todo esto, podría señalarse que existe una discriminación *de iure*, es decir, una discriminación en el contenido de las normas jurídicas originada por el mismo legislador. En un primer acercamiento se vislumbra en la ley una diferenciación en razón del sexo, que requiere por ello el más estricto escrutinio, y que se presenta como un obstáculo en la consecución del fin último que es la protección de los derechos del niño. No sólo no existen motivos razonables para excluir sin más a los hombres de este régimen, sino que resulta un imperativo constitucional la aplicación analógica *in bonam partem* del inciso 6º[35] para el supuesto del padre que cumpla idéntico rol de cuidador principal de sus hijos menores. Aquí se considera que esta limitación legislativa debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico, que contemple una especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre.

Frente a una posible argumentación que quisiese negar al juez la facultad de realizar una interpretación como la propuesta, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos individuales deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces, sin importar que se encuentren incorporados a la legislación. Por lo demás, es uniforme la doctrina en considerar, en virtud del principio *pro homine*, que se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. Por otro lado, debería propiciarse una reforma legislativa. De ese modo, se ayudaría a evitar denegatorias arbitrarias por parte de jueces que no se encuentren dispuestos a realizar una interpretación extensiva de la ley penal.

En este sentido, debería dejarse intacta la redacción actual, pero al mismo tiempo incorporarse una oración en la que expresamente se

---

[35] Inciso 6º del articulo 32 de la L.E.P nº 24.660: Madre de un menor de cinco (5) años o persona con iscapacidad a su cargo

obligue al juez a otorgar el instituto de prisión domiciliaria al padre, en casos de ausencia de la madre o de encontrarse en mejores condiciones que esta última a los fines de la crianza del hijo. Finalmente, resultaría conveniente que la norma acentuara la necesidad de atender siempre al principio de interés superior del niño durante la etapa de ejecución de las penas.[36]

9. Conclusión.

Habiendo expuesto sucintamente el marco regulatorio del arresto domiciliario en la argentina y algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el instituto y cada uno de sus supuestos, requisitos de procedencia y críticas se evidencia claramente la importancia que reviste la interpretación judicial en concreto.

Esta interpretación debe verse plasmada tanto en la etapa previa, con la verificación y análisis exhaustivo de los requerimientos necesarios para otorgar el beneficio en cada caso particular, como en la etapa posterior, controlando que se respeten las condiciones bajo las cuales se otorgó, sin perder de vista que el presente instituto no significa de manera alguna y bajo ninguna circunstancia la supresión o sustitución de la pena impuesta sino solo una modalidad en su ejecución o cumplimiento.

■■■

[36] BECERRA Sol, "La aplicación de prisión domiciliaria en caso de padres con niños menores de cinco años a su cargo", consultado y accedido el 29 de junio del 2016 a traves de la web http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf

Se terminó de imprimir en el mes de agosto de 2016
en la Imprenta Nexo/Di Napoli de la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 250 ejemplares.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gob.ar

CENTRO DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL