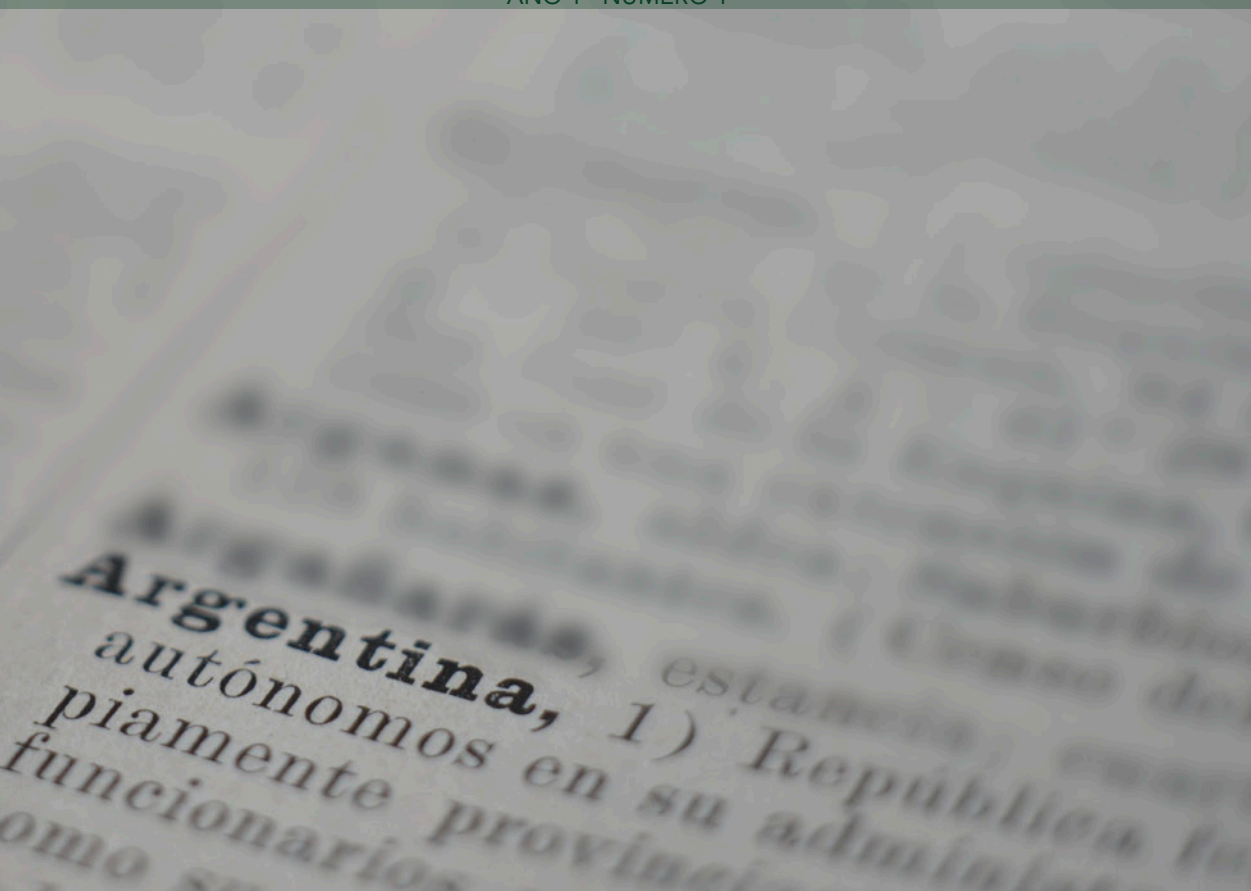


REFORMAS LEGISLATIVAS

Debates doctrinarios Código Civil y Comercial

AÑO 1 NÚMERO 1



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

REFORMAS LEGISLATIVAS

Debates doctrinarios

Código Civil y Comercial

AÑO 1 - NÚMERO 1

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

ISSN 2422-684X

Reformas Legislativas.

Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial

Año I - N° 1 - diciembre 2014

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,

C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Debates doctrinarios - Código Civil y Comercial y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COLECCIÓN REFORMAS LEGISLATIVAS



DIRECTOR
JULIÁN ÁLVAREZ

DIRECCIÓN EDITORIAL



MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

REVISTA DEBATES DOCTRINARIOS
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL



DIRECTOR

JUAN MARTÍN ALTERINI

CONSEJO ACADÉMICO



GRACIELA MESSINA

ENRIQUE CARLOS MÜLLER

ADELA SEGUÍ

EDGARDO SAUX

PRESENTACIÓN



Es un verdadero honor presentar una nueva publicación de Ediciones Infojus, que nace de la mano de las reformas legislativas estructurales que está llevando a cabo el Gobierno Nacional y que, por ello, constituye un paso más hacia el acceso y democratización de la información jurídica, objetivos para cuyo cumplimiento venimos trabajando hace ya varios años.

La obra que hoy damos a conocer inaugura la Colección Reformas Legislativas, una colección integrada por diferentes revistas abocadas al estudio y divulgación de los cambios legislativos, dirigidas por especialistas y que contará con los aportes de juristas de las distintas ramas del derecho.

El objetivo principal de las revistas que conforman la Colección que aquí presentamos es analizar los alcances jurídicos y sociales de las modificaciones legislativas presentes y futuras, gestar un espacio abierto a la discusión doctrinaria y, en definitiva, plasmar las discusiones que, al respecto, viene protagonizando la generación del Bicentenario en el campo jurídico.

La primera revista de la Colección, llamada Debates doctrinarios - Código Civil y Comercial refleja la convicción de que es menester acompañar la trascendencia del particular momento que nos toca atravesar: la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo tratamiento y promulgación fueron precedidos por un debate en el que participaron representantes de diversos sectores y que, por lo profundo y comprometido, ya puede ser calificado de "histórico".

Creemos que el aspecto más destacable de la presente revista es que abre un espacio de difusión que contribuye a brindar a la sociedad toda la información indispensable y útil para la comprensión del nuevo Código Civil y Comercial: un Código gestado con miras a acercar las leyes a los requerimientos y dinámica de la sociedad contemporánea; un Código moderno, respetuoso de la igualdad y la diversidad, que atiende tanto al derecho

individual como al colectivo, y que plasma todas las conquistas sociales y políticas alcanzadas en estos años; un Código que, como ha sostenido nuestra Presidenta, "... a diferencia del Código de Vélez Sársfield (...) es un producto cultural auténticamente argentino, hijo de la democracia, que no pertenece a ningún partido político ni gobierno".

Celebramos, entonces, la aparición de esta nueva publicación de la Colección de Infojus que posibilita el intercambio de voces, anhelando que cada día sean más quienes se sumen a la tarea esencial de seguir fortaleciendo la democracia.

Julián Álvarez

PALABRAS PRELIMINARES



En este nuevo proyecto editorial, concretado por Infojus, hemos puesto especial cuidado en el análisis de los sucesivos Proyectos de reforma al Código Civil que, por una razón u otra, se vieran frustrados durante casi dos siglos. Intentamos poner igual énfasis en el futuro que, munido del presente, nos coloca en el ambicioso desafío de trabajar sobre el nuevo Código Civil, único Código Civil y Comercial que registra la historia de la Nación.

El desafío es enorme, tanto como la ambición de promulgar un texto normativo que, integrado al *Digesto Jurídico*, ensambla una buena parte del Estado de Derecho que, por qué no recordarlo aquí, es pilar fundamental del crecimiento de cualquier Estado ya que afianza la justicia (recordemos el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional) y, con ella, la seguridad jurídica. En tal sentido, compartimos los dichos de Recaséns Siches: “sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”.

Esta nueva Revista tiene como objetivo sumar un espacio de difusión e interpretación del nuevo cuerpo normativo; hoy, hecho realidad.

Juan Martín Alterini

ÍNDICE



La esperada reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial Por JUAN MARTÍN ALTERINI	p. 1
La recodificación contemporánea del derecho privado argentino. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación Por ARTURO CAUMONT	p. 9
Algunas notas sobre la responsabilidad colectiva y anónima en el nuevo Código Civil Por MARTÍN ALEJANDRO CHRISTELLO	p. 15
Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero “Derechos personales” Por MARTÍN AYALA	p. 31
Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994 Por NELLY MINYERSKY	p. 43
Responsabilidad civil. Aspectos generales en el nuevo Código Civil y Comercial Por ROBERTO ANTONIO VÁZQUEZ FERREYRA	p. 93
Índice temático	p. 105



La esperada reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial

por **JUAN MARTÍN ALTERINI**⁽¹⁾

Desde hace largos años ya, nuestra comunidad jurídica bregaba por la unificación de la legislación civil y comercial y la modernización del sistema jurídico; en suma: la contemporización del derecho a nuestros tiempos. Así, si ha habido un incansable promotor de varias de las iniciativas legislativas que reconoce nuestra historia reciente, este ha sido Atilio Alterini.

En alguna ocasión —junto con Héctor Alegría— expresaron que: “La unificación sustancial del derecho civil y el derecho comercial es un dato de la realidad vigente. La unificación formal depende del legislador, y en Argentina está pendiente desde hace 25 años”⁽²⁾. Afortunadamente, y gracias a la ansiada labor legislativa, ya no habrá que continuar la espera.⁽³⁾

El proyecto argentino de unificar los Códigos ha sido encomiado, también, desde hace muchos años en la doctrina española, sosteniéndose que:

.....

(1) Profesor adjunto regular (UBA). Profesor adjunto (UB). Profesor visitante (UNR Uruguay). Diploma de Honor al Mérito (Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú). Diploma de Honor (Corte Superior de Justicia, Junín, Perú). Ex Procurador General adjunto de la Ciudad de Buenos Aires. Asesor del Secretario de Justicia de la Nación.

(2) LL 2011-F, 886.

(3) Por ley 26.994 fue sancionado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que fuera promulgado el 07/10/2014 por el Poder Ejecutivo.

de fraguarse la anunciada Reforma del Código Civil argentino, este pasaría a convertirse en el punto de la responsabilidad civil unificada, en el Código más moderno del mundo, al recoger, pese a tratarse de un país de derecho romano, lo que colectivamente viene aconsejando su doctrina (tan frecuentemente olvidada en Europa) en jornadas y congresos desde 1961. Colectivamente, y no solo de modo individual: una buena forma de sugerir al legislador la supresión de las diferencias, gravemente disfuncionales, entre dos órdenes de responsabilidad fenomenológicamente distintos, pero que merecen un mismo tratamiento jurídico.⁽⁴⁾

Como señalé en otra ocasión,⁽⁵⁾ como regulador de la conducta humana en interferencia intersubjetiva —en conocida caracterización de Cossio—, el derecho tiene sin lugar a dudas una dimensión histórica. El sistema jurídico de cada época constituye el reflejo de la sociedad de su tiempo, de sus valores, sus costumbres y creencias, así como de las tensiones y acuerdos de los distintos grupos sociales en un determinado contexto histórico.

Esta historicidad de lo jurídico fue puesta particularmente de resalto por la escuela histórica del derecho, encabezada por Savigny. El genial jurista, como es sabido, era contrario a la codificación, sosteniendo que ello implicaba una fosilización del derecho, encorsetando en los rígidos márgenes de un Código un fenómeno vivo y mutable.

Fue otra, sin embargo, la postura que terminó triunfando. Heredero de la Revolución Francesa, el Código Civil francés vio la luz en 1804, y a su calor se fueron gestando los códigos de las demás naciones occidentales —con la lógica exclusión de los países donde rige el *common law*—. La filosofía iluminista que los inspiró concebía a los códigos como cuerpos normativos destinados a condensar los principios dictados por “la razón”, que habrían de regir por siempre todas las situaciones que pudieran plantearse en la práctica.

Tan utópica aspiración se vio bien pronto contradicha por los hechos. La Revolución Industrial primero, y la Revolución Tecnológica después,

.....

(4) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, p. 199.

(5) Junto con los Dres. Sebastián Picasso y Javier Wajntraub al prologar el libro que coordináramos, *Instituciones de Derecho Privado Moderno —problemas y propuestas—*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.

echaron por tierra la pretendida universalidad de las soluciones normativas pensadas en los albores del siglo XIX. El siglo XX fue particularmente prolífico en la generación de los llamados “microsistemas”, constituidos por estatutos particulares que regulan sectores puntuales de las relaciones humanas —el trabajador, el consumidor, el titular de datos personales, etc.— de manera completa y sistemática. La pretendida completud y universalidad de los Códigos dejó paso de este modo a una notable dispersión normativa. Al mismo tiempo, los Códigos se vieron *aggiornados* a los nuevos tiempos, ya sea mediante su reforma, o bien por medio de su lisa y llana derogación y reemplazo por nuevos cuerpos normativos. La escuela histórica del derecho estaba, pues, cobrando su revancha.

Esta creciente complejización no es privativa del campo de lo jurídico. Por el contrario, se trata de un fenómeno compartido con todas las otras disciplinas, ciencias “duras” incluidas. Las geometrías no euclidianas, la lógica simbólica, o la teoría de las catástrofes, dan una buena idea de ello. Es que como explica Luhmann: el subsistema jurídico, al igual que cualquier otro subsistema social, reduce la complejidad del ambiente al costo de aumentar su propia complejidad interna. El resultado es, entonces, un derecho más completo, más diversificado, que proporciona respuestas más precisas y acordes con los tiempos que corren, pero al mismo tiempo notablemente más complejo.

En general, puede afirmarse que el Código se hace cargo de la complejidad reinante en las épocas que corren, pero evitando al mismo tiempo caer en una inútil casuística y buscando siempre la mayor sencillez y claridad en la regulación de los diferentes institutos. Se plantea también como lo que debe ser un Código hoy en día; no un cuerpo inmutable de principios que contemple la solución a todas las situaciones, como quería el Iluminismo, sino solo el centro de un sistema alrededor del cual gravitan múltiples estatutos particulares, microsistemas que reciben su lógica y coherencia de ese centro nodal.

El tema es de una trascendencia institucional tal que también resulta interesante recorrer el, hasta ahora, frustrado camino de la reforma que en buena medida, como señalé, lo tuviera como indiscutido partícipe a Atilio Alterini.

En 1926 el Poder Ejecutivo encomendó a Bibiloni la redacción de un Anteproyecto. Sobre esa base, una Comisión Reformadora elaboró un nuevo texto que constituyó el Proyecto de 1936. Este Proyecto fue analizado

pormenorizadamente y aunque —como afirmó Lafaille— era en síntesis, “el Código puesto al día, según nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia”.

En 1954 fue presentado otro Anteproyecto de reformas, cuya tarea había sido iniciada por encargo del Poder Ejecutivo en 1950, y cuya redacción fue dirigida por el profesor Llambías.

Hasta aquí, ningún tratamiento legislativo tuvieron los distintos Anteproyectos y Proyectos.

Posteriormente, en 1966, el Poder Ejecutivo —gobierno de facto— creó otra comisión que preparó un Proyecto que fue sancionado y promulgado como ley en 1968.⁽⁶⁾ Con la modificación de un centenar de artículos del Código Civil le introdujo cambios conceptuales significativos que lo acompañaron a ese tiempo.

Luego de veinte años, en 1986 la Cámara de Diputados encomendó la redacción de un Proyecto de Código Único Civil y Comercial a una Comisión Especial Honoraria. La Cámara de Diputados sancionó el Proyecto en el año 1987. El Senado, por su parte, lo sancionó en 1991, sin introducirle modificación alguna.⁽⁷⁾ El Poder Ejecutivo procedió a vetarlo por lo que no tuvo vigencia.

Lo más trascendente de aquellos textos fue el intento de modernización del envejecido derecho privado, con criterios que venían siendo impulsados desde mucho tiempo atrás por los encuentros de juristas.⁽⁸⁾

Ya en 1993 tuvieron estado legislativo dos proyectos de reformas al Código Civil con el mismo criterio de unificar la legislación civil y comercial de la Nación, que propusieron derogar el Código de Comercio e incorporar sus disposiciones al Código Civil. Uno de ellos fue elaborado por una comisión designada en 1992 por la Cámara de Diputados de la Nación, que le dio su sanción. Otro, por una comisión designada el mismo año por el Poder Ejecutivo. Ninguno se convirtió en ley.

.....

(6) Decreto-ley 17.711.

(7) Ley 24.032.

(8) Ver LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., “El Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial (su coordinación con recomendaciones de Congresos Jurídicos, y soluciones del Derecho Comparado)”, en LL 1987-D, 845 y en ALTERINI, A. A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, 1988, p. 321.

En 1995 el Poder Ejecutivo designó otra Comisión encargada de redactar un Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio. La tarea fue concluida en 1998 y se presentó un texto que contenía la regulación de las materias civiles y comerciales que trataban los respectivos códigos. Se señaló en la nota de elevación del Proyecto al Poder Ejecutivo que:

Como se dijo al elevar el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, las cuestiones a que se refiere este trabajo admiten, en muchos casos, más de un enfoque teórico y varias soluciones igualmente razonables de política jurídica. En consecuencia, él no refleja necesariamente las opiniones a las que aisladamente cada uno de los integrantes de la Comisión hubiera podido arribar. Los miembros de la Comisión provenimos de distintas escuelas doctrinarias, y hemos desarrollado especialidades en áreas diversas, en las cuales tenemos a nuestro cargo cátedras universitarias. El trabajo que presentamos es el resultado de coincidencias a las que llegamos luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconcepción personal en aras de soluciones que procuramos adecuar a los criterios de racionalidad y de justicia.

En el proyecto prevemos un catálogo de soluciones pero, naturalmente, no pretendemos haber cubierto el universo global de alternativas que ofrece la realidad móvil y multifacética. Jean Etienne Portalis, en el Discurso Preliminar del Código Civil francés, decía al respecto, con criterio compartible, que "las leyes, una vez redactadas, permanecen siempre tal como fueron escritas, en tanto los hombres no reposan jamás; por el contrario, estos viven en constante actividad y ese movimiento nunca detenido, cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante algún hecho nuevo, alguna original combinación, algún distinto resultado. Infinidad de cosas deben quedar, por consiguiente, necesariamente libradas al gobierno de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio y decisión de los jueces".⁽⁹⁾

.....

(9) Nota de elevación y fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998.

Sin perder de vista, tampoco, que “el derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia; pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres”.⁽¹⁰⁾

No resulta ocioso recordar aquí que de las 308 páginas de fundamentos del flamante Código surge con claridad que su texto ha sido inspirado fuertemente en el señalado Proyecto de 1998 y, si bien hubo significativos cambios, lo cierto es que la labor de años no ha sido omitida por la Comisión⁽¹¹⁾ ni por el Poder Ejecutivo, quien dejó en claro que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó el principio a favor de la persona humana (*pro homine*) al asignar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, § 5º) reafirma la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo, § 1º) refirma el propósito de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”; se trata de “derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (CADH, art. 29 c), que tiene derecho “al reconocimiento de la dignidad” (art. 11.1), la cual es “inherente a la persona humana” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, § 2º del Preámbulo; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, § 2º del Preámbulo); y entre ellos son relevantes los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad (física, psíquica y moral), al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, a la protección de la honra, la reputación, la vida privada y la salud, así como a la libertad de expresión (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3º, 12, 19; CADH, arts. 4º.1, 5º.1, 7º.1, 11, 13; Declaración Americana de los Derechos y

(10) COUTURE, EDUARDO J., *Introducción al estudio del Proceso Civil —Cuarta Conferencia—*, Reimpresión, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1988, p. 75.

(11) Señaló Lorenzetti: “En este anteproyecto nosotros hemos incluido una serie de ideas, que no son ideas que se nos han ocurrido espontáneamente de un día para otro. Por el contrario, hemos tomado en cuenta en primer lugar la tradición jurídica argentina que desde 1936 hasta 1998 hizo diversos proyectos de reforma. El último de ellos, algunos de cuyos autores están aquí presentes acompañándonos, fue la base sobre la cual hemos trabajado. De manera que son ideas consolidadas a lo largo del tiempo y discutidas largamente por la doctrina”, [en línea] <http://www.presidencia.gov.ar/informacion/actividad-oficial/25781>

Deberes del Hombre, arts. I, V, VII; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 7 y 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.1, 9.1, 17, 19.2).

Tales derechos tienen especial energía, pues están regidos por la legislación, sea internacional o nacional, que asigne mayor alcance a su protección (CADH, art. 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2; Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, art. 23; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1.2).

Todo ello se tuvo especialmente en cuenta en este Código; el Código que regirá nuestras vidas en lo sucesivo.

Vélez Sarsfield (...) una semana después de entrar en vigencia el Código, en 1871, le escribió a su sobrino Carlos diciéndole que no creía que el Código fuera a tener buena reputación porque muchos, sin haber leído una línea, se oponían por el solo hecho de estar precisados a estudiar las nuevas disposiciones.⁽¹²⁾

Pero incumbe al jurista "asumir el desafío de llevar a cabo en nuestro medio la unificación legislativa del derecho privado y en un ámbito más dilatado la armonización de los ordenamientos legales de los países signatarios del Mercosur".⁽¹³⁾

Y de eso se trata en esta novedosa publicación, iniciativa de la Secretaría de Justicia de la Nación y de Infojus: un ámbito de conocimiento y desarrollo del flamante y moderno Código Civil y Comercial de la Nación.⁽¹⁴⁾

.....

(12) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., "Temas de Derecho Privado XII, Análisis del Proyecto de Código Civil de 1998", ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Bs. As., 2000, p. 71.

(13) GOLDENBERG, I. H.; TOBIÁS, J. W. y DE LORENZO, M. F., "Parte general", en Alterini, A. A.; López Cabana, R. M. (dirs.), *Reformas al Cód. Civil*, n° 5, Bs. As., 1996, p. 31.

(14) Entiendo necesario destacar que, en su momento, señaló Atilio Alterini: "Ahora, conocidos los textos del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio —preparado por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci— la comunidad jurídica espera su necesario análisis. Es de esperar que en el debate se tenga presente que, en tanto la comprensión de la modernidad `sacralizaba el derecho se trivializaba los derechos, la comprensión postmoderna trivializa el derecho y sacraliza los

Un espacio más donde poder trabajar sobre los nuevos textos que, por qué no decirlo, revolucionaron nuestro sistema jurídico, dotándolo de la frescura de lo novedoso, y de la robustez de largos años de trabajo doctrinario.

derechos' (Boaventura de Sousa Santos). Estos, los derechos, son hoy el tema central de cualquier legislación", en "El nuevo Código Civil", LL 2012-B, 1259.

Luego de ocurrido ello, el necesario debate. En tal sentido, dijo la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner en el acto de promulgación del nuevo CCyC: "... mediante el mensaje 8-84, se remitió; el 04/07/2012, la Cámara de Senadores y de Diputados constituyó la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada —como les decía— por treinta legisladores: 15 diputados y 15 senadores de los distintos partidos políticos que conforman nuestro Poder Legislativo. Y a partir de allí se disparó una interacción profunda, federal, a lo largo y a lo ancho del país. La Comisión realizó 29 reuniones, incluidas 18 audiencias públicas en todo el país. Ahí está el mapa porque se decidió hacer las reuniones dividiendo, obviamente, el país en regiones: era imposible ir a todas partes. Se dividió el país en base a la densidad y bueno, además, una cosa que charlábamos con Julián (Álvarez), no solamente se tomaba versión taquigráfica de cada una de esas reuniones, de cada una de esas ponencias, sino que además se filmaban y se transmitían en vivo —on line— a la Comisión Bicameral y al Ministerio de Justicia, de manera tal que todo llegara en tiempo real, lo que proponían y por lo tanto aligerar sustancialmente este trabajo, sino hubiera demandado muchísimo tiempo más (...) El 14 de noviembre del año 2013 se presentaron los dictámenes para la elaboración del nuevo Código, que incorporó 168 modificaciones, que transformaron 311 artículos de los 2671, que traía el Proyecto original. Como verán hubo una amplia participación de la ciudadanía, del Poder Ejecutivo, de los diputados, de los senadores, en definitiva, un Código de acuerdo a lo que establecen los tiempos y la sociedad", [en línea] <http://www.presidencia.gov.ar/discursos/28008-acto-de-promulgacion-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion>. Lo agregado entre paréntesis no es original.

La recodificación contemporánea del derecho privado argentino

El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación

por **ARTURO CAUMONT**⁽¹⁾

I |

El Código de Derecho Privado por el que se regularán en Argentina las instituciones civiles y comerciales de manera unificada comporta un acto legislativo de centralidad sistémica.

El decurso del proceso de regulación normativa del derecho privado a través del tiempo en diferentes comunidades jurídicas ha marcado, de manera ostensible, una propensión a la dispersión legislativa; como resultado de ella se erigieron, progresivamente, subsistemas y microsistemas que significaron un distanciamiento, en principios y en reglas, respecto del sistema central constituido por el Código Civil y por el Código de Comercio.

Ese proceso de distanciamiento, gradual y sostenido, fue gestado multicausalmente por la hiperactividad legislativa no organizada de manera criteriosa y con desconsideración de las imprescindibles miradas reflexivas,

(1) Profesor Agregado de Derecho Privado II y III (Obligaciones y Contratos), Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Director Académico de la Maestría en Derecho, Orientación Derecho de Daños y de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

así como por la perentoria necesidad de regular situaciones específicas a las que se entendió necesario dedicar un plexo normativo también específico pero, transitivamente, carente de vasos comunicantes de coordinación con las normas dimanadas del sistema central y axial del cual se apartó.

El distanciamiento sobre el que se viene haciendo referencia asumió, asimismo, un perfil sustantivo de incuestionable importancia consistente en el estado de bienvenida tensión entre los principios y reglas del sistema central —comportado por la codificación civil y mercantil— y los principios y reglas de no pocos de los subsistemas y microsistemas que fueron creándose para destinarse a áreas especiales consideradas no susceptibles de regulación cabal por los Códigos decimonónicos antes indicados.

De esa manera, se instaló gradualmente un panorama heterogéneo de plexos normativos que tenían a los Códigos de Derecho Privado como eje alrededor del cual, con leve grado autónomico (subsistema) o con mayor grado de insubordinación (microsistema), se configuraron grupos legales regulatorios con incumbencia sobre materias predicadas de particularidad, ameritante de correspectiva especificidad.

La existencia concomitante de un sistema con subsistemas y microsistemas, surgidos como resultado emergente de la creciente dispersión legislativa, no se corresponde técnicamente con ningún paradigma del buen quehacer legislativo, entre cuyos imperativos fundamentales se encuentra el de la congruencia sistémica como factor de elemental garantía para los destinatarios de los preceptos legales, vale decir, los miembros de la comunidad organizada jurídicamente.

La proliferación de plexos normativos en términos microsistémicos y subsistémicos en relación a otros considerados centrales, como los multicitados cuerpos codificados civil y comercial, no ha sido señal de orden criterioso de la organización racional de las herramientas legales de regulación; esto, porque la multinormatividad solo puede considerarse valiosa cuando sus componentes constitutivos reposan sobre una línea de coherencia que opera desde la homogeneidad de los principios informantes de todos y cada uno de los conjuntos legales de regulación, tanto sistémica como microsistémica y subsistémica.

Sin la existencia de principios comunes que operen como marcos teóricos informantes de la totalidad del orden jurídico —que no casualmente

incluye en su expresión denominativa la sugerente unidad de significación "orden" (en el buen sentido)— no resulta posible obtener la congruencia intrínseca que garantiza la armonía del conjunto total.

Por ello es que la creciente expansión de reglas legales ha sido elaborada, históricamente, en franco descuido de la preservación del debido sentido de coordinación entre los plexos normativos constituyentes de la preindizada sobre-expansión, determinando con esa manera de legislar en desconsideración del sistema un resultado final disvalioso en lo que respecta al debido buen criterio organizacional que exige, ontológica y metodológicamente, todo ordenamiento jurídico que se precie de tal en función, precisamente, de recalar en pilares sistémicos sobre los que se erige.

La principal externalidad disvaliosa de la sobre-expansión legislativa, acarreada por la necesidad de atender y regular situaciones concretas con normas particulares no exentas de casuismo de efímero alcance, es, pues, el estado de tensiones emergentes de la coexistencia de reglas de diferente estirpe y fundamento, así como de principios informantes de índole ontológicamente distinta.

Ese estado de inequilibrio y de intrínsecas asimetrías no es susceptible de considerarse valioso porque los regímenes jurídicos tienen por finalidad primordial, junto a la del establecimiento de reglas clara y objetivamente anticipadas al eventual acaecimiento de un conflicto de intereses, la de disponer y proveer niveles máximos de certeza en relación a la determinabilidad precisa de las normas y principios que poseen señorío de regencia para la resolución de las contiendas entre derechos subjetivos; señorío de regencia que debe poseer notas esenciales que lo prediquen de inequívoco y, por consiguiente, no susceptible de convocar a su respecto ambigüedad o condición difusa en sus contornos conceptuales.

Frente al disvalor técnico de la creciente dispersión legislativa, se impone el valor de la completitud racional de la recodificación como reconstrucción de la centralidad sistémica, organizada sobre ejes armónicos erigidos a partir de la consistencia y la sustentabilidad derivadas de la cohesión y de la congruencia trazable entre sus elementos y el conjunto por ellos formado.

La recodificación representa la centralidad concebida en términos de tecnología legislativa preordenada —en forma y contenido— para regular,

con normas racionalmente estructuradas y organizadas en sistema, la totalidad de los fenómenos respecto de los cuales posee aptitud regente y que son el objeto de su incumbencia. Expresado en otros términos, desde su vocación de completitud, erigida sobre bases racionales, abarcará el universo de situaciones a presentarse en el ámbito de su competencia a mérito de su idoneidad técnica, comprendida en la esencia de sus reglas y en la de los principios fundantes que las informan, tornando así prescindible la predicada pormenorización a los abordajes legislativos casuísticos que transitan en los estrechos corredores de la singularidad, vale decir, en el angosto territorio de la casuística desde la cual, mediante el perimido abordaje inductivista, se intenta formular enunciados con pretensa validez general.

2 |

La centralidad de un plexo normativo de recodificación asume doble valor cuando la misma tiene por finalidad la consideración unificadora de dos disciplinas técnicamente afines como el derecho civil y el derecho comercial.

En esta dirección de pensamiento, la centralidad asume condición de cabalidad y plenitud cuando, además de enervar al máximo razonablemente posible las disvaliosas consecuencias de la dispersión legislativa, incluye en su faena la unificación sustantiva del derecho privado —recogiendo la firme tendencia doctrinaria universal al respecto— simplificando, por técnica reduccionista, la normativa de incumbencia, evitando la doble regulación sobre un mismo fenómeno básico y las frecuentes contradicciones e inconsistencias entre disposiciones relativas a lo que, en esencia, son situaciones análogas no ameritantes de diferencias en su tratamiento regulatorio.

3 |

Por ello, en tiempos de propensión inconveniente a la expansión legislativa asistémica y a los abordajes acrítricos del casuismo impregnado de la desaconsejable impronta inductivista, la recodificación reclamada por los pensadores *ius privatistas*, de innegable talante vanguardista en el mundo entero, aparece como un bálsamo al espíritu científico de todos los que

profesan con madurez la fe en el derecho objetivo, manantial de principios, reglas y normas anticipadas a los eventuales conflictos que se resolverán necesariamente. Es por ello que debe prescindirse del relativismo subjetivista poseedor de efímera existencia y nula aptitud decisoria. Pues, a la hora de resolver los problemas derivados de la contraposición de intereses individuales o de incidencia colectiva, fracasa en la solución sustantiva de los conflictos jurídicos —de crecimiento exponencial— exigentes de decisiones de consistencia técnica y en tono de juridicidad objetiva, emanada del ordenamiento predispuesto como sistema a través del cual se estatuyen las directivas de conducta no reprochadas. Directivas que poseen obvia condición anticipada que opera, en el sensible territorio funcional, como valiosa garantía de certeza para los destinatarios de los contenidos normativos, desde que ellos conocerán a qué atenerse en el preciso momento de la adopción de una conducta, vale decir, en la crucial instancia decisoria durante la cual acaecen las opciones de comportamiento sujeto a cotejo con las respuestas anticipadas y objetivas de permisión o de prohibición, emanadas del régimen jurídico.

La recodificación posee, por lo tanto, condición ontológica de garantía. Ello enaltece a la comunidad organizada jurídicamente pues suministra la imprescindible certeza de la antelación, impidiendo así que los justiciables queden expuestos a decisiones pretorianas fundadas en criterios subjetivos de justicia carentes de apoyatura objetiva y de licencia legislativa; dichos criterios no alcanzan nivel de prevalencia en relación a los criterios resolutorios adoptados de conformidad con las reglas de regencia en vigor positivo *ex ante* del acaecimiento de la conducta objeto de decisión y que, además, se adoptan *ex post facto* del comportamiento y de manera inexorablemente retroactiva, lo cual constituye un disvalor en sí propio, severamente incompatible con los pilares de civilidad sobre los cuales el Derecho está construido.

En tal sentido, un plexo orgánico de normas centrales y de anticipación constituye una rigurosa cortapisa a la creación pretoriana traducida en decisiones no erigidas sobre reglas predeterminadas, sino sobre arbitrios subjetivos para resolver casos con posterioridad al momento en que el justiciable adoptó una conducta que, por cierto, no habría adoptado de haber sabido que la regla a la cual debía ajustar su comportamiento era la que se creó *ex post facto* y que, obviamente, no regía cuando realizó el acto luego sometido a juicio o decisión.

A esto debe adicionarse, con énfasis, que la garantía de antelación objetiva se fortalece con su condición esencial de configurar el modelo con el cual cotejar la decisión judicial a efectos de juzgar su adecuación a derecho. Y, por consiguiente, su juridicidad para no reprocharla o su antijuridicidad para habilitar la vía recursiva de impugnación, lo cual, de manera ostensible, no ocurre cuando se propende a la admisión de la creación pretoriana en la que se anula toda posibilidad recursiva por inexistencia, precisamente, del modelo preordenado previamente con el cual contrastar el fallo para conferirle, o no, validación objetiva.

Algunas notas sobre la responsabilidad colectiva y anónima en el nuevo Código Civil

por **MARTÍN ALEJANDRO CHRISTELLO**⁽¹⁾

I | Introducción

Con motivo de la sanción del nuevo Código Civil de la República Argentina, se ha incorporado un supuesto de daños que tanto la doctrina como la jurisprudencia venían reclamando, toda vez que para resolver determinados conflictos resultaba necesario recurrir a interpretaciones forzadas de normas existentes en el Código de Vélez con las discrepancias y desacuerdos que ello conllevaba.

Atilio Alterini señalaba hace casi treinta años atrás una cuestión que, a tenor de los tiempos presentes, ya resulta desactualizada cuando decía que resultaba evidente que la teoría de la responsabilidad civil en su significado de derecho de daños estaba en franca transformación.⁽²⁾

Vélez Sarsfield seguramente no imaginó un derecho de daños con los contornos actuales. El hacer reposar el esquema de responsabilidad en la culpa no impidió que dejase en germen supuestos en los cuales la

(1) Abogado. Profesor adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales y de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (UBA). Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 103.

(2) ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1987, pp. 339 y 341.

responsabilidad objetiva brinda adecuado sustento al reclamo resarcitorio: daños causados por animales (arts. 1124 y ss. CC), y aquellos supuestos de daños en los cuales no es posible, dentro de un grupo determinado de personas, identificar al causante del daño.⁽³⁾

2 | Daño e intervención plural

Resulta útil distinguir tres supuestos de intervención plural:⁽⁴⁾

- a. Causalidad conjunta o común: cuando varias personas cooperan al mismo resultado hay causalidad común o conjunta. Legalmente se imputa el hecho a todos los intervinientes, como en el caso del delito civil que compromete solidariamente a “todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices” (art. 1081 CC).
- b. Causalidad acumulativa o concurrente: los varios intervinientes actúan de tal modo que sus actos, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de haberse operado aislados. Es el ejemplo de dos fabricantes que arrojan al río las aguas servidas que, aisladamente consideradas, son venenosas; o si dos personas administran veneno separadamente a otra. El resultado dañoso es atribuible a todos y a cada uno de ellos.
- c. Causalidad disyunta o alternativa: en estos supuestos el daño es atribuible a una u otra persona de manera excluyente. El problema se presenta cuando, a raíz de faltar la prueba, no puede señalarse cuál de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúne los requisitos necesarios para tornarlo resarcible. La diferencia con los otros dos supuestos es notoria.⁽⁵⁾

En este último supuesto, lo que cabe analizar es: frente a la imposibilidad de individualizar al autor del daño quién debe responder.

(3) Los casos de obligaciones nacidas *quasi ex delicto* eran en Roma numerosos; dentro de las cuatro acciones citadas por la Instituta de Justiniano se encuentra la de *effusis et deiectis* (cosas arrojadas o derramadas), acción creada por el pretor para aquellos casos en que el daño había sido causado por un objeto arrojado desde una casa a la vía pública, que podía intentarse contra el que habitaba a cualquier título que fuera, menos el de viajante, la casa desde donde había sido arrojado el objeto. La persona demandada, a su vez, tenía un recurso para obligar al autor directo del hecho a indemnizarle (CARAMÉS FERRO, JOSÉ M., *Curso de Derecho Privado Romano*, 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1949, t. I, p. 186).

(4) ALTERINI, ATILIO A., *op. cit.*, p. 164 y ss.

(5) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., “Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica”, en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, 1998, p. 228.

3 | La responsabilidad colectiva en nuestro derecho

Como ha señalado gran parte de la doctrina nacional, en el ordenamiento positivo hasta ahora vigente, el fundamento de base está dado por las normas del art. 1119 CC y del art. 95 CP.

El primero asigna responsabilidad a:

... los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable.

Es de destacar el origen romanista de la norma dictada por Vélez, tomada de la *actio de deiectis vel effusis*; cabe señalar que en Roma tenía un carácter no simplemente indemnizatorio, sino también sancionatorio, ya que establecía el pago del doble del perjuicio sufrido.⁽⁶⁾

El art. 95 CP dispone: "Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de 2 a 6 años en caso de muerte y de 1 a 4 en caso de lesión".

Esta norma adquiere particular relevancia dentro del ámbito del derecho civil a la luz de lo dispuesto por el art. 1102 CC: "Después de la condena- ción del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar

(6) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *op. cit.*, p. 231, nota 27.

la culpa del condenado". Por lo tanto, en sede civil dos o más personas que han sido condenadas en sede penal en virtud del delito tipificado en el art. 95 del Código punitivo, no podrán negar su participación en la riña o agresión, ni la circunstancia de no haber sido los autores de la muerte o las lesiones.

De este modo, todos los condenados en el juicio criminal quedarán sujetos a la obligación de indemnizar el daño producido, aunque no se haya probado a quién corresponde la autoría del delito.

La influencia de la sentencia penal sobre la civil, en este supuesto, implica la atribución de responsabilidad a cuantos participaron en la gresca o agresión sobre bases totalmente alejadas de las tradicionalmente exigidas para que surja la obligación de resarcir.⁽⁷⁾

4 | Factor de atribución

Frente a supuestos de daños colectivos, y dentro del sistema del Código Civil, se ha discutido cuál es el factor de atribución a que se debe acudir. Se han esbozado al respecto distintas teorías:

- a. Una primera se presenta como una prolongación de la tesis de la personalidad moral; el grupo se encuentra obligado como una "persona de hecho"—tesis sostenida por Aberkane—.⁽⁸⁾

Según Llambías, es una explicación inconvincente: 1º porque la asimilación del grupo a una persona moral no es útil para sentar la responsabilidad individual de los miembros del grupo, ya que los miembros de una persona jurídica no son responsables por las deudas de esta;⁽⁹⁾ 2º porque para admitir la responsabilidad de un miembro del grupo en razón de ese carácter, habría que relacionar dicha responsabilidad con ciertas condiciones de cohesión y estabilidad determinantes de un embrión de personalidad en el grupo, siendo así que la responsabilidad colectiva no atiende a esas características, sino a la imposibilidad de identificar al autor del hecho dañoso.⁽¹⁰⁾

(7) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *ibid.*, p. 232.

(8) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 598, n° 1739.

(9) Ver art. 39.

(10) LLAMBIÁS, JORGE J., "Responsabilidad colectiva o anónima", en *ED*, t. 83, p.787.

- b. Desde otro punto de vista, se intentó justificar esta responsabilidad en la simultaneidad de hechos de varios sujetos cuya intervención causal radica en la desaparición de medios de prueba que la víctima hubiese tenido a su disposición y que provoca el impedimento de identificar al autor del daño —criterio sostenido por Postacioglu—. ⁽¹¹⁾
- c. En los supuestos de accidentes de caza producidos por una sola bala, Ripert sostiene que debe imponerse a todos los cazadores la prueba de que la intervención de sus respectivos fusiles ha sido pasiva, pues le corresponde al guardián demostrar que la cosa ha tenido una intervención pasiva en el hecho dañoso. A falta de tal prueba se presume su responsabilidad en forma solidaria. ⁽¹²⁾
- d. Según Esmein, este tipo de responsabilidad halla fundamento en una dispensa acordada a la víctima de probar la imputabilidad de un hecho generador de responsabilidad entre todos los individuos que sean los generadores posibles. ⁽¹³⁾
- e. Para Llambías, la responsabilidad colectiva se basa en la prudente apreciación de los hechos probados, presidida por el buen sentido. El fundamento es eminentemente técnico y se relaciona con la teoría de la prueba. ⁽¹⁴⁾
- f. Según Lidia M. R. Garrido Cordobera, en los supuestos de responsabilidad colectiva se los hace a todos responsables ante la imposibilidad de identificar al autor, con prescindencia de una investigación sobre la culpa y sin permitir la demostración de la ausencia de culpa; esto significa una responsabilidad de tipo objetivo, fundada en el factor riesgo ⁽¹⁵⁾ —teoría sostenida, entre otros, por Bustamante Alsina, Bueres, Cazeaux y Trigo Represas, Borda, Zavala de González, Mosset Iturraspe, Goldemberg, Garrido y Andorno—.
- g. Con una diferencia de matiz, López Cabana y Lloveras estiman que la respuesta que aparece como más convincente para dar adecuado sustento a la responsabilidad colectiva consiste en una presunción de causalidad fundada en el riesgo. ⁽¹⁶⁾

.....

(11) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *op. cit.*, p. 236.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *op. cit.*, p. 599, n° 1742.

(13) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *ibid.*, p. 600, n° 1743.

(14) LLAMBIÁS, JORGE J., *op. cit.*, p. 787 y ss.

(15) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Bs. As., Ed. Universidad, 1993, p. 75.

(16) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. y LLOVERAS, NÉSTOR L., "La responsabilidad colectiva", en *ED*, t. 48, p. 800 y ss.

5 | Requisitos que condicionan la procedencia de este tipo de responsabilidad

Garrido Cordobera señala que para que pueda aplicarse la responsabilidad colectiva, imponiéndose a todos los miembros de un grupo la obligación de reparar el daño, se requiere: 1) la falta de individualización del autor del daño; 2) la prueba de la participación de todos los autores posibles en la acción (riesgosa) del grupo. Esa actividad puede ser lícita o ilícita; 3) la demostración de la relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

Recuerda la citada autora, además, que en las V Jornadas de Derecho Civil, Bustamante Alsina presentó una ponencia “*de lege ferenda*” con las siguientes bases para que se establezca legislativamente la responsabilidad colectiva. En ella puntualiza lo siguiente: a) que el autor del daño no sea individualizado; b) que los responsables sean integrantes de un grupo; c) que el daño provenga de un grupo que ejecuta una acción riesgosa, sea esta lícita o ilícita; d) que el resarcimiento pueda, o no, ser integral y la responsabilidad no solidaria, según las circunstancias. El despacho aprobado en el plenario, en la Recomendación 13, estableció el siguiente texto: “Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo”.⁽¹⁷⁾

6 | Obligación solidaria o simplemente mancomunada

Garrido Cordobera se inclina por el esquema de la responsabilidad *in solidum*, ya que para la corriente moderna tal modo de responder tiene su fundamento en la idea de garantía, lo que significa ofrecer a la víctima la mayor probabilidad de ser indemnizada por los diversos codeudores. Del mismo modo que parece justo que quien abona la totalidad de la

.....

(17) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *op. cit.*, p. 78 y ss.

indemnización pueda, luego, dirigirse contra los restantes componentes del grupo a fin de exigirles la contribución que corresponda.⁽¹⁸⁾

En cambio, Roberto M. López Cabana ha señalado que, sin dudar de las bondades de la postura enunciada, es dable tener presente que Vélez Sarsfield repudió expresamente la solidaridad en el art. 1121, norma que resulta de aplicación para limitar el deber de responder enunciado en el art. 1119. Toda vez que la reforma introducida por la ley 17.711 no ha derogado ni modificado los arts. 1119 y 1121, ni el art. 1135 que contiene una solución semejante en su última parte, el carácter simplemente mancomunado parece ser el que resulta vigente según nuestro ordenamiento positivo interno. Por consiguiente, no responderán solidariamente quienes de modo colectivo deben reparar un daño causado, sino en la proporción a la parte que tuvieron.⁽¹⁹⁾

7 | La cuestión en el nuevo Código Civil

Con los antecedentes a los que se ha hecho mención, el nuevo Código Civil ha tratado esta cuestión en tres artículos en forma específica sin olvidar que este cuerpo normativo inserta, también, cuestiones atinentes al riesgo que el Código de Vélez no contemplaba y que resultan pautas de interpretación que no se pueden soslayar.

8 | Primer supuesto: Cosas suspendidas o arrojadas

En la Sección 8ª “Responsabilidad colectiva y anónima”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, el art. 1760 establece: “Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa o si esta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Solo se libera quien demuestre que no participó en su producción”.

(18) GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *ibid.*, p. 81.

(19) Ver art. 1121. Ver LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., “Responsabilidad colectiva. Régimen legal...”, *op. cit.*, p. 242 y ss.

Esta norma comprende el supuesto de base romanista de la *actio vel effusis et dejectis* a la que se ha hecho mención más arriba y toma como base la disposición del art. 1119 del Código velezano. Al igual que el Código de Vélez, frente a un grupo de individuos vinculados con el evento dañoso en virtud de habitar el edificio (o mejor aún, la parte del edificio) desde el cual cayó o fue arrojada la cosa, los hace responsables sobre la base de presumirlos a todos causantes del daño, con prescindencia de cualquier investigación sobre la culpa; el esquema es, entonces, de índole objetiva.

Con mayor claridad que el Código de Vélez y en sintonía con el Proyecto de 1998, el Código recientemente sancionado prevé la responsabilidad de los “dueños y ocupantes” de la parte del edificio de la cual cae o es arrojada la cosa (el Proyecto de 1998 hacía mención a los “propietarios y ocupantes”), apartándose así de las normas proyectadas en los otros antecedentes (Código vetado de 1987 y sendos Proyectos de 1993) que establecían la responsabilidad de los que “habitan” el edificio o la parte del edificio de donde provino la cosa. El nuevo Código vincula, así, la responsabilidad con el derecho de dominio o con la tenencia del bien.

La primera cuestión que surge es si el dueño que no habita el inmueble —por ejemplo, porque lo alquiló— es también responsable. Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa, ya que conforme al bloque normativo sancionado el art. 1757 CCyC, al referirse al hecho de las cosas y actividades riesgosas, señala que:

... toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Y en el art. 1758 CCyC señala: “Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella...”.

Por otra parte, si se hubiese querido eximir de responsabilidad al dueño que no habita se hubiese seguido el criterio de los Proyectos que se

referían únicamente como responsables a “quienes habitan”. Pensamos que, de este modo, el dueño responde en su carácter de tal, y el ocupante por tener el uso y contralor de la cosa, cuestión asimilable al art. 1113 vigente en la actualidad y que, como se apuntó más arriba, encuentra su correlato en el nuevo art. 1758.

La otra cuestión es la atinente a la “parte del edificio” de la cual cae o es arrojada la cosa. Según la norma, responderán quienes habiten esa parte, esto puede querer significar que en un consorcio de copropietarios únicamente serían responsables los propietarios frentistas por los daños sufridos por un transeúnte cuando un objeto cae o es arrojado sobre la vereda, quedando automáticamente liberado todo el sector de contrafrente en virtud de la limitación legal. Pero bastaría pensar en qué sucede si la cosa cayó o fue arrojada de la azotea del edificio, la cual —lógicamente— reviste el carácter de “común”, según lo dispuesto por el art. 2041, inc. c) del nuevo Código, y desde ya no puede verificarse tal extremo: ¿serían responsables únicamente los frentistas? El Proyecto de 1998 contenía en el art. 1672 un segundo párrafo que establecía que: “Según las circunstancias, la responsabilidad puede ser extendida a otros sujetos y ocupantes del edificio”; el nuevo Código no consideró necesario ese párrafo y la cuestión —probablemente— quede librada a la interpretación judicial cuando algún caso se presente.

El art. 1760 CCyC prevé que “sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción”. Al igual que en la norma del art. 1119 del Código vlezano entendemos que se da aquí una presunción de causalidad fundada en el riesgo.⁽²⁰⁾ Por lo tanto, el primer eximente de responsabilidad consiste en la identificación del responsable, es decir de aquel que arrojó o a quien se le cayó la cosa, puesto que, una vez identificado, la relación causal queda determinada de modo absoluto. Lo mismo ocurre si se acreditara que uno solamente es el dueño o guardián de la cosa caída o arrojada, ya que él será el responsable.

Como ya quedó dicho, al dueño no le basta con acreditar frente a la víctima que no habitaba el inmueble. Dentro del trazado del Código será eximente también el hecho del damnificado.⁽²¹⁾ En este caso puede darse la situación

(20) LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “Responsabilidad colectiva”, en *Responsabilidad civil objetiva*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1995, p. 198.

(21) Ver art. 1729: “Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley

que, prevista en el Código de Vélez, no fue contemplada en el nuevo ordenamiento legal, que es la de quien se encuentra en terreno no sujeto a servidumbre de tránsito o invadiendo terreno ajeno. Pensamos que tal situación resulta asimilable a la eximente del viejo Código, es decir el hecho del tercero exonera por encontrarse él ubicado en un área que no debe invadir, lo cual puede constituir una conducta ilícita que le quita derecho al reclamo.

También resultará eximente el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1730),⁽²²⁾ por ejemplo, un temblor de tierra, un terremoto, en fin, cualquiera de los extremos que condicionan la aplicabilidad de tal teoría, en tanto reúna los caracteres de imprevisible o, en su caso, de inevitable.

Finalmente, también sería invocable el hecho de un tercero (art. 1731);⁽²³⁾ este hecho de un tercero, tal como lo describe la nueva norma, debe revestir los caracteres del caso fortuito.

Por último, la norma establece la solidaridad pasiva de los dueños y ocupantes. Se supera, de este modo, la cuestión planteada acerca del carácter solidario o simplemente mancomunado de este supuesto de reparación, y ya no quedan dudas al respecto.

9 | Segundo supuesto: Autor anónimo

El art. 1761 expresa: "Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción". En esta norma, el nuevo cuerpo legal se aparta de los Proyectos precedentes, ya que hace mención al daño que proviene de un sujeto no identificado de un grupo determinado, pero sin exigir que el grupo o la actividad llevada a cabo por el grupo sean riesgosos.

.....
o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".

(22) Art. 1730: "Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos".

(23) Art. 1731: "Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito".

Recordemos que el Código Único de 1987 y los Proyectos de 1993 y 1998 hacen referencia al daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa o peligrosa.⁽²⁴⁾

Es sabido que durante la vigencia del Código de Vélez se propugnó extender la solución del art. 1119 a aquellos casos en los cuales una persona sufriera un daño proveniente de la existencia de un grupo dentro del cual permanece en el anonimato el verdadero (y acaso único) responsable. Es así que esta situación se contempló especialmente para supuestos de pluriparticipación médica en los cuales no se puede identificar fehacientemente quien ha sido el causante del daño.

Esta norma viene a cubrir ese tipo de situaciones en la cual no existe una actividad riesgosa.

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se llevaron a cabo en Buenos Aires en el año 1997, se señaló que: "Corresponde distinguir los supuestos de daños cuya autoría permanece en el anonimato (responsabilidad colectiva) de aquellos en que el daño proviene del accionar riesgoso de un grupo". Asimismo, se fijaron como requisitos: a) falta de identificación del autor del daño; b) existencia de un grupo de personas como autores posibles; c) factor de atribución. A los requisitos expuestos debería agregarse la relación de causalidad entre el daño y la acción no particularizada del grupo.

.....

(24) El Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1987 (ley 24.032, vetado mediante el decreto 2719/1991) disponía en el art. 1119: "El daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros los hace responsables solidarios. Solo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño".

El Proyecto de 1993 —según Comisión designada por decreto 468/1992— reglaba que: "El daño proveniente de la actividad de un grupo de personas que sea peligrosa para terceros hace responsables indistintos a sus integrantes. Sólo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño".

El Proyecto de 1993 sancionado por la Cámara de Diputados, en tanto, preveía que: "Cuando el daño es causado por un miembro anónimo de un grupo determinado, el riesgo derivado de tal circunstancia autoriza a la víctima a accionar contra cualquiera de los integrantes del grupo por el total del perjuicio padecido. Constituirá eximente de responsabilidad la prueba de que el agente no integró el grupo o la identificación del causante del daño".

El Proyecto de 1998 predicaba que: "Si un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros, todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no participó en su causación".

Es decir, el damnificado deberá probar que sufrió un daño, que ese daño le resulta atribuible a un sujeto no identificado dentro de un grupo determinado y que existe relación causal entre el hecho y el daño atribuido a ese miembro anónimo. Todos ellos responderán solidariamente.

La responsabilidad es objetiva ya que, según el art. 1761, todos los integrantes del grupo responden, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

En los fundamentos del Anteproyecto se dejó especificado que demostrado quién es el autor, ya no hay anonimato. Pero en este caso —como en el anterior tratado— debemos preguntarnos si es posible la invocación de otros eximentes.

Aquí también la respuesta debe ser afirmativa ya que la demostración de la ruptura del nexo causal a través del hecho de la víctima, el hecho de un tercero y el caso fortuito (con las características ya expuestas al tratar la responsabilidad colectiva) constituyen sustento suficiente para consagrar una exoneración de responsabilidad.

10 | Tercer supuesto: Actividad peligrosa de un grupo

El art. 1762 señala: “Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo”.

Este supuesto presenta como nota distintiva, con relación a los dos precedentes, que aquí no interesa el anonimato.

La fuente de este artículo la hallamos tanto en las recomendaciones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil —citadas anteriormente— como del art. 1673 del Proyecto de Código Civil de 1998.⁽²⁵⁾

(25) En los Fundamentos del Proyecto del Código Civil de 1998 se ha señalado que: “Conforme al criterio del Proyecto de Código Único de 1987, seguido —con sus matices—

En este punto podemos decir que existe una causalidad conjunta o común desarrollada en base a la “masificación” del actuar grupal, de modo tal que resulta insuficiente, para quien pretenda eximirse, acreditar que no tuvo una intervención directa en el daño, pues la única causal contemplada es la demostración de no haber integrado el grupo.

En los fundamentos del Anteproyecto se señala que:

... si trata de un grupo de riesgo, la situación es distinta: si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. En este caso es ineficaz probar la autoría porque no interesa el anonimato, lo relevante es probar que no se ha integrado el grupo.

Sin dudas, la hipótesis tenida en la mira por el legislador ha sido, entre otras, el actuar de patotas a la salida de los boliches o los barra bravas que concurren a los estadios y generan desmanes en ellos, o fuera del ámbito de ocurrencia del espectáculo deportivo.

En este caso el factor de atribución —objetivo— está fundado en la existencia de una actividad riesgosa o peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.⁽²⁶⁾

Se ha discutido, durante la vigencia del art. 1113 CC, si se hallaba contemplada dentro de esta norma la denominada “actividad riesgosa”.

.....

por ambos Proyectos de 1993, se establece la responsabilidad colectiva de quienes participen de un grupo que realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros. Esta solución atiende a la realidad actual de patotas, barras bravas en espectáculos deportivos, y demás similares”.

El Proyecto de Código Único de 1987, vetado por el Poder Ejecutivo, preveía expresamente en el art. 1119 que: “El daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros los hace responsables solidarios. Sólo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño”.

El Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión designada por decreto 468/1992, en el art. 1590, párrafo segundo, señala que: “Lo previsto para los daños causados por o con la intervención activa de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización”.

(26) Ver art. 1757.

Señala Pizarro:

Una actividad es riesgosa cuando, por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales) o por las circunstancias de su realización —v. gr. por algún accidente de lugar, tiempo o modo—, genera un riesgo o peligro para terceros. Poco importa que en la actividad riesgosa (y en el daño que de ella derive) intervenga o no una cosa, activa o pasivamente. Coincidimos con Zavala de González en cuanto a que el entendimiento del riesgo circunstancial “no puede partir de la simplista concepción de que toda actividad dañosa sea riesgosa”. Desde el punto de vista lógico y valorativo, “la noción de riesgo no puede ser un *posterius* sino un *prius*, aunque se indique retrospectivamente luego de producido el daño”. El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona de tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosisidad de la actividad debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto. La cuestión pasa por “el grado de previsibilidad de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad. Si sobre la base de tales aspectos concurriría una clara probabilidad (aunque abstracta o genérica) de eventuales perjuicios, funcionará el factor objetivo de atribución si el daño ocurre” (Zavala de González). Las circunstancias que son determinantes para la calificación de riesgosa de la actividad desplegada deben vincularse, principalmente, con los medios o elementos empleados para el desarrollo de la actividad, que pueden y deben ser controlados por su titular.⁽²⁷⁾

Como quedó dicho, el factor de atribución, conforme al art. 1757, del nuevo Código es objetivo y resulta, en el caso del art. 1762, de un supuesto específico de responsabilidad que se aparta en alguna nota del

.....

(27) PIZARRO, RAMÓN D., en Alberto Bueres (dir.) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias*. *Análisis doctrinario y jurisprudencia*, Bs. As., Hammurabi, 2005, t. 3 A, p. 556.

supuesto genérico previsto en el primer artículo mencionado; además, debe tenerse presente que el art. 1758, al referirse a los sujetos responsables por el hecho de las cosas o por actividad riesgosa, establece que la responsabilidad es concurrente, en tanto que en el supuesto específico de la norma del art. 1762 se fija una responsabilidad solidaria.

Además, el artículo bajo análisis señala una única causal de liberación de los sindicatos como responsables y es la demostración de no haber integrado el grupo. Huelga aclarar a esta altura que no podrá eximirse quien demuestre, por ejemplo, la culpa de uno de los integrantes ya que, como quedó anticipado, en este caso no interesa el anonimato y menos aún la culpa individual, ya que lo que caracteriza a los daños padecidos bajo esta circunstancia es que han sido ocasionados por la intervención activa del grupo, sin importar la causalidad individual que es desplazada por la causalidad conjunta o común.

De otro lado, el hecho o la culpa de la víctima, así como el caso fortuito externo a la actividad grupal en tanto produzcan la ruptura del nexo causal,⁽²⁸⁾ pueden resultar eximentes ya que, como bien lo señala Pizarro, "el centro de la cuestión debe ser emplazado en torno a la relación de causalidad: no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales y, desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente, del daño".⁽²⁹⁾

II | Conclusión

Bajo este aspecto, el nuevo Código Civil que entrará en vigencia en el año 2016, brinda adecuada respuesta frente al silencio normativo que caracterizaba al viejo Código, y que llevó a utilizar figuras afines para poder juzgar responsabilidades hasta entonces silenciadas.

.....
(28) Ver arts. 1729 y 1730.

(29) PIZARRO, RAMÓN D., *op. cit.*, p. 566.

Los contratos en el Código Civil y Comercial

Una mirada general al Libro Tercero “Derechos personales”

por **MARTÍN AYALA**⁽¹⁾

I | Introducción

La reciente sanción del Código Civil y Comercial unificado (en adelante, CCyC) regula las relaciones jurídicas contractuales en el Título II del Libro Tercero y mantiene la metodología planteada en el Código Civil decimonónico, dividiendo la regulación legal en una parte general de contratos y una parte especial, dedicada a los diferentes contratos típicos. Cabe destacar esta decisión metodológica que brinda un tratamiento, en general, a los contratos, evitando reiteración de normas en cada uno de los contratos típicos y fijando pautas de regulación para los contratos atípicos.

Es de destacar que no todos comparten esta metodología, pues para el Dr. Borda era preferible un tratamiento solo de la Parte Especial de los contratos: “Nosotros hemos preferido seguir la huella de Códigos y tratadistas más modernos eliminando esa introducción y desarrollar los temas

.....
(1) Abogado (Universidad Católica de Santa Fe, 1995). Especialista en Derecho de la Empresa (Universidad Nacional de Misiones, 2004). Docente universitario (UCSF, UNaM, UCP, UGD). Presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Misiones (periodo 2012-2014).

que la integran, algunos en la Parte General del derecho civil (...) otros en los contratos en los cuales tienen un interés más relevante (...) otros en fin, serán tratados en Obligaciones...".⁽²⁾

2 | Las relaciones jurídicas contractuales

Como apreciación general, destaco que la redacción del nuevo Código ha introducido al texto legal, en muchos casos, las soluciones que la jurisprudencia y la doctrina aconsejaban en cada caso concreto, y de tal manera consolida el principio de seguridad jurídica.

El desarrollo del método del Código, en la parte general de contratos, se realiza a partir de capítulos y subdivisiones en secciones. De esta manera, en el **Capítulo 1** se abordan las disposiciones generales, referentes a la definición del contrato y la libertad para contratar, así como el efecto vinculante de las reglas fijadas por contratos.

En el **Capítulo 2**, sobre las clasificaciones de los contratos, se destaca la derogación de la retrógrada categoría de los contratos reales. En efecto, la clasificación entre contratos consensuales y reales constituía un antiguo resabio de las clasificaciones de los contratos del derecho romano.

La clasificación de los contratos reales creaba una inmensa injusticia cuando las partes acordaban respecto un contrato real, pero luego por la falta de entrega de la cosa objeto del mismo, se carecía de acción para reclamar el cumplimiento del acuerdo. Esta injusticia se supera con la eliminación de aquella categoría de contratos reales.

El **Capítulo 3** refiere a la formación del consentimiento. Aquí las innovaciones son mayores. El primer aspecto a destacar es en cuanto a los requisitos de la oferta. En el Código Civil velezano la oferta para ser tal debía estar dirigida a persona determinada. En cambio, el CCyC prevé que la oferta deba ser a personas determinadas o determinables (art. 972).

Este criterio puede generar dudas y confusiones sobre los alcances de tal "determinabilidad", es decir, de a quiénes se refiere el Código con el

(2) BORDA, GUILLERMO A., "Advertencia Metodológica", en *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. I, Contratos, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.

término personas “determinables”. Este no puede confundirse con “oferta al público” —considerada una “invitación a ofertar” conforme el art. 973— y tampoco puede referirse a que la determinación de la persona se consolida al momento de la aceptación, pues en tal supuesto toda “invitación a ofertar” u “oferta al público” (art. 973) dejaría de ser tal al momento que alguien la acepte, importando una abierta contradicción entre ambos textos legales.⁽³⁾

De tal manera, opino que el texto debe referirse a colectivos concretos de personas, que aunque inciertos, podrían ser individualizados, por ejemplo, “oferta para estudiantes universitarios”; “oferta para pequeñas y medianas empresas”. Asimismo, estimo que sería de provecho llevar claridad en el texto propuesto, ya que la ambigüedad del término —“personas determinables”— puede generar confusión, con el agravante de que las consecuencias son importantes (en un caso existe oferta —art. 972— y ella es vinculante por un plazo razonable y en cambio en el otro supuesto —art. 973— no hay oferta exigible).

Como se expresó en el apartado anterior, el CCyC mantiene la premisa de que la oferta al público, que denomina oferta a “personas indeterminadas” no es considerada oferta (art. 973), pero a continuación agrega “excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar”.

Estimo que este texto también puede generar debate sobre las consecuencias de una oferta al público, en punto a discrepar sobre las “circunstancias” que deberían ser consideradas para determinar la intención de contratar.

En consecuencia, quien formule una oferta al público (y siempre que en el caso no se aplique la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que en tal situación, la cuestión se dilucida en el ámbito de aquel cuerpo de normas) deberá manifestar expresamente si tiene o no intención de que su propuesta sea considerada oferta vinculante o no.

De lo contrario, es decir, ante la falta de dicha previsión, podría generarse un debate o litigio, ante la discrepancia en los alcances de la oferta a personas indeterminadas entre oferente y aceptante.

.....

(3) Ver art. 972 vs. art. 973.

En el Código se prevé la fuerza vinculatoria de la oferta “salvo que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso” (art. 974).

En este punto, parece razonable el principio general (oferta vinculante) y además que pueda ello ser exceptuado por los propios términos de la oferta, fundado en la autonomía de la voluntad. Mayores reparos surgen de la posibilidad de que la oferta no sea vinculante por “las circunstancias del caso”, ya que cabe preguntarse qué “circunstancias” pueden dar lugar a la excepción al principio general por el cual la oferta obliga a quien la formula.

En la misma **Sección 1ª** de este **Capítulo 3**, se ratifica la regla actual que prevé que la aceptación debe coincidir totalmente con la oferta para formar el consentimiento (art. 978), pero a renglón seguido (art. 982) establece que los acuerdos parciales “concluyen el contrato si (...) expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares”.

Este último texto parece adherir a la teoría denominada “*Punktation*” y es incompatible con la regla prevista en el art. 978, ya que si por un lado la aceptación debe coincidir totalmente con la oferta, es inadmisibles que aun cuando no coincida totalmente con ella, se pueda considerar que ha surgido un contrato, cuando la aceptación refiere a los aspectos esenciales de la oferta.

En razón de la regla del art. 982 *in fine* “En la duda, el contrato se tiene por no concluido”, opino que el principio sigue siendo que la aceptación debe coincidir totalmente con la oferta para formar el consentimiento.

La **Sección 2ª** prevé una de las incorporaciones más requeridas en la parte general de los contratos, la regulación de los **contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales**. Para quedar comprendido en la regulación de esta sección el contrato debe estar elaborado por una de las partes de manera general para sus relaciones contractuales, y la otra parte solo adherir. Es decir, las características de estos contratos son: a) su predisposición y b) la generalidad de tales reglas predispuestas.

Para estos contratos se establecen reglas que la doctrina ya había admitido, como por ejemplo que las cláusulas especialmente negociadas

priman sobre las cláusulas generales (art. 986) o que en caso de dudas de interpretación respecto de las cláusulas generales se interpretan en contra del predisponente (art. 987).

Pero la innovación más importante es la regulación de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias de los contratos predispuestos (art. 988). A este respecto, dice que son abusivas y se tienen por no escritas a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, y b) la renuncia a los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente, y c) las cláusulas sorpresivas o imprevistas.

Con respecto a los dos primeros supuestos, su analogía con la redacción del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) permite aprovechar el desarrollo doctrinal sobre la interpretación de tales normas que, sucintamente, apuntan a impedir que en estos acuerdos predispuestos se modifiquen las normas supletorias previstas a modo de modelo para los contratos particulares en perjuicio de la parte más débil (el consumidor en el contrato de consumo y el adherente en los contratos predispuestos). La tercera categoría de cláusulas predispuestas o abusivas alude al control de incorporación de la cláusula al contrato y veda aquellas que no pudieron haber sido conocidas o previstas por el adherente.

El **Capítulo 4** regula las incapacidades para contratar, estableciendo reducidas reglas sobre los que tienen prohibido realizar contratos (art. 1002). Allí se menciona la prohibición de los funcionarios públicos que no pueden adquirir bienes cuya administración tienen encargada; también se enumera a los jueces y auxiliares, que tienen prohibido contratar sobre bienes relacionados a procesos donde han intervenido y la prohibición a los abogados de contratar sobre bienes involucrados en litigios donde han participado.

A estas reglas, ya conocidas en el texto del Código Civil decimonónico, se suma la prohibición de contratar a los cónyuges (inciso d). Es verdad que el Código Civil de 1869 preveía una norma análoga que impedía el contrato de compraventa entre cónyuges (art. 1358), pero tal prohibición no impedía otros contratos que no se regulaban supletoriamente por la compraventa. Por ejemplo, se admitía entre cónyuges contratos como mandato, servicios, obras, locación, comodato, depósito y todos aquellos que no importen disposición de bienes.

Con la redacción actual, la prohibición parece comprender todos los contratos y no solo la compraventa como preveía el Código velezano. Sin perjuicio de ello, opino que atento la finalidad de la prohibición (impedir la colusión entre cónyuges para perjudicar a los acreedores de las partes), no pueden quedar impedidos aquellos contratos que no se relacionan con la finalidad que se procura con la prohibición, como aquellos mencionados en el párrafo anterior.

En el **Capítulo 5**, el Código Civil y Comercial unificado regula el objeto de los contratos. En este tópico lo destacado es la nueva regulación respecto los bienes ajenos. Es conocida la regla del Código de 1869 sobre la prohibición de vender cosas ajenas (art. 1329). También que tal norma había sido reiteradamente criticada, puesto que es válido el pacto sobre cosas ajenas cuando el enajenante se compromete a adquirir y transmitir su dominio al comprador. Por ello, el nuevo texto (art. 1008 CCyC) tiene una regulación adecuada a la interpretación que la doctrina da al tratamiento de los bienes ajenos como objeto de los contratos.

En el mismo capítulo se regula los derechos sobre herencia futura como objeto de los contratos. Se mantiene la regla general de prohibición de tales derechos, pero se incorpora una excepción novedosa admitiendo que son válidos los acuerdos sobre una explotación productiva o participación societaria que incluyan derechos hereditarios futuros, siempre que no afecten la legítima.

El **Capítulo 6** del Código Civil y Comercial unificado regula la causa fin de los contratos, remitiendo a lo dispuesto sobre la causa de los actos jurídicos que prevé el mismo Código (art. 1012). En dicha remisión, se regula a la causa fin como el fin económico inmediato previstos por el ordenamiento jurídico y los motivos exteriorizados esenciales para ambas partes. Así adhiere al concepto de causa objetiva y subjetiva que admite la doctrina.

La forma de los contratos está regulada en el **Capítulo 7**, estableciendo qué contratos deben ser realizados por escritura pública (art. 1017): los que versen sobre derechos reales sobre inmuebles, los que refieren a derechos dudosos o litigiosos, los contratos accesorios de un contrato instrumentado en escritura pública y los contratos que por acuerdo de partes o por disposición de la ley deban ser en escritura pública.

Luego del tratamiento de la forma, en el **Capítulo 8** se regula la prueba de los contratos, estableciendo en el art. 1020 la prueba de los contratos formales en términos similares al régimen legal actual, simplificando su tratamiento y con claridad de redacción.

Los efectos de los contratos están previstos en el **Capítulo 9** del texto. Allí se regula el contrato en nombre de un tercero, con o sin representación (art. 1025), de manera similar al régimen actual.

También se prevé la promesa de un hecho por un tercero (art. 1025) como una obligación de medios, de manera similar a la regulación de los bienes ajenos como objetos de los contratos (art. 1008).

El contrato a favor de tercero o estipulación a favor de terceros (art. 1027) recibe una mejor ubicación en la parte general de los contratos. Hay que recordar que en el Código Civil de 1869 se ubicaba en las obligaciones (art. 504) y ello había sido criticado. Además, la regulación de esta institución es más completa y recoge las recomendaciones que había previsto la doctrina, como por ejemplo las relaciones que surgen entre los sujetos involucrados (art. 1028) y que despeja dudas sobre este pacto particular.

También, en este Capítulo se prevé la excepción de incumplimiento contractual bajo la denominación de “suspensión del cumplimiento” (art. 1031). Incorpora como novedad que pueda deducirse esta defensa, tanto como excepción (tal como hasta ahora) así como por medio de una acción.

La **Sección 4ª** de este Capítulo —sobre los efectos— refiere a las garantías de saneamiento, que involucra tanto la evicción como los vicios redhibitorios, dando un régimen general común a ambas garantías y luego reglas especiales para cada tema.

El sistema de regulación acuerda claridad y simpleza a las reglas de saneamiento. A este respecto se destacan las reglas de mayor responsabilidad cuando una de las partes actúa profesionalmente en el tipo de actos jurídicos de que se trata.

En efecto, el régimen legal prevé la posibilidad de suprimir o disminuir las responsabilidades que surgen de las reglas de saneamiento (art. 1037),

pero tales pactos no son válidos cuando “el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación...” (art. 1038, inc. b). De manera análoga, se prevé que el enajenante responde, además del saneamiento, por los daños ocasionados, salvo que el adquirente pudiera conocer los vicios o el enajenante desconociera los defectos (art. 1040, incs. a y b); pero estas exenciones no son válidas cuando “el enajenante actúa profesionalmente...” (art. 1040 final). Por último, en este aspecto, prevé que la prueba de la antigüedad del vicio redhibitorio que afecta a la cosa corresponde al adquirente, salvo “si el transmitente actúa profesionalmente...” (art. 1053, inc. b).

Estas mayores responsabilidades en cabeza del enajenante o transmitente profesional se compadecen con la regla del actual art. 902 del Código Civil de 1869, por el cual, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Estimo que, por el tipo de operaciones comprendidas, estas reglas de responsabilidad agravada pueden tener relevancia concreta en las operaciones de venta realizadas por operadores profesionales como las inmobiliarias cuando actúan por cuenta propia.

En cuanto a la responsabilidad por evicción, se establece la obligación de indemnidad del adquirente. Es decir que el enajenante debe responder, como regla, en casos de evicción (art. 1047), salvo que el adquirente, habiendo citado al garante “y aunque este se allanó, continuó con la defensa y fue vencido”. Tal texto legal puede conspirar contra el derecho de defensa.

En efecto, si bien ante el allanamiento del garante y si el adquirente continúa el juicio del tercero los gastos de tal proceso podrían ser dispensados al garante, parece injusto que además el adquirente pierda el derecho a “efectuar ningún otro reclamo”, ya que significaría poner al adquirente en la disyuntiva de defenderse en juicio (corriendo el riesgo de perder la garantía por evicción) o no defenderse y recurrir exclusivamente a la indemnización prevista para la garantía por evicción.

Parece indudable que se afecta el derecho del adquirente a su defensa, a ser oído, a un proceso judicial, consagrados todos constitucionalmente. El cercenamiento de tales derechos no se justifica en el supuesto de un

allanamiento del garante, puesto que el adquirente puede conservar legítimas convicciones de peticionar la defensa de su derecho, aunque luego sea vencido.

En otro de los temas sobre las garantías de saneamiento, el CCyC brinda una regulación precisa de los plazos para el ejercicio del derecho a exigir el saneamiento. En efecto —y solucionando vacíos y lagunas de las que adolecía el Código de Vélez— el texto vigente a partir del año 2016 prevé que la denuncia del vicio debe interponerse en el plazo de sesenta días de la aparición del defecto (art. 1054), la caducidad de la garantía por vicios redhibitorios acontece a los tres años desde que se recibió la cosa para inmuebles y de seis meses para cosas muebles (art. 1055) y, por último, la prescripción de la acción por vicios ocurre al año (art. 2564, inc. a).

La **Sección 5ª** del Capítulo “Efectos” refiere al tratamiento de la seña, señal o arras. Cabe recordar que la regulación actual de la seña era diametralmente diversa en la previsión del Código Civil y en el Código Comercial, puesto que el primero preveía la seña como facultad de arrepentimiento (seña penitencial) y, en cambio, en el Código de Comercio se regula la seña con efecto confirmatorio (seña confirmatoria). Esta era una situación incomprensible y que causaba incertidumbre entre los contratantes.

La previsión del CCyC apunta a una regulación uniforme de la seña, en principio y salvo estipulación en contrario, como seña confirmatoria (art. 1059).

El **Capítulo 10** del CCyC refiere a la interpretación del contrato. La regulación prevé incorporar en este cuerpo único las reglas de interpretación que hasta ahora se encuentran esparcidas entre los Códigos Civil y Comercial.

A este respecto, la novedad más destacada es el cambio de la regla de interpretación en favor del deudor. En efecto, el Código Comercial prevé que en caso de cláusulas contractuales ambiguas, un criterio de interpretación es en favor del deudor y de su liberación.

En cambio, el CCyC, recogiendo la opinión de la doctrina, establece la interpretación en favor del deudor solo en los contratos gratuitos y la interpretación en favor de un ajuste equitativo de los intereses para los contratos onerosos (art. 1068).

El **Capítulo 11** del CCyC regula las relaciones derivadas de subcontratos o contratos derivados. La regulación es apropiada, en razón de que varias especies de contratos pueden anidar la subcontratación como por ejemplo el contrato de locación, el contrato de obras y servicios. Este Capítulo regula la procedencia de las "acciones directas" que están previstas en los arts. 736 y siguientes de la Norma.

El **Capítulo 12** prevé las reglas aplicables a los contratos conexos. Se definen así aquellos contratos que se hallan vinculados por la finalidad económica común (art. 1073) y el efecto fundamental entre ellos es que un contratante puede oponer excepciones de incumplimiento aun frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato (art. 1075).

El último **Capítulo 13** de este Título del CCyC es referente a la extinción modificación y adecuación del contrato. Allí se prevén disposiciones generales para los supuestos de extinción por declaración de una de las partes.

Entre tales reglas, se destaca que la extinción solo produce sus efectos desde la comunicación a todas las partes, así como que extinguido el contrato no podrá más requerirse su cumplimiento. Se reitera que la rescisión y la revocación tienen efecto hacia el futuro exclusivamente, y en cambio la resolución tiene efecto retroactivo, salvo los terceros de buena fe y a título oneroso que pudieran haber adquirido los bienes objeto del contrato resuelto.

Se regula, en este Capítulo, el pacto comisorio como medio de resolución singular del contrato. Entre las reglas que regulan el pacto comisorio, se prevé la posibilidad de conversión de la demanda de cumplimiento del contrato en resolución de manera tácita (art. 1085), disponiendo que la sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que ante el incumplimiento en el trámite de ejecución el acreedor tiene derecho a optar por la resolución del contrato.

Recibe acogida legal la teoría de la frustración del fin del contrato que había sido prevista por la doctrina y algunos fallos judiciales, disponiendo que extingue el contrato cuando se produce la frustración de la finalidad del contrato si se produce una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes (art. 1090).

Al final del presente Título, regula la figura de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente en el art. 1091, con la particularidad de que no exige la falta de mora en la parte para permitir su aplicación a un caso concreto.

3 | Evaluación final del Título Segundo relativo a contratos

En definitiva, la regulación de la parte general de los contratos se aprecia como precisa, clara, con incorporación de los aportes que la doctrina y jurisprudencia requerían, con la regulación de figuras no previstas en el Código Civil de 1869, lo que permite un tratamiento de esta parte de las relaciones jurídicas patrimoniales que se muestra compatible con los requerimientos de las partes.

Son destacadas las incorporaciones en torno a los contratos predispuestos, la regulación detallada de los efectos por garantías de saneamiento, la derogación de la categoría de contratos reales, las normas sobre rescisión y resolución.

Estimo que esta nueva regulación de los contratos tiende a ser más fácilmente entendida por los contratantes y va a brindar mayor seguridad y certeza en las relaciones contractuales.

Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares

Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994⁽¹⁾

por NELLY MINYERSKY⁽²⁾⁽³⁾

I | Introducción

El Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, actualmente vigente, fue y es el encargado de regir la vida civil de los argentinos desde el año 1871. De aquel momento a la fecha ha pasado más de un siglo y medio, y si bien el referido cuerpo normativo ha tenido importantes reformas, tales como las leyes 23.515 y 23.264, lo cierto es que se tornó imprescindible una reforma integral y, especialmente, una debida adecuación al marco constitucional.

El Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994,⁽⁴⁾ ha recogido el laborioso camino recorrido por nuestro país en derechos humanos

.....
(1) El presente artículo ha tenido como base el artículo redactado por la misma autora: "El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del Derecho de Familia", en *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., Eudeba, 2012, pp. 69/116.

(2) Abogada (UBA). Profesora adjunta consulta de la Facultad de Derecho (UBA). Directora de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles (UBA). Investigadora permanente UBACyT.

(3) Con la colaboración de la abogada Andrea Soledad Villeres.

(4) La ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionada el día 01/10/2014 y promulgada el 07/10/2014. El Código sancionado entrará en vigor a partir del día 01/01/2016.

(art. 75, inc. 22 CN). En los fundamentos de presentación del Proyecto se delinearón ejes centrales que han servido de guía para la reforma, entre ellos “la constitucionalización del derecho privado” que trae muchas disposiciones relevantes.

El mundo, en este último siglo y medio, ha avanzado en el estudio, interpretación y garantización de derechos humanos, y en nuestra sociedad se ha prendido la chispa de humanización de los derechos. Se ha comprendido que el respeto de los derechos humanos es el primer derecho a garantizar por parte del Estado para que se pueda, luego, gozar de los derechos constitucionales, civiles, comerciales, etc.

La reforma devino, entonces, necesaria para incorporar este cambio de paradigma al derecho común y no dejar librado a la subjetividad de cada uno de sus intérpretes su efectiva aplicación. Las recomendaciones de los Comités Internacionales, la jurisprudencia convencional y local, y la debida casuística así lo ameritaron.

2 | La universalización de los derechos humanos y el derecho de familia

Las ciencias tienen por último y principal fin mejorar la existencia de mujeres y hombres desde su inicio. En el mismo sentido, las ciencias jurídicas se desarrollan y las leyes son su expresión. Las leyes deben crearse en beneficio de todos, y los derechos que estas otorgan deben ser conocidos, ejercidos y respetados para lograr un real empoderamiento de los mismos por parte de todos los ciudadanos.

Las distintas fuerzas políticas, sociales y culturales se han encaminado hacia la constitucionalización del derecho privado.

El Código en estudio ha avanzado, sustancialmente, en el camino de impregnar las relaciones familiares de la teoría de la universalización de los derechos humanos.

La privatización del derecho de familia debió, entonces, articularse con su constitucionalización o universalización, que devienen de la necesidad de hacer realidad los derechos humanos, incorporados a la Constitución

de 1994. El derecho de familia ha sido siempre controlado por el orden público: el matrimonio y sus efectos, la filiación, la adopción, etc. Estos institutos han sido delineados por el Estado desconociendo la autonomía de las personas para regir sus vidas, como la sexualidad, la procreación y el proyecto de vida personal.

Para iniciar este análisis es preciso reconocer que la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural, por ende su destino se encuentra ligado al camino que la sociedad recorre:

Sabemos que a lo largo de la historia y antes de ella, según los datos obtenidos por los prehistoriadores y por los antropólogos, lo que han existido han sido muy diferentes modelos familiares. Se puede discutir el orden evolutivo y las líneas de paso de uno a otro, pero no cabe duda que los modelos son diferentes y que, por consiguiente, más que de una única intemporal familia estamos en presencia de múltiples familias y modelos familiares.⁽⁵⁾

Cuando mencionamos que toda la sociedad ha cambiado, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el Estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias (cualquiera sea su modo de conformación). Entre los fundamentos con que se presentó el Proyecto de Código en estudio, se señala correctamente que lo que se necesita es conquistar la igualdad real y no abstracta para todos los ciudadanos.

La realidad pone en evidencia que el derecho siempre está presente en el momento de constitución de las relaciones jurídicas familiares. Los cambios sociales tienen sus propios factores genéticos, las relaciones interpersonales se modifican por causas autónomas. El derecho las recoge, si no lo hiciera la ley, igual el "derecho" cambiaría. Y si la ley no cambiara lo haría igual la vida social y la ley, en este caso, sería un factor de perturbación.

Si bien la relación entre familia y derecho no es sencilla, más compleja aun ha sido la relación de la situación de las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes con el derecho.

.....

(5) DIEZ-PICAZO, LUIS, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas SA, 1984, p. 25.

El derecho ha sido y es un ámbito de lucha política, un factor de poder. Constituye un instrumento importantísimo como gran organizador social: distribuye poder, otorga derechos e impone obligaciones. En todas las épocas, el derecho ha respondido a los sectores dominantes de la sociedad; como consecuencia, cualquier decisión que se tome en el campo del derecho es una decisión política. El papel que desempeñan los operadores jurídicos (jueces, juristas, profesores de derecho) incide en el imaginario social en torno a lo que es ser mujer, ser niño, niña y/o adolescente, o integrar un modelo de familia "diferente" al tradicional. Alicia Ruiz ha dicho que "el derecho es un discurso social que prescribe, y prescribe legitimando, reconociendo, otorgando la palabra a algunos y negándosela a otros". Y continúa la autora:

... el derecho nos construye como sujetos en la medida en que nos otorga el uso de la palabra, porque el uso de la palabra produce efectos jurídicos: se es más sujeto de derecho como mujer, o más sujeto de derecho como niño, en tanto y en cuanto el derecho haya legitimado nuestra intervención, nuestra voz, lo que otorga un lugar reconocido no solo en el nivel de la ley, sino también por el efecto que el discurso del derecho produce.⁽⁶⁾

La ley es un campo de lucha en el que interactúan diversos actores con voces más o menos fuertes, voces que durante siglos le fue negada a las mujeres y niños.

La verdadera legitimidad de la ley depende, estrictamente, de que contemple desde su articulado un universo diverso y abarcativo.

El derecho tiene un efecto performativo pues legitima relaciones existentes en la vida de las personas y, también, niega otras al silenciarlas. A partir de esas legitimaciones nacen relaciones que traen aparejados derechos y obligaciones, y al callar respecto de otras, las niega. Por ese poder, ese efecto performativo, la sociedad se transforma a través del derecho.

Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este nuevo Código ha tomado debida nota de que la familia ya no se

(6) RUIZ, ALICIA, "La imagen que nos devuelve el Derecho", en *Derechos Universales, realidades particulares*, E. Faur y A. Lamas, A. (comps.), Bs. As., UNICEF, 2003, pp. 50/51.

conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país.

Este Código ha incorporado la aparición de los nuevos principios, en especial el de “democratización de la familia” y del de “multiculturalidad”, ambos de tanto peso que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del “derecho de familia” al “derecho de las familias”, en plural.

Teniendo, entonces, presente esta nueva concepción de las familias y de la sociedad, las acciones del Estado deben tender a la preservación de esta institución, pilar fundamental en la que son concebidos, ahijados y educados los nuevos sujetos de derecho; ello solamente se logrará a través de la consideración de los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la familia. Es así que este Código respeta, recepta y regula las nuevas maternidades y paternidades que la sociedad ejerce, y acepta en sus usos y costumbres.

El derecho de familia ha sido estudiado por los juristas concibiendo a la familia como una institución jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones que está regido por normas jurídicas. Es decir que, para los juristas, la familia siempre ha sido una realidad jurídica. Por otro lado, la sociología la concibe como una realidad social, para la cual el derecho le es algo ajeno. Así lo ha explicado Luis Diez-Picazo, quien también sostiene que “las relaciones entre familia y derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay solo una zona en común. Habría, de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el derecho (derecho de familia) y otro amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al derecho, que formaría el llamado no-derecho”.⁽⁷⁾ Continúa el autor sosteniendo que:

... el derecho recibe y juridifica algunas reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se rela-

.....

(7) DIEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, p. 22.

ciona más con intereses sociales, con realidades económicas o con modos de producción. El derecho de familia no es por consiguiente un *minimum* ético, es un *minimum* estrictamente jurídico. El derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables, esto es, que pueden y deben ser sometidos a una decisión de los jueces”.⁽⁸⁾

El Estado sería el encargado de decidir qué materia entra en cada uno de los círculos que describiera Diez-Picazo; esta decisión del Estado impacta profundamente en la vida de las personas y de la sociedad.

Lo que para el Estado es la adopción de una política pública cierta, para el individuo el impacto es a nivel subjetivo, y esa inclusión o exclusión del individuo en el marco de protección del derecho de familia repercute en su autoestima, y también en la mirada del resto de la sociedad hacia esa persona.

Para el Estado, la regulación del derecho de familia se traduce en control social y eventual paternalismo, es decir que encontrando regulada la mayor parte de la población, más elementos tendrá el Estado para tomar las políticas públicas que considere adecuadas para el grupo de personas que ha incluido en el marco que brinda el derecho de familia.

La particularidad del Código en estudio es que no solamente ha receptado los distintos modelos de familia, sino que constituye un modelo legislativo en el cual las ideas de no discriminación, igualdad jurídica, consideración del niño como sujeto de derechos, equiparación de roles en la familia, se encuentran potenciados, constituyendo una puesta en práctica de los derechos que las normas convencionales reconocen a los seres humanos. En el análisis de las diversas instituciones que se efectuará en los párrafos siguientes se evidenciará que el modelo de familia horizontal, democrática, en la cual todos los integrantes son considerados sujetos autónomos y capaces, quedará garantizado por los derechos y obligaciones que se establecen en el cuerpo normativo promulgado.

.....

(8) DIEZ-PICAZO, LUIS, *ibid.*, p. 30.

3 | Principios fundamentales del nuevo Código Civil

Resulta interesante destacar algunos de los principios que se invocaron en los fundamentos del Proyecto al momento de la presentación del Código, entre los que se destacan: la constitucionalización del derecho privado —desarrollado en el capítulo anterior—, la igualdad, el paradigma no discriminatorio, la sociedad multicultural, la autonomía de la voluntad.

3.1 | Igualdad

Los derechos humanos encuentran su pilar fundamental en el principio de igualdad. Desde la Revolución Francesa se ha estudiado y trabajado en pos de la igualdad de los hombres, camino que comenzó a ser recorrido por mujeres y niños con mucho más esfuerzo y muchas más trabas.

Este Código postula como una de sus directrices el establecimiento de la igualdad real de todos los habitantes. La igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos, pero para alcanzarla se requiere, en primera instancia, emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades de tipo sociales, culturales, económicas, políticas; ello, a los fines de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y, entonces, promover el acceso efectivo al goce de derechos personales.

El principio aristotélico de justicia distributiva postulaba como máxima “dar a cada uno lo suyo”. Se debe analizar en debida forma este principio, ya que otorgar contenido a esta situación tan tajantemente puede conducir a flagrantes injusticias, depende quién y cómo decida qué es “lo suyo” y qué es “lo justo”.⁽⁹⁾

.....

(9) Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en el año 1930, en el caso “Lanteri” denegó el derecho al voto de las mujeres considerando que no se violaba el derecho de igualdad, ya que ninguna mujer podía votar. En la historia dolorosa de nuestra humanidad situaciones similares se produjeron negándose a negros y judíos la posibilidad de contraer matrimonio, de trasladarse o ejercer determinado empleo.

3.2 | No discriminación

El principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación. El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. La ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.⁽¹⁰⁾ Por lo que el principio de igualdad debe ser interpretado, en esta actualidad que nos toca vivir, reconociendo que esa igualdad supone diferencias.⁽¹¹⁾

Este Código promueve que nadie quede excluido del amparo de los derechos universales. La pluralidad que existe en todas las sociedades, y en particular en la nuestra, reconocida en los fundamentos del Proyecto como multicultural, obliga al reconocimiento de las identidades respetando los diferentes proyectos de vida de cada uno de los habitantes.

3.3 | Autonomía

Un principio imperante en el Proyecto es el de autonomía y de autonomía de la voluntad. La Real Academia Española define la palabra "autonomía" como "condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie". Se trata de una condición de la persona:

Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas produzcan claro perjuicio a otros.

(10) RUSSO, EDUARDO A., *Derechos Humanos y Garantías: el derecho al mañana*, Bs. As., Eudeba, 2001; e "Identidad y diferencia (reflexiones en torno a la libertad y la igualdad)", en *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, n° 1, v. XXXVIII, septiembre-diciembre, 2003, pp. 127/135.

(11) Claramente ha sido expresado en el fallo "Freyre": "La igualdad que garantiza el art. 16 de la Constitución no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: 'igualdad entre iguales'. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual", JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 15 CABA, "Freyre Alejandro c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", sentencia de primera instancia de 10/11/2009, Expte. N° 34:292.

Mostrar la falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar al individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para ello (...) La autonomía se entiende en un sentido muy concreto como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa.⁽¹²⁾

Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre.

3.3.1. Autonomía de la voluntad

Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio. De eso se trata la autonomía de la voluntad personal, la que no existe si no es acompañada por el derecho a la libertad. Se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes, respetando quién se es. Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y, como antes mencionamos, es inescindible del derecho a la libertad.

Se lo puede resumir como el estado de libertad que puede coexistir con el de los demás, respetando el principio de no dañar a otro y cumpliendo con los requisitos del principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional en su art. 19, interpretado este último con la actualidad necesaria para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad que cada uno de los habitantes de la República posee.

3.3.2. Autonomía de la voluntad en el derecho de familia

Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales, la familia conforma una faceta más en la vida de las personas y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad.

No existe un único modelo de familia, ni una sola definición. Con el devenir del tiempo a lo largo de los siglos y el avance de la sociedad, se han

.....

(12) HOFFT, PEDRO F., *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 7 y ss.

originado diferentes modelos adecuados a las necesidades de cada época. Esos cambios no encuentran su explicación en una sola teoría. Diez-Picazo mencionó como precursores de los cambios a los diferentes intereses sociales, realidades económicas o modos de producción.⁽¹³⁾ Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas.

Las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no solo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado.

Este modelo nuevo de familia nace en un modelo democrático, en tanto los individuos, además de respetar su libre determinación o su autonomía personal, respetan la del resto de los integrantes de la familia y, basados en principios de tolerancia y solidaridad, crean su propio modelo de familia.

Que las distintas situaciones que se presentan estén legisladas resulta trascendente, por cuanto, por un lado, todas esas posibilidades pasan a tener una presencia real y concreta en la sociedad y, por el otro, no deja margen para considerar que la política que se implemente al respecto constituya una concesión gratuita, sino el cumplimiento de una obligación en el respeto, garantía y efectivización de los derechos en un marco de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Así, al dictarse una ley:

... lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible, se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo, o sea, una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar".⁽¹⁴⁾

(13) DIEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, p. 30.

(14) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho", en LL 1996-C, Sec. Doctrina, p. 1017.

4 | Análisis del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹⁵⁾

Procederemos a analizar algunas de las instituciones de derecho de familia cuyo tratamiento en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) aprobado nos parece de singular trascendencia, ya sea porque significan avances promisorios en la asunción de nuevos paradigmas, como los arts. 1º, 2º, 25, 26; o posibles retrocesos, como el art. 19.

4.1 | Fuentes y aplicación e interpretación de las leyes

Título Preliminar, Capítulo 1 "Derecho", arts. 1º y 2º

El Estado argentino asumió muchas e importantes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. Al leer los dos primeros artículos del Código en estudio observamos que este recepta, en materia de fondo que regirá en toda la República, la doctrina de derechos humanos. El primer artículo remite a la Constitución Nacional y a los tratados en los que es parte la República. En el segundo, a los fines de la interpretación de la ley, establece que la misma 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". Por requerir estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que este cumpla en su jurisdicción la aplicación interna y la remisión directa a los tratados internacionales resulta no solo justa sino muy oportuna e imprescindible. Se reconoce así el avance que supone, para determinados sectores de la humanidad, en especial mujeres y niños, el desarrollo de lo que denominamos universalización de los derechos humanos o teoría de la constitucionalización o humanización del derecho de familia.⁽¹⁶⁾

.....

(15) Aprobado por ley 26.994.

(16) El término "constitucionalización" del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en: "Derechos Humanos y Familia", en André-Jean Arnaud y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 60. En cambio, en la noción de "humanización" se enrola Germán Bidart Campos en su publicación: "Familia y Derechos Humanos", en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Bs. As., Ediar, 1999, p. 85 y ss., y el

Los artículos de referencia nos colocan dentro de la órbita que señalan numerosos fallos de tribunales internacionales (como los casos “LMR vs. Argentina”,⁽¹⁷⁾ “Mendoza y otros vs. Argentina”),⁽¹⁸⁾ que obligan no solo a fallar en consecuencia de lo que indican los tratados incorporados por la Constitución en 1994, sino también la necesidad de que se reconozca y se haga propia la jurisprudencia de los Tribunales u órganos de control de la aplicación de los mismos.

4.2 | Comienzo de la existencia humana

Libro Primero , Título I, Capítulo 1 “Comienzo de la existencia”, art. 19

En el Libro Primero, Título I, Capítulo 1 del nuevo plexo normativo, el art. 19 establece que la existencia de la persona humana “comienza con la concepción”. En el Proyecto del Poder Ejecutivo, su redacción era diferente, ya que señalaba que la existencia de la persona humana “comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión implantado”.

Es necesario analizar la redacción adoptada desde varias y diferentes ópticas. En primer término, debemos recordar una vez más que, como se dijo en los fundamentos a la presentación del Proyecto, un Código Civil debe construir ficciones a los fines de garantizar determinados derechos en determinadas circunstancias. Ya Vélez Sarsfield estableció en el art. 70 del Código aún vigente que:

... desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir **algunos** derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el

de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en: “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos Universales. Realidades Particulares*, Bs. As., UNICEF, 2003, pp. 98/99.

(17) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1608/2007, “L.M.R. c. Argentina”, 29/03/2011.

(18) CORTE IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 14/05/2013.

seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.⁽¹⁹⁾

¿Esto significa que Vélez Sarsfield equiparaba al embrión con una persona con existencia corpórea independiente? Señalemos que nos hablaba de “algunos” derechos y que esos derechos él mismo los restringía solamente a la esfera patrimonial. Tanto es así que en el art. 64 dispone que “tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”. El límite del concepto de persona se pone aquí en evidencia: la única forma en que podrán ejercer esos derechos es a través de la representación, y el codificador lo ha limitado al ámbito patrimonial. Con lo cual, surge lo restringido y el destino de la construcción jurídica efectuada.

El derecho argentino no ha otorgado el mismo estatus al embrión que a la persona nacida. Si bien el Código Civil vigente dice que se es persona desde el momento de la concepción, inmediatamente sujeta esta cualidad a su viabilidad, o sea, que si no hay nacimiento con vida, no hay persona. Los ejemplos en el derecho penal son varios: entre otros, la distinta pena que merece el homicidio en comparación con el aborto, y que este no es punible en grado de tentativa.

Es imposible considerar al embrión como algo estático. Es simplista y contrario al pensamiento científico considerar al embrión en forma genérica sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo, pues se ha dicho que la embriogénesis es un proceso continuo. Es difícil establecer fronteras claras entre los estadios de ese desarrollo, pero se pueden distinguir fases sustancialmente diferentes, derivando en distintos tratamientos legislativos. El único momento cierto en que el embrión cambia de estatus es el nacimiento, dejando de ser parte incompleta de un proceso dinámico. Es por ello que la debida aproximación de los conceptos jurídicos y biológicos es fijar el momento del nacimiento como principio de la existencia de la persona.

En el art. 21 del nuevo Código, al igual que lo hacía Vélez Sarsfield en el art. 70, se introduce el concepto de viabilidad, ya que dice que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan

.....

(19) El resaltado me pertenece.

irrevocablemente adquiridos si nacen con vida, si no nacen con vida se considera que la persona nunca existió”.

El art. 19 en análisis, y si este se realiza en forma sistemática, nos muestra que su aplicación es totalmente restringida, y que en realidad debería haberse aclarado en la misma norma que esta consideración y definición es nada más que a los efectos civiles, ya que otra forma puede llevar a graves confusiones en la aplicación de la norma y, en especial, en la conciencia social. No es función del derecho civil delinear y definir qué somos como seres humanos, sino solamente establecer determinados derechos en determinadas circunstancias. Por ejemplo, los derechos hereditarios de quien concebido aún no nacido fallece su padre.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código se realiza el análisis del artículo postulado para definir el comienzo de la existencia. Se señala que dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal que se ha conservado hasta su antigua terminología.

En el artículo en análisis no se hace mención expresa, como sí se hizo en el Proyecto, a los casos en los cuales se ha recurrido a las técnicas de reproducción asistida. En efecto, se consideraba la existencia de la persona humana “desde el momento de la implantación del embrión en la mujer”. Se ha sostenido equivocadamente que tal omisión podría suponer una interdicción a las técnicas de reproducción asistida. Corresponde señalar que en el mencionado art. 21 se hace referencia expresa al “concebido” o “implantado”. Por otra parte, en el Libro Segundo, Título V “Filiación”, se contempla en forma detallada y se regula la filiación que deviene de las técnicas de reproducción asistida en que se contemplan los efectos del embrión implantado en el cuerpo de la mujer, señalando como una de las tres fuentes de la filiación las técnicas de reproducción humana asistida.

Si se interpretara que el art. 19 es aplicable a cuestiones tales como las técnicas de reproducción asistida, o la interrupción voluntaria o no de un

embarazo, sin hacerlo de manera sistemática, como se ha señalado, se conculcarían derechos humanos fundamentales de distinto tipo que nacen del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional de 1994).

Considerar al embrión *in vitro* con igual estatus que el embrión *in vivo* y, más aún, dotarlo del estatus de persona con todos sus atributos lesiona derechos humanos fundamentales como:

1. El derecho a constituir una familia (art. 14 bis CN y concordantes), en tanto supondría un impedimento a la adopción y puesta en práctica de tratamientos y técnicas de reproducción asistida.
2. El derecho a la libertad de investigación: se obstruiría el avance de las investigaciones, en especial las vinculadas con células madre y embriones inviables. Debemos tener en cuenta “la libertad de investigación, derivada natural de la libertad de pensamiento —tal como lo destaca la UNESCO—”.
3. El derecho a la salud (art. 33 CN) se vería vulnerado si se prohibieran las técnicas de selección de embriones preimplantatorias que se encuentran incorporadas a nuestras prácticas cuando se tiene en mira evitar la transmisión de enfermedades congénitas severas, técnicas puestas en práctica en varios países y que en la Argentina ha sido receptada jurisprudencialmente.⁽²⁰⁾

Recordemos que la Corte IDH, en la sentencia del caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”,⁽²¹⁾ defiende el deber y el respeto de los Estados por el acceso a la reproducción humana asistida, en especial la fertilización *in vitro*, ya que prohibirlo o restringirlo implicaría una abierta violación a varios derechos humanos, entre ellos: a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y d) el principio de no discriminación.

En relación al embrión, la Corte IDH asumió la posición que ya sustentáramos en el artículo “El embrión, el feto y la vida humana. Reflexiones” sobre la progresividad, en el sentido de que “en los primeros meses debe considerarse prevalente el derecho a la autodeterminación de la mujer gestante, que irá mermando en relación inversamente proporcional al progreso del embarazo, salvo la existencia de razones que afecten la salud

(20) CAPEL. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, “L., H. A. y otra c/ IOMA y otra”, 29/12/2008.

(21) CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación ‘*in vitro*’) vs Costa Rica” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28/11/2012.

tanto del *nasciturus* como de la futura madre”;⁽²²⁾ una interpretación contraria violaría derechos consagrados en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW),⁽²³⁾ en especial los arts. 12 y 16.

La Corte IDH, en el fallo aludido, postula que es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. También concluye que de los arts. 4° de la Convención Americana (CADH), 3° de la Declaración Universal, 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona, ni debe desprenderse dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

4.3 | Análisis de la capacidad de las personas menores de edad

**Libro Primero, Título I, Capítulo 2 “Capacidad”,
Sección 2° “Persona menor de edad”, arts. 25 y 26**

Hemos dicho, y así se manifiesta en los fundamentos que acompañaron el Proyecto de reforma, que este es un Código que sostiene el principio de constitucionalización del derecho privado. Es un Código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio.

Se legisla teniendo presente que se trata de una sociedad multicultural poseedora de una serie de conductas sociales diversas. Especial consideración

(22) MINYERSKY, NELLY y FLAHERTY, LILY R., “El embrión, el feto y la vida humana. Reflexiones”, en *Diario La Ley*, jueves 6 de octubre de 2011, pp. 1/6.

(23) Sigla en inglés de: Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

merece el avance sustancial de este Código en el reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres, el que debe valorarse como fundamental para la institucionalización de la democracia en nuestro país.

“Se ha dicho que la democracia es buena para los niños” y “que los niños son buenos para la democracia”.⁽²⁴⁾ Oposición y complementariedad que testimonian la importancia del tema “infancia” dentro del sistema democrático.

Es necesario considerar la democracia en la familia como condición insustituible para pensar a la democracia en la sociedad y, por ende, llegar así a un Estado democrático de derecho.

La titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para extender a niños, niñas y adolescente el concepto y las reglas de la democracia.

La CDN,⁽²⁵⁾ ratificada por nuestro país hace décadas e incorporada con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, contiene principios estructurantes que están íntimamente relacionados con los fundamentos referidos en los párrafos precedentes. En un sistema garantista puede decirse que estos principios “son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.⁽²⁶⁾

En la CDN podemos señalar, en el art. 2º, el principio de no discriminación; en el art. 3º, el de protección; en el art. 4º, el de efectividad; y en los arts. 5º y 12, la autonomía y participación. Todos ellos describen derechos tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía y la libertad, cuyo cumplimiento es exigencia de la garantía. Los principios enunciados son obligatorios y, por ello, el Proyecto no hace otra cosa que cumplir con el mandato constitucional.

.....

(24) BARATTA, A., “Infancia y Democracia” en E. García Méndez y M. Beloff (comps.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 39.

(25) En Argentina, la CDN —que fue ratificada por ley 23.849— goza de jerarquía constitucional desde 1994 (Ver art. 75, inc. 22 CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la CSJN a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992.

(26) CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, op. cit., p. 77.

Uno de los ejes fundamentales de la reforma que adopta las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales se refiere a la regulación de las relaciones filiales, o sea, las relaciones de los niños con sus padres y de todos los integrantes del grupo familiar.

El niño no es un ciudadano futuro, sino un ciudadano en plenitud en cada momento de su existencia. La CDN, desde el momento de su incorporación a nuestro plexo normativo, encontró graves obstáculos para ser empoderada por determinados sectores de la sociedad, y por individuos en particular. Evidencia de tal circunstancia fue la resistencia a derogar la ley 10.903 de Patronato, evento que recién se produjo en el año 2005 con la promulgación de la ley 26.061.

La existencia de un Código Civil obsoleto, a pesar de las reformas que introdujeron la ley 23.264 y la 23.515, produjo un desfasaje ya que no se articulaba debidamente con las normas constitucionales. Se suscitaron, así, interpretaciones diversas, la mayoría de ellas desconociendo los derechos humanos en estudio.

4.3.1. Capacidad progresiva

La aprobación de la CDN constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”.

En el ámbito de su familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derecho en la relación paterno-filial de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de represión y control ilimitados por parte de sus padres. Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 con-

forma el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN), la Ley de Infancia 26.061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva, como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional, no está contemplada.

El Código nuevo ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. Se recepta la ley 26.579 que entró en vigencia el 31/12/2009, y estableció la mayoría de edad en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 CCyC). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas entre 13 y 18 años). El menor de edad puede ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez y, por supuesto, recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona (art. 26).

Cabe destacar que el Proyecto incorpora la figura del abogado del niño, la que ha sido largamente debatida por doctrina y jurisprudencia y reconocida expresamente en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061. El art. 26 CCyC dispone que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, y en situaciones de conflicto de interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

El trabajo de décadas respecto a la participación del niño en las situaciones en las que se encuentren en juego sus derechos se ve reflejado también en el instituto de la adopción. El niño que cuenta con edad y grado de madurez es parte respecto de la declaración de su situación de adoptabilidad (art. 608), al que comparecerá con asistencia letrada, y en el juicio de su adopción (art. 617, inc. a) en el que también contará con asistencia letrada. Además, el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso en su juicio de adopción (art. 617, inc. c). Por último, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo (art. 596).

4.3.2. Competencia médica

Capítulo aparte merece la recepción del Proyecto sobre la doctrina de competencia médica. Debemos tener bien claro que existe una diferencia fundamental entre capacidad civil y el concepto de competencia bioética

o médica. La capacidad civil se adquiere al cumplir la mayoría de edad. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez. Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. En este Proyecto, para evitar interpretaciones divergentes respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para situaciones determinadas, se establecieron edades específicas, en las cuales nadie puede negarles el ejercicio del derecho personalísimo que es el cuidado de su propio cuerpo.

Es así que establece que, se presume que, entre los 13 y los 16 años, el menor adolescente tiene aptitud para decidir respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su salud o integridad física. En tales casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres o representantes legales. Y a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo, puede ubicarse dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación”.⁽²⁷⁾ Se garantiza, así, el ejercicio de manera autónoma de un derecho personalísimo.

4.4 | Las relaciones de pareja en el Proyecto

El matrimonio y el divorcio son dos instituciones en las cuales la tensión que señalamos al inicio de este trabajo entre la sociología y derecho de familia aparece en distintos momentos de su historia con alto nivel de conflicto.

En estas situaciones especiales las nuevas ciencias deben ser interpeladas. Así como se plantea la autonomía y la libertad para elegir y constituir un

(27) RODRÍGUEZ PALOMO, CARLOS, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, p. 12.

determinado tipo de familia o contraer matrimonio de acuerdo a su identidad sexual, también esa autonomía y libertad debe corresponderse con la libre elección de cuándo y cómo poner fin a las referidas uniones.

Es necesario preguntarse cómo operan los principios reseñados cuando los proyectos de vida en común cesan por parte de uno o de ambos integrantes de la pareja.

4.4.1. El matrimonio

Libro Segundo “Relaciones de Familia”, Título I “Matrimonio”, art. 401 y ss.

Respecto a esta institución, en los fundamentos que acompañaron la presentación del Proyecto se señaló que la igualdad es el principio constitucional que impregna tanto al régimen jurídico matrimonial, como a su ruptura. Se reconoce un avance indiscutible a la autonomía de la voluntad tal como lo venía señalando la doctrina y jurisprudencia nacionales, otorgándose un desarrollo preminente al art. 19 CN. Muestra evidente de ello son los principios de libertad e igualdad que preside el primer artículo del Capítulo 1, Título I del Libro Segundo. Estos principios de autonomía, libertad, igualdad y no discriminación se plasman con toda claridad en el art. 402 que nos señala que en la aplicación e interpretación de las normas, ninguna puede serlo en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

Este nuevo Código incorpora la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618) en su totalidad. La familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo: las monoparentales, las fundadas a partir de una unión convivencial, o las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como “familia ensamblada”).

Otro punto a destacar es el art. 431 sobre derechos y deberes de los cónyuges, que evidencia el nuevo paradigma que rige las relaciones de familia. Es así que nos señala como eje fundamental de las obligaciones que de él devienen el compromiso a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad,

estableciendo el derecho el deber de asistencia al indicar que los cónyuges deben prestarse asistencia mutua.

Si bien, como se analizará a continuación, al establecerse un régimen incausado para el divorcio, parecería como carente de fundamento lo señalado respecto a los deberes de fidelidad y cohabitación, consideramos importante su incorporación como relevante medio de indicar caminos por los valores axiológicos que ellos significan.

4.4.2. El divorcio

**Libro Segundo "Relaciones de Familia",
Título I "Matrimonio", Capítulo 8 "Disolución del matrimonio", arts. 435/442**

Una de las modificaciones propuestas en el nuevo Código en materia de familia que más inquietudes ha suscitado, ha sido la eliminación de las causales subjetivas en el divorcio.

En los fundamentos que acompañaron al Proyecto se mencionaba que la experiencia judicial ha mostrado que el alto nivel de destrucción y desgaste que sufren los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contradictorio es sumamente dañino. La culpa conlleva la sanción de castigo/reproche. La ley, cuando incorpora el divorcio sanción en lugar de contribuir y ayudar al grupo humano en crisis, aparece como un elemento que profundiza el antagonismo y el conflicto. Se reconoce la función pedagógica de la ley, pues el Proyecto "pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial".⁽²⁸⁾ Se busca, de esta manera, paliar los daños de todo tipo que sufren los integrantes de la pareja y sus hijos.

Se ha considerado que se cumple con la doctrina internacional de los derechos humanos. La legislación trata de dotar de elementos a las personas involucradas en la crisis familiar para que atenúen sus consecuencias y efectos negativos de la ruptura conyugal. Salir del ámbito sancionatorio para poner el eje en el tratamiento del fracaso de un proyecto de vida en común tiene coherencia desde el punto de vista del cuidado que merecen las personas, sobre todo cuando se busca hacer efectiva, en los casos particulares, la doctrina internacional de los derechos humanos.

.....

(28) Ver fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe recordar que nos encontramos frente a la finalización de un proceso gradual que se desarrolló durante décadas, el que comenzara después de la II Guerra Mundial (1945) cuando los Estados comienzan a percibir que el denominado “divorcio sanción”, que establecía culpas y penalidades, no cumplía con el objetivo querido, o sea, el cese o disminución de la ruptura de los vínculos. Es entonces que comienza a ponerse la mirada y cuidado sobre los efectos de la crisis matrimonial. Aparece así, en el derecho comparado el denominado “divorcio remedio” a través de la incorporación de normas que aceptaban la separación de hecho con fundamentos variados por causas que hacen imposible la vida en común. También se aprecia un avance en el reconocimiento de estos derechos en la aceptación no solamente de la separación personal, sino también la disolución del vínculo.

En nuestro país, la ley 17.711 de 1968 incorpora a nuestra legislación la separación personal por presentación conjunta en su mentado art. 67 bis. Con posterioridad, una vez establecido el Estado de derecho en nuestro país, se dicta la ley 23.515 que admitió el divorcio vincular, mantuvo la separación personal y el divorcio por presentación conjunta e incorporó la separación de hecho como causa.

El nuevo Código supone un avance importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas en cuándo y de qué forma dejarán de vivir en matrimonio. Es un camino que lleva al denominado “divorcio incausado” que ha sido definido como “aquel en donde no se exige la prueba de la culpa o del desquiciamiento matrimonial”. Se atribuye fuerza vinculante al solo pedido del cónyuge sin necesidad de invocar causas al tribunal. La falta de invocación de causa conduce a la eliminación de responsabilidades. Desaparece así la categoría de culpa y, en consecuencia, la responsabilidad debida al inocente. Los efectos deben ser considerados sin ligarlos al tema culpabilidad. “La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético-sociales que se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino solo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo”.⁽²⁹⁾

(29) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª ed. actual. y amp., Bs. As., Astrea, 1998, t. II, p. 11.

La jurisprudencia ha ido flexibilizando los requisitos que impuso la ley 23.515 respecto de los denominados requisitos temporales (arts. 214 y 215), considerándolos como restrictivos de la autonomía y de la libertad.

Por otro lado, la doctrina y el derecho comparado promueven el divorcio incausado solicitado, inclusive, por uno solo de los cónyuges, ya que el quiebre y la separación del matrimonio se producen ya sea a través de la voluntad de ambos o de la mera expresión de uno de ellos.

Otro elemento que se debe tener en cuenta al legislar sobre esta temática es la dificultad que se encuentra para determinar la culpabilidad y el tipo de prueba que debe meritarse. Muchas veces, esta apreciación aparece impregnada de subjetividades ajenas a la esfera de la justicia y del derecho. "Así, partiendo de la premisa de que el matrimonio es un acto que las personas celebran —y mantienen— consensualmente, de forma que puede hablarse de la existencia de un consentimiento "renovado", al momento en que este consentimiento mutuo deja de existir, el acto en sí mismo pierde uno de sus requisitos esenciales".⁽³⁰⁾

Tal como expresa Eduardo Zannoni:

El divorcio incausado —tanto bilateral como unilateral— ha sido promovido por las legislaciones más progresistas que no legitiman una excesiva intromisión del juez en los asuntos familiares que resulte contraria a la libertad de intimidad de los afectados. Es que, con frecuencia, el desamor, la incompreensión recíproca, los desencuentros afectivos, la quiebra del proyecto común, en suma, no se materializan fatalmente en conductas que puedan proponerse ante los estrados, y menos aún, probarse como "causa" del divorcio.⁽³¹⁾

Entendemos que el nuevo Código ha asumido la posición del Código español y, en cierto modo, la del Código francés, considerando el divorcio como un derecho:

(30) FAMA, M. VICTORIA., "Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio", en *RDF*, n° 44, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 45.

(31) ZANNONI, EDUARDO A., "Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998", en *RDF*, n° 16, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, p. 29.

El legislador reconoce un auténtico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes, y la consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio.⁽³²⁾

El sistema de divorcio propuesto en el art. 435 y concordantes del nuevo cuerpo normativo se ha mal denominado como “divorcio express”, desvalorizando la propuesta sin analizar el profundo contenido de una mejor resolución de la crisis que significa. Por el contrario, si bien la petición del mismo puede ser unilateral o por ambas partes, el o los presentantes deben acompañar un convenio denominado “regulador”. Se trata de una propuesta que regule los efectos del divorcio, en el que se manifiesta claramente el respeto a la autonomía de la libertad de las personas. Se exige un grado de responsabilidad que supone el pensar y proponer un sistema que determine pautas de convivencia y cuidado de los hijos, cuál se considera debe ser el destino de los bienes de la sociedad conyugal, el destino de la sede del hogar conyugal, etc.

Resulta interesante transcribir el art. 439, “Convenio regulador. Contenido”, del nuevo plexo:

El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

(32) PETREKA, N., “El divorcio francés tras la ley 26/5/2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en Carlos Lasarte Álvarez (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Potencias y Comunicaciones, Madrid, 27, 28 y 29 de junio 2005)*, UNED/IDADFE/El Derecho, Madrid, 2006, p 19. Ver, asimismo, HERRERA, MARISA, “Perspectivas Contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en *RDF*, n° 44, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 80.

En los casos en que la petición de divorcio es conjunta y se adjunta el convenio regulador, el juez debe dictar la sentencia pertinente. En relación al convenio regulador, lo podrá o no homologar y/o exigir garantías para su cumplimiento (art. 440).

Si la presentación fuere unilateral, deberá acompañarse una propuesta de convenio regulador que podrá o no ser aceptado por la otra parte. Si no fuera aceptado, el divorcio se decretará de todos modos, discutiéndose judicialmente los términos del acuerdo regulador.

Otro de los temas a destacar del Código es la incorporación de la figura de la compensación económica establecida en el art. 441, cuya fuente principal es la solidaridad familiar, considerándose si el matrimonio ha provocado o no un enriquecimiento o empobrecimiento de un cónyuge por sobre el otro.

La prestación compensatoria busca, como bien lo explicita el art. 441, resarcir al cónyuge al cual el divorcio le ocasiona un desequilibrio en relación a su situación anterior; desequilibrio que puede provenir de la división de roles que surge en la pareja y/o por causas relacionadas con la vida en común. Esta institución ha sido receptora de la legislación civil de Austria, Francia, Suiza, Barcelona, Dinamarca, Quebec, el Código de familia de Cataluña y varias legislaciones como la de Navarra, Aragón, Canarias, todas bajo distintas formas, pero en miras a la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de la vida de los cónyuges. En España, la obligación pasa a los herederos, se pierde por matrimonio, pero no se extingue por trabajo del beneficiario ni por muerte. En Quebec se la reconoce por haber contribuido con los bienes o con el trabajo en el hogar, tiene duración limitada, se impone por causas objetivas y no se excluye por la ganancialidad.

Esta figura está íntimamente ligada al divorcio incausado, ya que su causa fuente no es la culpa, sino los principios antes mencionados. El art. 441 CCyC dispone que el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación tiene derecho a una compensación. Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez define el monto. Es interesante resaltar que las pautas que establece el art. 442 en sus distintos incisos receptan en forma directa e indirecta principios de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres. Se aclaran, así, situaciones

que eran frecuentemente planteadas pero no reconocidas por la jurisprudencia, y que suponían un desconocimiento de los derechos de cada uno de los integrantes de la pareja que provenían de una asignación de roles social y culturalmente estratificados. Por ejemplo, el inc. b) del art. 442 cuando habla de la dedicación que cada cónyuge brindó a la crianza de los hijos, y/o la colaboración prestada a las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge, en el inc. e). Este principio aparece también en el capítulo de derechos y deberes de los cónyuges en el cual se determinan que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y deber moral de la fidelidad, debiendo prestarse asistencia recíproca.

En el art. 433 se fijan las pautas para la determinación de alimentos que rigen durante la convivencia y la separación de hecho. Aquí también se incorporaron principios que deben ser tenidos en cuenta y que fueron largamente reclamados, sobre todo por las mujeres, en especial por el trabajo en el hogar y crianza y educación de los hijos y sus edades; la capacitación laboral y posibilidad de conseguir un empleo; la colaboración en las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge. También ha de destacarse el minucioso desarrollo que se hace del uso de la vivienda.

4.4.2.1. La atribución de la vivienda (arts. 443 a 445)

La atribución de la vivienda se encuentra completamente separada del concepto de la culpa ya que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la atribución de la vivienda, se trate de un bien propio o ganancial, teniéndose en cuenta si quien peticiona es quien convive con los hijos y si se encuentra en una situación económica desventajosa y quiénes integran el grupo familiar. Se considera el derecho de la vivienda como un derecho humano, por ende, son las condiciones disvaliosas de quien lo solicita las que determinarán el otorgamiento del uso de la vivienda familiar. Para mayor claridad, el art. 443 dispone:

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquier de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios

medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

4.4.2.2. Sobre la separación personal

Otra de las reformas importantes que introduce el nuevo plexo normativo en el régimen en estudio es la eliminación de la separación personal, en la que los cónyuges no asumen la aptitud nupcial, pero sí quedan eximidos de una serie de derechos y obligaciones matrimoniales. En esta opción, la posición asumida en el Proyecto es coherente con el camino emprendido por los países más avanzados en la materia. Mantener la separación personal retrotrae a una visión conservadora y descalificadora sobre el divorcio vincular, ya que, siendo los efectos los mismos, la persona practicante de algún credo determinado, que por sus convicciones considera el vínculo matrimonial como un sacramento, puede muy bien no ejercer el derecho. Es decir, no está obligado a contraer nuevas nupcias.

En los fundamentos del Proyecto se dice que la derogación de la figura de la separación personal tiene su explicación en que cuando esta se mantuvo, el contexto jurídico social era diferente del presente. La separación personal suponía una alternativa a quienes se oponían al divorcio vincular. Por otra parte, la escasa aplicación que evidencian las estadísticas y el hecho de que en la mayoría de los casos se acude a la separación personal no por razones religiosas, si no por no haberse cumplido el plazo mínimo que exige la ley para solicitar el divorcio de común acuerdo o el de separación de hecho, auspiciaron su justa supresión.

4.4.2.3. Régimen Patrimonial del Matrimonio (Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título II "Régimen patrimonial del matrimonio", art. 446 y ss.)

Se reconocen en toda su plenitud, en las disposiciones que se regulan respecto del régimen patrimonial del matrimonio, la libertad y su consecuencia, la autonomía. Estos principios aparecen con toda claridad en el art. 446 CCyC, cuando dispone que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer las convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: un inventario y avalúo de los bienes que llevan a cada uno al matrimonio y así también de las deudas; las donaciones que se hagan entre ellos, y en especial el convenio que más nos interesa: en el que se haga opción a uno de los regímenes previsto en este Código. Como vemos, si bien se recepta claramente el principio de

autonomía, está restringido y condicionado por la limitación en cuanto a los regímenes a seleccionar, así como por las normas que son aplicables, cualquiera sea el sistema adoptado.

La opción a la que la ley somete a los cónyuges es entre el sistema de comunidad y el de separación de bienes. Se establece el de comunidad de gananciales como régimen legal supletorio.

El régimen de comunidad de bienes mantiene en forma aproximada el sistema vigente, si bien se aclaran algunas situaciones conflictivas: se explicita, por ejemplo, la situación de recompensa y los aspectos del fondo de comercio y el régimen societario, se regla debidamente la división pos comunitaria.

El régimen de separación de bienes implica una absoluta independencia entre los patrimonios de ambos cónyuges, razón por la cual ninguno de ellos se aprovechará de la mejora o disminución de los bienes del otro. Se destacan el art. 454 y siguientes respecto a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Entre estas disposiciones cabe detallar la siguiente: el deber de contribución, o sea que los integrantes de la pareja deben aportar a su propio sostenimiento, el de sus hijos comunes y del hogar. Esta obligación se extiende a los hijos menores de edad o con discapacidad del otro cónyuge que convivan con ellos. Ninguno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los bienes muebles indispensables de esta, o transportarlos fuera de ella. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La reforma obedece a la posición asumida por un importante sector de la doctrina que, a partir de la ley 23.515 —que estableció el divorcio vincular—, sostuvo que, a los fines de facilitar el matrimonio de personas que constituían una segunda unión, debía modificarse nuestro régimen de ganancialidad. Se decía que la existencia de un sistema de comunidad provocaba un alejamiento de la institución matrimonial por parte de aquellas personas que ya habían desarrollado sus vidas con patrimonios individuales, y a las cuales la ganancialidad les era ajena. Como vemos, este es un razonamiento correspondiente a sectores particulares de nuestra sociedad, dentro de los cuales no se encuentra la mayoría de nuestra

población. Sostenemos que no era necesario introducir un sistema opcional; pensamos que todavía nuestra sociedad y nuestra cultura media no están en condiciones de aceptar debidamente una institución de este tipo. La mujer en nuestro país, por distintas causas no analizables en este momento, no se encuentra en un pie de igualdad con el hombre frente a toda la problemática patrimonial. En miras a una búsqueda de igualdad, podemos encontrarnos ante efectos no queridos por la ley, tales como una opción proveniente de presiones indebidas.

Las relaciones de pareja en que se acepte, por desconocimiento, un sistema de separación de bienes puede devenir en situaciones altamente desfavorables para la mujer. Será función de los escribanos y/o funcionarios intervinientes asesorar debidamente a las partes para la elección de uno u otro régimen patrimonial matrimonial. Siendo el momento de contraer matrimonio, como ha sido estudiado anteriormente, un momento en el que prevalecen las emociones ante las inquietudes económicas o patrimoniales, es de suponer que la mayoría de los contrayentes no optarán y, en consecuencia, se aplicará nuestro antiguo régimen de comunidad de gananciales.

4.4.3. Uniones convivenciales

Título III, "Uniones convivenciales", arts. 509 a 528

Las denominadas uniones de hecho, actualmente tienen una protección sumamente débil. Si bien sus caracteres sociales en la mayoría de las ocasiones son similares a las de la familia matrimonial, los derechos que relacionan a sus integrantes son totalmente diferentes. Podemos decir, siguiendo a Díez-Picazo, que las uniones de hecho en Argentina se encuentran en el mundo del no derecho. Esto ha suscitado situaciones de gran injusticia, en particular a las mujeres que luego de convivencias, en ocasiones de décadas, frente a la muerte de su compañero o separación, se encuentran en situaciones disvaliosas y solamente pueden aspirar a una pensión, o en los casos de accidentes laborales, a una indemnización por muerte del trabajador.

Hemos bregado durante años por el reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones denominadas "concubinarias". La doctrina no ha sido unánime al respecto, muchos consideran que al existir el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias, la opción de no formalizar una unión debe ser respetada. La reflexión que corresponde hacer es

que si la mujer es quien suele ser víctima de las situaciones mencionadas precedentemente, su autonomía y libertad es relativa frente a la oposición de no legalizar la unión a través del matrimonio de la otra parte. Cabe recordar lo que se sostiene en los fundamentos del Proyecto: que las bases de las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) se fundan en aceptar el respeto por el art. 16 CN, siendo posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

Ante la posibilidad de ingresar estas uniones al mundo del derecho, resultó fundamental encontrar una fórmula denominativa para esta institución, que tenga su base en la perspectiva de derechos humanos en el marco de la dignidad, igualdad y, en especial, la solidaridad. La terminología es variadísima en el derecho comparado, pero el Código adopta la terminología de "unión convivencial", ya que esta misma se integra de elementos más humanos que la denominación 'concubinato' o 'unión de hecho' no poseen.

Estimamos adecuado el ánimo elegido por el Código para legislar este instituto ya que adopta una posición intermedia entre la negación total de efectos y los efectos del matrimonio. En su art. 509 sostiene que la unión convivencial es aquella basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean o no del mismo sexo. De los requisitos que se imponen a quienes no desean contraer matrimonio, para garantizar la estabilidad referida en el art. 510, se exige la acreditación de un mínimo de dos años de convivencia; y, en especial, nos interesa destacar el inciso d) del art. 510 que requiere que los integrantes de estas uniones no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea, restringiendo así este instituto a una cantidad de personas que configuran nuevas uniones, muchas veces sin saber cada una de ellas el real estado civil del otro. En general, las víctimas son mujeres y en especial de grupos sociales desvalidos, que no tienen medios posibles como para conocer la real situación de su pareja. La virtud del articulado propuesto es que tiene una elasticidad suficiente que puede amparar a quienes así lo desean, pero también a través de los pactos de convivencia regula una independencia total. Esta independencia encuentra como límite que los pactos de convivencia referidos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar derechos fundamentales de sus integrantes.

Se establece la registraci3n de la existencia de la uni3n convivencial, su extinci3n y los convenios que se hubieren celebrado. Esta inscripci3n tiene efectos solo probatorios o para ser oponibles a terceros, en cuanto se encuentren involucrados derechos de estos. Durante la convivencia, las relaciones econ3micas se registrar3n por lo que se estipula en el pacto de convivencia, pero no se pueden resignar los derechos emergentes de los arts. 519 a 522, o sea: asistencia, contribuci3n a gastos dom3sticos del hogar, responsabilidad solidaria por determinados gastos a favor del hogar. Tambi3n es irrenunciable la protecci3n de la vivienda familiar: si la uni3n convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede disponer sobre los derechos de la vivienda familiar, ni los muebles de esta, sin el asentimiento del otro. Asimismo, la vivienda familiar no puede ser ejecutable por deudas contra3das despu3s de la inscripci3n de la uni3n convivencial, excepto que hayan sido contra3das por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

En relaci3n al cese de la uni3n convivencial, debemos se1alar: muerte de uno de los convivientes, sentencia firme con presunci3n de fallecimiento, matrimonio o nueva uni3n convivencial de uno de los miembros de la pareja o de ambos, o por voluntad de ambos o unilateral de uno de ellos, notificada en forma fehaciente.

El C3digo ha buscado mitigar los efectos del cese de la convivencia estableciendo una compensaci3n econ3mica para quien la ruptura causa un empeoramiento de su situaci3n econ3mica. La compensaci3n econ3mica, si no hay acuerdo entre partes, debe ser fijada judicialmente y deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: a) el estado patrimonial de cada conviviente al inicio y fin de la uni3n; b) la dedicaci3n de cada uno a la crianza y educaci3n de los hijos durante y luego de la convivencia, c) edad y estado de salud de convivientes e hijos, d) capacidad laboral, e) cooperaci3n prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro; y f) atribuci3n de la vivienda familiar.

El reclamo de la compensaci3n econ3mica caduca a los seis (6) meses de haberse producido el cese de la convivencia. El art. 526 dispone que para la atribuci3n de la vivienda familiar debe tenerse en cuenta si quien la solicita tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores y si acredita la necesidad de una vivienda e imposibilidad de procur3rsela de forma inmediata.

El plazo por el que se atribuye la vivienda no debe superar el m3ximo de dos (2) a1os, ni ser mayor al que haya durado la convivencia.

En el caso de muerte, se otorga en forma gratuita la utilización del hogar familiar por el plazo máximo de dos (2) años al conviviente supérstite que no cuente con vivienda propia o bienes suficientes que aseguren el acceso a esta; se aprecia aquí el debido y respeto y solidaridad a los integrantes de estas uniones.

El art. 528 establece que, a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

En el título de uniones convivenciales aparece claramente una protección a la mujer que, en nuestra sociedad, no está en paridad de condiciones con el hombre. Esta situación es la misma que encontramos cuando se legislan los alimentos debidos por los cónyuges durante el matrimonio y separación de hecho, así como cuando se contemplan las prestaciones compensatorias en el divorcio. Muchos de los elementos que deben tenerse en cuenta para su determinación fueron objeto de reclamo por parte de los sectores femeninos que veían desconocidos una cantidad de esfuerzos durante el matrimonio y/o uniones de hecho. Es por ello que consideramos que se cumple con los principios de igualdad y no discriminación que se encuentran presentes en los tratados de derecho humanos y que el Estado debe garantizar a toda su población.

4.5 | La filiación

Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título V "Filiación", arts. 558 a 593

4.5.1. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida

Hasta hace algunas décadas, al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía que "el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado".⁽³³⁾

.....

(33) MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL. H., *Derecho de familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, t. III, p. 9.

Era el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Se identifica, en general, filiación con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (en adelante, TRHA), las definiciones precedentes aparecen totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “padre” y “madre” en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro.⁽³⁴⁾ La definición precedente es la que resulta más exacta o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidas en las últimas décadas.

La división que estos avances supusieron entre procreación y sexualidad, por un lado, y por otro, el que la criopreservación de óvulos y espermatozoides significó, condujeron a la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades. Es así que hoy encontramos que puede haber un padre genético donante de espermatozoides, y un padre social que es quien asume como hijo a un niño, aunque no tenga un vínculo biológico natural con él. En la misma línea, aparece la identificación que puede hacerse de distintas figuras maternas: madre genética, madre gestante y madre social.

El Código Civil vigente, en el art. 240, establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extra matrimonial, de ambas surgen los mismos efectos. No se refiere a los nacidos por TRHA.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA; han nacido miles de niños en estos años a través de las mismas.

Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna auspiciosa la posición asumida por el nuevo Código, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación.

La falencia señalada adquirió nuevas dimensiones al sancionarse la ley 26.618 de matrimonio igualitario. El art. 42 de esta ley estableció que los mismos derechos que se conceden a los matrimonios heterosexuales, corresponden

(34) MIZRAHI, MAURICIO L., *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 5.

a los matrimonios igualitarios y que de ninguna manera corresponde privar a los mismos de derecho alguno. No se menciona expresamente en el referido art. 42 los efectos derivados de la filiación en relación a esta ley, ni se modificaron las normas vigentes al efecto.

El Código en análisis asumió esta responsabilidad y haciendo efectivos principios constitucionales y los tratados internacionales —la ley 26.061, CDN y CEDAW— reeptó las técnicas de reproducción asistida regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza y mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción (art. 558).

En miras a la señalada igualdad, se establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellas no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por TRHA o ha sido adoptada (art. 559 CCyC).

Los ejes centrales que se tuvieron en cuenta al legislar esta institución son: los principios de igualdad, derecho a la identidad, celeridad e inmediata inscripción, de acuerdo a lo que ordenan los arts. 7° y 8° CDN y la ley 26.061. Y, sustancialmente, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, así como el derecho a gozar de la familia.

Resulta necesario, entonces, retomar el concepto de autonomía que analizamos brevemente en el apartado III, e introducirlo en la temática de la filiación en lo que se conoce como **autonomía de la voluntad procreacional/parental**. Uno de los grandes desafíos del Código en estudio ha sido el de legislar sobre la filiación y los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos. El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad, como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre. La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo. Ello puede suceder de múltiples maneras, ya sea desde la utilización de métodos anticonceptivos,

hasta las intervenciones quirúrgicas para la anticoncepción, o el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en el caso de no querer tener un hijo. Y para el caso de sí quererlo: la práctica de relaciones sexuales, y las distintas formas que la ciencia médica pone al alcance de los particulares para concebir y tener un hijo, y la adopción.

En este capítulo se incorpora la voluntad procreacional como fuente de la filiación. En el art. 562 se señala que los hijos nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

A través de esta norma se le otorga una imprescindible seguridad jurídica a las filiaciones en que se han utilizado TRHA, dotando a la voluntad de ser padres o madres de una fuerza tal que desplaza completamente al material genético, culminando en que este no es determinante, ni causa fundante del vínculo filial, convirtiéndose nada más que en un medio para determinar la maternidad o paternidad de terceros.

Cabe aclarar que el Código en análisis no regula, como es lógico, las TRHA, solamente se limita a incluir dentro del instituto de la filiación la que deviene del uso de estas prácticas.

4.5.2. Anonimato del donante

Otro tema de suma importancia es el del anonimato del donante. En relación a esta temática, el Código, en el art. 563, legisla sobre el derecho a la información en las TRHA y establece que cuando se hayan utilizado gametos de un tercero, esta información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. La persona nacida a través de estas técnicas puede solicitar que se le revelen: la identidad del donante por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por medio de un procedimiento breve; y también puede requerirse, a través de un procedimiento administrativo, que el centro de salud interviniente provea información relativa a datos médicos del donante cuando haya riesgo sobre la salud de la nacido (art. 564 CCyC). La creación de los bancos de semen y su utilización suscitaron, de inmediato, una de las inquietudes más grandes en la materia: el anonimato o no del donante. Los

bancos de semen asumieron una posición restrictiva en cuanto a la información. Se han esbozado diversos principios que diferencian los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra "padre" de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de "progenitor" para quien agota su quehacer en el hecho de la entrega del semen. No conoce a quién se va a inseminar, ni si efectivamente se producirá la misma. El "padre" prolonga su función con el cumplimiento de los deberes que se le imponen y el goce de los derechos que se le reconocen.

"La dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure proprio*, en ese momento, sino que es un acto que *per se* es solo idóneo para la generación, pero no la provoca".⁽³⁵⁾ Es decir, no provoca en sí mismo una concepción, sino que se necesita una instrumentalización humana en el curso del proceso generativo, de modo y manera que un tercero sea quien decida la finalidad procreativa o no.

El absoluto anonimato del donante encuentra sus límites en la necesidad de preservar datos que pueden ser imprescindibles para resolver problemas de salud del nacido. Se ha dicho, entonces, que es un derecho inalienable y fundamental de la persona conocer su origen biológico y poder investigar esta relación genética. ¿Es coherente este acceso a la información con la preservación del anonimato del donante? Se sostiene que permitirle al hijo conocer la identidad genética, sin reclamar determinaciones legales del progenitor, respeta los derechos de la persona nacida por estas técnicas con gametos de terceros ajenos a sus padres, pero contraviene los argumentos a favor del anonimato del donante.

Esta postura es compartida por Roca que sostiene que "la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad (...) Y que ello nunca debe provocar relaciones de parentesco-filiares establecidas con los sistema que la ley disponga".⁽³⁶⁾

Los argumentos a favor del anonimato encuentran su eje en la garantía de protección de la información por el secreto profesional debido. Se considera

(35) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 53.

(36) ROCA TRIAS, E., *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccionales*, Madrid, Trivium, 1988, p. 43.

que el donante carece de vocación procreacional, y debe respetarse esta vocación. También se ha dicho que el conocimiento del donante puede llevar a resultados negativos respecto del interés superior del niño.

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. También se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. En otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato modificaron su posición, algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005.

En el Código en análisis, el art. 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Como se explicara *ut supra*, se estableció un procedimiento judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida.

4.5.3. Inscripción y reconocimiento (Título V, Capítulos 1 a 7)

En relación a los derechos y deberes emergentes de la filiación, cualquiera sea la naturaleza de la misma, el Código nuevo también ha introducido modificaciones que consideramos de real importancia, recogiendo en este capítulo los principios de igualdad y no discriminación.

En el Capítulo 5 del Título V correspondiente a filiación, sobre “Determinación de la filiación extramatrimonial”, se exige, en el art. 572, la notificación del reconocimiento que realice un/a tercero/a al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y el deber de notificar el reconocimiento a la madre y al hijo a su representante legal.

Por su parte, el art. 566 del Capítulo 4, también del Título V sobre la determinación de la filiación matrimonial, recoge la presunción de que los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta 300 días después de la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte, son hijos del o la cónyuge.

Como surge del artículo comentado, esa presunción rige tanto para los matrimonios heterosexuales como para los homosexuales. No se acepta la misma en los supuestos de TRHA si él o la cónyuge no hubiera presta-

do el consentimiento previo, informado y libre, según lo dispuesto en el Capítulo 2 antes comentado (arts. 560 a 564).

Se ha considerado que la presunción contiene elementos no solo de carácter biológico, sino también culturales y sociales; y es de gran importancia para los derechos de los niños nacidos y su rápida inscripción registral, cualquiera sea el tipo de filiación.

En el Capítulo 7 del mismo Título, en relación al derecho a la identidad, sostiene —al igual que la legislación actual—, en los casos en los que esté determinada solo la maternidad, que el Registro Civil debe comunicar la situación al Ministerio Público, el que deberá procurar la identidad de la paternidad y posterior reconocimiento del hijo, instando a la madre a suministrar los datos pertinentes. Antes de la remisión al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro debe citar a la madre e informarla de los derechos del niño (art. 583).

En cuanto al valor que tiene la posesión de estado, el nuevo ordenamiento la asimila al reconocimiento si se encuentra debidamente acreditada (art. 584).

En relación a la acción de reclamación de registración, el Código en estudio mantiene el proceso existente en la legislación vigente, incorporándose la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento (art. 587).

En las acciones de filiación se mantiene la admisión de toda clase de pruebas, como las genéticas, que pueden ser pedidas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, la misma se puede realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (art. 579).

4.5.4. Acciones de impugnación de filiación

(Título V, Capítulo 8 “Acciones de impugnación de filiación”, arts. 589 a 593)

La posibilidad de impugnar la filiación matrimonial hasta el presente es sumamente restringida. En mérito a la mal denominada paz familiar, se ha limitado la misma al presunto padre en determinadas circunstancias y se le ha reconocido al hijo/a en todo momento. Ello ha llevado a diversos

planteos de inconstitucionalidad. En el caso "Páez Vilaró"⁽³⁷⁾ que llegó a nuestra Corte Suprema, se planteó la inconstitucionalidad del actual art. 259 en tanto excluye a la madre entre los legitimados activos para deducir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

En el nuevo Código, Título V, Capítulo 8 sobre "Acciones de impugnación de filiación", art. 590, se dispone que:

La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

Por su parte, el art. 591 establece que:

El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. Si se prueba que él o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

(37) CSJN, "D. de P. V., A. v. O., C.H.", 01/11/1999, en JA 1999-III-síntesis.

Debe destacarse, entonces, la amplitud con que se trata la legitimación, en especial para impugnar la paternidad y maternidad matrimonial. Se otorga la posibilidad a toda persona con interés legítimo de interponer la acción, modificando el plazo desde que comienza a correr la caducidad; este correrá desde que el presunto padre supo o pudo saber que no lo era. El principio de igualdad adquiere plena vigencia otorgándole a la madre la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial.

4.6 | Análisis de la responsabilidad parental

**Libro Segundo “Relaciones de Familia”,
Título VII “Responsabilidad parental”, arts. 638 a 704**

El nuevo Código introduce grandes modificaciones en este tema. Se consideró imprescindible reemplazar la expresión “patria potestad” por ser contraria totalmente a la esencia de una familia democrática. La denominada “patria potestad” ha sido pensada en un modelo de familia piramidal donde el niño es un sujeto sometido al poder de sus padres, siendo su opinión despreciada. Se modifica totalmente el concepto y se asume el de responsabilidad parental que traduce la esencia de función y acompañamiento que significa para este Código la relación de padres e hijos.

Distintas legislaciones han asumido esta denominación: en Inglaterra, la Children Act de 1989, modificada en 2004; también el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia. En especial, cabe recordar que el art. 34 de la ley 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Infancia de la Nación receptan, respectivamente, la expresión “responsabilidad de los padres”, y esta última ley, en su art. 7°, utiliza la expresión “responsabilidad familiar”.

El Código en estudio, en su art. 638, nos brinda el concepto “responsabilidad parental” como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. A continuación, en el art. 639, enumera los principios generales que ordenan la responsabilidad parental, ellos son: a) el interés superior del niño, b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de

que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios deben permearse en todo el articulado referido a la materia, en todos los casos en los que se encuentren afectados intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Cuando se trata del interés superior del niño, deberá recordarse que este no es un concepto del etér, ni un espacio vacío, cuyo contenido puede completarse con cualquier subjetividad. Cuando hablamos del interés superior del niño debemos tener presente la doctrina y las legislaciones que concretizan este concepto, tales como la ley 114 de la CABA y art. 3° de la ley 26.061, para lograr el pleno goce y efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes:

Es posible señalar que la disposición del art. 3° de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e incluso, a instituciones privadas a estimar "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.⁽³⁸⁾

El inc. b) del mismo art. 3° CDN se refiere a la autonomía progresiva, que se describe como la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los arts. 5° y 18 CDN que nos dicen que el ejercicio de la responsabilidad parental debe tener en cuenta, en relación a los hijos, la evolución de sus facultades, dirección

(38) CILLIERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de CDN", en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 78.

y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que se le reconoce; y pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, educado en el espíritu proclamado en la Carta de las Naciones Unidas, conforme se cita en el preámbulo de la CDN.

El derecho del niño a ser oído debe interpretarse, desarrollarse y articularse con el derecho a la participación. Es el derecho del niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma desde la esfera intelectual y moral, o sea, en todo su desarrollo. El derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN) contiene un principio de reciprocidad: al derecho a expresarse le corresponde el deber de los adultos a escuchar. Este deber no puede ni debe limitarse al solo otorgamiento de la palabra al niño. Se requiere una actuación activa entre adultos e infantes, lo que supone participación de ambos. Se ha dicho que "solo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el art. 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia".⁽³⁹⁾

Estos principios adquieren fuerza y presencia en el Código unificado, por ejemplo en el art. 645, en relación a los actos que requieren consentimiento de ambos progenitores; es necesario, también, el consentimiento expreso del hijo adolescente. En el Capítulo 3 del mismo Título, el art. 646, entre los deberes y derechos de los progenitores, establece como deber considerar las necesidades específicas del hijo, según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativos. En el inc. c) se establece el deber de respetar los derechos del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; orientar y dirigir al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.

Surge con toda claridad que la norma adopta el respeto a la personalidad e individualidad del hijo. Esta actitud de consideración a la capacidades

.....

(39) BARATTA, ALESSANDRO, "Infancia y Democracia" en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, op. cit., p. 54.

especiales y a la personalidad del hijo y el respeto de las mismas han sido receptadas en diversas legislaciones. Cabe señalar que la interacción y la participación de los integrantes del grupo familiar aparecen como una característica de esta organización de la representación parental en el derecho comparado (Código Civil español, art. 145; Código austríaco, art. 146; Conclusiones del Consejo de Europa 1977; Código Civil portugués, art. 1885).

4.6.1. Cuidados personales

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 4

"Derechos y deberes sobre el cuidado de los hijos", arts. 648 a 657)

Otro cambio fundamental desde el contenido y el lenguaje es la sustitución de la palabra "tenencia" que, como se sabe, se refiere a la posesión actual y corporal de una cosa. No puede negarse que el carácter derivado de este último término lleva implícito una suerte de cosificación de uno de los extremos de la relación paterno-filial.

Se trata de una denominación completamente ajena a la consideración de los niños como sujetos de derecho. Se reemplaza por los términos "cuidado personal" del hijo. En el derecho comparado se han utilizado denominaciones similares, tales como residencia habitual del hijo, convivencia, etc. El art. 648 del nuevo plexo se refiere a ello denominando "cuidado personal" a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo; estos cuidados pueden ser asumidos por un progenitor o por ambos (art. 649).

Se privilegia el cuidado personal compartido, que puede ser alternado o indistinto. En el caso del cuidado compartido indistinto, el hijo reside de manera principal con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen, de forma equitativa, las labores atinentes a su cuidado (art. 650).

La ley 23.264 vigente nos señala que cuando no hay convivencia de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a quien vive con el niño/niña; esto puede crear una eyección de la figura del padre no conviviente. Se contraría así la igualdad de derechos y obligaciones para ambos progenitores que surge de la CDN. La experiencia de otros países que han adoptado el ejercicio conjunto de la responsabilidad

parental, aun después de la separación o divorcio, nos ha mostrado que la figura es positiva para un mejor ejercicio de la misma y un desarrollo del grupo familiar con mayor participación de todos sus miembros. Ello porque se propicia un actuar conjunto y solidario de los padres. Entre los países que han adoptado esta modalidad pueden citarse: España, Inglaterra Italia, Francia. El TEDH destacó que “el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituya una violación del derecho protegido por el art. 8º del Convenio”.⁽⁴⁰⁾

4.6.2. Ejercicio de la responsabilidad parental por parte de padres adolescentes (Título VII “Responsabilidad Parental”, Capítulo 2 “Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental”, art. 644)

Una de las innovaciones fundamentales a destacar la encontramos en el Capítulo 2 del mismo Título, y se trata de la responsabilidad parental de los padres adolescentes, quienes hasta ahora y en la actualidad no detentan el ejercicio de la hoy denominada patria potestad si no están casados. Esta situación ha causado graves perjuicios, como es habitual a los sectores más excluidos de nuestra población.

El art. 644 del cuerpo legal en estudio elimina el requisito discriminatorio de la existencia del matrimonio y establece que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, señalando que aquellos que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente pueden oponerse cuando los actos de este sean perjudiciales para el niño, como así también puede intervenir si se omite realizar las acciones para preservar su desarrollo. También se destaca que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

.....
 (40) TEDH, *E. c. Alemania*, sentencia de 13/07/2000.

4.6.3. La prohibición de los malos tratos

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 3

"Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales", art. 647)

La prohibición de malos tratos es una reforma reclamada por distintos sectores de la sociedad ya que la redacción actual del Código Civil vigente (art. 278) establece que: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir las conductas de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores". Como podemos observar, la redacción es confusa y las palabras "corrección" y "moderadamente" que se utilizan pueden dar lugar a equívocos en cuanto a su interpretación. Creemos que se pueden llegar a legitimar, así, acciones de violencia contra los niños, es por ello que amerita un pronunciamiento estricto contra la prohibición de malos tratos. Por esta razón, en el Código en análisis el art. 647 establece la prohibición de malos tratos, prohibiéndose expresamente el castigo corporal o cualquier hecho que menoscabe física o psíquicamente a niños y adolescentes; se agrega que los progenitores pueden solicitar la asistencia de los organismos del Estado. Como vemos, esta norma promueve/garantiza el respeto al derecho a la vida y a la integridad psicofísica de niñas, niños y adolescentes. En el derecho comparado esta prohibición tiene cada vez mayor desarrollo.

4.6.4. Familia Ensamblada

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 7 "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines", arts. 672 a 676)

Un tema novedoso es la legislación sobre derechos y deberes de los progenitores e hijos afines. El art. 672 denomina "progenitor afín" al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y/o adolescente. Ante todo, debemos señalar que en este capítulo se reconoce a una de las nuevas formas de familia, la que se denomina "familia ensamblada". Sin que ello vaya en desmedro de la responsabilidad parental, se establece un deber de cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro cónyuge, realizando los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptando decisiones ante situaciones de urgencia.

Se concede al progenitor conviviente el poder delegar a su cónyuge el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con sus funciones por viaje, enfermedad o incapacidad transitoria; siempre y cuando exista imposibilidad para su desempeño por

parte del otro progenitor. Esta delegación requiere homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. A nuestro parecer, hubiera sido deseable incluir en el artículo analizado la participación del niño, niña y adolescente en esta toma de decisión, de acuerdo a su grado de madurez.

En este mismo capítulo, en el art. 676 se establece la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro con carácter subsidiario, la que cesa con la disolución del vínculo o ruptura de la convivencia. Ello salvo que el cambio de situación ocasione un grave daño al niño, entonces puede fijarse una cuota asistencial de carácter transitorio al cónyuge que asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

Como antes comentamos, si bien no está expresamente estipulado, consideramos que el niño y/o adolescente debe ser oído en el supuesto de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y en otros casos en que se le otorguen facultades al padre afín.

4.6.5. Obligación de alimentos

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 5 "Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos", arts. 658 a 670)

Entre los deberes y derechos de los progenitores se cuenta la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos. Ello corresponde a ambos, aunque conviva solo con uno de sus progenitores. El Código, en esta materia, innova en varios puntos. Uno de ellos ha sido objeto de una larga lucha por la vigencia de una legislación que se encuentre impregnada de los principios de igualdad y no discriminación, que ha tenido por objeto reconocer valor económico a las tareas cotidianas a cargo del progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo, las que se consideran como un aporte a la manutención de los hijos (art. 660). En la mayoría de los casos eran o son las madres quienes conviven con sus hijos menores de edad y ven menguada su capacidad de ingresos económicos por el tiempo que deben dedicar al cuidado de sus hijos.

Se establece la obligación de prestar alimentos hasta los 21 años de edad, salvo que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. También habilita a la administración directa por el hijo de una porción de la cuota alimentaria destinada a cubrir gastos personales como vestimenta, esparcimiento, etc.

La norma pone fin a un debate jurisprudencial y doctrinario en cuanto a quién tiene capacidad y/o legitimación para iniciar y/o proseguir el juicio promovido durante la minoría de edad del hijo (arts. 661 y 662).

En los términos de la CDN y de la ley 26.061, así como del propio articulado del nuevo cuerpo normativo, encontramos que una de las obligaciones fundamentales de los progenitores y de los derechos de los hijos se refiere a la educación. Así lo señalan especialmente los arts. 27 y 29 CDN. Naturalmente, en las parejas convivientes cuando los jóvenes continúan con los estudios y aprendizaje, los padres contribuyen a su manutención, sin prestar atención a si el hijo ha cumplido o no la mayoría de edad. Contrariamente, cuando se produce una separación y cesa esta convivencia entre los progenitores, esta situación cambia. Es frecuente el pedido de cese de la obligación alimentaria, sin tener en cuenta las necesidades reales del hijo. Esta situación supone que las dificultades de la relación de pareja se han proyectado indebidamente sobre las relaciones parentales, con lo cual aparecería que no es la mayoría de edad lo que determina el cese de la obligación de la cuota alimentaria, sino la ruptura de la relación parental.

Se ha considerado, entonces, necesario regular el supuesto de alimentos para los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios. La jurisprudencia y la doctrina ya han receptado esta obligación, si bien en algunas ocasiones puntuales en América Latina, países como Nicaragua, San Salvador, Costa Rica lo admiten con un tope, como también lo establece el Código en análisis; por el contrario, en Europa, países como Francia o Suiza tienen otros requisitos. El Proyecto fija la edad de 25 años como límite para poder seguir percibiendo alimentos, siempre y cuando se prosigan estudios o preparación profesional de un arte u oficio que le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. Al igual que los alimentos, para el hijo entre los 18 y 21 años se encuentran legitimados para solicitarlos, tanto el interesado directo como él o la progenitora conviviente.

5 | Conclusión

Se ha intentado dar una visión de las instituciones cuya reforma nos parecen más trascendentes. Consideramos que el Código analizado, en materia de derecho de las familias, cumple acabadamente con los principios enunciados en los fundamentos con que se presentó el Proyecto.

La incorporación al mundo del derecho, y por ende la salida del no derecho de los distintos tipos de familias (ensambladas, hetero u homoparentales, matrimoniales, convivenciales, etc.), supone la recepción del multiculturalismo, así como el pleno reconocimiento a las distintas identidades sexuales.

La consideración del menor como sujeto de derechos en los términos de la CDN, se encuentra presente en todo el articulado referido a responsabilidad parental, filiación y adopción. Por su parte, la equiparación de roles y el reconocimiento de las tareas del hogar y crianza de los hijos, entre otros progresos, cumplen los mandatos de la CEDAW. El reconocimiento de las uniones convivenciales también significa un gran avance en el dotar de derechos y obligaciones a quienes no contraen matrimonio, pero se unen en un proyecto de vida en común. La manda constitucional se encuentra cumplida con la sanción del nuevo Código, en la materia que nos ocupa.

Se busca dotar a quienes conforman un grupo familiar de los mejores institutos y derechos, así como de obligaciones que organicen y les faciliten un vivir armónico, pleno de respeto de los derechos del otro.

La inclusión social que significa la incorporación, a la esfera de lo jurídico, de personas que hasta ahora no gozaban de igualdad de derechos o no contaban con las debidas regulaciones, es un paso más hacia la igualdad real y la dignidad de todas las personas.

A modo de cierre, sostenemos que el Código sancionado, respecto de las instituciones brevemente analizadas en este trabajo, representa un verdadero avance en la historia de nuestro derecho de fondo, en tanto, como ha sido sostenido, incorpora expresamente la doctrina de universalización de los derechos humanos. El nuevo plexo normativo aprehende los nuevos paradigmas de las relaciones familiares, dotando a todos los ciudadanos de derechos civiles que se ven impregnados de la doctrina de derechos humanos, con sus principios fundantes de libertad, igualdad, no discriminación y autonomía.

El gran objetivo de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando estos

principios universales de igualdad, libertad, no discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en el que a nadie se le estafe la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

Como antes explicamos, el principio de autonomía necesita de la libertad para existir, porque sin libertad la igualdad es una caricatura y la vida no tiene sentido. El límite a nuestra libertad, entonces, lo marcará el principio de no dañar a otro. Pero, por sobre todo, debemos desarrollar el principio de solidaridad, porque este es el mejor componente de la condición humana. La solidaridad nos hace asumir a los otros como semejantes y a todos como nosotros mismos.

Responsabilidad civil

Aspectos generales en el nuevo Código Civil y Comercial

por **ROBERTO ANTONIO VÁZQUEZ FERREYRA**⁽¹⁾

I | Introducción

La responsabilidad civil se encuentra regulada en el Capítulo 1 del Título V del Libro III. El Libro III se refiere a los derechos personales. Su Título V regula otras fuentes de las obligaciones que no son los contratos. El Capítulo 1 del Título V regula, a través de 11 secciones, la responsabilidad civil. No obstante, y como es lógico, existen a los largo de todo el Proyecto diversas normas específicas relativas a la responsabilidad civil, como por ejemplo el art. 1243 referido a la responsabilidad en el contrato de *leasing* o el 1493, referido a la omisión de preaviso en el contrato de agencia, etc.

En realidad, hay decenas de normas específicas, pero que en los hechos no son más que aplicación o remisión a los principios generales del Capítulo que ahora analizaremos.

.....

(1) Abogado (Universidad Nacional de Rosario). Postgraduado sobre Responsabilidad Civil (UNR). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Juez Civil y Comercial de Rosario. Profesor Titular de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Derecho (UNR). Profesor Titular de Derecho Civil I y II en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Profesor en diversos posgrados, tanto en el país como en el extranjero. Miembro del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de Santa Fe de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor de diversos libros y artículos de doctrina.

Entre estas normas específicas, especial mención merece el Título III del Libro III que regula los contratos de consumo, tema de candente actualidad. A nuestro criterio las novedades más importantes que contiene el Proyecto en materia de responsabilidad civil son las siguientes:

1. Unifica la responsabilidad contractual y la extracontractual, o más bien las regula conjuntamente.
2. Establece expresamente que la responsabilidad civil tiene tres funciones: preventiva, resarcitoria y sancionatoria.
3. Establece y regula el deber de prevención.
4. Menciona y regula las causales de justificación que borran la ilicitud de una conducta que ha ocasionado un daño. Son el aspecto negativo de la antijuridicidad.
5. Regula el tema de la asunción de riesgos que hasta ahora era de tratamiento doctrinario y jurisprudencial.
6. Consagra expresamente la responsabilidad civil contractual objetiva en las obligaciones de resultado.
7. Fija una regla general en materia de extensión del resarcimiento, estableciendo que son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.
8. Si bien fija como regla general que los factores de atribución y las eximentes de responsabilidad deben ser probados por quien los alega, como excepción permite a los jueces aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas.
9. Equipara el dolo al dolo eventual.
10. En caso de graves incapacidades, la legitimación para reclamar indemnización por daño moral la extiende no solo al damnificado directo, sino también a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes conviven con aquel recibiendo trato familiar ostensible.
11. Establece un método de cálculo para el caso de incapacidades permanentes, ya sean físicas o psíquicas.
12. El proyecto original contemplaba una sección dirigida a los daños a los derechos de incidencia colectiva, pero estos artículos han sido eliminados por el Poder Ejecutivo y por ende no han quedado incorporados al Código.
13. Contempla expresamente la pérdida de chance como daño indemnizable.

14. Contempla la llamada “responsabilidad contractual” por el hecho del tercero que se introduce en el cumplimiento de la obligación.
15. Establece la responsabilidad objetiva en materia de actividades riesgosas, aunque lo excluye expresamente en el caso de profesionales.
16. Define al guardián de la cosa riesgosa o viciosa.
17. Regula en detalle la responsabilidad colectiva, tanto la general como aquella que proviene de un grupo de riesgo.
18. En materia de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, lo deja librado a las normas de derecho administrativo.
19. Si bien mantiene la imposibilidad de dictar sentencia civil estando pendiente la sentencia penal, establece algunas excepciones a dicho principio que deja de ser absoluto.
20. Reduce el plazo genérico de la prescripción liberatoria a cinco años. Las acciones por responsabilidad civil prescriben a los tres años.
21. Reduce el plazo de la suspensión de la prescripción por interpelación a seis meses.
22. Contempla a la mediación como supuesto de suspensión de la prescripción.
23. El reclamo administrativo cuando es obligatorio interrumpe la prescripción.

Tal vez una de las novedades más importantes sea que se reconoce y regula en forma expresa la doble función de la responsabilidad: a) preventiva, y b) resarcitoria.

Durante mucho tiempo se ha discutido si la responsabilidad civil debía tener o no un componente preventivo o punitivo. En general, las opiniones eran coincidentes en la importancia de otorgarle una función preventiva, pero las discusiones subían de tono a la hora de analizar la posibilidad de darle también una función punitiva. Finalmente, el tema punitivo quedó excluido del Código.

Siguiendo lo que ha sido criterio de todos los Anteproyectos anteriores y de acuerdo al sentir mayoritario de la doctrina, se unifica la responsabilidad contractual y la extracontractual. Unificación que no significa homogeneidad, pues hay diferencias que subsisten.

Continuaremos siguiendo el orden de las distintas secciones del Capítulo de la Responsabilidad civil.

2 | El deber de prevención

En forma específica, se refieren a esta novedosa función de la responsabilidad civil los arts. 1710 al 1715, es decir, seis artículos.

El Proyecto dispone de manera genérica que toda persona tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a que de dicha persona dependa. Es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, para evitar que el deber sea tan amplio que alcance a todos.

Esa tarea preventiva se descompone en tres funciones conforme el art. 1710, que como se puede apreciar son un tanto reiterativas: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido. Creemos que más allá de ciertos matices, todo se podría haber reducido al inciso a) del art. 1710.

No obstante ello, es preciso remarcar la importancia que tiene el hecho de que se contemple que sea un tercero (no el autor del eventual daño) quien lleve adelante la tarea de prevención, siendo que en tal caso este tercero podrá reclamar los gastos en los que haya incurrido conforme las reglas del enriquecimiento sin causa. Ello, a nuestro criterio, no es taxativo, pues ese tercero, de acuerdo a cada caso en concreto, podrá iniciar acciones de diversa naturaleza, ya sea contra el responsable o el beneficiado por su acto.

Conforme el art. 1711, esta función preventiva procede siempre que exista la posibilidad de que se ocasione un daño por medio de una acción u omisión antijurídica, no siendo necesaria la presencia de ningún factor de atribución que califique esa conducta activa u omisiva. El texto del art. 1711 es de singular importancia por las siguientes razones.

La prevención funciona tanto contra actos positivos como contra omisiones, en la medida en que estos sean antijurídicos, es decir, contrarios a derecho. Claro que en este caso la antijuridicidad se predica de la conducta y no del resultado (el que muchas veces no llegará a concretarse). Decimos ello por cuanto, en principio, todo daño es antijurídico (*neminem laedere*), salvo que concurra alguna causa de justificación. Pero creemos

que para que pueda hacerse valer la función preventiva, la antijuridicidad, al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material. No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño.

Ejemplifiquemos. Todo automotor en circulación puede generar daños; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia, cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo, pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas.

De ahí que la conducta debe ser ilícita. Por ejemplo, demostrar previamente que estamos frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Siguiendo con la ejemplificación, debería iniciarse acción de prevención contra determinados vehículos que no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme las leyes regulatorias (por ejemplo, la Ley de Tránsito).

De lo contrario, podríamos llegar a propiciar una avalancha de acciones preventivas injustificadas. Vamos a otro ejemplo. Podremos parar la construcción de determinada obra, pero en la medida en que se acredite la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico y que además exista una conducta contraria a derecho por parte del constructor (no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad).

En cuanto a la legitimación para iniciar acciones preventivas basta acreditar un "interés razonable" en la prevención. Tal amplitud en la legitimación pensamos que puede dejar la puerta abierta a múltiples incidencias. Por lo demás, si estamos frente a la posibilidad de un daño a un derecho de incidencia colectiva, creemos que la legitimación debe ampliarse siguiendo los lineamientos del fallo "Halabi" de la CSJN.

Una pauta importante se fija en el art. 1713 referida al contenido de la sentencia a dictarse en este tipo de acciones. Se trata del criterio o principio de "menor restricción posible". Creemos que dicha pauta interpretativa debe funcionar como norte en la interpretación de la Sección 2ª que regula la función preventiva de la responsabilidad civil.

3 | La función resarcitoria

Es la clásica función de la responsabilidad civil y la que marca su naturaleza jurídica y demás características. Consiste en el deber de reparar un daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación. En principio, todo daño es antijurídico, salvo que se encuentre justificado.

El Proyecto regula expresamente varias causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, asunción de riesgo, consentimiento del damnificado), respondiendo a lo que es la doctrina y jurisprudencia tradicionales.

Hace mención expresa de los factores de atribución, regulándolos conforme la opinión mayoritaria y más moderna en la materia. Así, por ejemplo, conforme la redacción del art. 1723, ya no queda duda de que en las obligaciones de resultado el factor de atribución es objetivo.

Ratifica en materia de nexo causal la teoría de la causalidad adecuada, estableciendo como regla general que se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, salvo disposición en contrario. Contempla expresamente al simple hecho del damnificado como excluyente total o parcial de la responsabilidad (art. 1729).

De singular importancia es el art. 1734 que establece como regla general la carga de la prueba de los factores de atribución y de las eventuales eximentes de responsabilidad en cabeza de quien los alega. No obstante ello, en el artículo siguiente consagra como facultativo para el juez la aplicación de la regla de las cargas probatorias dinámicas.

Con respecto a la carga de la prueba de la relación causal o, en su caso, de la causa ajena, también la pone como regla general en cabeza de quien la alega.

3.1 | El daño resarcible

Define al daño como toda lesión a un derecho o un interés, en la medida en que no sea reprobado por el ordenamiento jurídico. El objeto del daño puede ser tanto la persona como el patrimonio o un derecho de incidencia

colectiva. En el art. 1739 enumera los requisitos del daño indemnizable, incluyendo la chance.

En materia de legitimación para reclamar indemnización por daño extra-patrimonial, ratifica el art. 1078 del actual CC, aunque extendiendo la legitimación en caso de muerte al supuesto en que el damnificado directo aún con vida haya sufrido una gran discapacidad. Es el caso, por ejemplo, de una persona que a raíz de un accidente quede cuadripléjico o con parálisis cerebral.

El art. 1746 establece una fórmula de cálculo para indemnizaciones en caso de lesiones o incapacidad física o psíquica. Asimismo, dispone que en caso de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada.

De singular importancia es el art. 1748 que establece expresamente que el curso de los intereses comienza a correr desde que se produce cada perjuicio, principio que muchas veces es ignorado en algunas sentencias.

4 | Responsabilidad civil

4.1 | La responsabilidad directa

Se da en el caso en que una persona incumpla una obligación y en el caso en que, por acción u omisión, se ocasione un daño injustificado.

4.2 | La responsabilidad por el hecho de terceros

No introduce cambios de significación, sino que más bien actualiza las normas conforme lo que es doctrina y jurisprudencia consolidadas.

En forma expresa establece que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. Esto es relativamente novedoso, pues por lo general se exigía que debiera existir responsabilidad por parte del dependiente para que esta se transmita al principal. De todas maneras creemos que la solución es justa, pues en definitiva el factor de atribución garantiza, en cabeza del principal, lo justifica.

4.3 | La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades

Como novedad, incorpora a la actividad riesgosa, aclarando más adelante que dicha norma no es aplicable en el caso de actividades profesionales.

Establece la responsabilidad objetiva del dueño y guardián por el daño proveniente del vicio o riesgo de las cosas, o de actividades riesgosas o peligrosas. Ambos —dueño y guardián— responden concurrentemente.

Aclara que la responsabilidad del dueño y del guardián son concurrentes y en cuanto al guardián lo define como aquel que ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o quien obtiene un provecho de ella.

Como causal de eximición de responsabilidad contempla el hecho de que la cosa haya sido usada en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. Queda así fuera el supuesto de culpa o hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no deben responder. Aunque, claro está, deben aplicarse otros principios para hacer funcionar estas eximentes, tal como en la actualidad ocurre con el caso fortuito ajeno al riesgo o vicio de la cosa. Ello por cuanto el hecho de la víctima, el caso fortuito y el hecho del tercero que reúne los requisitos del caso fortuito funcionan como eximentes generales conforme los arts. 1729, 1730 y 1731 conforme numeración de la versión modificada por el Poder Ejecutivo.

Con excelente criterio, el daño causado por animales se equipara al daño causado con cosas riesgosas o viciosas, cualquiera sea la especie animal.

4.4 | La responsabilidad colectiva y anónima

Una sección específica con tres artículos está destinada a regular estos supuestos.

El primero de ellos resuelve con claridad el clásico supuesto de las cosas caídas o arrojadas de un edificio. Responsabiliza solidariamente a los dueños y ocupantes de la parte de donde cayó o fue arrojada la cosa. Quien demuestre que no participó en su producción se puede liberar.

El segundo de los artículos de esta sección regula el supuesto en que el daño es cometido por un autor anónimo que pertenece a un grupo identificado. En este caso responden solidariamente todos los integrantes, excepto el que demuestre que no ha contribuido a la producción del daño.

Finalmente, se incorpora un supuesto muy trabajado en la doctrina por Matilde Zavala de González y es el del grupo que realiza una actividad peligrosa. Claro ejemplo es el de la barra brava de fútbol. En este caso, la responsabilidad también es solidaria de todos los integrantes y solo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.

Aplaudimos la regulación, pues distingue claramente los supuestos, dando la solución adecuada en cada caso.⁽²⁾

4.5 | Supuestos especiales de responsabilidad

En la Sección 9ª se regulan diversos supuestos de responsabilidades especiales.

El primero de los artículos se refiere a la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Recopilando lo que ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de muchos años, dispone que la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Obviamente que esta regla general no es exclusiva, puesto que la persona jurídica también puede llegar a responder en otras situaciones. Así, por ejemplo, en su calidad de dueña de cosas riesgosas o viciosas, o en los términos del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, o como propietaria de establecimientos educativos, o por los hechos de los terceros que introduce en el cumplimiento de sus obligaciones, o por los hechos de quienes están bajo su dependencia.

.....

(2) En nuestro libro, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, editado por Hammurabi, dedicamos un capítulo al tema de la responsabilidad civil médica colectiva o grupal, donde alertábamos sobre algunos problemas interpretativos en la materia. Creemos que la reforma proyectada soluciona el problema, en la medida en que en el caos de los médicos se exija la prueba de la culpa del grupo o alguno de sus miembros indeterminados y que cada profesional que pruebe su "no culpa" quede eximido de responsabilidad, pues en definitiva la prueba de la "no culpa" implica probar que no ha contribuido a la producción del daño.

En cuanto a la norma que analizamos, se refiere a un supuesto puntual en el cual el daño es generado por el accionar de sus dirigentes o administradores que se hace extensiva a la persona jurídica, tal como ocurre en el caso de los dependientes.

El art. 1767 se refiere a la responsabilidad de establecimientos educativos y no ha sido retocado por el Poder Ejecutivo. Tal vez no advirtieron que el Estado puede ser titular de establecimientos educativos —aunque no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria—. En líneas generales, ratifica la última reforma que se hizo al Código Civil en esta materia.

A continuación, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) contiene una norma referida a la responsabilidad de los profesionales liberales que sienta los siguientes principios:

- a. Somete la actividad de los profesionales liberales a las reglas de las obligaciones de hacer.
- b. Como regla general, la responsabilidad es subjetiva.
- c. La responsabilidad podrá ser objetiva cuando el profesional haya comprometido un resultado.
- d. No se aplica la responsabilidad por el riesgo de la cosa ni por actividades riesgosas. Sí por el vicio de las cosas que se utilicen.

Sigue el CCyC con una norma referida a los accidentes de tránsito, que es una mera remisión a la regulación de daños derivados de la intervención de cosas.

El derecho a la intimidad, a la imagen, y otros derechos de la personalidad se encuentran protegidos en el art. 1770, el que no introduce mayores novedades ni inquietudes.

Cierra esta Sección una norma que se refiere a la acusación calumniosa, exigiendo dolo o culpa grave para que exista responsabilidad.

En los casos de denuncia o querrela, el denunciante responderá si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

4.6 | Ejercicio de las acciones de responsabilidad

El CCyC determina quienes tienen legitimación para reclamar daños a bienes o cosas. Ellos son el titular de un derecho real, el tenedor y el poseedor de buena fe.

La víctima puede reclamar contra el responsable directo y/o indirecto.

5 | Acciones civil y penal

Si bien, en líneas generales, se mantienen los principios del Código Civil, resulta novedoso e inteligente que pueda dictarse sentencia civil, aún pendiente la penal, en los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal, lo que es obvio, pues en tal caso la acción penal debería extinguirse; b) si la dilación del procedimiento penal provoca una frustración al derecho a ser indemnizado; y c) si la acción civil está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

En cuanto a los efectos de la sentencia penal condenatoria, hace cosa juzgada sobre el hecho principal y la culpa del condenado.

Tampoco puede revisarse en sede civil la decisión penal según la cual el hecho no existió o el sindicado no participó.

6 | Conclusión

Más allá de algunos aspectos puntuales que merecen algún reparo, lo cierto es que, en líneas generales, la nueva regulación de la responsabilidad por daños obedece a lo que nuestra doctrina venía pidiendo desde hace años y, en otros aspectos, implica una adecuación normativa a lo que, en los hechos, venía decidiendo la jurisprudencia más calificada de nuestros tribunales. Ahora será tarea de los estudiosos buscar las interpretaciones de esta nueva normativa.

Índice Temático

A

ADOPCIÓN P. 13, 45, 48, 57, 61, 76, 77, 78, 87, 91

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD P. 34, 49, 50, 51, 52, 57, 63, 65, 70, 77, 92

C

CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN P. 1, 15, 21, 22, 23, 24, 25, 31, 36, 39, 43, 53

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN P. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10, 12, 15, 21, 29, 31, 36, 43, 49, 53, 64, 93, 102

Proyecto de Código Único Civil y Comercial P. 4, 25

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO *Véase* CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

CÓDIGO DE COMERCIO DE LA NACIÓN P. 4, 5, 7, 9, 39

CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD *Véase* CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN

COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA P. 54, 55, 56

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 6, 44, 47, 51, 53, 57, 59, 61, 63, 73

bloque de constitucionalidad P. 47, 57, 61

constitucionalización del derecho privado P. 44, 49, 58

Constitución de 1994 P. 6, 44, 57

reforma Constitucional P. 59

CONTRATOS P. 9, 32, 34, 41

cláusulas abusivas P. 35

consentimiento P. 32, 34, 61, 62, 66, 71, 78, 81, 82, 85, 87, 98

contratos atípicos P. 31

contratos celebrados por adhesión a

cláusulas generales P. 34

interpretación del contrato P. 39

D

DEMOCRACIA P. 59, 85

DERECHOS HUMANOS P. 6, 43, 44, 47, 49, 51, 53, 57, 59, 60, 64, 69, 73, 91

DERECHOS PERSONALES P. 31, 49, 93

DISCRIMINACIÓN P. 50, 57, 59

DIVORCIO P. 62, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 80, 87

atribución de la vivienda P. 67, 69, 74

compensación económica P. 68, 74

divorcio incausado P. 65, 66, 68

separación personal P. 65, 70

F

FILIACIÓN P. 45, 56, 60, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 91

cuidado de los hijos P. 67, 69, 74, 86

filiación por naturaleza P. 76

impugnación de filiación P. 81, 82, 83

patria potestad P. 83, 86, 87

responsabilidad parental P. 67, 83, 84,

87, 88, 89, 91

voluntad procreacional P. 77, 78

G

GARANTÍAS DE SANEAMIENTO P. 37, 38

responsabilidad por evicción P. 37, 38

vicios redhibitorios P. 37, 39

I

- IGUALDAD P. 45, 48, 49, 50, 52,
58, 59, 63, 68, 72, 73, 75, 77, 80, 83, 86, 89, 91, 92
igualdad jurídica P. 48
igualdad real P. 45, 49, 91
INTERPRETACIÓN DE LA LEY P. 53, 63

M

- MATRIMONIO P. 45, 47, 49, 62, 63, 64,
65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 82, 87, 91
derechos y deberes de los cónyuges
P. 63, 64, 69
matrimonio igualitario P. 76
régimen de comunidad de bienes P. 70,
71, 72
régimen de separación de bienes P. 71, 72
MENORES DE EDAD *Véase* NIÑOS, NI-
ÑAS Y ADOLESCENTES

N

- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES P. 45,
46, 49, 53, 54, 58, 59, 60, 62, 71, 76, 81, 84, 85, 86, 88, 89
autonomía progresiva P. 83, 84
Convención sobre los Derechos del
Niño P. 7, 58, 59, 60, 77, 84, 85, 86, 90, 91
interés superior del niño P. 59, 80, 83, 84

P

- PRINCIPIO DE IGUALDAD *Véase*
IGUALDAD

R

- RELACIÓN DE CAUSALIDAD P. 16, 19,
20, 23, 25, 26, 27, 29, 98
presunción de causalidad P. 19, 23
RELACIONES DE FAMILIA P. 43, 44,
45, 47, 54, 63, 64, 65, 67, 75, 83, 90, 91
familia ensamblada P. 63, 88
modelo de familia P. 46, 48, 51, 52, 83
progenitor afín P. 88
RESPONSABILIDAD CIVIL P. 2, 21
actividad riesgosa o peligrosa P. 25, 26,
27, 28, 29, 100
causales de justificación P. 94, 98
daño resarcible P. 94, 98, 99
deber de prevención P. 94, 96
factores de atribución P. 18, 25, 27,
28, 94, 96, 98, 99
responsabilidad colectiva P. 15, 18,
19, 20, 25, 26, 27, 95, 100
responsabilidad solidaria P. 29, 74
responsabilidad mancomunada P. 20,
21, 24

S

- SEGURIDAD JURÍDICA P. 32, 76, 78

U

- UNIONES CONVIVENCIALES P. 63, 72,
73, 74, 75, 91