



Derecho Privado

AÑO 1 NÚMERO 2

Reforma del Código Civil I
Aspectos generales

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 2

Derecho Privado

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 RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA

JURÍDICO LEGAL

Dra. María Paula Pontoriero

.....

Revista Derecho Privado

Año I - N° 2 - Octubre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado 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 la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

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.

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Barbier
Alberto Bueres
Carlos Clerc
Javier Cosentino
Pablo Heredia
Carlos Hernández
Marisa Herrera
Claudio Iglesias Darriba
Héctor Iribarne
Aída Kemelmajer de Carlucci
Jorge Kielmanovich
Angela Ester Ledesma
Gonzalo Nazar de la Vega
Julio César Rivera
Claudia Sbdar
Rubén Stiglitz
Eduardo Zannoni

Editorial

La discusión de ideas en torno al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en debate en el Congreso Nacional, atraviesa la labor de todos los que nos encontramos vinculados con el Derecho Privado.

Se trata de un cambio legislativo relevante, que reúne y actualiza las normas hasta ahora contenidas en los Códigos Civil y de Comercio y en diversas leyes y lo hace atendiendo a los cambios producidos en la sociedad argentina y en nuestro sistema constitucional; en un área jurídica cuya normativa, como pocas, está destinada a cobijar las mejores posibilidades de calidad de vida de los habitantes del país.

Como es propio de toda sociedad democrática, las propuestas de cambios en áreas sensibles de la concepción común de las cosas provocan debates. Es nuestra intención que esta revista sea uno de los territorios del pensamiento jurídico en el que ellas se desarrollen y por ello, como lo adelantamos en el número anterior, dedicaremos nuestras próximas ediciones a considerar diversos aspectos del trascendente cambio normativo propuesto.

Hemos decidido que la temática de cada uno de los números se corresponda con las divisiones curriculares habituales en la enseñanza del derecho privado en las universidades de nuestro país. Entendemos que tal sujeción a nuestra tradición en la materia facilitará el abordaje temático por parte de quienes trabajan con contenidos jurídicos. Por ello, los trabajos que integran este número están principalmente orientados a analizar diversos aspectos de contenidos inherentes a aspectos generales del Derecho Privado y en los siguientes, se tratarán los relativos a responsabilidad civil, obligaciones y contratos, derechos reales y familia y sucesiones.

Confiamos en que, tal como ocurrió con el primer número de la revista, el material contenido en este ejemplar resulte de utilidad para pensar acerca de las transformaciones del derecho, pero también para concretarlas en la práctica.

Los Directores



Jorge Mayo

*Este invierno nos sorprendió con la noticia
de la muerte de Jorge Mayo.*

Juez, docente, jurista a tiempo completo, una gran persona.

Tenía pasión por el derecho y por la discusión de ideas.

*Daba gusto evaluar con él algún tema complejo;
conocía profundamente la doctrina nacional y extranjera
y era generoso con su conocimiento, que acrecentaba sin pausa.*

*Más allá del afecto personal,
consideramos justo honrar desde aquí a quien,
hizo grandes aportes al derecho argentino.*

Sebastián Picasso y Gustavo Caramelo, Directores

Índice General

Doctrina

p. I

El derecho transitorio en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial
por CECILIA KANDUS y M. EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA..... p. 3

Existencia y fin de la persona humana en el Proyecto de unificación del Código Civil y
Comercial de la Nación del año 2012
por ANDREA C. JÁUREGUI y EDUARDO J. MAC DONNELL..... p. 23

Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación
del Código Civil y Comercial
por ANDERSON SALTZER..... p. 39

Las disposiciones en previsión de la propia incapacidad en el Proyecto de Código Civil
y Comercial de la Nación
por ALBERTO S. PESTALARDO..... p. 65

Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Có-
digo Civil y Comercial de la Nación
por SANDRA M. WIERZBA..... p. 119

Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad. Una mirada a la situación jurídica de los adul-
tos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino
por SILVIA FERNÁNDEZ..... p. 139

La sociedad unipersonal. Idas y venidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de
la Nación
por DANIEL R. VÍTOLO..... p. 165

INDICE GENERAL

El Anteproyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial y algunas cuestiones vinculadas al derecho mercantil. Especial referencia al establecimiento de la sociedad unipersonal

por JAVIER J. COSENTINOp. 193

El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

por RAMIRO J. PRIETO MOLINEROp. 209

Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión

por MARÍA JOSÉ AZAR..... p. 241

Novedades p. 281

Novedades legislativas p. 283

Comentarios sobre la Ley Nacional de Tierras Rurales

por GONZALO M. NAZAR DE LA VEGA p. 285

Fuentes citadas p. 301

Índice temático p. 311

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

El derecho transitorio en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial

por CECILIA KANDUS⁽¹⁾ y M. EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA⁽²⁾

“(…) Si se cree que el derecho de propiedad, de profesar libremente su culto, de libertad individual, de asociación son esenciales para una sociedad determinada, es necesario inscribirlos en la Constitución. De esta manera la protección de los derechos no sólo está por encima de la ley, sino que es completísima. No los ampara tan sólo porque la ley los afecta con carácter retroactivo, sino que los ampara en todo caso, para el pasado y para el futuro, sobre todo para éste, que es el que en definitiva interesa”⁽³⁾.

I | Introducción

Una de las primeras cuestiones que planteará la entrada en vigencia del nuevo Código Civil⁽⁴⁾ será la atinente a los efectos de sus disposiciones en cuanto a las relaciones jurídicas existentes hasta ese momento.

.....

(1) Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA. Secretaria del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1 de Capital Federal. Jefe de trabajos prácticos en “Elementos del Derecho Procesal Civil”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Dra. Angela Esther Ledesma.

(2) Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2005). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Ayudante de la materia “Práctica Profesional” en la Facultad de Derecho UBA, Cátedra de la Dra. Flavia García Melgarejo.

(3) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, I, Ed. Abeledo Perrot, 1965, p. 178.

(4) *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Infojus, agosto 2012.

Como se verá, la nueva norma contenida en el art. 7 del proyecto reproduce básicamente las previsiones del actual art. 3, pero introduciendo una variante relevante en materia de relaciones de consumo, con relación a las que prevé la aplicación inmediata de las normas que resulten más favorables a los consumidores.

En este trabajo, se procurará analizar algunas cuestiones de derecho transitorio derivadas del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión creada por el Decreto PEN 191/2011, ello a partir de su cotejo con las previsiones contenidas en el art. 3 del Código sancionado por la ley 340⁽⁵⁾ y sus ulteriores modificaciones. Se transitarán antiguos debates, desde la nueva perspectiva que propone el proyecto de reforma.

Aun cuando las normas que se evaluarán encuentran ubicación sistémica en el Proyecto de Código Civil, la cuestión objeto de evaluación trasciende los límites propios del Derecho Privado y proyecta sus efectos en todo el sistema jurídico; pues hace a la aplicación y vigencia de las normas en general.

2 | Publicidad

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 7 del Proyecto de “Ley de aprobación y derogaciones”, el nuevo Código Civil entrará en vigencia a los ciento ochenta (180) días de su publicación; lapso que se ha considerado suficiente para posibilitar su conocimiento por parte de la población y de la comunidad jurídica en especial.

El art. 5 del Proyecto, titulado “Vigencia”, establece “las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día en que ellas determinen” y el art. 8 (“Principio de inexcusabilidad”) “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

La publicidad de las leyes es recaudo necesario para que entren en vigencia, ya que, —pese a resultar posible su conocimiento anterior por diversos medios— con anterioridad a dicho momento no existe el deber de observarlas o la facultad de ejercer los derechos que otorgan. En ese

(5) 25 de Septiembre de 1869, no publicada en boletín oficial.

orden de ideas, la ley 16.504⁽⁶⁾, al modificar el art. 2 del Código Civil conforme ley 340, estableció concretamente que la publicación de las leyes debía ser oficial, de modo que, aun cuando no se perfeccione por vía del Boletín Oficial, requiere que el medio privado empleado sea de tal naturaleza y características que asegure no sólo una satisfactoria divulgación, sino también certeza sobre la autenticidad del texto legal⁽⁷⁾.

El acatamiento de las leyes por la comunidad es un fenómeno que no reconoce su origen en el conocimiento concreto de las normas jurídicas, sino en una ficción, en virtud de la cual la ley se presume siempre conocida, sin admitir prueba en contrario, y ello alcanza no sólo a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, sino también a los decretos, las resoluciones, las ordenanzas, etc.

El Proyecto establece en el art. 5 que las leyes son obligatorias después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen, con total independencia del conocimiento efectivo de ellas por quienes deben cumplirlas —se trate de habitantes del territorio de la República, ciudadanos, extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes (art. 4)—, salvo los casos excepcionales previstos en el ordenamiento jurídico, en los que la norma autorice a invocar la ignorancia o error de derecho⁽⁸⁾.

En los fundamentos del proyecto de reforma, la comisión realiza una especial referencia a los sectores vulnerables, respecto de quienes por su situación social, económica o cultural, podría resultar justificado eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. No obstante ello, consideran pertinente mantener la regla general del art. 8, dejando a criterio del juzgador la resolución de los casos concretos que se presenten aplicando las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables⁽⁹⁾.

.....

(6) Publicada en BO, 03/11/1964.

(7) LÓPEZ MESA, MARCELO J.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y SALAS, ACDEEL E., *Código Civil Anotado*, Ed. Depalma, 1999.

(8) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Ed. Astrea, 1988, p. 100.

(9) *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, agosto 2012, p. 30.

3 | Derechos adquiridos y derechos en expectativa

La existencia del derecho transitorio o intertemporal obedece a la necesidad de contar con una regla de interpretación, indispensable para establecer la norma aplicable a los casos concretos, que se dirige al juez o al intérprete, pero que no limita las potestades legislativas⁽¹⁰⁾, las cuales están sujetas al horizonte demarcado por la garantía constitucional de propiedad.

El Código Civil sancionado por la ley 340, al igual que otras legislaciones del siglo XIX, organizó su sistema de derecho transitorio sobre la base de la distinción clásica entre derechos adquiridos y derechos en expectativa. El texto del art. 3 de la ley 340, —anterior a la reforma introducida por la ley 17.711⁽¹¹⁾— establecía “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”. A su vez, los arts. 4044 y 4045 disponían la aplicabilidad de las nuevas leyes a hechos anteriores cuando sólo privasen a los particulares de derechos en expectativa o facultades aún no ejercidas o que no hubiesen producido efecto, mas no cuando destruyesen o cambiasen derechos adquiridos.

Vélez Sarsfield adoptó la doctrina de los derechos adquiridos —contenida en el art. 2 del Código Civil francés⁽¹²⁾, el cual siguió el mismo principio in-

(10) CSJN, Fallos 145:277, 1925, “S.A. Cervecería Palermo c/ Fisco Nacional”; 129:422, 1919, “De Luwing Carmen c/ Herederos de Rocca Julio A”; 108:389, 1907, “Juan Gregorini c/ Sara Alsina de Roque s/ Cobro de pesos” (en dicho fallo el Supremo Tribunal estableció que “el art. 3 del Código Civil no establece limitaciones a los poderes legislativos nacionales o locales, en cuanto a retroactividad de las leyes, sino una regla de interpretación de las mismas, y tales limitaciones tampoco existen en la Constitución Nacional para casos en que no se trate de imposición de penas; sin perjuicio de otras garantías a los derechos civiles regidas por las leyes generales” (arts. 17 y 108 CN). Ver también CSJN, “Jawetz Alberto” 1994/03/24, —citado por COLAUTTI, CARLOS E., “Posiciones constitucionales acerca de la retroactividad de las leyes”, *Revista Jurídica La Ley*, 1995-A-154— donde el Máximo Tribunal expuso que: “el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema” (consid. 6). “La garantía de propiedad y el derecho de usarla no sería verdadera y real, dentro de la Constitución, si no envolviese y comprendiera como corolario el principio que las leyes que afecten los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos o la cosa juzgada no tienen efectos retroactivos” (consid. 4).

(11) Publicada en BO, 26/04/1968.

(12) El art. 2 del Código Civil francés dispone: “la ley no tiene efecto retroactivo; ella dispone sino para lo futuro”.

terpretativo sentado por el derecho romano⁽¹³⁾— que se oponía a las meras expectativas, que la ley nueva podía destruir. En la nota al antiguo art. 3, Vélez explicó que siguió a Savigny, distinguiendo por una parte, los derechos adquiridos de las meras expectativas y, por la otra, las facultades ejercidas de las que aún no hubiesen sido, o que no hubiesen producido efectos.

4 | Orden público y garantías constitucionales

Las excepciones al principio de irretroactividad de las leyes estaban contenidas en los arts. 4 y 5 del Código Civil, según ley 340. El art. 4 —derogado por el art., 1 inc. 2 de la ley 17.711— disponía: “Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados” y el art. 5 —también derogado por el art. 1, inc. 3 de la ley antes citada— establecía “Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público”⁽¹⁴⁾.

Vale decir, que el Código anterior a la reforma autorizaba a aplicar en forma retroactiva una ley de orden público, aun cuando se tratara de un derecho adquirido, concepto luego abandonado por la reforma introducida al art. 3 por la ley 17.711, que también derogó los arts. 4 y 5 antes señalados.

Aun así, antes de la reforma se mantuvo siempre vigente el respeto a los derechos amparados por garantías constitucionales⁽¹⁵⁾. La Corte Suprema, en tal sentido, había vinculado el tema de los derechos adquiridos con la garantía de inviolabilidad de la propiedad establecida en el art. 17 CN, fundamentalmente en el caso “Horta c/ Harguindeguy”, del 21/08/1922⁽¹⁶⁾.

.....

(13) El derecho romano formuló la llamada “regla teodosiana” según la cual las leyes “prescriben la forma de las causas futuras y no se retrotraen a los hechos pasados a menos que el legislador estatuya sobre el tiempo pasado y las cosas aun en suspenso” (BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., p. 16).

(14) CSJN, Fallos 249:183, 1961, “Cejas Daniel c/ Freytes Segundo”; 208:430, “Castellano Inocencio c/ Quintana Aurelio German”, “Ziella Egidio c/ Smiriglio Hnos.” “Mengual Rafael c/ Manufactura Algodonera Arg. S.A.”; 247:283, 1960, “Ares Ramiro c/ Talleres Metalurgicos San Martin Tamet S.A.”.

(15) Fallos 176:22, 1936, “Saltamartini Pedro c/ Cia de Tranways La Nacional, Bunge Carlos Julio”.

(16) CSJN, “Horta, José c/ Hardindeguy, Ernesto”, 1922, 137:47, “Si bien, en tesis general, el principio de la no retroactividad no es de la Constitución sino de la ley, y no liga al Poder

La noción de orden público siempre fue variable y estuvo relacionada con las ideas predominantes en la sociedad, abarcando un conjunto de principios, variables, vinculados con el bienestar general y la defensa y conservación de la organización social establecida. Dicho carácter, que no puede depender del arbitrio del legislador, —quien suele declarar las normas como de orden público para reafirmar su grado de imperatividad—, debe determinarlo el juez⁽¹⁷⁾, quien al momento de interpretar y aplicar la norma a través de un juicio de valor —actividad que debe realizar de oficio, atento su condición de irrenunciable⁽¹⁸⁾—, le asignará dicho carácter aun cuando no surja expresamente del precepto⁽¹⁹⁾.

La ley otorga eficacia a la voluntad individual manifestada en los actos jurídicos, estableciendo su fuerza obligatoria siempre que su contenido no entre en colisión con expresas prohibiciones legales, con el orden público o con la moral⁽²⁰⁾. El orden público actúa en estos casos como una norma imperativa que limita el ámbito de libertad reconocido por la ley a los particulares.

.....

Legislativo, el que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija, sin embargo, tal facultad de legislar hacia el pasado, no es ilimitada, y no puede en virtud de una ley nueva, arrebatare o alterarse un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior, como es el del locador de exigir el precio convenido en un contrato celebrado con anterioridad a la nueva ley, durante todo el plazo de la locación. El acto de privar al locador, de una parte del alquiler que tiene derecho a exigir con arreglo al contrato, para beneficiar con ella al locatario, constituye una violación tan grave de la garantía que consagra el artículo 17 de la Constitución Nacional, como la que resultaría del hecho de despojar al propietario de una fracción del inmueble arrendado, para donarlo al inquilino. El poder para dictar las leyes, llámense éstas leyes de policía, de interés general o de orden público, se halla siempre sometido a la restricción que importa la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, y el principio de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos, contra una ley de orden público, aparte de ser una simple norma de origen legislativo que no puede primar sobre las garantías consagradas por la Constitución, no se refiere tampoco a derechos patrimoniales. El artículo 1° de la ley 11.157 aplicado cuando las partes se hallan vinculadas por un contrato de término definido, celebrado con anterioridad a su promulgación, es inconciliable con lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución”.

(17) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., pp. 104 y 106, nota 39.

(18) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., p. 109; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, en Alberto Bueres y Elena Highton, *Código Civil y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, 2005, T. 1 A, p. 64.

(19) KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, en Alberto Bueres y Elena Highton, op. cit., p. 63.

(20) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., T. 1, p.102.

Así está previsto en el art. 12 del proyecto de reforma, en cuanto establece que: "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

Más adelante, veremos la distinción entre normas imperativas y supletorias y la vinculación entre las primeras y el orden público. Solamente diremos ahora que la imperatividad que corresponde a las leyes de orden público no siempre tiene por objeto la simple limitación de la autonomía de la voluntad privada en el interés de la sociedad: en muchas ocasiones, tienden a la protección de la parte más débil en una relación contractual, para equipararla con aquella que se estima que tiene mayor potencia económica⁽²¹⁾.

5 | La reforma de la ley 17.711

La distinción entre derechos adquiridos y en expectativa que contenía el Código Civil sancionado por la ley 340 fue cuestionada por la doctrina moderna, que propició su sustitución por otra: los hechos cumplidos y las situaciones en curso, a los fines de la aplicación inmediata de las nuevas normas⁽²²⁾. La ley 17.711, a partir de la crítica difundida en nuestro medio⁽²³⁾ —oportunamente recogida en una recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961⁽²⁴⁾—, reformuló el sistema de derecho transitorio. A tal fin, derogó los arts. 4, 5, 4044 y 4045 y condensó el nuevo régimen en el art. 3, que establece "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo,

.....

(21) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., p. 107.

(22) ROUBIER, PAUL, "Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps", París, Dalloz et Sirey, N° 36, 1960, p. 166 y ss., n. 37, pp. 171/174, citado por: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL (en pleno), en autos "R., P. c/ B., N.", Ed. Abeledo Perrot, N° 60001044, 22/06/1990.

(23) BORDA, GUILLERMO, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1951, caps. I y VI.

(24) A.A., V.V., *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, (9 a 14 de Octubre de 1961), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, T. I, p. 68/91.

sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

La norma se estructura sobre los siguientes principios: a) aplicación inmediata de las nuevas leyes imperativas a las consecuencias de las situaciones o relaciones jurídicas existentes; b) no retroactividad de las leyes de orden público (o no), salvo disposición en contrario, con el límite de los derechos amparados por garantías constitucionales; y c) ultraactividad de las normas supletorias, por no ser aplicables las nuevas a los contratos en curso de ejecución.

Su antecedente fue la ponencia presentada por Borda al III Congreso Nacional de Derecho Civil⁽²⁵⁾, en la cual el autor adoptó la teoría de los hechos cumplidos, formulada por Roubier⁽²⁶⁾, pero introduciendo la distinción entre situación y relación jurídica plurisubjetiva, es decir, el vínculo entre dos personas⁽²⁷⁾, que se extingue con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas. No obstante ello, ambas tienen el mismo tratamiento respecto de sus consecuencias, que son todos los efectos —de hecho o de derecho— que reconocen como causa a una situación jurídica existente⁽²⁸⁾.

.....

(25) BORDA, GUILLERMO, Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, en *Revista ED* 36-731, citada por BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., T. 1, p. 20, nota 25.

(26) BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, op. cit., T. 1, p. 19.

(27) BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *Revista ED* 28-807; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 18.

(28) ROUBIER, PAUL, en “El derecho transitorio [conflicto de las leyes en el tiempo]”, París, 1960, propuso un sistema que establecía la irretroactividad de la ley respecto de los hechos cumplidos y el efecto inmediato sobre las situaciones jurídicas. Así, determinó que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de la creación o construcción y de la extinción; cuando una de estas fases está concluida es un hecho cumplido y la nueva ley no puede volver sobre ella. Pero la situación jurídica tiene también una fase estática durante la cual ella produce sus efectos: los efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley son regulados por ella, aunque se hayan generado durante la vigencia de la anterior derogada. De esta manera, existen efectos producidos desde el nacimiento de la situación y efectos a venir, y, con relación a éstos, sólo interesan los posteriores a la ley nueva, pues los anteriores se encuentran cubiertos por la regla de la no retroactividad.

.....

El sistema del Código Civil conforme ley 17.711 adopta de manera expresa el efecto inmediato de la nueva ley, que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ellas y a las consecuencias de las existentes al momento de su entrada en vigencia⁽²⁹⁾.

La regla enunciada constituye un criterio normativo para el juez, pues a menos que la misma ley lo disponga, no se la puede aplicar retroactivamente, porque por imperio de la noción de "consumo jurídico", los hechos pasados que han agotado su propia virtualidad, no pueden ser alcanzados por una nueva ley, en razón de que si se los afecta, se incurriría en retroactividad⁽³⁰⁾. Es por ello que el art. 3 del Código Civil actual dispone que la retroactividad establecida por la ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales⁽³¹⁾.

(29) RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, t. I, Ed. Abeledo Perrot, p. 215 y ss.; CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, Ed. Astrea, pp. 31/32. En cuanto a los fallos plenarios (art. 303 CPCN), la jurisprudencia ha establecido que "si una ley, como regla de principio, no puede ser retroactiva (art. 3 CC.), es obvio que menos aun la jurisprudencia plenaria que determina una doctrina legal aplicable. Rige el principio del denominado efecto inmediato (art. 3 CC)". Ver CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL (en pleno), 20/04/2009, "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A.", en SJA, 03/06/2009. Ver también: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL (en pleno), 15/08/1979, "Falland, Federico Frank, suc.", Ed. Abeledo Perrot, N° 60000994.

(30) Se está ante un derecho adquirido "si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho", o bien "cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, como que son la causa eficiente del nacimiento de éstos (ver nota del codificador a la Sección 2ª del Libro II CC y nota al art. 896 CC) se han consumado en la forma prevista en la ley debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa" (CSJN, Fallos 296:723, "De Martín c/ Banco Hipotecario Nacional", 28/12/1976, citado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (en pleno), "R., P. c/ B., N.", Abeledo Perrot, N° 60001044, 22/06/1990).

(31) Se configura una aplicación retroactiva: a) cuando se vuelve sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; b) cuando se refiere a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; c) cuando se atribuyen efectos que antes no tenían los hechos o actos jurídicos, si aquéllos se imputan por la vinculación de éstos con un período anterior a la vigencia de la ley; d) cuando se refiere a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes (ROUBIER, PAUL, "Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps", op. cit., T. 1, p. 376 y ss.; BORDA, GUILLERMO, "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", op. cit., p. 809; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, pp. 144/145, nota 68 bis; BORDA, GUILLERMO, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1971, p. 37).

Este límite a la retroactividad de las leyes, tal como se dijo en párrafos anteriores, ya había sido impuesto por la jurisprudencia⁽³²⁾ —se tratara de leyes de orden público o no—, y el agregado del tercer párrafo del artículo (“en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”) se debió al dictamen preliminar del Dr. Orgaz en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, quien advirtió la importancia de esta valla, pues “en la práctica los jueces no podrán dejar de referirse a ella para detener la retroactividad —aún dispuesta por ley—, en protección de los derechos constitucionales”⁽³³⁾.

La distinción entre “derechos adquiridos” y “derechos amparados por garantías constitucionales” en la actualidad carece de trascendencia, dada la mayor amplitud conceptual que contiene esta última con relación a la primera, ya que la Constitución Nacional protege los derechos sin calificarlos como adquiridos o en expectativa, sino tomándolos en su esencia⁽³⁴⁾.

6 | Leyes retroactivas

Dentro del marco establecido por el actual art. 2 CC, son supuestos de leyes retroactivas, aquellos casos en que el legislador establece que la norma regirá desde el momento de su sanción o de su promulgación. Existen también leyes que pueden aplicarse retroactivamente, aun en ausencia de una disposición legal que lo autorice: tal es el caso de la ley penal más benigna (art. 2 del CP) —que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994⁽³⁵⁾—, hipótesis en la cual se aprecia con mayor claridad que el fundamento de la retroactividad es la supuesta mayor justicia de la

(32) CSJN, *Fallos* 151:103, 1928, “Ordoqui, Pedro. Manrique, Manuel y otros c/ Provincia de Buenos Aires”; 145:307, 1925, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”; 5:326, 1868, “Baudrix, Mariano c/ Gobierno de Buenos Aires”; 240:42, 1958, “Azcona, Enrique c/ Mercado Gerez Armengol. Otero, Antonio - suc”; 249:183, 1961, “Cejas, Daniel, y otros c/ Freytes, Segundo, y otro”; 246:45, 1960, “Olivares, Diego c/ Palán, Juan Serafín”, entre otros.

(33) ORGAZ, ALFREDO, Dictamen preliminar presentado en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, op. cit.

(34) RIVERA, JULIO C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 5ta. ed. revisada y actualizada, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2010.

(35) Art. 9, Pacto de San José de Costa Rica y art. 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y CSJN, *Fallos* 329:5410, “Agrigenetics S.A. s/infracción ley 24.144”, 28/11/2006.

norma nueva, salvo los casos de delitos de lesa humanidad, tal como lo expuso la Corte Suprema en el caso "Simón"⁽³⁶⁾.

Otro supuesto son las llamadas "leyes interpretativas", contempladas en el derogado art. 4 del Código Civil sancionado por la ley 340, las cuales tienen por objeto interpretar o aclarar otras leyes, y se aplican a los hechos o actos producidos antes de haber sido sancionadas, en tanto no se trate de casos definitivamente juzgados —alcanzados por la cosa juzgada—, ni de relaciones jurídicas ya agotadas, ni de los efectos firmes de las situaciones o relaciones jurídicas vigentes⁽³⁷⁾.

En los últimos tiempos, algunos autores (tales como Merlin, Chabot, Meyer y otros juriconsultos alemanes) han combatido el principio de la irretroactividad de las leyes, señalando que resulta incompatible con muchas de las relaciones de derecho. En sentido contrario, Savigny destacó que todas las relaciones de derecho —y esta doctrina, bien entendida—, están en plena conformidad con toda la legislación civil y criminal, mientras que el principio contrario importaría dejar insubsistentes y al arbitrio del legislador todas las relaciones de derecho sobre las que reposa la sociedad⁽³⁸⁾.

7 | Normas imperativas y supletorias

El art. 3 del CC, conforme ley 17.711, señala que a los contratos en curso de ejecución no le son aplicables las nuevas leyes supletorias; las que sólo pueden regir para los nuevos vínculos jurídicos y no alcanzan a las consecuencias de las relaciones contractuales que hayan nacido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley⁽³⁹⁾.

El principio constituye una excepción al de aplicación inmediata de la ley y encuentra su razón de ser en la naturaleza y la función de las leyes suple-

(36) CSJN, *Fallos* 328:2056, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) —causa N° 17.768—", 14/06/2005.

(37) FERREIRA RUBIO, DELIA M., en Alberto Bueres y Elena Highton, op. cit., p.11.

(38) CIFUENTES, SANTOS (dir.); SAGARNA, FERNANDO A. (coord.), "Código Civil comentado y anotado", La Ley, 2011, T. I, p. 7, arts. 1 a 800.

(39) FERREIRA RUBIO, DELIA M., en Alberto Bueres y Elena Highton, op. cit., p.12.

torias en materia contractual, cual es suplir la voluntad de las partes en aspectos no regulados específicamente en el contrato (art. 1197 del CC)⁽⁴⁰⁾.

La reforma actualmente propuesta a la consideración del Congreso Nacional propone incluir en el art. 7 —que reproduce básicamente al actual art. 3— un párrafo final que establece que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

En el Capítulo I del Título II (“Contratos en general”) del Proyecto, el art. 958 titulado “Libertad de contratación” dispone que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. El art. 960 (“Facultades de los jueces”) prevé que “los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

Por su parte, el art. 962 (“Carácter de las normas legales”) establece: “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”; el art. 963, denominado “Prelación normativa”, reza: “cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código” y el art. 964, titulado “Integración del contrato”, dispone: “el contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

(40) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala B, “Salgado, Orlando C. c/ Municip. de la Capital”, 07/07/1983, en JA 1984-III-307.

Dado que el proyecto denomina como “indisponible” a lo que se conoce en la doctrina como “normas imperativas”, resulta interesante esbozar algunas precisiones con relación a este tipo de leyes, y su distinción con las llamadas “normas supletorias”.

La autonomía privada cede posiciones frente a la norma legal imperativa, y el orden público económico, en cuanto a la protección de la parte débil de la contratación predispuesta, provoca la prelación de la norma dispositiva o supletoria por sobre el precepto privado y, por ende, su aplicación. Por su parte, en los contratos discrecionales, el precepto privado, en principio, prevalece sobre la norma supletoria que, por tal, tolera que las partes configuren un contenido distinto del previsto por el texto legal⁽⁴¹⁾.

Los particulares carecen de poder jurídico no sólo para derogar una norma jurídica sino también para alterar su texto, funciones que sólo competen al poder que la ha originado. La eficacia de la norma perdura hasta tanto no sea derogada o modificada. En consecuencia, aun cuando la convención privada sea preferida por el ordenamiento jurídico a la norma supletoria o dispositiva, ello no incide en su eficacia, ni en su carácter coercitivo. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico tolere que la autonomía privada se anteponga a la norma supletoria o dispositiva es consecuencia de un mandato legal que así lo ha dispuesto⁽⁴²⁾.

Conforme lo expuesto, la norma es imperativa cuando por mandato legal asume condiciones de regla preferente en la escala de valores por sobre el precepto privado. Vale decir, el orden jurídico no tolera que el sujeto no haga lo que manda hacer o haga lo que prohíbe hacer. Constituye, entonces, una limitación inherente a la autonomía de la voluntad. En base a ello, el orden jerárquico sería: a) la norma legal imperativa; b) la regla negocial acordada; c) la norma legal dispositiva; d) los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas legalmente.

En cuanto a la norma supletoria o dispositiva, tiene aplicación ante el silencio de las partes, es decir, para resolver cuestiones no reguladas por los contratantes.

.....

(41) STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos Civiles y Comerciales*, Ed. La Ley, 2010, T. I, p. 433.

(42) LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., N° 53, p. 56, citado por STIGLITZ, RUBÉN S., op. cit., p. 435.

Ahora bien, la norma imperativa se distingue del orden público en que la primera constituye una norma legal que prevalece por sobre el precepto privado y cuya imperatividad es otorgada por el orden jurídico; en cambio, la segunda, se identifica por los motivos o fundamentos —extraños o no al ordenamiento jurídico— en virtud de los cuales se comunica esa imperatividad a la ley⁽⁴³⁾.

En caso de colisión entre el precepto de autonomía que contradice la norma imperativa, el ordenamiento legal atribuye preferencia a esta última, tornando no sólo ineficaz a la cláusula contractual, sino también sustituyéndola por la norma legal aplicable y manteniendo incólume el resto del contrato.

Así ha sucedido con las leyes represivas de la usura, las que regulan emergencialmente las locaciones, las que reglamentan la actualización de los créditos, o se refieren a contratos tipo o de adhesión, las que, por su carácter imperativo, se han aplicado en forma inmediata a los contratos en curso de ejecución⁽⁴⁴⁾.

8 | La protección del consumidor

Nuestro sistema jurídico ha dejado de lado ya hace tiempo la concepción igualitaria formal propia del constitucionalismo decimonónico, que impregnó en gran medida la obra de Vélez Sársfield, para avanzar en la formulación de criterios de igualitarismo estructural, que llevan a dar protec-

.....

(43) STIGLITZ, RUBÉN S., op. cit., p. 439 y ss.

(44) LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ M., "Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva", en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Año X, n. 21, julio-diciembre 1968, pp. 76 y 77; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala D, "Yar Construcciones S.A c/ Koruk, Herman S.", 30/05/2008, Abeledo Perrot, N° 70048873; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala D, "Ros, Cecilia B. c/ Civalero, Juan E. y otro", 30/09/2005, Abeledo Perrot, N° 35002550; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, sala A, "Rzepnikowski, Lucía c/ Victorio Podestá y Compañía S.A y otros", 22/07/2008, Abeledo Perrot, N° 70048798; CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, sala II, "Buono, José S. c/ Guerra, María E.", 31/08/2006, Ed. Abeledo Perrot, N° 35004015. Para analizar las posturas existentes en torno a la aplicación temporal de la norma contenida en el art. art. 1582 bis del CC (alcance de la fianza en la locación) ver: CÁMARA 6TA. DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, "Ferrer de Oddone, Isabel c/ Rebuffo, Mauricio y otros", Abeledo Perrot, N° 70060897, 11/05/2010.

ción especial a determinadas categorías de personas que se presuponen vulnerables, como los consumidores (art. 42 CN) y los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados (art. 75, inc. 23 CN).

El Proyecto de reforma demuestra la relevancia que ha adquirido en los últimos años la protección jurídica de los consumidores y usuarios. Este proceso, que comenzó a gestarse antes de la reforma constitucional del año 1994⁽⁴⁵⁾, continuó con la incorporación del art. 42 a la Carta Magna y, un año antes, con la sanción de la ley 24.240 y sus modificatorias —en especial, la ley 26.361⁽⁴⁶⁾—, las que se integran con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo (por ejemplo, la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito⁽⁴⁷⁾, la de Regulación de los Servicios Públicos, Contratos Bancarios, Financieros, Medicina Prepaga, Publicidad, etc.) y, en particular, con las leyes 25.156⁽⁴⁸⁾ de Defensa de la Competencia y la 22.802 de Lealtad Comercial⁽⁴⁹⁾.

En efecto, el último párrafo agregado al art. 7, así como el Cap. I (denominado “Relación de consumo”) del Título III (titulado “Contratos de consumo”) y la Sección 12° (“Contrato de consumo”) del Cap. 3 (“Parte especial”) de la reforma⁽⁵⁰⁾, importa la incorporación como norma imperativa de las leyes protectorias del consumidor, —entre ellas, la ley de Defensa

(45) Ver el desarrollo jurisprudencial y doctrinario habido con relación a este tema expuesto en: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, Sala I, “López Dávila Osvaldo”, Ed. Abeledo Perrot, N° 70008259, 06/11/2000.

(46) Publicada en BO, 07/04/2008.

(47) Publicada en BO, 14/01/1999.

(48) Publicada en BO, 20/09/1999.

(49) Publicada en BO, 11/05/1983.

(50) El art. 1094 de la reforma (“Interpretación y prelación normativa”) dispone: “Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable” y el art. 1095 (“Interpretación del contrato de consumo”) reza: “El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de la obligación, se adopta la que sea menos gravosa”. Asimismo, el art. 2654 (“Jurisdicción”) relativo a la competencia en los casos que versen sobre relaciones de consumo, dispone que “La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección del foro” y el art. 2655 (“Derecho aplicable”) establece los casos en los cuales los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor.

del Consumidor (LDC)⁽⁵¹⁾— a los fines de asegurar la mayor protección a la parte más débil en las relaciones de consumo y recomponer, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se ven afectados ante las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana⁽⁵²⁾.

Esas normas actúan como una “protección mínima”, lo cual implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. Y, por el contrario, ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema. Ello se condice con una política legislativa que reconoce que el modelo económico de libertad de mercado debe ser compatible con una consideración jurídica del contrato de consumo que proteja al consumidor en plenitud, sin recortes en sus derechos fundamentales⁽⁵³⁾.

El derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios. Los consumidores tienen una debilidad motivada en desigualdades reales que los colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocos, etc.) y, esencialmente, en una desinformación en torno al objeto de la relación (sobre la operación realizada, los bienes y servicios proveídos, condiciones de negociación, etc.)⁽⁵⁴⁾.

.....

(51) Ley 24.240, sancionada el 22/09/1993; promulgada parcialmente el 13/10/1993 y publicada el 15/10/1993. Fue reglamentada a través del decreto 1798/1994 (BO, 18/10/1994) y se introdujeron modificaciones a través de las leyes 24.787 (BO, 02/04/1997), 24.999 (BO, 30/07/1998) y 26.361 (BO, 07/04/2008).

(52) Sobre este tema ver, entre otros, PICASSO, SEBASTIÁN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Bs. As., Ed. La Ley, 2009, T. I, p. 436; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “El orden público y la tutela del consumidor y usuario”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Orden público y buenas costumbres”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, op. cit, p. 5; MORELLO, AUGUSTO, *El abogado, el juez y la reforma del Código Civil*, La Plata, Ed. Platense, 1969, p. 35.

(53) STIGLITZ, RUBÉN S., op. cit., p. 11.

(54) STIGLITZ, RUBÉN S. y STIGLITZ, GABRIEL A., “Ley de Defensa del Consumidor (Una primera visión de conjunto)”, en JA, 1993-IV-871; STIGLITZ, GABRIEL A., “Protección jurídica del consumidor”, 2da. ed. actualizada, Bs. As., Ed. Depalma, 1990, p. 117 y ss.; STIGLITZ, GABRIEL A., “La protección

Dado el rango constitucional que le ha asignado el legislador (art. 65, LCD)⁽⁵⁵⁾, paulatinamente se han producido notables cambios en la interpretación, vigencia y análisis de incompatibilidad con otras normas del derecho que hasta el advenimiento de la nueva normativa en la materia se tomaban como reglas o principios incommovibles⁽⁵⁶⁾, lo cual nos colocó en la senda marcada por los países de capitalismo avanzado, que contemporáneamente procuran el fortalecimiento de las políticas de control en protección del consumidor⁽⁵⁷⁾.

La propuesta de reforma tiene clara raigambre constitucional y se encuentra estructurada con base en una razonable aplicación del “principio protectorio” y en el marco de lo que se ha dado en llamar “orden público de protección de la parte más débil”, que contempla la existencia de desigualdades económico-sociales entre las partes, las que determinan que no se verifique entre ellas un proceso de discusión paritaria, sino la mera adhesión de una de ellas a las condiciones preestablecidas por la otra⁽⁵⁸⁾.

La propuesta de reforma, entonces, no hace sino garantizar la aplicación a todos los contratos de consumo —asignándole un efecto retroactivo respecto de aquellos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia

.....
del consumidor y las prácticas abusivas - Realidad y perspectivas en la Argentina”, en *Derecho del Consumidor*, n° 3, Rosario, Ed. Juris, 1993, p. 50; BENJAMIN, ANTONIO, “El derecho del consumidor”, en JA 1993-II-913; CALEGARI DE GROSSO, LYDIA E., “La teoría general del contrato y el Proyecto de Reformas del ‘98”, JA 2000-II-1120.

(55) “La Ley de Defensa del Consumidor se autodeclara de orden público (art. 65), por lo cual, como allí se otorga al consumidor un régimen especial derivado de su debilidad intrínseca en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, sus normas son de aplicación imperativa en todos los casos —incluso en los juicios ejecutivos— ya que han modificado implícitamente la legislación sustancial y procesal vigente”. (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala E, “Compañía Financiera Argentina S.A c/ Castruccio, Juan C. s/ ejecutivo”, 26/08/2009; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala D, 26/05/2009, “Compañía Financiera Argentina S.A c/. Barrionuevo, Juan M. s/ ejecutivo”.

(56) TERZAGA, PATRICIA y MASTAI, SEBASTIÁN, “El derecho del consumidor frente a la suscripción de títulos de crédito”, en APC 2011-2-123.

(57) Vgr., el Programa de Políticas de la Comunidad Económica Europea para 1993 (ver BOURGOIGNE, THIERRY, “El derecho comunitario del consumo: experiencia y perspectivas respecto de la Europa de 1993”, en JA, 1993-II-925; REICH, NORBERT, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1985, p. 176 y ss.

(58) LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos, Parte General*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 96.

de la ley— de los principios que rigen a las relaciones de consumo. Entre ellos, los que emanan del art. 37, LDC, a saber: a) la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor; b) cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación del consumidor, se estará a la que sea menos gravosa; c) sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. También el contenido en el art. 3, LCD, en cuanto dispone que, en caso de duda sobre la interpretación de sus disposiciones, debe prevalecer la más favorable al consumidor.

Como ya se dijo, la regla básica de interpretación establece la necesidad de procurar entender la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, con especial relevancia de los tratados de derechos humanos, dado el relevante contenido valorativo que poseen para el sistema.

Este criterio de aplicabilidad⁽⁵⁹⁾ con relación a las relaciones de consumo, reproduce las garantías constitucionales establecidas en el art. 42, sin dejar de lado el criterio de orden público que impera en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 65).

Así lo ha entendido la Comisión de Reforma⁽⁶⁰⁾ al sostener que, tratándose de una relación de consumo, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes, pues es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes, de haberlo previsto. Entonces, en el caso de los contratos de consumo en curso, serán aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando sean más favorables al consumidor.

Además, la inclusión del último párrafo del art. 7 del Proyecto de reforma, despeja las inseguridades que hasta la actualidad puede presentar la

(59) ALCHOURRON, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(60) Ver texto en http://www.infojus.gov.ar/_pdf/codigo_civil_comercial.pdf.

aplicación del art. 3 del CC, en su actual redacción, al caso concreto, teniendo en cuenta cierta jurisprudencia que le ha desconocido su carácter imperativo⁽⁶¹⁾.

9 | Conclusiones

El Proyecto de reforma en su art. 7 mantiene la estructura básica del actual art. 3 del CC, incorporando en forma imperativa a los contratos de consumo, las normas más favorables al consumidor, lo cual resulta a todas luces beneficioso para el actual panorama existente.

Las variaciones que constantemente se producen en las condiciones de intercambio de bienes en la sociedad, que en muchos casos pueden perjudicar a los consumidores y usuarios, a menudo cuasi-cautivos en relaciones de larga duración vinculadas con bienes esenciales para la vida cotidiana en una sociedad moderna, determinan que el Estado deba intervenir por vía normativa para evitar abusos de quienes se encuentran en una posición dominante; abusos o afectaciones de derechos de los consumidores que podrían concretar sus efectos negativos si no se previera la aplicación inmediata de las normas protectorias dictadas a tales efectos.

Nos encontramos ante un Proyecto que, con relación a su aplicación a las relaciones jurídicas en curso, tuvo en cuenta tal realidad cotidiana de nuestra sociedad y que vertebró su diseño en las disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad federal, en especial en el art. 42 CN, que imponen la protección de los vulnerables. Ello no sólo se da en lo atinente a la aplicación inmediata de las normas favorables a los consumidores,

(61) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, sala A, "Banco Supervielle S.A. c/ Pugliese, Marcelo Mario s/ ejecutivo", La Ley Online, AR/JUR/45944/2011,14/07/2011: "La modificación introducida por la ley 26.361 al art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de competencia no resulta aplicable a la ejecución de un documento librado con anterioridad a su sanción, pues una decisión contraria alteraría los efectos ya producidos de una relación jurídica, violentando el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 3 del Cód. Civil". CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES CIVIL, Sala F, 18/11/2009, La Ley, 2010-A, p. 203: "Un proveedor no puede ser condenado a pagar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 —incorporado por la ley 26.361— por una conducta anterior a la vigencia de la ley que incorpora ese instituto a nuestro derecho, pues la figura del daño punitivo es de carácter excepcional, no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, en tanto se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico".

sino a normas de orientación inequívoca, como el art. 11 del Proyecto, que contempla específicamente lo relativo al “abuso de posición dominante”.

Si bien los derechos del consumidor se encuentran amparados por la Constitución Nacional —además de otras leyes de rango inferior—, la jurisprudencia aún muestra soluciones disímiles, por lo que creemos que la inclusión en el Código Civil de normas protectorias del consumidor y la regulación de los contratos de consumo —habida cuenta del carácter expansivo del articulado a otras ramas del ordenamiento jurídico— redundará en una adecuada interpretación y eficaz resolución de los conflictos que se susciten en este tipo de relaciones.

Existencia y fin de la persona humana en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012

por **ANDREA C. JÁUREGUI**⁽¹⁾ y **EDUARDO J. MAC DONNELL**⁽²⁾

I | Introducción

En este trabajo nos proponemos acercar una noción del Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en lo relativo al comienzo de la existencia y al fin de la persona humana.

Como veremos, los avances de la biotecnología y, más precisamente, de las ciencias biológicas y la medicina, impensados en la época en la que se dictó el Código Civil de Vélez Sarsfield⁽³⁾, han tenido gran influencia en la elaboración del proyecto citado.

.....

(1) Abogada. Profesora de Derecho del Consumo en la U.B.A.

(2) Abogado. Profesor de Derechos Reales en la U.B.A.

(3) Sancionado en el año 1869.

Primero haremos una introducción sobre la existencia de la vida humana, su comienzo y las técnicas modernas de concepción de la vida para luego introducirnos en el fin de su existencia.

Así diagramado el presente artículo, debemos destacar, a modo de introducción, que a diferencia del Código Civil (art. 30), en el Proyecto del año 2012 no hay una definición de persona⁽⁴⁾. No se aclara en los fundamentos de esta flamante iniciativa por qué se tomó esta posición de suprimir la definición de persona. Sin embargo, el proyecto del año 1998 tuvo gran influencia en éste nuevo y, en aquellos fundamentos, se dijo: "Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994".

Como veremos a lo largo del presente trabajo, no fue un descuido de la comisión no citar estos fundamentos en el proyecto del año 2012.

2 | Comienzo de la existencia

Aclarado lo anterior, pasemos al primer punto que analizaremos: el comienzo de la existencia de la persona humana. El Proyecto del año 2012 continúa con la idea de que el comienzo es el momento mismo de la con-

(4) En los fundamentos del Proyecto del año 2012 se explica que se eliminó la definición del art. 30 del Código Civil y que se utilizará la expresión "persona humana", lo que creemos que es correcto.

cepción. Por su parte, el Código Civil establece que la existencia de la persona humana se inicia con la concepción en el seno materno⁽⁵⁾, lo que es reiterado de similar manera por el proyecto en estudio⁽⁶⁾. Aquí, la comisión se apartó del proyecto de reforma del Código Civil del año 1998, en donde sólo se mencionaba que la persona humana comenzaba desde la concepción⁽⁷⁾ sin la expresión “en el seno materno”, siguiendo los lineamientos, en aquel momento, del Pacto de San José de Costa Rica⁽⁸⁾ y de la ley 23.849⁽⁹⁾.

Se vislumbra en los fundamentos del proyecto del año 2012 que tal tesitura obedece a que en las técnicas de reproducción humana asistida actualmente no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Ello es correcto: en la actualidad, tanto en las formas de reproducción natural como en las médicamente asistidas, el embrión se desarrolla en el útero de la mujer, como a continuación explicaremos. De haberse seguido la postura adoptada por el proyecto de 1998, en donde no se mencionaba el seno materno, posiblemente se hubiese instalado la idea de persona humana concebida también fuera del útero, pues de la manera en que avanzan las ciencias biológicas y la medicina nada nos impide pensar en esa posibilidad.

3 | Reproducción asistida

Concatenado a esto último se encuentra uno de los cambios más importantes en esta materia entre el vigente Código Civil y el Proyecto del año 2012: las técnicas de reproducción humana asistida. De esta forma, adaptándose el Código Civil a las nuevas realidades de la sociedad, adelan-

(5) Art. 70 CC.

(6) Art. 19 del Proyecto del año 2012.

(7) Art. 15 del Proyecto del año 1998.

(8) Art. 4, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

(9) Art. 2 de la ley 23.849, por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño y se aclara que niño es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

tando una nueva corriente del Derecho, que es la genética, el Proyecto dispone que el comienzo de la existencia en el caso de reproducción humana asistida es a partir del momento de la implantación del embrión en la mujer. Esto no sólo es novedoso respecto del Código Civil, sino que también con relación al Proyecto del año 1998, en donde no se había considerado tal problemática.

En la actualidad, muchas personas que no pueden concebir una criatura por problemas de fertilidad, encuentran respuestas, gracias a los avances de la medicina y, sobre todo, de la genética, en métodos alternativos de reproducción a los cuales Tobías llama "no naturales"⁽¹⁰⁾.

De forma sucinta, y a fin de ubicarnos en el tema, podemos adelantar algunos conceptos útiles, de manera simplista, sin tecnicismos propios de la medicina. Como es sabido, la trompa de Falopio es un tubo que conecta el ovario de la mujer con el útero (seno materno). En los ovarios se forman los óvulos que son los gametos femeninos, siendo los gametos masculinos los espermatozoides que se generan en los testículos del hombre. En el proceso natural, los gametos masculinos son expulsados en la eyaculación, recorren la vagina de la mujer, ingresan por el cuello de útero, traspasan el útero y penetran en las trompas de Falopio para encontrarse con el óvulo, al que penetra (por lo general uno solo que es el más fuerte), produciéndose la fecundación y, así, comienza la gestación (unión de las dos células con producción de una nueva célula que se llama célula huevo o cigoto). Esa célula fecundada migra hacia el útero o seno materno (cambiando de nombre en sus transformaciones) y se implanta en el útero que esta preparado para recibirla, dando comienzo al embarazo⁽¹¹⁾.

A partir de problemas en la fertilidad de las personas para procrear, la ciencia médica logró darles una solución mediante la reproducción asistida médicamente. En esas técnicas o procesos, la fecundación puede ser de dos tipos⁽¹²⁾:

.....

(10) TOBIAS, JOSÉ W., *Derecho de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 76 y ss., punto II.

(11) Información con asesoramiento médico-técnico del Dr. Mac Donnell, Alberto Raúl (MP: 13.730 y MN: 83.527), a quien hemos consultado.

(12) BORDA GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, 13ra. ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, actualizado por BORDA, GUILLERMO J., t. I, pp. 246/247, punto 226; TOBIAS, JOSÉ

- a. Por un lado, las que fecundan el óvulo con la introducción del espermatozoide en el útero de la mujer, lo que sería la inseminación artificial (I.A.). Se coloca espermatozoide en la vagina de la mujer en el momento de la ovulación. El proceso es parecido al natural y se puede colocar de forma artificial semen de la pareja de la receptora (homóloga o intraconyugal) o semen de un tercero, llamado dador (heteróloga o supra conyugal).
- b. Por otro lado, existe la fecundación del óvulo fuera del seno materno o extracorpóreo, permitiendo la posterior implantación en la madre, que serían los siguientes dos casos:
 - el de fecundación in Vitro (F.I.V.), en donde se unen los espermatozoides y los ovocitos en una probeta de laboratorio, se produce la célula huevo o cigoto, hasta que se desarrolle como embrión y, de los embriones resultantes, se transfiere al útero de la receptora un número determinado de estos últimos (generalmente hasta tres por seguridad, ya que puede provocarse un nacimiento múltiple),
 - otra forma, es la transferencia de gametos a las trompas de Falopio (llamada G.I.F.T.), en donde se colocan en contacto los ovocitos y el espermatozoide y luego se transfieren a las trompas de Falopio y se logra así una fertilización similar a la natural.

Como puede apreciarse, las técnicas de inseminación artificial (I.A.) y la transferencia de gametos (G.I.F.T.) ayudan a que se produzca el proceso natural de gestación; una introduciendo el semen en la vagina, otra realizando una intervención más profunda y ayudando al proceso hasta que la célula huevo o cigoto llegue a las trompas que la dirigirán hacia el útero⁽¹³⁾.

.....

W., *Derecho de las personas...*, op. cit., p. 76 y ss., punto II; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. I, pp. 381/382, punto II.

(13) También hay otra técnica en la que se fecundan los ovocitos, la cual se realiza por inyección de un espermatozoide en el citoplasma de la mujer mediante una micropipeta, previa selección de los gametos para obtener embriones que puedan transferirse al útero materno. Esta técnica se conoce como inyección intracitoplasmática de espermatozoides o I.C.S.I. Por último, hay otros dos tratamientos, poco conocidos, que son muy parecidos a la F.I.V., que se llaman transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.) y transferencia intratubárica de cigotos (T.I.C.). La técnica es la misma que la F.I.V. pero aquí se realiza una pequeña cirugía y se coloca, en el T.I.G., el óvulo fecundado en las trompas de Falopio y, en el T.I.C., se mantienen los óvulos fecundados en laboratorio y se coloca el embrión en las trompas de Falopio. La diferencia entre uno y otro método radica en que en el T.I.G. la fecundación se logra de forma natural en las trompas de Falopio y en el T.I.C. se produce en el laboratorio (como ocurre en la F.I.V.). Seguramente debe haber otras técnicas y, en un futuro, habrá muchas más.

Por lo tanto, la única técnica en donde se generarían embriones fuera del cuerpo de la mujer sería la F.I.V. (y, menos conocida, la T.I.C.), que trae aparejado el problema de los embriones sobrantes, los que, a falta de legislación específica, actualmente pueden ser desechados o crioconservados⁽¹⁴⁾ para empleos posteriores.

Sentado ello, al establecer el proyecto del año 2012 que la existencia de la persona humana ante técnicas de reproducción asistida comienza desde la implantación del embrión en la mujer, reafirma la idea de que la persona humana, para el proyecto, y sobre todo para el Derecho, comienza en el seno materno, pues todas las formas de fertilización asistida así lo harían (ya sea I.A. y G.I.F.T., o la implantación mediante la F.I.V.).

4 | Naturaleza del embrión

No podemos dejar de resaltar que gran parte de la doctrina considera persona al embrión generado a través de la F.I.V. antes de ser implantado en la mujer⁽¹⁵⁾. De esta manera, Tobías sostiene que hoy las ciencias biológicas permiten afirmar que el embrión es un humano, se haya concebido en el seno materno o formado mediante las técnicas de fecundación in Vitro y agrega que en ambos casos los embriones tienen la "condición de humanidad", la misma "sustantividad humana"⁽¹⁶⁾.

(14) Según explica Tobías, la crioconservación o preservación de embriones es un proceso que interrumpe el proceso vital del embrión por su colocación en un envase de nitrógeno líquido a una temperatura de 196 grados bajo cero (TOBIAS, JOSÉ W., *Derecho de las personas...*, op. cit., p. 87, punto V, ap. 7.a).

(15) TOBIAS, JOSÉ W., "El derecho a la vida de la persona por nacer", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-F, p. 797. Este autor afirma que el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho. En el mismo sentido, Llambías dice que la sola circunstancia de que la concepción se haya producido fuera del seno materno, no constituye obstáculo para considerar que ese embrión también es persona (LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, 20ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, t. 1, p. 225, punto 326 bis).

(16) TOBIAS, JOSÉ W., "La persona humana en el Proyecto", en *Revista Jurídica La Ley*, 25/06/2012, p.1 y en *DFyP*, julio, 2012, p.261. Este autor critica el proyecto en tanto utiliza la terminología "persona humana" y no le reconoce esa calidad al embrión, lo que, según sostiene, sería contradictorio.

También en la jurisprudencia nacional se sostiene que el embrión es persona⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, nos enrolamos entre aquellos que afirman que el concepto de persona es una “categoría jurídica”, por lo que no puede prescindirse del hombre, en tanto interesa como receptáculo de la imputación jurídica —no como ser biológico, social, psicológico, espiritual, etc.—⁽¹⁸⁾.

En este sentido, nos remitimos a lo que menciona Arauz Castex, quien sostiene: “Pero si todos los hombres o algunas colectividades de hombres son virtuales sujetos de derecho y por lo tanto personas, ningún ser no humano lo es; y así, ni los animales, ni las cosas, ni las ideas pueden serlo, puesto que son ajenos a la posibilidad de tener conducta, que es la materia del derecho”⁽¹⁹⁾. Además, el jurista citado postula que las leyes que imponen determinados procederes respecto de los animales no significan acordarle derechos a éstos y, por lo tanto, personalidad, con el fundamento de que la ley mira al hombre y se inspira en fines económicos (salvaguardar la riqueza pecuniaria) o higiénicos (prevenir la hidrofobia u otros males) o morales⁽²⁰⁾.

Entendemos que es similar a lo que ocurre con los embriones, que son una masa de células sin forma humana reconocible y que antes de la implantación carecen de posibilidad de desarrollo, por lo tanto, reconocer-

.....

(17) CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, Sala I, 03/12/1999, “R. R. D. s/ medidas precautorias”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-C, p. 824, en donde se sostuvo que, según el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona humana comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, reconociéndose el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona por nacer. En otro antecedente, CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, Sala J, 13/09/2011, “P., A. c/ S., A. C.”, SJA, AbeledoPerrot Online, Lexis n° 20110839, 30/11/2011, se dijo que el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación ectogénica (in Vitro) tornaban indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho.

(18) BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 587 y ss. Este autor sostiene: “de identificarse el hombre con la persona, se despolazaría —en tal aspecto— el derecho positivo por el derecho natural, a tal punto que si aquél negara al ser humano el carácter de persona —al no conferir personalidad—, ello generaría una contradicción entre los dos órdenes, prevaleciendo el natural por encima del normativo”.

(19) ARAUZ CASTEX, M., *Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Empresa Tecnojurídica Argentina 1965, t. I, p. 208, punto 345.

(20) ARAUZ CASTEX, op. cit., p. 208, punto 346.

les ciertos derechos para su conservación y destino, no significa acordarles derechos por los cuales se los deba considerar personas.

Obviamente, el embrión no implantado no puede encontrarse desprotegido como lo estaría hoy en día, sino que por el contrario, necesita de una urgente legislación que prevea un uso adecuado de su existencia, abarque cuestiones relativas al número de embriones a implantar, su crioconservación, la experimentación con fines científicos, el destino de los embriones no implantados, la maternidad subrogada, la filiación del embrión implantado, etc.

Siguiendo esta línea, hay un importante fallo que dictó el Supremo Tribunal Federal del Brasil⁽²¹⁾, que estableció que el embrión no es persona. Para llegar a tal conclusión, dispuso: “La potencialidad de algo para tornarse persona humana es meritoria y suficiente para merecer protección, infraconstitucional, contra las tentativas frívolas o desconsideradas de prevenir su continuidad fisiológica natural. Sin embargo, las tres realidades no se confunden: el embrión es embrión, el feto es feto y la persona humana es persona humana. Por lo tanto, no hay persona humana embrionaria, sino embrión de persona humana”. Además, se sostuvo, respecto al embrión ‘in Vitro’ que: “no es una vida camino a otra forma de vida virginalmente nueva, porque carece de las posibilidades de adquirir las primeras terminaciones nerviosas, sin las cuales el ser humano no tiene posibilidad como proyecto de vida autónoma e irrepetible”.

Creemos que, a nivel nacional, se parte de un erróneo análisis sobre la cuestión de los embriones. Es cierto que el embrión es un ser vivo nuevo, producto de la unión de dos células distintas a partir de la cual se forma otra diferente a ambas con su propio capital genético, pero ello no puede ser considerado una persona humana, sino que se trataría de un ser biológico de otro tipo, que aún, hasta tanto no sea implantado, no puede ser considerado sujeto. Es un ser vivo, eso no lo negamos, pero no es una persona humana, condición que se generaría a partir de su implantación en la mujer, ya que nuestro derecho desde allí le reconoce tal carácter, que

(21)STFD, 29/5/2008, ADI 3510/DF, citado y comentado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “El embrión no implantado -Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, en *Revista Jurídica*, 10/7/2012, p. 1. Ese Tribunal Supremo del país vecino resolvió que la investigación con células madre embrionarias no viola el derecho a la vida ni a la dignidad de la persona.

coincide con el momento en el cual el embrión comienza su desarrollo sin interferencias hasta su muerte natural (pérdida del embarazo) o inducida (aborto) o su nacimiento, a diferencia del embrión no implantado que queda siempre en ese estado mientras sea criopreservado.

5 | Ley especial

A propósito de lo postulado en el apartado precedente, en el Proyecto del año 2012 no se introduce una solución a la cuestión de los embriones, sino que se remite a una ley especial para la protección del embrión no implantado (art. 19). Esa ley especial aún no fue promulgada⁽²²⁾.

Opinamos que es correcto que el ámbito apropiado para regular este tipo de protección, a la que remite el proyecto, sea una ley, pues el asunto de los embriones se encuentra en constante evolución científica y cualquier regulación que se haga al respecto deberá ir adaptándose a tales cambios.

Adelantamos que se encuentra en el Congreso de la Nación una la ley nacional de fertilización asistida, que cuenta con media sanción de la Cámara de diputados⁽²³⁾, en la cual no se trata el tema de los embriones, como así tampoco lo hace la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires⁽²⁴⁾. Como se observa, no hay una regulación respecto a los embriones no implantados.

.....
(22) La ley 25.673 sobre salud sexual y procreación responsable y la ley 26.130 sobre intervención de contracepción quirúrgica (para la realización de ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía), no se refieren a los embriones.

(23) La media sanción por los diputados de la Nación se produjo en junio de 2012. Hay dos puntos a destacar del Proyecto de ley analizado: a) define a la reproducción médicamente asistida como: "los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo" (art. 2), y b) incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO) a esos procedimientos, los diagnósticos, medicamentos, terapias de apoyo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos. Sin embargo, no avanza sobre los embriones no implantados. Esto último es una verdadera lástima, porque esta ley se encuentra en discusión desde el año 2010 y hay proyectos de las minorías que profundizan en mayor medida esta problemática (aunque hay que tener mucho cuidado ya que algunos proyectos de la minoría consideran persona al embrión). Al momento de escribir este artículo se encuentra en debate el proyecto de ley en la Cámara de senadores.

(24) Sancionada el 02/12/2010 y publicada en BO, 3 y 4 de enero de 2011. Define a la infertilidad humana como una enfermedad (art. 1) y limita su ámbito de aplicación a parejas, reconociendo la cobertura médico asistencial para las prácticas médicas que se realizan a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la Organización Mundial de la Salud. Tampoco hace referencia al tema de los embriones.

Pensamos que es fundamental que se discuta y sancione un texto normativo sobre embriones o, al menos y ante la urgencia de la cuestión, que al momento de reglamentarse las leyes sobre fertilización⁽²⁵⁾ se tenga presente esta temática, la cual no puede estar exenta de regulación. Es atroz pensar que un embrión pueda ser desechado, cuando podría ser implantado en otra persona o, en caso de no ser viable esa solución, destinado a investigación científica o genética para curar enfermedades o estudiar la evolución del ser humano.

6 | Nacimiento con vida

Se mantiene en el proyecto del año 2012 (art. 21), del mismo modo que en el del año 1998⁽²⁶⁾ y como lo dispone el Código Civil en su art. 70, el requisito que la persona humana nazca con vida⁽²⁷⁾. O sea, para que se considere que la persona humana por nacer existió, debe nacer con vida; de lo contrario se reputará como que nunca existió.

Se eliminan así los debates doctrinarios que traía aparejada la redacción del art. 70 del Código Civil, en cuanto aclara que esto sucede cuando la persona es separada del seno materno “aunque fuera por instantes”. Hay posturas que sostienen que, además de la separación del seno materno, es necesario que se corte el cordón umbilical⁽²⁸⁾; otras, en cambio, que

(25) El 29/12/2010 se sancionó el decreto 2980/2010, que reglamenta la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires. Aquí se reafirma la idea de que la ley es aplicable para la fertilización homóloga, específicamente dice: “utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja”. Tampoco se regula sobre los embriones.

(26) Art. 17 del Proyecto del año 1998.

(27) En este punto hay que aclarar que se encuentran dos posturas: una que establece el status jurídico de persona, la cual existe desde la concepción hasta la muerte y en la que el nacimiento con vida consolida los derechos y relaciones jurídicas supeditadas a ese hecho incierto (TOBIAS, JOSÉ W., op. cit., p. 43, punto II, ap. 20) y otra que sostiene que el nacimiento con vida funcionaría de manera similar a una condición resolutoria de la personalidad: si nace con vida ésta se consolida y, si no, se extingue (LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, 20ª edición, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2003, t. 1, p. 226, punto 329).

(28) LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., t. 1, p. 241, punto 364.

esto último no es necesario⁽²⁹⁾; y otras, que puede suceder el nacimiento con vida aún con la criatura dentro del seno materno⁽³⁰⁾.

Coincidimos con esta última postura que, a nuestro entender, es la que instauro el proyecto, por lo que el nacimiento con vida se refiere a la extracción de la criatura del seno materno de manera que ella misma pueda inhalar aire externo por sus propios medios, sin necesidad de cortar el cordón umbilical y sin que dicha separación se haya realizado de manera completa, lo que ocurriría cuando se extrae primero la parte superior del cuerpo de la criatura.

Además, se establece en el Proyecto del año 2012 que el nacimiento con vida es condición para que los derechos y obligaciones queden irrevocablemente adquiridos, desde la concepción —en el caso de un embarazo natural— o desde la implantación —en la reproducción humana asistida—.

7 | Momento de la concepción

Ahora bien, al igual que en el Código Civil, en el Proyecto del año 2012 se dispone que la época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo para la duración del embarazo, que se presume que es entre trescientos días y ciento ochenta días, excluido el día del nacimiento, siempre que no haya prueba en contrario⁽³¹⁾.

Para computar estos plazos se toma el día del nacimiento como punto de partida, sin computarlo (ya que está excluido), y se cuenta para atrás ciento ochenta días y trescientos días, tomándose los ciento veinte días que

(29) BORDA, GUILLERMO A., op. cit., p. 254, punto 239, ap. a. Este autor sostiene que no es importante que se haya cortado el cordón umbilical, sino que la criatura haya vivido fuera de la matriz.

(30) TOBIAS, JOSÉ W., *Derecho de las personas...*, op. cit., p. 45, punto 21. Según este autor, puede considerarse que la criatura nació con vida sin que se haya producido la extracción total, cuando se extrae la parte superior del cuerpo de la criatura y ésta inhala las primeras bocanadas de aire fuera del seno materno.

(31) Art. 20 del Proyecto del año 2012 y 76/77 del Código Civil, este último artículo modificado por la ley 23.264, ya que en el Código original no se admitía prueba en contrario. De igual manera lo disponía el proyecto del año 1998.

quedan en el medio como fecha de concepción. La importancia de saber esta fecha radica en que desde ese momento se concibe la existencia de la persona y, por lo tanto, se considera que ésta puede adquirir derechos (hereditarios, por ejemplo) o determinarse la paternidad⁽³²⁾.

Asimismo, el Código Civil admite prueba en contrario, idea que también se mantiene en el Proyecto del año 2012. No obstante, las nuevas tecnologías y técnicas médicas permiten precisar con más exactitud la fecha de concepción, paternidad, sexo, etc.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida la cuestión será diferente, pues hay una fecha cierta, que es la de la implantación y, como vimos en el punto anterior, es desde ese momento que se adquiere derechos en calidad de persona. Sin embargo, para determinar la filiación la cuestión será más compleja, contenido que no abordaremos por exceder el tema elegido para el presente trabajo.

8 | Presunción de nacimiento con vida

En el Proyecto del año 2012, se presume, como se hacía en el Proyecto del año 1998, que la persona nació con vida. También, el Código Civil sostiene aquello (arts. 73 y 75 de ese cuerpo normativo).

Al presumirse el nacimiento con vida, se traslada la prueba del nacimiento sin vida a quien la alega. Hoy en día, el avance de la ciencia permite dilucidar a través de la pericia médica correspondiente si el feto fue viable. De todas formas, consideramos que para que sea operativa esta presunción de nacimiento con vida se debe demostrar que realmente hubo parto y no un embarazo simulado, que es muy fácil de advertir mediante prueba pericial o la historia clínica de la paciente embarazada. Sin embargo, esta posibilidad de engaño sigue latente y se deberá demostrar el nacimiento de la criatura para que rija la presunción⁽³³⁾ antes mencionada.

(32) BORDA GUILLERMO A., op. cit., t. I, pp.248/249, puntos 229/230; TOBIAS, JOSÉ W., *Derecho de las personas...*, op. cit., p. 35, punto 9.

(33) ORGAZ, ALFREDO, *Personas Individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. 40/43.

9 | Muerte de la persona humana

Sentado lo anterior, pasamos al último punto del presente trabajo, referido a la muerte de la persona humana. Según se determina en el Proyecto (art. 93), y de manera muy similar al Código Civil, la existencia de la persona humana termina por su muerte.

9.1 | Ausencia y presunción de fallecimiento

Respecto de la ausencia y la presunción de fallecimiento de una persona, el Proyecto mantiene, el sistema vigente, que fue implementado con la ley 14.394⁽³⁴⁾. Esta ley ya había derogado los artículos del Código Civil que se referían a la materia (arts. 110/125).

Hay una modificación en lo que hace a la ausencia, en cuanto a las facultades del curador, quien sólo podrá realizar actos de conservación y administración ordinaria⁽³⁵⁾ de los bienes (art. 83 del Proyecto).

En consecuencia, todo lo que hace a la ausencia y presunción de fallecimiento de una persona, que se encuentra vigente en el Código Civil, se ve traducido de la misma forma en el Proyecto del año 2012, a excepción de lo manifestado respecto de las facultades del curador en el caso de ausencia.

9.2 | Muerte

Lo novedoso en el Proyecto se observa en la comprobación de la muerte. En efecto, en el art. 94 se establece que la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, lo que se refiere a los casos en que es imposible la recuperación de la vida, y se agrega, también como consecuencia

.....
(34) Arts. 15/32 de la ley 14.394, a excepción del art. 31 que fue derogado por la ley 23.515, art. 9.

(35) TOBIAS, JOSÉ W., "La persona humana en el Proyecto...", op. cit., p. 261. Este autor critica la terminología que divide en "actos de administración ordinaria" y "actos que exceden la administración ordinaria", ya que hay otros artículos que se refieren a "actos de administración" y "actos de disposición".

de los avances de la biociencia, la ablación de órganos del cadáver, a cuya legislación especial remite el Proyecto del año 2012.

Así, la ley 24.193, sobre ablación de órganos, en su art. 23 establece que para su procedencia es indispensable que hayan transcurrido seis horas, desde que se verifiquen los siguientes síntomas: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia, b) ausencia de respiración espontánea, c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas, d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos e instrumentos adecuados a las diversas situaciones clínicas, con nómina actualizada periódicamente por el Ministerio de Salud y Acción Social, con el asesoramiento del Instituto Nacional de Ablación e Implante.

Además, para lograr una mayor seguridad en el tema y evitar que se produzcan negocios en torno a los órganos humanos, esta norma exige que el certificado de defunción sea suscripto por dos médicos, uno de los cuales debe ser neurólogo o neurocirujano, y que ninguno de ellos sea el que realice la ablación o la implantación del órgano, ni forme parte del equipo médico (art. 24).

Por otra parte, en caso de muerte de varias personas, ya sea en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, se mantiene en el Proyecto del año 2012 la idea plasmada en el art. 109 del Código Civil —aunque con una redacción más simple— y se presume que todas murieron al mismo tiempo, si no se puede determinar lo contrario. Por lo tanto, en cualquier circunstancia en la cual no se pueda determinar qué persona falleció primero, se las considerarán fallecidas al mismo tiempo⁽³⁶⁾.

10 | Conclusión final

Luego de estudiar el tema que hemos tratado, entendemos que el cambio más significativo se halla en la reproducción humana asistida.

Para el derecho, el proyecto de Código es claro: la persona existe desde que se implanta el embrión en la mujer y siempre que nazca vivo. Por

(36) ORGAZ, op. cit., p. 50.

nuestro lado, entendemos que el embrión es vida, esté dentro o fuera del cuerpo de la mujer, sin embargo las normas reconocen el carácter de persona humana sólo al que se encuentra en el seno materno, ya sea de forma natural o por implantación.

En la actualidad, y debido a la falta de normativa al respecto, el embrión no implantado debe ser considerado una cosa⁽³⁷⁾. Ello así, no tomado en sentido negativo, sino al contrario. Es decir, como ocurre en el caso de una planta o un animal, que siendo seres vivos se los considera cosas, y esa sola circunstancia no disminuye su importancia y/o valor emocional, ya que para muchas personas son también imprescindibles o forman parte trascendental de sus vidas.

Como dijimos, el embrión no implantado es una masa de células sin forma humana, que tiene potencialidad de llegar a ser una persona, pero mientras no sea implantado en el cuerpo de la mujer carece de las posibilidades de desarrollarse hasta convertirse en una criatura y, por lo tanto, es una cosa que necesita ser legislada. Pensamos que, como regla general, los embriones deberían estar fuera del comercio y ser su tráfico de forma cautelosa y restringida, cuestiones que se tendrán que resolver con la ley especial a dictarse.

Innegablemente, se seguirán generando debates con opiniones a favor y en contra, y cualquier normativa que se dicte al respecto no traerá una solución completa a este tópico, pues confluyen opiniones que trascienden el ámbito jurídico.

En todo caso, y a mayor abundamiento, si el código establece que se será persona —en los casos de fecundación asistida— desde el momento de la implantación, no habría motivo para considerar a los embriones criopreservados como tales a los efectos jurídicos.

A fin de reafirmar lo expuesto en el trabajo que antecede, es dable agregar que en el Proyecto que se encuentra en estudio en el Congreso de

(37) En este sentido, Bueres entiende que los gametos separados del cuerpo son cosas aunque sin duda de tráfico restringido (BUERES, op. cit., p. 222, nota a pie de página n° 146). Por otra parte, Zannoni lo define como cosas susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas, mientras que Vidal Martínez, sostiene que son cosas fuera del comercio y que en ciertos casos estaría permitido su tráfico (RIVERA, op. cit., p. 389).

la Nación, podría considerarse que la “persona” comience desde el momento de la anidación⁽³⁸⁾ en el útero. Así se evitarían las diferencias entre el método natural y el asistido, entre la concepción en el seno materno y la implantación. Quizás sería adecuado considerar esta opción para instaurar un momento preciso y determinado en todos los supuestos. Sin perjuicio de ello, todas las etapas anteriores a la anidación tendrían que estar reguladas para una correcta protección.

Esta solución no iría en contra del Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. En efecto, el pacto mencionado habla de persona —la cual, según nuestra postura sería desde la anidación— y, cuando se refiere a que la protección es a partir del momento de la concepción, utiliza la expresión “en general”, lo cual deja abierta la posibilidad de que lo sea desde otro momento distinto a la concepción⁽³⁹⁾.

Tendremos que esperar la aprobación de nuestro Congreso Nacional, a través de la Comisión Bicameral formada para revisar el Proyecto, para saber la redacción final de los artículos que terminamos de analizar.

(38) La anidación es la fijación del embrión en las paredes del útero, momento a partir del cual se produce la aparición del sistema nervioso.

(39) El art. 4, en su inc. 1, dispone: “Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial

por **ANDERSON SALTZER**⁽¹⁾

I | Sobre la persona y su dignidad

El objeto de la Parte General del Código Civil está constituido por aquellos conceptos de los que dimanar los demás institutos del Derecho Civil, a saber: “la persona, la cosa y el negocio jurídico”⁽²⁾.

El Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial dedica su título I del Libro Primero a la regulación de la persona.

Por otro lado, es necesario resaltar que el derecho, como disciplina, fue mutando. Su preocupación principal fue cambiando. Se dejó de lado la propiedad para centrarse en la persona. A la persona se la percibe en la

.....

(1) Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires con especialización en derecho privado. Carrera docente en la misma institución en las materias Derecho de los consumidores y Responsabilidad por daños a los derechos personalísimos

(2) HATTENHAUER, HANS, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, 1ra ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p.13.

actualidad como la creadora, destinataria y protagonista del Derecho⁽³⁾. Ahora bien, la pregunta es necesaria: ¿Qué es ese ente al que denominamos persona?

De forma pedagógica sostiene Rivera que:

“(..) si se pretende simplificar la cuestión, parecería que sólo dos respuestas son posibles: (i) todo ser humano es una persona para el Derecho, y es por lo tanto un dato apriorístico para el derecho positivo; o (ii) la persona es un concepto o categoría jurídica”⁽⁴⁾.

Esta discusión que parecería ser meramente doctrinaria se ha ido reflejando en los distintos Códigos Civiles que se fueron sancionando desde 1794.

¿Es necesario, entonces, incluir una definición de “persona” en el Código Civil? Vélez Sarsfield se manifestó contrario a que las definiciones aparezcan en un cuerpo legislativo en la nota al art. 495 del Código Civil⁽⁵⁾. Agudamente señala Leiva Fernández que:

.....

(3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “¿Qué es ser ‘persona’ para el Derecho?”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 131.

(4) RIVERA, JULIO C., “Los derechos personalísimos en el Proyecto de reformas al Código Civil”, en Javier H. Wajntraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coord.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001, p. 82.

(5) En un aporte doctrinario sostiene Vélez Sarsfield que: “Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos a toda materia puramente doctrinal, a lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino a lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande o prohíba, debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho (...)”.

"(...) bien leída la nota del art. 495 del Código Civil, que suele esgrimirse como argumento contra el uso de definiciones en la ley, en modo alguno afirma que sea incorrecto definir en la legislación, pues deja a salvo aquella definición 'que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley'⁽⁶⁾.

Otro autor, en su momento, en referencia a la omisión de la definición del término "persona" en el Código Civil alemán sostenía que:

"La tendencia del legislador a no incluir definiciones de lo que da por sabido, tiene sus razones, pues quizá entendiera que en su época no existía discusión de fondo sobre la noción de persona, y que podía invocarse una tradición de siglos que incluso se había solidificado en la definición legal de todos conocida por aquel entonces"⁽⁷⁾.

A pesar del aporte doctrinario de Vélez Sarsfield, en contra de las definiciones en los cuerpos legislativos, bien es conocido, que el mismo autor incluyó definiciones de ciertos institutos al momento de redacción del Código Civil. En el art. 30 se establece que persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Respecto a este punto sostiene Rivera, en relación al proyecto de unificación del año 1998 (fuente del actual Proyecto), que:

"(...) no es necesario que la ley defina a la persona humana, pues ésta es un dato objetivo, proporcionado por la naturaleza; el hombre es persona humana para el Proyecto y por ello no hay definición de ella. En cambio, sí la hay de las personas jurídicas (...) pues son una institución jurídica, y su inclusión tiene significación para la interpretación del texto legal"⁽⁸⁾.

(6) LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, "La técnica legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998", en Javier H. Wajntraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coord.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001, p. 49.

(7) HATTENHAUER, HANS, op. cit., p.14.

(8) Rivera, JULIO C., op. cit., p. 84.

El proyecto no tiene una norma semejante al art. 30 pero sí se establece que la titularidad de los derechos descansa sobre la persona (arts.15 y 17).

Se trata, a la vez, el principio y final de la personalidad. Estableciendo que se es persona desde la concepción en el seno materno; sin variar la legislación actual. La novedad pasa por la regulación del comienzo de la existencia de la persona respecto a las técnicas de reproducción humana asistida donde se establece que la existencia de la persona comienza con la implantación del embrión en el seno materno.

Se deja a salvo la particular regulación que pueda tener, por ley especial, la protección de los embriones no implantados. Situación que ya ha dado un gran debate en la doctrina nacional cuando la sentencia de la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil admitió el pedido de una mujer para que se le implanten embriones que había crio-conservado junto con su marido. A pesar de que este último había manifestado su absoluta oposición y disconformidad, en virtud de la carencia de voluntad pro-creacional para que el material genético crio-conservado le sea implantado a la señora⁽⁹⁾.

En el cap. 3 del Proyecto se encuentra la legislación tendiente a regular los derechos y actos personalísimos.

Es importante tener presente de qué hablamos cuando nos referimos a los derechos personalísimos. Atrás quedó la discusión de si se trataban de bienes cuya protección merecía tutela o si eran, en cambio, derechos subjetivos. Hoy doctrina y jurisprudencia nacional están de acuerdo en que su naturaleza se encuentra abarcada por el concepto de derecho subjetivo que:

“(...) está dado como el poder o acción reconocido o concedido a una persona por el ordenamiento jurídico, es decir, por

.....
(9) CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, Sala J, “P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias”, 13/09/2011, publicado en INFOJUS, sumario C0409041. Ver texto en www.infojus.gov.ar.

En sentido contrario, SCTennessee, “D., J. L. c/ D., M. S.”, en JA, 1993-II-343. Es interesante el abordaje al tema propuesto por VERGARA, LEANDRO (“La finalidad en los contratos de fertilización asistida. Nociones de Concepción, Embrión y Pre-embrión. Lectura crítica de una sentencia que autoriza el implante contra la voluntad de unos de los dadores del material genético”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1, 26/10/2011) desde la óptica contractual, particularmente respecto a la causa fin en el contrato de fertilización asistida.

el derecho objetivo, para exigir el comportamiento o conducta determinada a otra persona, que sirve para la satisfacción de intereses humanos”⁽¹⁰⁾.

Son, a la vez, derechos subjetivos distintos, con sus particularidades, y que se refieren a aspectos entrañables del “ser” humano. Su actual importancia, tanto jurídica como social, se ha manifestado dado que la vida moderna o posmoderna apunta a arrasar con la individualidad del sujeto, a absorberlo en una masa que se mueve en un mundo donde ya todo está decidido, donde todo ya está pensado. Alguien ya decidió cómo hay que vestirse, qué película hay que ver, de qué se va a hablar en la reuniones sociales, etcétera. Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.

De manera correcta sostiene un prestigioso autor sobre la materia que:

“La construcción (...) de los principios que organizan la teoría de los derechos personalísimos tiene que fundarse (...) en estos conceptos previos: el ser humano —o, mejor, la persona— como centro del problema, y no como centro la sociedad donde él se desarrolla; la trayectoria vital de ese ser considerada desde la perspectiva del orden jurídico...(y) la autonomía o autodeterminación individual (...)”⁽¹¹⁾.

Lo derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son derechos innatos, en tanto son connaturales, originados con el ser mismo de la persona; originados genéticamente, dirá Cifuentes. Son, además, vitalicios dado que acompañan a la persona durante todo su trayecto vital. De contenido variable pero nunca podrán faltar totalmente, es por ello que se los caracteriza como esenciales, por

.....
(10) VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El derecho subjetivo”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 122.

(11) CIFUENTES, SANTOS, “Bases para una teoría de los derechos personalísimos”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 297.

oposición a la eventualidad de los demás derechos subjetivos. Y, por último, son derechos de objeto interior. Sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente.

Los derechos personalísimos tienen otros caracteres. Son inherentes, extrapatrimoniales, absolutos, necesarios, privados y relativamente disponibles. Pero, ellos no son exclusivos sino, por el contrario, comparten esas características con otros derechos. Respecto a la relativa disponibilidad, se refiere el art. 55 del Proyecto, cuando establece que a los fines de la disposición de los derechos personalísimos es necesario contar con el consentimiento expreso del titular del derecho y será admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y es libremente revocable, aquí es manifiesto lo que mencionábamos respecto a la relativa disponibilidad.

En el art. 51, se establece la inviolabilidad de la persona humana y se reconoce que, en cualquier circunstancia, tiene derecho al reconocimiento y respecto de su dignidad.

Dos conceptos fundamentales se extraen del presente artículo: la "inviolabilidad" y la "dignidad" de la persona.

El principio de dignidad de la persona ha sido utilizado en reiteradas ocasiones por las distintas legislaciones. Siendo su primera aparición durante el periodo de postguerra, a nivel internacional, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se establece que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Sostiene Zavala de González que:

"La dignidad de la persona expresa su superioridad en el mundo, como fin en sí y depositaria de magnificencia espiritual y social"⁽¹²⁾.

(12) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Tratado de daños a las personas – Daños a la dignidad*, Bs. As., Astrea, 2011, T. 1 y 2, p. 7.

Agudamente considera Antonio Pelé que:

“La filosofía moral y política actual nos introduce el concepto de dignidad mediante casos y discusiones sobre la indignidad de ciertas condiciones (sociales, psicológicas, etc.) donde se encuentran algunas personas o colectivos”⁽¹³⁾.

Esta situación ya había sido analizada por De Lorenzo cuando sostiene que:

“Los ejemplos más sensibles son los *contrats déshumanisants*. En el derecho comparado se han juzgado algunos casos emblemáticos de contratos denunciados por tratarse de exhibiciones humanas degradantes. En Francia, tuvo lugar el famoso caso de ‘Manuel Wackenheim’ relativo a un contrato de espectáculo de lanzamiento de persona con enanismo (*dwarf tossing*), invalidado sobre la base de que la dignidad es un valor objetivo inderogable sustraído a la libre disponibilidad del individuo; y en Alemania, por su parte, fueron nulificados los contratos de chat lines eróticas y de *peep-show fall* (...)”⁽¹⁴⁾.

De todas maneras, más allá de su raíz religiosa, es en la época moderna donde el concepto de dignidad adquiere mayor importancia: “(...) la dignidad del hombre deriva de su naturaleza humana (...) el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Esta nueva formulación de la dignidad se plasmará en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Desde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical (la superioridad de los seres humanos sobre los animales) sino también un alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad)”⁽¹⁵⁾. En la búsqueda de esta igualdad

(13) PELÉ, ANTONIO, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 1, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre-enero de 2004.

(14) DE LORENZO, MIGUEL F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-E, p. 1258.

(15) PELÉ, ANTONIO, op. cit., p. 10.

está el reconocimiento de los derechos personalísimos. En poder dejar a las personas autodeterminarse, poder elegir entre varias opciones para ir diseñando su proyecto de vida. Allí donde una persona se ve condenada a nacer, crecer, vivir, desarrollarse y morir en la miseria tanto espiritual como económica, la dignidad desaparece, la persona queda reducida a una mera cosa conducida por la voluntad de extraños. Los derechos personalísimos tienden a garantizar la dignidad de la persona pero, queda claro, que falta algo más. Hoy, sin embargo, nos enfocaremos al tratamiento de esos derechos.

En el art. 52 se reconoce de forma expresa los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas. Bajo la denominación "afectaciones a la dignidad" se establece que "la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos".

El artículo trae a cuenta la clásica distinción entre derechos positivos o negativos. De donde los segundos son aquellos que imponen al Estado y a las personas la omisión de aquellas conductas que pudieran afectar el libre goce de esos derechos. Lo ponen en una situación de expectativa frente al ejercicio de los mismos. Por ejemplo no interferir en la decisión, relacionada con el derecho a la intimidad, de ser o no ser padres.

Derechos positivos, por el contrario, serían aquellos que demandan al Estado una actitud activa a los fines de garantizar su ejercicio. Están relacionados con la máxima "donde hay un derecho, hay un remedio"⁽¹⁶⁾.

De forma certera se ha dicho que:

"(...) los individuos gozan de derechos, no en el sentido moral sino legal, sólo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren. Este punto tiene un efecto importante, dado que revela lo inadecuado de la distinción en-

(16) En correspondencia con el significado que tiene la palabra *remedies* en derecho anglosajón; esto es, las sanciones que el ordenamiento prevé frente al acto ilícito.

tre derechos positivos y negativos. Lo que muestra es que todos los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos (...)"⁽¹⁷⁾.

Es por ello que considero correcto que el Proyecto no se limite al solo reconocimiento de estos derechos sino que se establezcan los remedios necesarios para fundamentar su vigencia. Esto es, la posibilidad de la persona de recurrir al órgano jurisdiccional competente a los fines de reclamar la prevención y/o reparación de los daños sufridos.

Las clasificaciones sirven para una finalidad pedagógica. Es por ello, creo, que el Proyecto no incluye una clasificación de los derechos personalísimos. En doctrina, en cambio, encontramos variadas clasificaciones: Tobías propone una clasificación tripartita, separa el derecho a la vida, del derecho a la integridad física y de los derechos a la integridad espiritual⁽¹⁸⁾. Esta clasificación nos parece interesante dado que resalta el derecho a la vida como presupuesto de los demás, se incluye el derecho a la disposición corporal y del propio cadáver como manifestaciones del derecho a la libertad incluido dentro de los denominados derechos a la integridad espiritual, separándolos del derecho a la integridad física que posee un contenido diverso.

La propuesta es, entonces, partir de esta clasificación, que será nuestra guía, con la pequeña modificación de analizar la disposición corporal dentro del derecho a la integridad física, a los fines de indagar en el tratamiento que reciben las distintas especies de derechos personalísimos en el proyecto; comparando, a la vez, la regulación actual que tienen los mismos.

2 | Derechos a la integridad espiritual

El nuevo Proyecto, al igual que el de 1998, mantiene una regulación abierta. No se tipifican cada uno de los derechos personalísimos, sino que, se

(17) HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS R., *El costo de los derechos – Por qué la libertad depende de los impuestos*, 1ra ed., Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011, p. 63.

(18) TOBIÁS, JOSÉ W., *Derecho de las personas – Instituciones de derecho civil. Parte general*, 1ra ed., Bs. As., La Ley, 2009, p. 526.

establece una mera enunciación de los más importantes. Se legisla utilizando cláusulas generales; método, por otro lado, más acorde a un Código.

Por tal motivo el intérprete, en contacto con la norma, no se encuentra con definiciones sobre el contenido de los distintos derechos; quedando esta tarea a su cargo.

Estamos de acuerdo con el método propuesto, dado que deja libre a la interpretación y argumentación del operador jurídico determinar el contenido de los distintos derechos. La comisión ha sido certera en este punto; es que la historia demuestra claramente que el contenido de los distintos derechos personalísimos a la integridad espiritual ha ido variando con el correr de los años. Particularmente ha influenciado el cambio la llegada de nuevas tecnologías que facilitan intromisiones arbitrarias desconocidas en otras épocas.

El artículo que propone el Proyecto reconoce, además, que la fuente de los derechos personalísimos es la dignidad personal; por ello deja a salvo que no sólo la afectación a los derechos mencionados traen aparejadas las consecuencias jurídicas establecidas. Ya veremos que el derecho a la identidad dinámica es un derecho de reciente reconocimiento. Este dato objetivo es tomado por la comisión al momento de establecer el artículo y al formular la mencionada cláusula general, previendo que posiblemente el devenir de la vida en sociedad pueda llegar a dar nacimiento a nuevos derechos cuya fuente sea la dignidad humana. Por otro lado, la regulación tal como quedó proyectada serviría en la actualidad para fundar el resarcimiento a daños generados a raíz de hechos o actos discriminatorios.

2.1 | Derecho a la intimidad

En el desarrollo del hombre en la sociedad actual, claramente se puede observar que tiene dos ámbitos de actuación definidos: un ámbito público y otro privado⁽¹⁹⁾. Este último podrá estar constituido por una o más personas y responderá a distintas manifestaciones de la intimidad o privacidad.

(19) Esta distinción es a los fines de abordar el estudio del interés jurídico tutelado por el derecho a la intimidad. No se nos escapa que actualmente es muy difícil catalogar a determinadas actividades como públicas o privadas. No existe una tajante sino, más bien, podríamos decir que un alto porcentaje de las actividades que se realizan cotidianamente

El interés jurídico tutelado por el derecho a la intimidad es, entonces, la posibilidad que tiene toda persona de poder gozar de un sector privado ajeno al conocimiento de terceros.

La tutela de este derecho históricamente descansó en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. El primero de ellos en cuanto establece que: "(...) el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados"⁽²⁰⁾.

Esta garantía es una consecuencia clara de la protección de la intimidad quedando en la ley la posibilidad de determinar en qué circunstancias puede procederse a la injerencia en el domicilio y los papeles privados. Artículo que bajo la interpretación dinámica⁽²¹⁾ de la norma constitucional ha sido adaptado a las modernas tecnologías, destinadas a satisfacer similares necesidades humanas a las que existían al momento de redacción de nuestra norma fundamental.

El art. 19, por su parte, brinda explícita protección al derecho a la intimidad cuando censura a las autoridades la intromisión a las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros. Es la idea de autodeterminación personal que comentábamos anteriormente que se ve reconocido en este artículo.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994, diversos tratados internacionales reconocieron el derecho a la intimidad: Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, art. 5, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12, Pacto Internacional de derechos Civiles y

.....

están en una zona gris. Determinar si pertenece a un ámbito de la vida privada o pública de una persona es una tarea que quedará a cargo del juez, quien deberá apreciar cada caso en atención a diversas circunstancias.

(20) Cuya fuente es la enmienda IV de la Constitución de Estados Unidos donde se establece que "(...) *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*".

(21) Sostiene Badeni que: "La interpretación dinámica (...) considera que la ley, como manifestación de la vida humana, está sujeta a una constante e ininterrumpida evolución por obra de la interpretación de sus contenidos de la manera más razonable y conveniente para satisfacer las necesidades sociales del presente". Ver BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed., Bs. As., La Ley, 2006, p. 116.

Políticos, art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, Convención sobre los derechos del niño, art. 16.

La consagración de este derecho en el Código Civil se hace mediante la ley 21.173; se adiciona al mismo el artículo 1071 *bis*⁽²²⁾ donde expresamente se reconoce el derecho a la intimidad y se tipifican diversas manifestaciones del mismo, como el resguardo de la vida privada, la correspondencia y la publicación de retratos.

Este artículo había sido criticado, principalmente, por el requisito negativo de que el hecho que afecte la intimidad no sea un delito penal y el explícito llamado a la equidad al momento de evaluar el juez la indemnización correspondiente. Críticas superadas a razón de la técnica legislativa utilizada en esta parte en el Proyecto que sólo se limita a mencionar el derecho a la intimidad personal y familiar.

El giro "intimidad personal y familiar" ya había sido utilizado con anterioridad en el art. 18 de la Constitución Española de 1978, en la ley orgánica española 1/1982 y en los diversos tratados internacionales; que el Proyecto se alinee a esta postura es destacable dado que se está reconociendo explícitamente las dos manifestaciones más destacadas de la intimidad, que son el derecho a ser dejado solo (*right to be alone*) y el resguardo del ámbito familiar.

De todas maneras, es necesario destacar que hoy el concepto de intimidad o privacidad, en su versión anglosajona, es mucho más amplio. Abarcando principalmente varios aspectos. En primer lugar, la protección de los datos personales⁽²³⁾. Por otro lado, muy importante, la intimidad corporal como defensa ante los procedimientos invasivos, sean médicos o relacionados con las fuerzas de seguridad; al respecto se ha sostenido que: "(...) la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropa de una persona, se halla sujeta a fuertes restricciones, en

(22) Cuya fuente se encuentra en el art. 20 del Proyecto de Código Civil boliviano de Ossorio y Gallardo de 1945.

(23) Encontrando particular tutela en nuestro medio por la ley 25.326 de Protección de los datos personales y por el art. 43, párr. 2 CN y, también, en la ley 26.529, respecto a la información sanitaria personal.

virtud de hallarse en juego el ámbito personal de intimidad constitucionalmente protegido (...)”⁽²⁴⁾.

Respecto a los procedimientos llevados a cabo en la investigación de la salud humana, el Proyecto establece que la investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas, sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos: a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga; b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable; c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación; e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad; f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación; g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

En relación a la salud, considero que también integran el derecho a la intimidad lo relativo a los derechos de los pacientes, principalmente, a la información personal sanitaria y a la formación del consentimiento informado.

Es decir, lo relativo a las decisiones que toma la persona respecto a su salud. En esto el Proyecto avanza, haciéndose eco de la ley 26.529 de los derechos de los pacientes, reconociendo como fuente en la dignidad de la persona la formación de las decisiones íntimas de la salud personal. Establece el art. 59 que “(...) el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...)”; es importantísimo el ingreso en este punto del derecho a la información. Es que ésta es la base para la toma de decisiones. Al paciente

(24) CÁMARA FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala I, “R., A. s/ Nulidad”, 19/03/1996, en ED, 168-251.

se le debe brindar información "(...) respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (...)", ello a los fines de poder tomar una decisión contando con la mayor información posible.

Teniendo en cuenta la reciente sanción de la ley 26.742, en concordancia con ella, si el Proyecto llega a aprobarse no va a quedar desactualizado dado que específicamente se contempla que el paciente "(...) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación (...)" tiene el derecho a "(...) rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable".

Por último, se establece que si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad "(...) el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

El Proyecto también propone el ingreso al Código Civil y Comercial de las directivas médicas anticipadas. Al respecto recientemente la CSJN confirmó un fallo⁽²⁵⁾ de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil donde se establecía que "(...) Estas directivas, deben ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad". En el Proyecto, el

(25) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, "A. N. J. W s/ medidas precautorias", 17/05/2012, en Infojus, sumario C0409271. Ver texto en www.infojus.gov.ar

instituto queda legislado de la siguiente forma: “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Otro aspecto de la intimidad es la privacidad de las comunicaciones⁽²⁶⁾ personales por los distintos medios tecnológicos; derivado de ello, es que la publicación de las cartas pertenece al autor, incluso después de su muerte ese derecho le corresponde a su cónyuge e hijos o nietos, en su defecto, a sus ascendientes en primer grado⁽²⁷⁾.

Y, como aspecto final, la intimidad domiciliaria o territorial (*my home, my castle*)⁽²⁸⁾.

Por último, superadas las críticas que recibiera el 1071 *bis*, se establece en el art. 1770 que: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

2.2 | Derecho a la imagen

El derecho a la imagen no tiene regulación en el Código Civil actual, una pequeña mención en el art. 1071 *bis* pero, como medio de afectación a la

.....
(26) CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, 24/02/2009, en *Revista Jurídica La Ley*, 02/03/2009, p. 8.

(27) Art. 32, ley 11.723.

(28) CSJN, “Fiorentino, Diego E.”, 27/11/1984, en *DJ* 1985-1, p. 511; en *JA*, 985-II, p. 109; en *ED* 112, p. 352 y en *Fallos* 306:1752.

intimidad⁽²⁹⁾. Su reconocimiento y protección como derecho personalísimo lo tenemos que buscar en la ley 11.723 de propiedad intelectual.

Básicamente se establece que para la puesta en el comercio del retrato fotográfico de una persona es necesario contar con su consentimiento expreso. Posterior al fallecimiento del retratado, con el consentimiento de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos y, en defecto, del padre o de la madre. Faltando ellos, la publicación es libre. Se considera, a la vez, la posibilidad de revocar su consentimiento resarciendo los daños, ello en razón de su carácter de disponibilidad relativa. La publicación es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

El Proyecto de Código Civil y Comercial avanza en la regulación de este derecho dándole reconocimiento expreso en el art. 53. Se toman en cuenta las muchas críticas que, por parte de la doctrina, ha recibido la actual regulación. Es que "(...) es bien diverso el derecho de autor sobre el retrato, del que surge del retratado sobre su imagen(...)"⁽³⁰⁾. Además, sólo se contemplaba la ilicitud del lado de la publicación. El artículo expuesto en el Proyecto de forma correcta identifica el acto ilícito, dado que comienza regulando el derecho a la imagen diciendo: "Para captar o reproducir la imagen (...)". Esto es exacto porque la mera captación de la imagen es susceptible de producir perjuicio, la idea de que la imagen personal de uno pueda estar en manos de terceros tiene entidad suficiente como para generarlo, cuando menos, extrapatrimonial. Es similar a lo que acontece con el derecho a la intimidad, donde no es necesaria la publicación, a los fines de dañar el interés que tutela el derecho, porque el solo conocimiento por un tercero de aspectos íntimos que se consideran reservados serviría para ocasionar un perjuicio, y desatar la eventual responsabilidad civil.

En el artículo propuesto por el Proyecto también se le reconoce tutela, dentro del derecho a la imagen, a la captación o reproducción de la voz propia. Entiendo, por tanto, que la tutela apunta a cualquier forma de reproducción que sirva para identificar a la persona. Es que "(...) al especí-

(29) CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S. A.", 11/12/1984, en *DJ* 1985-1, p. 768; en *JA* 985-I, p. 513; en *ED* 112, p. 242 y en *Fallos*, 306:1892.

(30) CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ra ed., Bs. As., Astrea, 2008, p. 562.

fico contenido material de la imagen —la figura humana— se agregan los aspectos inmateriales: la individualidad (alude a alguien concreto, único y diferente de los demás); la individualización (apunta a la función identificadora) y la reconocibilidad (la posibilidad de ser percibido por los otros por los particulares rasgos individualizadores e identificadores)⁽³¹⁾". Por tanto, reunidos los aspectos de individualidad, individualización y reconocibilidad al contenido material, la captación o reproducción estarán tuteladas por el derecho a la imagen. Poco interesa si es un video, un retrato, la grabación de la voz, un dibujo, pintura; es decir, que poco importa a los fines de la tutela el elemento material que sirve a los intereses que el derecho a la imagen intenta proteger. Estos es claro en el artículo que expone el Proyecto dado que se utiliza el giro "(...) cualquier modo que se haga (...)".

De todas maneras, es oportuno resaltar que el derecho a la imagen y a la voz propia ha sido blanco de debate⁽³²⁾ dentro de la doctrina nacional. Discutiéndose principalmente si existe un derecho autónomo a la voz propia, con base en el art. 27 de la ley 11.723, o si en cambio es una manifestación del derecho a la imagen.

Estamos de acuerdo con el Proyecto que incluye a la voz propia dentro del derecho a la imagen dado que, como bien los señala Picasso, "(...) en el caso de la voz la proclamación de su supuesta 'autonomía' carece de sentido práctico, pues, como se ha visto, se pregona la aplicación a su respecto de los mismos principios que rigen la captación y reproducción de la imagen. Distinguir entre diversas categorías jurídicas sólo tiene sentido si se pretende asignar a cada una de ellas efectos diferentes; si, en cambio, el régimen jurídico aplicable es similar para ambas, la diferencia se torna artificiosa y carente de utilidad"⁽³³⁾.

El artículo que presenta el Proyecto también trata el tema del consentimiento para la captación o reproducción de la imagen repitiendo lo es-

(31) Ver AZURMENDI ADARRAGA, ANA, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, 1998; citado en TOBIAS, JOSÉ W., op. cit., p. 718.

(32) Al respecto, se puede consultar CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, op. cit., p. 542 y ss., entendiendo a la voz propia dentro de la tutela legal que se le brinda al derecho a la imagen. En sentido contrario, ver LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, "Protección jurídica de la propia voz", en Darío Graziabile (coord.), *Protección jurídica de la persona*, libro homenaje al Doctor Julio Cesar Rivera, La Ley, 2010, p. 50.

(33) PICASSO, SEBASTIÁN, "Nuevas fronteras del derecho a la imagen", JA 2005-II-1251, p. 256.

tablecido actualmente en la ley de propiedad intelectual pero redactada bajo la luz del principio de prevención.

Se parte del requisito del consentimiento expreso del titular del derecho. En caso de personas fallecidas, la redacción cambia de manera positiva dado que se establece que "(...) pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad (...)". Es decir, que la persona en vida puede decidir quién tendrá la potestad de decidir sobre la utilización de su imagen posterior a su fallecimiento.

En caso de desacuerdo entre ellos, se deberá dirimir la disputa en sede judicial. Pasados los veinte años, la publicación es libre siempre que la reproducción no sea ofensiva. Quedando en manos de la jurisdicción la delimitación del término "ofensivo" y su alcance. Es que no queda claro para quién o desde el punto de vista de quién se debe considerar si la publicación es ofensiva o no. ¿Según las consideraciones de los herederos o de cualquier tercero?

El artículo enumera determinados supuestos donde no es necesario el consentimiento, algunos de ellos ya contemplados en la ley 11.723, como cuando la persona participe en actos públicos. También se contempla la situación de que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario en la captación o reproducción de la imagen pero siempre que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario. He aquí la aparición del principio precautorio.

Por último, se trata el tema desde un eventual conflicto de derechos dejando establecido que no es necesario el consentimiento siempre "(...) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general".

2.3 | Derecho al honor

El derecho al honor alude al tema de la consideración. Considerar, en su tercera acepción⁽³⁴⁾, es juzgar, estimar. Se juzga, se estima o se considera

(34) La comisión de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial fue conformada por el decreto 191/2011; de donde se extrae que la misma va a funcionar a la par del Ministerio

algo. En el caso del honor, personas: su reflejo social. Es decir, que el derecho al honor está íntimamente relacionado con la publicidad (*öffentlichkeit*). En la clásica definición de De Cupis: “la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros”. Por tanto, el hombre vive en sociedad, forma su familia, trabaja, se relaciona con las demás personas, se expresa, profesa o no su religión, etcétera. Esta situación es percibida por los demás; quienes, al considerarla, dan reflejo del honor objetivo o reputación de una persona.

Pero también la persona se considera a sí misma. Y ambas estimas, la propia y la ajena, pueden ser afectadas por el comportamiento de terceros. Es por ello que el Proyecto alude a la protección de la honra o reputación. Dando tutela tanto a la estima propia como a la protección de la fama o estimación ajena. Se receptan de este modo ambas facetas del honor, objetiva y subjetiva.

Esto en concordancia con el plexo normativo que tutela el derecho al honor a nivel constitucional. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 12 que “Nadie será objeto (...) de ataques a su honra o a su reputación (...)”.

Por su parte, el Código Civil actual trata este derecho en los art. 1089/90, al regular las agresiones típicas al honor que provienen de la calumnia y de la injuria.

A los fines de comparar lo establecido en estas normas con el Proyecto actual recordamos que el primero de ellos establece, básicamente, como notas salientes, que no es necesario que se configure el delito penal de injurias o calumnias a los fines de la reparación en sede civil de los daños, pudieren originar, siempre que el presunto delincuente no probare la verdad de la imputación. Es decir, se reconoce explícitamente la excepción

.....
del Justicia y Derechos Humanos. Sabido es que todos los proyectos de ley que emanan del Poder Ejecutivo deben adaptarse a los parámetros establecidos en el decreto 333/1985; en el punto 3.2.14 establece que: “En caso de duda sobre los vocablos a emplear se recurrirá al Diccionario de la Lengua Española”. Sostiene Leiva Fernández (en *Revista Jurídica La Ley*, 1999-D, p. 1102) que: “(...) al cumplimiento de ese decreto obedece la utilización de la palabra ‘artículo’ con mayúsculas corridas, la ausencia de notas, a la que luego me referiré, la identificación con letras de los incisos, el cumplimiento de las reglas de la Real Academia Española, la expresión de cantidades en forma numérica y entre paréntesis, y algunas otras pequeñas pautas formales”.

de verdad que la doctrina entendió aplicable siempre respecto a la calumnia pero no a la injuria; donde por analogía se estaba solamente a los supuestos establecidos en el art. 111 CP⁽³⁵⁾.

Se criticó este artículo por hacer expresa mención a la reparación de los daños patrimoniales, "ganancia apreciable en dinero", sin tener en cuenta el daño moral que es característico de estos casos⁽³⁶⁾.

Y, el artículo 1090, establece que además de los daños mencionados se deberá reparar el daño emergente, gastos de defensa en juicio, generado a raíz de la acusación calumniosa.

El Proyecto se limita, como vimos, a reconocer el derecho al honor en su encuadre de honra y reputación. Posteriormente, en el art. 1771 trata el tema de la acusación calumniosa, sosteniendo que: "En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave". Se restringe el factor de atribución de responsabilidad en este punto al ámbito subjetivo. Por otro lado, a los fines de dar encuadre al concepto de culpa grave se establece que "(...) el denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado".

2.4 | Derecho a la identidad

Ya vimos que los derechos personalísimos tienden a fundamentar el principio de igualdad entre las personas. El derecho a la identidad concurre a ese fin pero teniendo como base la diversidad del sujeto en su individualidad. Todas las personas son iguales ante la ley por el reconocimiento de su dignidad humana pero también son distintos en su individualidad.

Garantizar la autodeterminación de las personas lleva a que cada una adopte las creencias, la forma de vida, los valores que considere correctos.

(35) VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO, "Comentario al artículo 1089 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ra. ed., 2da. reimp., Bs. As., Hammurabi, 2007, T. 3A, p. 281.

(36) RIVERA, JULIO C., op. cit., p. 98.

El derecho a la identidad lleva a garantizar a cada persona su diversidad frente a las demás y a la intangibilidad de la misma.

Sostiene Fernández Sessarego⁽³⁷⁾ que "(...) la identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser 'uno mismo', diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales".

De la definición aportada por este autor podemos desprender los dos grandes aspectos del derecho a la identidad: el dinámico y el estático. El reconocimiento al derecho a la identidad dinámica, que quedará plasmada en el Código, es quizás el aspecto más novedoso en lo que hace a la regulación de los derechos personalísimos. Es que todos los otros derechos, de alguna manera, ya estaban regulados en el ámbito local.

La persona va cambiando sus ideas, sus creencias, sus valores, sus convicciones políticas y religiosas, sus opiniones, en estos aspectos la identidad de la persona es dinámica, va cambiando. Y "(...) el sujeto tiene un interés consistente en que en el exterior no se altere, desnaturalice, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etcétera, tal como se había exteriorizado o aparecía, sobre la base de circunstancias concretas y unívocas, en el ambiente social (...) "⁽³⁸⁾.

El desarrollo del derecho a la identidad dinámica, el esfuerzo para diferenciarlo de los demás derechos personalísimos, fue realizado principalmente en la jurisprudencia italiana. Encontrando su punto más importante en la sentencia del Tribunal de Milán del 19 de junio de 1980. Los hechos analizados fueron que entre fines de 1977 y comienzos de 1978 se publica en la prensa diaria un artículo, con carácter informativo, que promovía la venta de los cigarrillos *Milde Sorte*. En el mencionado artículo, iba inscrita la proposición: "según el prof. Umberto Veronesi —director del Instituto del

(37) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, "El derecho a la identidad personal", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-D, p. 1248.

(38) RIVERA, JULIO C., en op. cit., p.84.

tumor de Milano— este tipo de cigarros reducen a casi la mitad el riesgo de padecer cáncer”.

El profesor Varonesi había dedicado más de veinticinco años al estudio y a la lucha contra el cáncer de pulmón. Pero, efectivamente, él había comentado en un semanario las declaraciones que se le atribuían en la publicidad. Siempre se había manifestado en contra de fumar, pero también comentó en un pasaje que ciertas marcas eran menos dañinas que otras. Una de esas marcas utiliza esos dichos en la mencionada publicidad.

Tanto el Instituto como el profesor accionan en base al art. 2043 del Código Civil⁽³⁹⁾ Italiano solicitando el resarcimiento del daño injusto causado.

El Tribunal falla a favor de los actores entendiendo que se ha utilizado el nombre indebidamente, dañando el derecho a la personalidad consagrada en el art. 2 de la Constitución Italiana, que sostiene que “(...) Anche in tale situazione l'uso del nome altrui è indebito non però nel senso della usurpazione (nel senso cioè di identificare se stesso con il nome altrui e quindi di indurre i terzi in errore sull'imputazione degli atti che si compiono) ma nel senso più sottile di falsare la rappresentazione esterna della personalità del titolare del nome pur quando si faccia riferimento alla sua identità personale”. Críticamente sostiene Fernández Sessarego que: “Los jueces, en su afán de hallar un adecuado fundamento legal, confundieron la protección del nombre con la de la identidad personal. En realidad no se trataba de un caso de usurpación del nombre, sino de desnaturalización de la personalidad del sujeto”.

Es claro que el Proyecto al mencionar el derecho a la identidad se está refiriendo tanto al aspecto dinámico como al estático.

Esto último, en base a que la persona posee, a la vez, su identidad de origen o genética, que a diferencia de la otra, es estática, no cambia con el paso del tiempo, con la vivencia de nuevas experiencias. Particularmente sobre este aspecto se ha dicho que “(...) hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución Nacional, deben ser

(39) El art. 2043 establece: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

considerados garantías implícitas (...) Que, entre ellas, debe —sin duda— incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”⁽⁴⁰⁾.

3 | Integridad física

No hay acuerdo en la doctrina sobre el contenido de este derecho. Compartimos la opinión de Tobías, quien sostiene que “(...) el derecho a la integridad física —mejor a la integridad psicofísica— es el que tutela la integridad de las manifestaciones físicas y psíquicas frente a las agresiones o amenazas de terceros (...)”⁽⁴¹⁾.

Dentro de este concepto es dable encuadrar, como bien lo señala el citado autor, tanto a la integridad corporal como a la psíquica, es que cuerpo y mente son inseparables a los fines de caracterizar el mencionado derecho.

El derecho a la integridad física en su faceta negativa está implícitamente reconocido en el mencionado art. 52 del Proyecto. La integridad física según esos alcances es un claro derecho que deriva de la dignidad de la persona. También está reconocido de forma explícita este derecho en el art. 54⁽⁴²⁾, sobre los actos peligrosos, que trata la relación entre el negocio jurídico patrimonial y los derechos personalísimos y establece que: “No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias”. Es decir que,

(40) CSJN, “M., J.”, 13/11/1990, considerandos 9 y 10 del voto del Dr. Petracchi, en ED 141, p. 268; en Fallos 313:1113.

(41) TOBIÁS, JOSÉ W., op. cit., p. 561.

(42) Este artículo es tomado del CENTRO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO CIVIL, Dra. Noemí Nicolau (dir.), “Proyecto sobre actos personalísimos”.

en principio, cualquier obligación contractual que importe un peligro inminente o eventual para la vida o la integridad física o psíquica de una persona no es exigible. Sólo adquiere esa calidad en una situación: cuando la exposición a ese peligro forma parte de la actividad habitual del deudor y se garantiza las medidas de prevención y seguridad. Otra vez, aparece aquí, el principio preventivo del derecho de daños. Dejando en claro que el Proyecto busca crear las bases para un sistema de derecho privado que tienda a la reparación pero, también, a la evitación de externalidades negativas para la sociedad.

Por otro lado, es categórico el Proyecto cuando establece que: “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad (...)” o, en su caso, “(...) resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres...”. Esta norma tiene su fuente directa en el art. 5⁽⁴³⁾ del Código Civil italiano. Se establece, de todas maneras, que el acto es prohibido salvo que sea requerido para el mejoramiento de la salud de la persona y, excepcionalmente, de otra persona.

4 | Conclusión

Consideramos importante y acertada la inclusión de los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial. Dado que la vigencia del actual Código Civil es de ciento cuarenta y un años, es normal que éstos no estén contemplados, porque su elaboración está pensada para regir por mucho tiempo. Para sentar las bases que identifican a un pueblo, lo organizan y regulan las conductas de sus integrantes; aspirando a concretar la tan ansiada seguridad jurídica. La regulación de los derechos personalísimos es correcta dado que toma el proceso de Constitucionalización del derecho privado y lo objetiva. En su reconocimiento descansa el principio de igualdad y se apela a que, sentadas estas bases, se pueda construir una sociedad donde las personas puedan autodeterminar sus vidas sin dañar a terceros. Los ideales están plasmados y, quizás hoy, sean exagerados pero

(43) El art. 5 del *Codice Civile Italiano* establece: “*Atti di disposizione del proprio Corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*”. Como se puede observar, la norma que se propone en el art. 56 del Proyecto, es una copia exacta de aquel.

su justificación está en la bondad de los mismos, en tratar de construir un sistema jurídico que tienda a la justicia en base a la igualdad de oportunidades e incluso también, de posiciones.

Bibliografía

- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed., Bs. As., La Ley, 2006.
- CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ta ed., 3ra reimp., Bs. As., Hammurabi, 2004.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ra ed., Bs. As., Astrea, 2008.
- CIFUENTES, SANTOS, “Bases para una teoría de los derechos personalísimos”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- DE LORENZO, MIGUEL F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-E, p. 1258.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “El derecho a la identidad personal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-D.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “¿Qué es ser ‘persona’ para el Derecho?”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- HATTENHAUER, HANS, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, 1ra ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1987.
- HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS R., *El costo de los derechos – Por qué la libertad depende de los impuestos*, 1ra ed., Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, en *Revista Jurídica La Ley*, 1999-D.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, “La técnica legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998”, en Javier H. Wajtraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coord.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, “Protección jurídica de la propia voz”, en Darío Graziabile (coord.), *Protección jurídica de la persona*, libro homenaje al Doctor Julio Cesar Rivera, La Ley, 2010.
- PELÉ, ANTONIO, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 1, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre-enero de 2004.
- PICASSO, SEBASTIÁN, “Nuevas fronteras del derecho a la imagen”, *JA* 2005-II-1251.
- RIVERA, JULIO C., “Los derechos personalísimos en el Proyecto de reformas al Código Civil”, en Javier H. Wajtraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coord.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.

TOBIÁS, JOSÉ W., *Derecho de las personas – Instituciones de derecho civil. Parte general*, 1ra ed., Bs. As., La Ley, 2009.

VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO, “Comentario al artículo 1089 del Código Civil”, en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ra. ed., 2da reimp., Bs. As., Hammurabi, 2007, T. 3.

VERGARA, LEANDRO, “La finalidad en los contratos de fertilización asistida. Nociones de Concepción, Embrión y Pre-embrión. Lectura

crítica de una sentencia que autoriza el implante contra la voluntad de unos de los dadores del material genético”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1, 26/10/2011.

VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El derecho subjetivo”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Tratado de daños a las personas – Daños a la dignidad*, Bs. As., Astrea, 2011, T. 1 y 2.

Las disposiciones en previsión de la propia incapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

por **ALBERTO S. PESTALARDO**⁽¹⁾

I | Introducción

El reciente Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación⁽²⁾ (en adelante “el Proyecto”), incluye en sus arts. 43, 60 y 139, la posibilidad de que una persona proponga al juez la designación de una o más personas para que le presten apoyo en el ejercicio de su capacidad, y para que —en concreto— ejerzan su curatela, así como la posibilidad de anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad.

Estas disposiciones han venido a llenar un vacío legal en la materia y a responder a reclamos al respecto que ya datan de hace varios años, no siendo menor el hecho de la existencia —también desde hace años— de distintos “registros de autoprotección” en nuestro país, a nivel provincial, así como de algunos antecedentes de proyectos legislativos. También debemos decir que las normas proyectadas se enmarcan dentro de una reforma general del régimen de capacidad de ejercicio de las personas,

.....

(1) Abogado, Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 84.

(2) *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, agosto 2012.

en un todo concordante con el espíritu de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y de la reciente ley de salud mental 26.657 (aunque sin caer en los defectos de técnica legislativa de esta última al introducir el art. 152 *ter* al Código Civil).

Procuraremos analizar las normas propuestas por el Proyecto en este punto, en sí mismas y con relación a algunas propuestas hechas con anterioridad, a otros proyectos de ley anteriores y al derecho comparado.

2 | Aparición del problema de la “autotutela” o posibilidad de realizar actos en previsión de la propia incapacidad

Hemos dicho ya que, desde algunos años⁽³⁾, se viene debatiendo en nuestro país la posibilidad de realizar disposiciones en previsión de la propia incapacidad según el derecho argentino vigente.

Cabe preguntarse ante todo el por qué de la reciente aparición de este tema, en el campo del derecho civil. Entendemos que hay una multiplicidad de factores de distinta índole —médicos, filosóficos, sociológicos, jurídicos— que así lo han propiciado.

En primer lugar, cabe considerar el constante y paulatino aumento de la expectativa de vida, que lamentablemente no siempre va de la mano con la calidad de ésta, y que algunas veces se acompaña de deterioros cognitivos de mayor o menor grado⁽⁴⁾, que también van en aumento, jun-

(3) Podríamos tomar como punto de partida la aparición de la obra TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Bs. As., Astrea, 1996.

(4) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., op. cit., pp. 1 y 2; GUINLE, MARCELO, “Expediente nro. 3146/06 (modificado por s-3335/06)”, ver texto en <http://archivo.cta.org.ar/Proyecto-de-ley-sobre-modificacion,5175.html>, *Fundamentos*; OJEDA URIBURU DE COLOMBRES, MARÍA L. (coord. nacional delegación argentina), *VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, 4 al 7 de febrero de 1998, n° II.3 y II.4, Córdoba, Consejo Federal del Notariado Argentino, 1998; MOURELLE DE TAMBORENEA, CRISTINA, *Cómo prever una incapacidad. Autonomía de la voluntad*:

to con el envejecimiento poblacional⁽⁵⁾. A esto debe sumarse otro factor también proveniente de la ciencia médica, como es la posibilidad de sobrevivida de las personas luego de algún grave accidente o enfermedad, más —temporal o definitivamente— en el llamado “estado vegetativo”, estado de inconsciencia o coma profundo.

En el plano filosófico-jurídico, un nuevo paradigma —que es llamado habitualmente por la doctrina “neoconstitucionalismo”— importa, entre otras características, la multiplicación y dispersión de las fuentes del derecho (que significa, a su vez, la pérdida de centralidad de la ley y, en consecuencia, la creciente importancia del Poder Jurisdiccional por sobre el poder legislativo), la constitucionalización del derecho privado y la modificación de la Constitución Nacional en su función (ha pasado de ser una norma programática, dirigida primeramente a los legisladores, y sólo secundariamente a los jueces para que ejerzan el control de constitucionalidad de las leyes, a ser una norma de aplicación directa a la solución de los conflictos entre particulares) y también en su contenido (que incluye normas y principios, y tratados internacionales que contienen la mayor parte de dichos principios —en especial los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así lo que sucede en nuestro país a partir de la Reforma de 1994—)⁽⁶⁾.

.....
la autotutela, en *Revista jurídica La Ley*, n° 216, Bs. As., 09/11/2004, p. 1434; WILDE, ZULEMA, “El valor de la autonomía de la voluntad frente a la vejez o a la circunstancia de caer en incapacidad”, en *Revista del Notariado*, n° 873, Bs. As., julio/agosto/septiembre de 2003, pp.127/130.

(5) Se estima que la cantidad de enfermos de Alzheimer (tipo de demencia senil más frecuente, como es sabido, que alcanza al 70% de éstas), y su proporción respecto del total de la población, se incrementarán drásticamente en todo el mundo en los próximos cuarenta años, merced al aumento de la expectativa de vida y al envejecimiento poblacional, debiendo destacarse que Argentina es el cuarto país más envejecido de América y segundo de Sudamérica (ver DÍAZ, MATÍAS O., “Proyecto de Centro de Día para enfermos de mal de Alzheimer”, en *Revista Argentina de Alzheimer y otros trastornos cognitivos*, n° 10, 2010, ver texto en: www.alzheimer.org.ar).

(6) Ver, entre otros, FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ta ed., Madrid, Ed. Trotta, 2009, pp. 16/18; GUASTINI, RICCARDO, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p.49; LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012., pp.11/13; “Aspectos valorativos”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, op. cit., p. 523.

Este “nuevo derecho”, de cuyo advenimiento se hace cargo explícitamente el Proyecto⁽⁷⁾, implica el reemplazo del “derecho-ley” decimonónico por el “derecho de los derechos humanos”, propio del siglo veintiuno.

El Proyecto declara explícitamente asumir como valores la igualdad real de las personas —por sobre la igualdad abstracta propia del Código Civil vigente— y un paradigma no discriminatorio, que importan la consideración y protección diferenciada y especializada de los “vulnerables” entre quienes se encuentran los discapacitados, con el fin de que dicha igualdad real sea efectivamente alcanzada⁽⁸⁾.

Este cambio de paradigma acarrea como consecuencia necesaria —merced a la pérdida de centralidad en el mundo jurídico de las normas legales y traspaso de dicha centralidad al campo de los derechos fundamentales de las personas— un notorio y progresivo avance de la autonomía de la voluntad por sobre la legislación de orden público, cuestión sobre la que luego volveremos.

Estas breves reflexiones bastan para comprender como, por una parte, han aumentado enormemente las posibilidades fácticas de que una persona que es capaz se torne incapaz con el transcurso del tiempo (principal presupuesto de las disposiciones en previsión de la propia incapacidad) y, por otra parte, el derecho se ha tornado más proclive a dar preeminencia a la autonomía de la voluntad de las personas, que avanza sobre cuestiones antes reguladas de modo más rígido por normas legales de orden público. Ello explica, entonces, la aparición de la problemática que nos ocupa, y la consecuente necesidad de brindarle una respuesta jurídica.

2.1 | Otras propuestas sobre disposiciones en previsión de la propia incapacidad

Antes del Proyecto, han existido en nuestro país diversas propuestas respecto de la existencia y alcance de las disposiciones en previsión de la

(7) Ver LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni; y, asimismo, ver “Aspectos valorativos”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, op. cit.

(8) Ver “Aspectos valorativos”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, op. cit.

propia incapacidad, tanto *de lege lata* cuanto *de lege ferenda*, que analizaremos separadamente.

Corresponde aclarar algunas cuestiones en forma preliminar. Ante todo, que preferimos adoptar la denominación de "disposiciones en previsión de la propia incapacidad"⁽⁹⁾ por sobre otras que se han propuesto y se utilizan para designar aquéllas disposiciones que una persona puede realizar en orden a su propia y eventual futura incapacidad, por entender que es la más clara, tanto en lo que respecta al contenido de tales disposiciones⁽¹⁰⁾ y porque no remite a otros institutos del derecho enteramente diferentes en cuanto a sus fines o bien resultan más o menos abarcativas⁽¹¹⁾.

En segundo lugar, corresponde considerar que, dentro de las disposiciones en cuestión, podemos distinguir dos grandes grupos: aquéllas destinadas a prever cuestiones relativas a la vida y salud de la persona (directivas respecto de eventuales enfermedades, tratamientos médicos, trasplante de órganos, etc.)⁽¹²⁾, y aquellas otras destinadas a prever principalmente el cuidado de la persona y la administración y disposición de su patrimonio, en caso de incapacidad, a través de la designación del propio curador o de otras directivas. El Proyecto regula ambos grupos de disposiciones (incluso, el art. 60 lo hace en forma conjunta), pero entendemos que se trata de dos temas claramente diferenciados y distinguibles (no obstante que las disposiciones pueden estar contenidas, materialmente, en un mismo instrumento), cada uno de los cuales puede y debe ser objeto de un tratamiento por separado, dada su extensión y complejidad.

.....

(9) Ver en este sentido, TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., op. cit., pp.11 y 12, quienes adoptan la denominación "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad".

(10) No lo serían, en este sentido, "derecho de autoprotección", ver TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., "Derecho de Autoprotección", en www.revistapersona.com.ar; o "actos de autoprotección", tal como se los designa en los Registros recientemente creados ya mencionados.

(11) Como por ejemplo "testamento vital" o "testamento para la vida", ver TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., op. cit., p.10 o "mandato de autoprotección", ver LEGUIZAMÓN HOUSSAY, JUAN M. y OTERO, MARIANO C., "Contrato de designación de curador para la propia incapacidad", en *Revista Jurídica La Ley*, 14/01 y 15/01/2006, punto II, p.1, y en *La Ley online*, punto II.

(12) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., op. cit., pp.3 y 4, n° 3 y *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Infojus, agosto 2012.

Así, nos limitaremos a analizar el segundo grupo de disposiciones, que reviste a nuestro entender un mayor interés desde el punto de vista estrictamente jurídico, y se vincula con todo el régimen de capacidad de las personas, no sin antes aclarar que —por una parte— no sólo el Proyecto sino los registros creados y reformas legislativas propuestas, consideran ambas clases de disposiciones en conjunto y —por otra parte— la designación del propio curador en la que vamos a centrar el trabajo, acarrea consecuencias respecto del cuidado de la persona y salud del incapaz⁽¹³⁾.

3 | Insuficiencia o inviabilidad de algunas propuestas que se han hecho sin necesidad de modificar las normas vigentes

3.1 | Régimen de capacidad y representación vigentes

Distintos autores han propuesto, como hemos dicho, *de lege lata*, la posibilidad de que una persona realice distintas disposiciones en previsión de la propia incapacidad.

Para analizar su posibilidad, debemos recordar, en primer lugar, en forma sintética, el régimen de capacidad vigente hoy día, y el sistema de protección de los incapaces.

Según el Código Civil Argentino, la capacidad de derecho es un atributo esencial de la persona, que no puede faltar de manera absoluta en ningún

(13) Así, el art. 481 del Código Civil pone como obligación principal en cabeza del curador del incapaz la de cuidar que su curado recobre la capacidad, el art. 19 de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina prevé que en los casos de incapacidad, la conformidad que sea necesaria para someter al paciente a distintos tratamientos médicos y operaciones, debe ser requerida al "representante del incapaz", que, en el caso de los dementes, es su curador, art. 57 inc. 3) del Código Civil, y, coincidentemente, el art. 4 de la ley 26.529 de derechos del paciente, prevé que la información sanitaria y el consentimiento informado se den a y por los representantes legales de los incapaces. El Proyecto, por su parte, mantiene la citada obligación del curador (art.138), y la posibilidad de que otorgue el consentimiento informado para tratamientos médicos en lugar del incapaz (art. 59).

individuo por cuanto importaría negarle la personalidad, y se ha definido como "la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas"⁽¹⁴⁾. Por su parte, la capacidad de hecho o de ejercicio se ha definido como "la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil"⁽¹⁵⁾, vale decir, la aptitud de la persona humana para obligarse por sí misma y ejercer por sí los derechos de los cuales es titular.

Si la primera no puede faltar, la segunda, sí puede estar ausente, con distintos grados, siendo los mal llamados "incapaces absolutos de hecho" por el art. 54 del CC, aquellas personas que no pueden ejercer por sí mismas los derechos de los cuales son titulares ni contraer obligaciones ni cumplir con las obligaciones contraídas por sí, sino sólo a través de sus representantes necesarios (arts. 56, 57, 58, 59 y 62 del CC)⁽¹⁶⁾.

La incapacidad de hecho, es establecida por la ley no como una forma de castigo, sanción o discriminación del incapaz, sino para la adecuada protección, tanto de su persona cuanto de su patrimonio⁽¹⁷⁾, siendo los "dementes" o "interdictos" aquellas personas que "por causa de enfer-

.....

(14) LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 22da. ed. actualizada, reimpresión, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2009, t. I, p. 371.

(15) LLAMBIÁS, JORGE J., op.cit., pp. 391/392.

(16) Se ha sostenido que los incapaces absolutos de hecho no son en realidad tales, por cuanto pueden realizar algunos actos de la vida civil en forma válida, en especial pequeños contratos (ver BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, 6ta. ed., Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1976, p. 421, n° 459, con cita de Llambías).

(17) Ver SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*, 5ta ed., Bs. As., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931, p. 330; RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, Bs. As., La Ley, 1963, t. III, vol. II, n° 2541, p.437; LLAMBIÁS, JORGE J., op. cit., t. I, p. 397, n° 568 c y p.421, n° 606; BORDA, GUILLERMO A., op. cit., p.420, n° 458; RIVERA, JULIO C., en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo Zannoni (coord.), Bs. As., Ed. Astrea, 1979, t.1, p. 299; KIELMANOVICH, JORGE L., *Procesos de familia*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 275; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, 3ra. ed. actualizada, Bs. As., Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2004, t. I, p.403; QUIRNO, DIEGO N., *Evolución del régimen legal de los incapaces de hecho*, en ED, 195-910; LEGUIZAMÓN HOUSSAY, JUAN M. y OTERO, MARIANO, op. cit., n° I; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala L, 07/08/1993, *Revista Jurídica La Ley*, 1994-A-265 y CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, 12/07/1982, en ED, 107-327, citados por KIELMANOVICH, JORGE L., op. cit; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala H, "L.S. s/insania", 07/09/1995, n° 153.631, en *Microsis*, sum. 6958; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala D, "R., M. B. s/insania", 11/06/1996, nro. 112.022, en *Microsis*, sum. 8331.

medades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141 del CC).

El Código Civil ha optado, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 141, por el criterio médico-jurídico para determinar la incapacidad. Esto es, no basta ni la sola existencia de una enfermedad mental ni la sola ineptitud de la persona para dirigirse a sí misma y administrar sus bienes, sino que deben confluir ambas y la segunda debe ser causada por la primera⁽¹⁸⁾.

El régimen del Código Civil, por lo demás, como es sabido, es rígido y dual, en tanto sólo contempla, para el supuesto de enfermedad o discapacidad mental, la posibilidad de la interdicción absoluta (art. 141) o bien de la inhabilitación en los términos del art. 152 bis (si bien esta última norma prevé la posibilidad de que el juez en la sentencia limite la capacidad del inhabilitado más allá de lo que la ley prevé como mínimo).

Por otra parte, la ley 26.657 de salud mental, reafirma enfáticamente tanto el criterio médico-jurídico cuanto la presunción de capacidad y la finalidad tuitiva de las restricciones a la capacidad, ya contenidas en el Código Civil y, con buena intención, pretendió aparentemente modificar el régimen rígido y dual del Código Civil por otro flexible y casuista, a través del agregado art. 152 bis, no obstante lo cual, debido a una defectuosa técnica legislativa, tal modificación no fue completa ni clara, dando lugar a numerosas dudas interpretativas y perplejidades⁽¹⁹⁾.

Básicamente, la organización de la protección legal de los incapaces comprende: la nulidad de los actos obrados en transgresión de la incapacidad establecida, la institución de una representación adecuada en orden a suplir la incapacidad e igualar al representado con los demás sujetos de derecho, la intervención del Ministerio Público de Menores —organismo

(18) Ver CIFUENTES, SANTOS y OTROS, op. cit., pp. 24/28; RIVERA, JULIO C., en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, op. cit., pp. 553/556, y también en RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 454.

(19) Respecto de esta cuestión, nos remitimos a lo dicho por nosotros en “El nuevo artículo 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas”, publicado en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 3, n° 5, junio de 2011, pp. 179/201.

especial dedicado a la protección de los incapaces— y la intervención y control judicial⁽²⁰⁾.

Uno de los efectos fundamentales de la declaración de incapacidad es la nulidad de los actos realizados por el interdicto después —y en ocasiones antes— de la sentencia que lo incapacita. Para el tratamiento de este tema en profundidad, nos remitimos al extenso y minucioso trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci⁽²¹⁾. Baste aquí con decir que, el art. 1041 del CC, dispone que: “Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria”, el art. 472 dispone que: “Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare” y, el art. 473, que “Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso”. (Este último párrafo fue agregado por la reforma de la ley 17.711).

Por otra parte, la sentencia de incapacidad acarrea como consecuencia la designación de un representante legal necesario del incapaz. Así es que el art. 56 del CC establece que “los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley”. Este representante es el curador (conf. art. 54 inc. 3 del CC), más allá de la representación indistinta o promiscua del Ministerio Público de Menores que prevé el art. 59 del mismo Código.

A su vez, el art. 62 del CC reza que “la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código”.

Por ello es que se ha sostenido que la representación de los incapaces es legal (porque proviene de la ley), necesaria (porque no puede prescindir-
.....

(20) Ver LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., p. 421, n° 606; SALVAT, RAYMUNDO, op. cit., pp. 325/326, n° 711; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 403, n° 386.

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 8, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 9/120.

se de ella), dual y conjunta (porque está conferida a dos representantes: el legal y necesario y el promiscuo) y controlada (porque está sujeta a la aprobación judicial respecto de determinados actos y del fin de la gestión del representante)⁽²²⁾.

Hacemos especial hincapié en la representación de los dementes declarados tales en juicio, para poder determinar si tal régimen de representación puede ser modificado en la forma en que proponen distintos autores y, en su caso, bajo qué condiciones, sin necesidad de introducir una reforma legislativa.

En este sentido, como quedó visto, los representantes legales de los dementes son los curadores que se les nombre. No obstante, bajo las comunes denominaciones de "curador" y "curatela", se designan supuestos totalmente diferentes⁽²³⁾. En efecto, más allá de aquéllos casos que nada tienen que ver con el tema que nos ocupa⁽²⁴⁾, encontramos seis clases de curadores: a) el curador definitivo de un insano o demente, o de un sordomudo que no sabe darse a entender por escrito; b) el curador definitivo de un inhabilitado en los términos del artículo 152 *bis* del CC; c) el curador provisorio o *ad litem*; d) el curador a los bienes o *ad bona*; e) el curador especial; f) el curador del penado en los términos del art. 12 del CP.

Dado que la declaración de demencia convierte al enfermo en un incapaz *de jure*, a partir de ese momento le es designado un curador que lo represente tanto en la esfera patrimonial cuanto en la extra-patrimonial, que cuide de su persona y de sus bienes⁽²⁵⁾. Este es el curador propiamente dicho, el curador definitivo. En efecto, el curador definitivo del interdicto es aquél que designa el juez en la sentencia que declara la incapacidad. Es el que prevé el art. 57, inc. 3 del CC como representante del incapaz. Este curador es quien ejerce los derechos en representación del incapaz, que no puede ejercerlos por sí, en los términos de lo que dispone el art.

.....
(22) Ver LLAMBÍAS, JORGE J., op. cit., pp. 422/423, n° 609.

(23) Sobre los distintos tipos de curatela, ver ROCCA, HERNÁN E., *La curatela en el Código Civil*, publicado en ED 195-980.

(24) Vgr. el así llamado curador de los bienes de los difuntos o de la herencia, arts. 486 y 3540 y cdtes. del Código Civil.

.....
(25) Ver BORDA, GUILLERMO A., op.cit., p. 483, n° 541.

62 del CC ya citado. El art. 475 del CC remite la regulación de la actuación del curador de los incapaces a las reglas sobre la tutela de los menores.

Los arts. 476, 477 y 478 establecen un orden de preferencia para la designación de curador al incapaz (en primer lugar, el cónyuge; en segundo lugar, los hijos mayores de edad como curadores de sus padres; y en tercer lugar, el padre o la madre como curadores de los hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan, a su vez, hijos mayores de edad que puedan desempeñar la curatela).

No obstante ello, la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que dicho orden de preferencia no resulta vinculante para el juez, que puede apartarse de él en caso de que lo considere conveniente en orden a las particularidades del caso, a la idoneidad de los llamados a ejercer la curatela y, en particular, al interés del incapaz⁽²⁶⁾.

Si no existen cónyuges, hijos ni padres en condiciones de ser designados curadores definitivos, el juez deberá nombrar a la persona que encuentre más idónea para ejercer la curatela tomando en consideración el interés del incapaz (art. 391 del CC). Si bien no hay en estos casos una limitación legal para que el juez nombre curador, se ha entendido que debe preferir a otros parientes; ante su ausencia, a amigos o allegados y, ante la ausencia también de éstos, al curador oficial⁽²⁷⁾.

El curador definitivo del declarado inhabilitado en los términos del art. 152 bis del CC, también es designado por el juez en la sentencia de inhabilitación. No obstante, como el inhabilitado es básicamente capaz, con excepción de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y, eventualmente, de aquéllos actos de administración que establezca el juez en la sentencia de inhabilitación, su curador —a diferencia del curador del demente— no lo representa ni puede actuar en su nombre, sino que limita su función a asistirlo, integrando con su conformidad la manifes-

(26) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala L, "P., E.L. s/insania", en *Microsis*, sum. 13262, 12/11/1999, n° 55338; ver asimismo, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala L, 28/10/1994, n° 47177, y 27/02/2001, expte. 57352, ambos en *Microsis*, sum.4391; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala B, 16/02/1995, nro.162144, en *Microsis*, sum. 6212; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala M, 20/04/1998, nro. 235.879, en *Microsis*, sum. 11.154.

(27) Ver ROCCA, HERNÁN E., op. cit.

tación de voluntad del propio inhabilitado; es un curador a los bienes y no a la persona⁽²⁸⁾.

El curador *ad litem* es aquél que debe nombrar el juez, interpuesta la denuncia por incapacidad, para que represente y defienda al denunciado en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva (art. 147 CC), más allá de que la jurisprudencia ha admitido —primero por vía jurisprudencial y doctrinaria; y luego se ha plasmado en los Códigos Procesales— el derecho del denunciado a ejercer la propia defensa —en su caso, con patrocinio letrado— de su capacidad, ofreciendo las pruebas pertinentes, controlando y observando la pericia que se le efectúe o bien recurriendo la sentencia⁽²⁹⁾.

De conformidad con lo dispuesto en el citado art. 147 CC, el art. 626 CPCyC (concordante con los arts. 620 de su similar de la Pcia. de Buenos Aires, 832 de Córdoba, 307 de Mendoza, 684 de Santa Fe, etc.) establece el principio general según el cual al iniciar un proceso relativo a la incapacidad de una persona, el juez debe nombrar necesariamente a un curador provisional, debiendo recaer tal nombramiento en un abogado de la matrícula. El fundamento principal de la designación del curador provisional es, entonces, la tutela en juicio del denunciado⁽³⁰⁾. Por esta razón, se mantendrá en sus funciones “hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda”⁽³¹⁾.

El nombramiento del curador *ad bona*, o curador a los bienes, es una medida cautelar, tendiente a resguardar el patrimonio de la persona denunciada como incapaz, se encuentra previsto en el art. 148 del CC que dispone que “cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandará recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre” y en el art. 471 del mismo Código que establece que “el juez, durante el juicio, puede, si

.....
(28) Ver BORDA, GUILLERMO A., op. cit., t. I, p. 529, n° 593-8.

(29) Ver SALVAT, RAYMUNDO, op. cit., pp. 388/389, n° 851; LLAMBIÁS, JORGE J., op.cit., p. 536, n° 761; arts. 632 y 633 CPCyC.

(30) Ver CIFUENTES, SANTOS y OTROS, op. cit., pp. 276/277, n° 85; FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Astrea, 1999, t.3, p. 393.

.....
(31) Inc. 1 del citado art. 626 CPCyC.

lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino a los bienes, o un interventor en la administración del demandado por incapaz”.

Esta designación, recae en el padre o tutor si el denunciado por demente fuera menor de edad (art. 149 CC). Si no, puede nombrarse a un miembro de la familia o a cualquier persona que el juez juzgue idónea⁽³²⁾.

Por último, “cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare” (art. 61 CC). Estos curadores especiales actúan frecuentemente en casos en que se presentan conflictos entre el incapaz y su representante legal necesario. Es de aplicación el art. 397 —referido a los tutores— que prevé diferentes hipótesis de oposición de intereses entre representantes y representados, no obstante lo cual la enumeración que hace no es limitativa, pudiendo el juez designar curador especial en cualquier caso en que haya intereses contrapuestos.

El sistema del Código Civil ha sido objeto de duras críticas —en muchos casos, acertadas pero, en otros casos, exageradas o directamente erróneas— por parte de quienes pretenden proponer y defender reformas en cuanto al régimen de capacidad de hecho y, en particular, en lo relativo a la representación de los incapaces de hecho.

Así se dijo que “en el total desconocimiento de la libertad individual, sin atender a grados en la incompetencia y desinteresados de la inserción comunitaria del protegido, sustituyen a éste por un representante cuya actuación hace del régimen supuestamente de protección un procedimiento rígido, imperativo, impersonal y sancionatorio que el incapaz vive como un castigo y la familia evita como un estigma difamante que sumergirá a aquél en el total aislamiento disgregatorio”⁽³³⁾. También se dijo que la “sustitución de su persona por el curador” son muestra de un trato discriminatorio y valoración negativa de la persona afectada en la sociedad

(32) Ver BORDA, GUILLERMO A., op.cit., t.I, p. 480, n° 538; CIFUENTES, SANTOS y OTROS, op. cit., p. 296.

(33) TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS LUIS R., “El derecho de autoprotección”, VIII Jornada Notarial Iberoamericana, en *Revista Notarial*, n° 929, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, p. 132.

y la legislación⁽³⁴⁾, que la persona es "humillada" cuando es sometida al régimen de protección del Código Civil⁽³⁵⁾ y que el legislador so pretexto de proteger al incapaz busca prioritariamente la protección de su familia y de terceros, y pone en duda o niega la condición de persona de aquél⁽³⁶⁾. También se entendió que "el instituto 'incapacidad' ha entrado en crisis" y se entendió como prioritario que el legislador acometa la tarea de "revisar y actualizar el régimen bipolar, obsoleto, rígido, casuístico y despersonalizado que regula la incapacidad en el Código velezano"⁽³⁷⁾.

En el mismo orden de ideas y yendo aun más allá, se afirmó que "en realidad en el sistema argentino ser declarado incapaz es encontrarse en una situación jurídica casi más desfavorable que la de una *persona fallecida*"(sic) que al incapaz "la ley lo trata como si jurídicamente hubiera muerto" y que "al incapaz se lo ha olvidado"⁽³⁸⁾.

No desconocemos que estas expresiones han sido mayoritariamente verdidas en orden a proponer y defender reformas en cuanto al régimen de capacidad de hecho y, en particular, en lo relativo a la representación de los incapaces de hecho (tema central de este trabajo), mas no por ello podemos dejar de insistir conque las consideramos, en parte, exageradas y, en parte, directamente erróneas, tanto desde el punto de vista fáctico cuanto del jurídico.

Por más que tenga algunas falencias y aspectos criticables y susceptibles de ser reformados y mejorados (por lo cual celebramos la reforma propuesta en el Proyecto en materia de capacidad y representación, que resultaría un innegable avance en la materia), consideramos a la luz de nuestra experiencia judicial que el régimen de protección de los incapaces ha servido y sirve, si no en todos, al menos en muchos casos para impedir que éstos sean perjudicados en su esfera patrimonial, víctimas de terceros

.....

(34) TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., "La incapacidad como variable", en www.astrea.com.ar y en *Revista del Notariado*, n° 875, Bs. As., enero/febrero/marzo 2004.

(35) Ver *VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, op. cit.

(36) TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., "Derecho de autoprotección", op. cit.

(37) TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., "Derecho de autoprotección", op. cit.

(38) BRANDI TAIANA, MARITEL M., "Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino", en www.astrea.com.ar, punto II.

inescrupulosos (incluso a veces, lamentablemente, sus propios familiares), de su propia falta de discernimiento o de ambos y también, en ocasiones, para proteger y mejorar su salud física y psíquica.

3.2 | El problema del orden público

El art. 21 del CC dispone que: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”⁽³⁹⁾.

Por otra parte, casi todos los autores coinciden en señalar que en el régimen de capacidad de las personas, en general, y en el de la curatela en particular, está interesado el orden público⁽⁴⁰⁾. No obstante, muchos de los que hemos citado —en especial aquéllos que se han dedicado a estudiar el llamado “derecho de autoprotección” o de “autotutela”— mencionan esta circunstancia sin extraer consecuencias de ella, o bien sin vincularla con el resto del desarrollo del tema.

El problema del orden público siempre ha generado y continúa generando enormes dificultades a los juristas, habiéndose dicho que “constituye uno de los temas más complicados y difíciles de la ciencia jurídica”⁽⁴¹⁾ y también que “la dificultad de definir y precisar el concepto de orden público ha desesperado a los jurisconsultos que se han ocupado del tema”⁽⁴²⁾.

Se sostuvo también que “la noción de orden público opera de modo *instrumental*: es como un arsenal que provee los instrumentos de defensa de

(39) Dicha norma es reproducida en el primer párr. del art. 12 del Proyecto.

(40) Ver LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., p. 393, n° 561c; CIFUENTES, SANTOS, op.cit., pp. 228/229, n° 73; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., pp. 393/394, n° 369; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 36, n° 22; ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, *Actos de autoprotección*, en LLBA, abril de 2006, 407 y en *La Ley Online*, cap. II; VARGAS ACEVES, RAFAEL, “Reflexiones ante mi eventual incapacidad”, en *Revista Podium Notarial*, n° 31, Jalisco, Colegio de Escribanos de Jalisco, junio de 2005, pp. 84 y 85; OJEDA URIBURU DE COLOMBRES, MARÍA L., op. cit., n° VI.2; MARITEL M. BRANDI TAIANA, op.cit., parte C) (“Orden Público y Autonomía de la Voluntad”); MOURELLE DE TAMBORRENA, CRISTINA, op. cit., p. 1438.

(41) DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, p.1.

(42) BORDA, GUILLERMO A., “Concepto de ley de orden público”, *Revista Jurídica La Ley*, 58-997, citado por DE LA FUENTE, HORACIO H., op. cit.

aquellos bienes jurídicos (se refiere a los principios generales que atañen a las instituciones consideradas inherentes a la propia organización social y a los intereses generales o públicos o el bien común, todos los que constituyen bienes jurídicos que se tienden a preservar). A veces lo logra a través de la imperatividad de la ley, otras lo infiere a través de la irrenunciabilidad de derechos y deberes, en otras fulmina con la ineficacia los actos que pudieren concluir quienes pretenden avanzar más allá del territorio reservado a la autonomía privada”⁽⁴³⁾.

Sin optar por ninguna de las teorías que pretenden dar una explicación acerca del orden público que abarque todos los supuestos, entendemos, de un modo más pragmático, que se trata de una categoría vacía de contenido, o mejor, dicho cuyo contenido es variable, de conformidad con aquellos valores o bienes jurídicos que el legislador quiera proteger y considere indisponibles en cada caso. Así, sólo respecto de cada institución en particular o —incluso— de cada ley, es posible determinar los valores jurídicos que se pretenden proteger y, como consecuencia, aquellas cuestiones que quedan vedadas a la voluntad de los particulares.

La noción de orden público reviste una innegable importancia práctica, en tanto limita la autonomía de la voluntad de las personas (la que en principio les permite realizar convenciones libremente, según art. 1197 del CC), y establece la existencia de derechos irrenunciables, en tanto no miren sólo al interés individual del titular sino al general⁽⁴⁴⁾.

Sentada esta primera aproximación al tema, podemos preguntarnos cuál es la implicancia del orden público en orden a la regulación legal de la capacidad de las personas. En otras palabras, qué es lo que quieren decir los autores cuando sostienen que en esta cuestión impera el orden público.

Pues bien, lo que quieren decir, básicamente, es que el orden jurídico defiende la capacidad como regla, mientras que las incapacidades son limitaciones excepcionales de tal capacidad, que emanan siempre de la ley y son de interpretación restrictiva, no pudiendo ser la capacidad modificada ni renunciada por el propio interesado; la capacidad es indisponible y, por ende, tanto las normas de fondo cuanto las procesales, que intentan

(43) ZANNONI, EDUARDO A., Prólogo a DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, op. cit.

(44) Ver LLAMBIÁS, JORGE J., op. cit., pp. 164/165, n° 196 a 198.

brindar las mayores garantías en defensa de la capacidad, son de orden público⁽⁴⁵⁾.

Esta somera aproximación a la cuestión, nos sirve para determinar si las propuestas de que una persona designe a su propio curador o disponga respecto de sus bienes para el supuesto de tornarse incapaz, resultan o no compatibles con las disposiciones de orden público que rigen en la materia.

3.3 | Propuestas concretas efectuadas sobre la base de la utilización de otras instituciones jurídicas. Crítica: insuficiencia o inviabilidad

Ante la falta, en nuestro derecho, de una legislación que prevea la posibilidad de realizar disposiciones en previsión de la propia incapacidad, varios autores han propuesto la utilización de distintas instituciones jurídicas vigentes con el fin de suplir un vacío legal en este aspecto y lograr los mismos fines pretendidos u otros similares.

Entre estas propuestas, se destacan como las más importantes las vinculadas al mandato y al fideicomiso.

Como es sabido, el fideicomiso⁽⁴⁶⁾, regulado actualmente por la ley 24.441, es un acto jurídico unilateral o bilateral, según esté constituido por testamento o por un acto entre vivos⁽⁴⁷⁾.

Dispone el art. 1 de la ley 24.441 que “habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de determinados bienes a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

.....

(45) VER LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., p. 393, n° 561c; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 394; CIFUENTES, SANTOS y OTROS, op. cit., p. 228.

(46) Sobre este tema, ver FREIRE, BETTINA V., *El fideicomiso. Su proyección en los negocios inmobiliarios*, Bs. As., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.

(47) Ver FREIRE, BETTINA V., op. cit., p. 52.

Taiana de Brandi y Llorens⁽⁴⁸⁾, sugieren la aplicación de este instituto en casos determinados como ser el de una persona de edad avanzada que quiera retirarse de los negocios y los encomienda a determinada persona, a quien le transmite su propiedad fiduciaria.

En primer lugar, cabe señalar que, planteado de este modo, no se advierte que se trate de un supuesto de incapacidad. Ahora bien, si se supone que la persona se torna incapaz con posterioridad, ¿no podría una de las personas legitimadas según el Código Civil promover un proceso de insania? La respuesta afirmativa es obvia. En ese caso, ¿qué ocurriría con el fideicomiso? Los autores comentados destacan que la ley 24.441 no exige que los bienes sean entregados al fiduciario al celebrarse el contrato de fideicomiso, pero sí para que dicho contrato tenga efectos frente a terceros y nazca así el derecho real (art. 12)⁽⁴⁹⁾. Esto lleva como conclusión que el fiduciante puede posponer la entrega, pero con ello corre el riesgo de tornarse incapaz y ya no poder hacerlo. A su vez, a una edad no tan avanzada, no correría tanto ese riesgo, pero ¿por qué motivo querría constituir el fideicomiso?

Los propios autores citados se hacen cargo de esta crítica, preguntándose quién, estando en la plenitud física y mental, querría entregar sus bienes a otra persona para que se haga cargo de ella durante su incapacidad, dado que ello sería como comenzar a incapacitarse durante la capacidad⁽⁵⁰⁾.

Otro problema que señalan es la imposibilidad de evitar que el fideicomiso que constituye el futuro eventual incapaz sea revocado por su curador y, por último y ello no es ciertamente menor, que el fideicomiso no soluciona el problema del gobierno de la persona⁽⁵¹⁾.

.....
(48) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 19 y 20.

(49) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 21.

(50) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit. Conforme con esta crítica, ver CIFUENTES, SANTOS, "Régimen general de la capacidad y el denominado living will", en *Revista Jurídica La Ley*, 16/02/2006.

(51) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 22/23.

A esto agregamos que, según la ley 24.441, el fideicomiso debe comprender bienes determinados, individualizándolos o al menos describiéndolos, por lo cual se ha entendido que el testador no puede instituir a alguien en la universalidad con carga de recibirla en fideicomiso⁽⁵²⁾. Del mismo modo, quien prevé su propia incapacidad, tampoco podría entregar todos sus bienes en fideicomiso, con lo cual la pretendida solución sería —al menos— parcial.

Queremos señalar además que no advertimos por qué razón podría resultar más ventajoso para un incapaz mayor de edad haber entregado sus bienes en fideicomiso e intentar que el fiduciario se haga cargo de ellos para su cuidado, en lugar de estar sometido al régimen de protección de su persona y sus bienes que establece la ley, con el control judicial y del Ministerio Público de Menores.

Estamos pensando —vale recordarlo— en el supuesto de una persona mayor, quizás de edad avanzada, y mentalmente (y en ocasiones también físicamente) enferma, con muy pocas posibilidades de recuperación y que frecuentemente necesita desembolsar importantes sumas de dinero para pagar internaciones domiciliarias u hospitalarias, salarios de acompañantes o enfermeras, medicamentos, etc.

Como ya dijimos, por otra parte, tampoco la persona puede evitar que se promueva un proceso de insania por parte legitimada para hacerlo y que se le designe un curador a los bienes o luego un curador definitivo. El fiduciario no tendría los deberes y funciones del curador ni tampoco estaría controlado como este último, quedando en definitiva el enfermo más expuesto en cuanto a la protección de su patrimonio. Máxime cuando el fiduciario no tendrá a su cargo, obviamente, el cuidado de la persona del incapaz, y muy frecuentemente las rentas que producen los bienes de los incapaces son aplicadas al cuidado de su persona y su salud. Esta situación podría, entonces, dejar al curador o bien a la familia del incapaz sin recursos suficientes para atender los gastos de enfermedad de este último.

En síntesis, se trata de una figura jurídica pensada para otras situaciones completamente diversas, que no nos parece que sirva para satisfacer

.....
(52) Ver ZANNONI, EDUARDO A., "Eficacia de los fideicomisos 'mortis causa en el derecho argentino (ley 24.441)'" , en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 8, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995, p. 213.

adecuadamente la necesidad de quien quiera realizar disposiciones en previsión de su propia incapacidad u otorgarse su propio curador.

No obsta a esta conclusión, entendemos, que una de las finalidades de la ley 24.441 sea que el fideicomiso sirva como un instrumento para administrar los bienes de los incapaces, motivo por el cual permite que el fideicomiso dure hasta que cese la incapacidad del beneficiario de la fiducia, lo que motivó la inclusión del art. 68 ("El tribunal puede autorizar que los bienes del pupilo sean transmitidos en fideicomiso, a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, hasta la mayoría de edad del pupilo") en el Proyecto de Código Civil de 1998⁽⁵³⁾.

Se trata, evidentemente, por la redacción del artículo, de un supuesto enteramente distinto, pensado para los menores de edad, donde el fideicomiso es constituido por el propio tutor, en el cual, contrariamente a lo que sucede con los incapaces mayores de edad, no suelen existir necesidades económicas actuales del menor que requieran disponer de sus bienes, y hay prácticamente una certeza de que el pupilo va a cesar en su incapacidad al arribar a la mayoría de edad.

En cuanto al mandato, el art. 1869 CC lo define como un contrato que "tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza", si bien algunos autores, criticando esto, lo consideran un acto jurídico unilateral⁽⁵⁴⁾.

Conforme lo dispone el art. 1963 CC, uno de los supuestos en los que cesa el mandato es la incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario.

Ello impide que pueda otorgarse un mandato para que rija durante la futura incapacidad del mandante y tal impedimento se funda, obviamente, en la adecuada protección del incapaz, que exige, como vimos, que su patrimonio sea administrado por sus representantes legales (el necesario

(53) Ver *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, redactado por la comisión designada por decreto 685/1995 (Héctor Alegría, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman), Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.

(54) Ver SPOTA, ALBERTO G., *Curso sobre temas de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971.

y el promiscuo), con el debido control judicial. También se ha descartado para el caso la aplicabilidad del art. 1977 CC (que remite a un supuesto que no vemos tenga relación con el tema que nos ocupa)⁽⁵⁵⁾ y, obviamente, del mandato *post-mortem*⁽⁵⁶⁾.

Respecto de este último, se ha intentado asimilar el supuesto de un mandato destinado a regir luego de la propia incapacidad. No obstante, se omite considerar en este supuesto, que el pacto que permite continuar con el mandato luego de la muerte del mandante (art. 1981 CC) o la posibilidad de que continúe cuando hubiese peligro (art. 1981 CC), sólo se admiten temporariamente, con el fin de no lesionar al mandante, que la obligatoriedad del mandatario se limita a los negocios comenzados que no admiten demora (art. 1969 CC), que el encargo haya sido comenzado (art. 1980 CC), y continúe hasta que así lo decidan los herederos (art. 1980)⁽⁵⁷⁾.

Es evidente, luego de esta breve referencia, que nada tiene que ver esta regulación con la posibilidad de que alguien otorgue un mandato irrevocable para después de tornarse incapaz. Por último, de entenderse posible tal supuesto, no vemos de qué modo podría prohibirse al curador definitivo de un insano revocar dicho mandato.

En cuanto a la posibilidad de que el mandatario actúe sin que se promueva juicio de insania, señalamos que en tal caso no se trataría propiamente de un supuesto de incapacidad, sino en todo caso de falta de discernimiento⁽⁵⁸⁾, y existiría un claro riesgo de anulación de los actos hechos por el mandatario conforme a lo expuesto *supra* en el apartado I.

También se propuso buscar soluciones mediante la constitución de sociedades, la indivisión forzosa que prevén los arts. 51 a 56 de la ley 14.394, la donación con cargo y la renta vitalicia, arribando los autores a la conclusión final de que todas las posibles soluciones comentadas resultan

.....

(55) Sobre los requisitos para la irrevocabilidad del mandato conforme al art. 1977, que no se darían en el caso en estudio, ver LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos*, Buenos Aires-Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, t. II, pp. 275 y 276.

(56) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 23/24.

(57) Ver LORENZETTI, RICARDO L., op. cit., pp. 286 y 287.

(58) Sobre esta distinción, ver LLAMBIAS, JORGE J., op. cit., pp. 537 y 538, n° 763.

inaplicables en tanto se requeriría hacer un uso simulado de los fines del instituto, a veces un cambio legislativo, y exigen construcciones jurídicas “tortuosas e insuficientes”. Además, no darían cabida a disposiciones relativas al cuidado de la persona⁽⁵⁹⁾.

Leguizamón Houssay y Otero pretenden buscar similitudes con la figura del corredor, del contrato de mandato, y también la del testamento, no encontrando que sea ninguna de ellas aplicable al caso. El testamento, si bien podría contener eventualmente alguna disposición de carácter extra-patrimonial, es básicamente una forma de disponer de los bienes y —claramente— una disposición para después de la muerte del testador (art. 3607 del CC)⁽⁶⁰⁾.

En definitiva, ninguno de estos institutos jurídicos se adapta a la pretensión de una persona de disponer de sus bienes y/o designarse curador para el caso de que se dé su propia incapacidad. Se proponen construcciones forzadas, a veces francamente impracticables por no estar conforme a la ley, contrarias al fin para el que fue establecida la institución —totalmente ajena al sistema legal de protección de los incapaces— y en ocasiones dudosamente compatibles o francamente incompatibles con las disposiciones de orden público —y, por tanto, indisponibles— que rigen la materia.

No alcanzamos a comprender tampoco el afán de eludir la protección legal a cualquier precio, bajo riesgo de realizar actos nulos, o de desproteger al propio enfermo. ¿Por qué suponer que con la actuación de un mandatario, sin control de ningún tipo (ni de la persona con discapacidad mental porque no está en condiciones de hacerlo ni del juez o el Ministerio Público porque se oculta la situación y no se promueve el respectivo proceso judicial), los intereses patrimoniales del mandante estarían mejor protegidos que con el régimen legal? Esto sin tomar en cuenta el riesgo de descuidar su salud en caso de no brindársele una adecuada atención médica.

Por otra parte, como ya lo indicamos, nada impide que, en definitiva, se promueva el juicio de incapacidad de la persona por parte legitimada para

(59) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 26.

(60) LEGUIZAMÓN HOUSSAY, JUAN M. y OTERO, MARIANO C., op. cit., n°2.

hacerlo, y se ponga en marcha el sistema de protección que se quiere evitar, pudiendo —como hemos señalado *supra*—, de existir verosimilitud para ello, dictarse medidas cautelares de protección de los bienes del denunciado, que muy probablemente tratarían de hacer caer estas disposiciones de dudosa legalidad, en interés del propio denunciado.

Hasta aquí hemos visto el derecho vigente en la materia, como así también distintas alternativas de intentar encuadrar la llamada *autotutela* dentro de otras figuras jurídicas que se han propuesto y, en definitiva, no nos parecen adecuadas, lo cual lleva a la conclusión de la necesidad de una regulación legal específica, como la propuesta en el Proyecto.

3.4 | Posibilidad de designar al propio curador sin necesidad de una reforma legislativa

Sin recurrir a otros institutos diversos, ¿puede una persona, en el marco del derecho argentino vigente, designar válidamente a quien pretende sea su propio curador para la eventualidad de que se tornara incapaz en el futuro?

Ante la dificultad o imposibilidad de encuadrar o subsumir la figura dentro de otro instituto jurídico, como hemos visto, se afirmó la posibilidad de designar curador para la eventualidad de la propia incapacidad y también de dictarle a éste disposiciones para ese supuesto, mediante escritura pública⁽⁶¹⁾.

De la respuesta afirmativa al interrogante planteado, surge también la creación en nuestro país de los registros de actos de autoprotección a los que hemos hecho referencia al comienzo y sobre los que luego volveremos.

El primer hecho, incontestable, es que ni el Código de Vélez ni la ley 26.657 de salud mental prevén la posibilidad de designar al propio curador. Es el juez quien lo designa, conforme a las pautas que la ley le pone. Es claro que, sobre todo a partir de la ley 26.657, el juez puede y debe oír la opinión del propio incapaz (de hecho, aún antes de esta legislación, muchos magis-

(61) TAIANA DE BRANDI, NELLY A. y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 26 y 27.

trados lo hacían). Pero no es de esto de lo que estamos hablando. Por una parte, ello ya no sería una disposición o designación, sino sólo una opinión. Por otra parte, ya no se trataría de una disposición “en previsión de la propia incapacidad” hecha por una persona capaz sino, directamente, de la opinión de una persona que ya es incapaz. Por último, hay enfermedades que por sus características o evolución no permiten a la persona poder expresar su opinión. En estos casos, nada podría hacerse.

Por otra parte, como ya lo sostuvimos, está fuera de discusión que la regulación de la incapacidad de hecho es de orden público, y analizamos también las razones por las que ello es así⁽⁶²⁾. Por ello entendemos que, de no mediar una reforma legislativa, el modo de designar el curador que el legislador pensó —más allá de que nos parezca o no el mejor o el más adecuado— forma parte de las garantías a las que ya hicimos referencia, siempre en aras de la defensa de la capacidad. Esto más allá —como quedó dicho— de que se oiga al respecto al incapaz.

Esto es —a nuestro entender— ,en principio, suficiente para dar una respuesta negativa al primitivo interrogante. Sin una reforma legislativa, no resulta posible designar al propio curador o disponer otras medidas patrimoniales para el caso de que se produzca la propia incapacidad. Si esa designación o previsiones se hacen, son sólo un elemento más, que el juez podrá o no tomar en cuenta en cada caso, adaptándolas, de ser posible, a la regulación legal. Ello por cuanto no se puede escapar al régimen legal imperativo, de orden público, establecido principalmente a favor de la capacidad y también de la mejor protección de los incapaces.

No obstante, analizaremos los distintos argumentos que se han vertido a favor de la posibilidad apuntada.

3.5 | Distintos argumentos a favor de esta posibilidad. Los arts. 383 y 479 CC

Por una parte, se argumenta sobre lo dispuesto por los arts. 383 y 479 CC, que prevén que los padres, por testamento o por escritura pública para

(62) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit.

que tenga efectos después de su fallecimiento, pueden nombrar tutores a sus hijos menores de edad o curadores a sus hijos mayores de edad incapaces.

Resulta claro que el fundamento de estas disposiciones es el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos menores, al cual la ley pretende de algún modo extender sus efectos más allá de la muerte de los progenitores, en protección de los menores y además del interés familiar, principios que priman en todo el derecho civil de familia, y también la libertad de testar. Analógicamente se extiende la disposición al nombramiento de curadores a los hijos incapaces, lo cual es lógico por la remisión al régimen de la tutela que hace el art. 475 CC.

En cambio, el principal elemento a tomar en cuenta para estimar la procedencia de la designación del propio curador, es la autonomía de la voluntad y su contraposición con el orden público. Adviértase por lo demás que el Código Civil tampoco contempla que los padres puedan designar curador al hijo incapaz salvo en los casos apuntados (obviamente, pues conforme a lo que dispone el art. 478 CC, de estar vivos los padres y los hijos a su cuidado, la ley prevé que los propios padres son los curadores de sus hijos incapaces).

Tampoco resulta cierto que —como se sostuvo— por aplicación del art. 480 CC una persona tenga la posibilidad de designar a su propio curador al elegir tutor para sus hijos menores. El supuesto que el Código Civil prevé es exactamente el inverso: si una persona es incapaz y, por lo tanto, cuenta con un curador que lo representa, y que fue designado por el juez de la insania conforme a las reglas que ya vimos, este último será el tutor de los hijos menores del primero.

Si admitiéramos que una persona puede designar tutor a sus hijos menores en caso de sobrevenir una causal de privación de la patria potestad no imputable a ella (lo contrario sería claramente inadmisibles por el interés de los menores), tal como se admitió en un antiguo precedente jurisprudencial que se basó en una opinión de Busso⁽⁶³⁾ —cuestión que ya de por sí es dudosa y que sería el único supuesto en que los padres podrían designar

.....

(63) 1ª Cámara Nacional en lo Civil, en *Revista Jurídica La Ley*, 61-788.

tutor a sus hijos menores para el caso de volverse incapaces— tal designación bien podría recaer en una persona distinta de las llamadas por la ley a la curatela de él mismo, y no obligaría en modo alguno al juez al momento de designar curador.

Cabe agregar además que la designación de tutor hecha por el padre o madre del menor en un testamento o escritura pública, debe ser confirmada judicialmente. El nombramiento no habilita de pleno derecho al designado sino que la tutela debe ser confirmada y discernida por el juez, defiriéndose así a este último un control de legitimidad y mérito de la designación hecha por los padres⁽⁶⁴⁾.

En definitiva, la ley no prevé el supuesto de que una persona designe a su propio curador para el supuesto de tornarse incapaz y, por tratarse de un régimen de orden público, tampoco entendemos que quepa realizar la interpretación analógica o extensiva de estas normas que se pretende.

No compartimos, por tanto que, como se ha dicho, baste con que la ley no prohíba la designación del propio curador para que ésta esté permitida⁽⁶⁵⁾, por cuanto la ley debería preverlo en forma expresa, para guardar coherencia con el sistema de orden público vigente. De otro modo, podrían —con similares argumentos— introducirse propuestas que parecerían claramente inviables, tales como que una persona pueda incapacitarse por su propia voluntad u optar —para el caso de ser declarado demente en sentido jurídico— por un régimen de protección diferente al que le da la ley.

3.6 | Las normas que prevén situaciones posteriores al fallecimiento de una persona y/o que afectan la disponibilidad de los bienes

En otro orden de ideas, se argumentó acerca de la existencia de “otras normas que prevén situaciones para después de la muerte del causante”,
.....

(64) Ver art. 388 CC; ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Bs. As., Ed. Astrea, 1993, t. 2.

(65) Ver ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. I; ver asimismo TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 29.

citándose entre ellas los arts. 2715 CC y 51 de la ley 14.394 en tanto permiten disponer el mantenimiento de la indivisión de los bienes luego de la muerte del causante y el art. 2613 CC que permite al testador prohibir la enajenación de los bienes por un plazo que no exceda de diez años⁽⁶⁶⁾. Se dijo que “no resulta coherente negar la posibilidad de determinar esa misma forma de administrar, disponer y ejercer los derechos inherentes a la persona porque se encuentre con vida”⁽⁶⁷⁾. También se sostuvo que “si esta normativa permite al causante disponer el mantenimiento de la indivisión de sus bienes *luego de su muerte*, adjudicándole efectos a su voluntad sobre su patrimonio para cuando ya no es persona y, por ende, no es titular de derecho alguno, ¿cómo impedir que alguien disponga acerca de la administración de sus bienes durante su capacidad, en previsión de su incapacidad?”⁽⁶⁸⁾.

Más allá de reiterar que en nuestra opinión no cabe aquí la analogía, sinceramente tampoco advertimos en que encuentran los autores citados, en los casos, tal analogía.

El art. 2613 del CC⁽⁶⁹⁾ prevé una cláusula de inalienabilidad impuesta por el donante o por el testador, que afecta evidentemente a los donatarios o herederos. En cuanto al 2615⁽⁷⁰⁾, prevé algunos supuestos de indivisión forzosa de cosas comunes. En definitiva, se trata en estos casos de la protección de los bienes, y no de la persona. En el caso del testador, para el momento en que se produzca la indivisión, habrá fallecido, por lo que la indivisión afectará a la masa hereditaria y a los herederos; en el caso del donatario, el bien habrá salido de su patrimonio.

No encontramos en cambio que ante una incapacidad sobreviviente los bienes del demente deban ser divididos, por lo cual no se advierte la

.....

(66) ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. I.

(67) ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. I.

(68) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 29 y 30.

(69) Sobre este tema, ver LLAMBIÁS, JORGE J. y ALTERINI, JORGE H., *Código Civil anotado*, 3ra reimp., Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1993, t. IV-A, pp. 412 y 413.

(70) Sobre este tema, ver LLAMBIÁS, JORGE J. y ALTERINI, JORGE H., op. cit., pp. 569/571.

necesidad de disponer indivisión alguna. Los bienes que integran el patrimonio del incapaz previamente a su incapacidad, lo siguen integrando luego de ésta. El incapaz continúa siendo persona y teniendo, por lo tanto, su patrimonio como atributo de la personalidad. Y conserva también la administración y disposición de dicho patrimonio, sólo que por intermedio de su representante legal necesario, con el control del juez y del Ministerio Público de Menores. Dicho patrimonio, además, ha de ser aplicado en el cuidado de su persona, de su salud, y en afrontar, en definitiva, todas sus obligaciones. Y es claro que puede necesitar disponer de algún bien para ello. ¿Cuál sería la ventaja o el sentido de no permitir la enajenación? Ello podría ir en detrimento de la correcta protección del paciente, cuya enfermedad muchas veces requiere de costosos cuidados y tratamientos, que pueden llevar largos años gracias al avance de la ciencia médica. Esta cuestión —además— bien podría no ser prevista por el propio interesado, quien —durante su capacidad— desconoce las circunstancias particulares que su eventual futura incapacidad puede revestir.

Resulta paradójico que, so pretexto de proteger mejor a los incapaces, se busque la aplicación de normas que buscan la protección de bienes o masas de bienes, que no acarrearán perjuicio para el testador (fallecido) o para el donante (en tanto el bien ya no se encuentra en su patrimonio), pero que podrían causar graves perjuicios al interdicto.

Y si se afirma que “no resulta coherente negar la posibilidad de determinar esa misma forma de administrar, disponer y ejercer los derechos inherentes a la persona porque se encuentre con vida”⁽⁷¹⁾, cabe preguntarse si resultará coherente entonces negar a una persona la posibilidad de testar y que su testamento produzca sus efectos luego de producida su incapacidad. ¿Se considerará quizás que la incapacidad es una forma de transmisión de los bienes? ¿O una ocasión para hacerlo, sólo para eludir casi caprichosamente la actuación del curador designado por vía judicial, aun en detrimento del interés personal y patrimonial del propio incapaz?

No podemos sino poner de resalto que, en el régimen del Código de Vélez, y mucho más aun desde la vigencia de la CDPD y de la ley de salud mental 26.657, el régimen de capacidad de hecho o de ejercicio está pen-

.....
.....
(71) Ver nota 6.

sado, primordialmente, para la protección, bienestar y reconocimiento de los derechos de la persona, y no sólo ni primeramente de sus bienes (aunque ello está, obviamente, incluido en las disposiciones). Esto no parece ser tenido en cuenta en las opiniones precitadas.

3.7 | La invocación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre

También se buscó como fundamento legal de este novedoso instituto, la aplicación de distintos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional conforme a lo que dispone el art. 75, inc. 22 CN⁽⁷²⁾. No entendemos el argumento. En primer lugar, la citada Convención —tal como su nombre y su texto lo indican— se aplica a los niños, y no a las personas mayores de edad con capacidad disminuida o restringida. No resulta acertado, tampoco, que el art. 475 del CC autorice esta aplicación en tanto realiza una “remisión genérica al régimen de la minoridad”⁽⁷³⁾, sino que dicha norma sólo remite a las reglas de la tutela para la regulación de la curatela y dice, innecesaria e impropia, que “los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes”, con lo cual sólo se quiso reafirmar el significado y alcances de la incapacidad. En modo alguno significa, por el contrario, una remisión general al régimen de los menores, dentro del cual, por otra parte, la tutela es un supuesto de representación legal excepcional, reservado a aquellos menores que no están sujetos a la patria potestad (art. 377 del CC). Por último, si estamos pensando en la opinión de la persona ya incapacitada (y, por ello, se intenta asimilarla a los niños), como ya hemos dicho, ello nada tiene que ver con la posibilidad de que una persona capaz, prevea la regulación futura de su propia incapacidad.

También se ha invocado la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en tanto reconoce a los seres humanos

(72) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 30 y 31.

(73) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 14; ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. I.

derecho a la libertad, a un nivel de vida adecuado, a la salud, al alimento, vivienda, asistencia médica, etc. y los derechos implícitos del art. 33 CN.

Desde ya que las personas con discapacidad mental deben gozar de todos estos derechos, pero no vemos que ninguno de ellos pueda ser conculcado a través de la aplicación de las normas actualmente vigentes, ni que se asegure su vigencia mediante la designación del propio curador. Tanto en un caso como en el otro se busca garantizar la salud, vivienda, alimentos, etc. del incapaz.

En cuanto a la libertad, no es ilimitada, ni sirve como argumento para sostener en cualquier caso la prevalencia de la autonomía de la voluntad. De otro modo, podríamos argumentar en este mismo sentido para justificar la posibilidad de crear nuevos derechos reales por contrato o disposición de última voluntad (contra lo que expresamente dispone el art. 2502 CC), de omitir las formas exigidas por la ley para la celebración de determinados contratos, etc. O bien, sostener la inconstitucionalidad o tácita derogación, por ejemplo, del art. 1810 del CC, en tanto dispone que las donaciones de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas y vitalicias deben ser hechas por escritura pública.

Recordamos aquí que nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente, porque todos forman un complejo de operatividad concertada⁽⁷⁴⁾ y que la Constitución, en su condición de instrumento armónico de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás⁽⁷⁵⁾. También se dijo que “toda interpretación debe obedecer al principio general de la ‘no contradicción’ del orden jurídico reflejada como norma no ‘meramente programática’ sino ‘operativa’ por nuestra Constitución Nacional (...)”⁽⁷⁶⁾.

Precisamente, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se señala de modo agudo y acertado, y haciéndose cargo la Comisión

(74) CSJN, S.401.XXI, “Schoklender s/causa nro.19889”, 11/08/1988, en ED, n° 293655.

(75) Fallos 167-121, 240-311, 251-86, 256-241, 258-267, 264-416, 306-1217, 308-2268.

(76) C. Fed. Rosario, agosto 10-979, E.D. 86-829.

de una de las dificultades que suelen surgir a partir de una interpretación inadecuada del paradigma neoconstitucional, que los jueces deben tomar en cuenta, al momento de resolver, todas las fuentes, en especial todos los tratados internacionales y, más aun, los tratados de derechos humanos por su contenido valorativo, pero que deben procurar no declarar la invalidez de una disposición legislativa cuando ella puede ser interpretada, al menos en un sentido, de conformidad con la Constitución, siendo su deber intentar preservar la ley y no destruirla⁽⁷⁷⁾. Por su parte, dentro de las fuentes: "se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión *contra legem* que origina litigiosidad necesaria"⁽⁷⁸⁾.

Señalamos, dentro de este punto y como una opinión reciente a favor de la posibilidad de la realización de actos de autoprotección sin necesidad de reforma legislativa, las recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso de Derecho Civil: "IV. La autoprotección de la persona mayor de edad en su persona, salud y bienes. El otorgamiento de disposiciones de autoprotección de la persona, su salud y bienes es perfectamente legal y eficaz, si tenemos en consideración los fundamentos constitucionales y las disposiciones del Código Civil. 1. El documento jurídico idóneo a los fines de garantizar la protección del adulto en su persona, salud y/o bienes, debe ser realizado en instrumento público registrable. 2. Se debe crear un Registro Nacional de Voluntades Anticipadas, que garantice la confidencialidad de datos, determine los legitimados al acceso a la información, establezca las condiciones de accesibilidad para las instituciones hospitalarias públicas y privadas y las situaciones en las cuales su consulta debe ser obligatoria. 3. Se recomienda tener en cuenta la Convención de La Haya del 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos"⁽⁷⁹⁾.

(77) Ver "Fundamentos", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, op. cit., pp. 514 y 515.

(78) Ver "Fundamentos", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, op. cit., pp. 514 y 515.

(79) "Recomendaciones" de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 23 al 25 de septiembre de 2009.

4 | Proyectos de escritura para la designación del propio curador y otras disposiciones para la propia incapacidad. Registros de actos de autoprotección y legislación provincial

Los proyectos de escritura para la designación del propio curador y otras disposiciones para la propia incapacidad existentes, reproducen los fundamentos —ya expuestos— de la aplicación analógica de los arts. 383 y 479 CC, de los derechos que emanan de la Constitución Nacional a través de los Tratados con jerarquía constitucional, en especial la Convención Internacional de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención sobre los Derechos del Niño, indicando la voluntad de designar curador *ad litem* y definitivo a una persona de su elección y disponiendo distintas directivas concretas para el cuidado de la salud y patrimonio de la persona⁽⁸⁰⁾.

Incluyen también en casos algunas cuestiones que deberían claramente constar en un testamento y no en un instrumento de disposiciones para una eventual incapacidad (tales como referencia a los hijos o padres del otorgante o falta de ellos, destino de sus restos mortales, solicitud de cremación o de entierro en tal o cual cementerio) y también se le adjudican erróneamente al curador *ad litem* o curador *provisorio* que actúa durante el juicio de declaración de incapacidad, funciones propias del *curador definitivo*⁽⁸¹⁾.

(80) Ver OJEDA URIBURU DE COLUMBRES, MARÍA L., op. cit., Anexo-Proyectos de Escrituras; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., "Disposiciones de Autoprotección", Conferencia realizada el 12 de septiembre de 2005 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el 12 de septiembre de 2005, inédito, cap. V, punto III; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp.78/96.

(81) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS E., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp.78/96.

Consecuentemente con esto, se han creado en el país, en el ámbito de los Colegios de Escribanos, distintos Registros de Actos de Autoprotección, destinados a registrar este tipo de disposiciones realizadas por medio de escritura pública. Los primeros, en el ámbito de las Provincias de Buenos Aires y de Santa Fe⁽⁸²⁾, y posteriormente en Entre Ríos, San Luis, San Juan, Santa Fe, Chaco, Córdoba y Jujuy⁽⁸³⁾. También se ha puesto en funcionamiento, en diciembre del año 2009, el Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Autoprotección, dependiente del Consejo Federal del Notariado Argentino, que tiene como objetivo reunir y mantener actualizada la información de todos los registros de Actos de Autoprotección de la República Argentina.

Recientemente, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, entró en vigencia la ley 14.334 (BO 16/01/2012), que reformó el Código Procesal Civil y Comercial local, en lo que significa un reconocimiento legislativo expreso del registro de la misma provincia.

Los artículos que incorpora al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, son los siguientes:

“Artículo 619 bis - El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9020/78 y sus modificatorias, quien deberá informar sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas al Juzgado actuante y consideradas especialmente por el Juez al momento de resolver. El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre

.....

(82) Ver Reglamento Registro de Autoprotección, creado mediante resolución adoptada por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires con fecha 23 de abril de 2004, que entró en vigencia el día 1 de enero de 2005, texto disponible en www.colescba.org.ar, y Registro de actos de autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, segunda circunscripción, habilitado el 29 de septiembre de 2006, ver texto en www.rosarionet.com.ar del 27/09/2006.

(83) Ver resolución N° 849 del Registro Notarial de la Provincia de San Juan, resolución N° 2096 del Consejo Superior del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Reglamento de Registro de Actos de Autoprotección aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha 18/12/2007 y modificado el 14/09/2009, etc.

que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza”.

“(…) Artículo 814 - Trámite. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del art. 813. El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9.020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución. El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza”.

5 | La cuestión en el derecho comparado

Si bien no existen en el derecho extranjero demasiados antecedentes sobre esta cuestión, algunos países han realizado recientes reformas legislativas que contemplan la posibilidad de que una persona designe a quien pretende sea su propio curador para el supuesto de tornarse incapaz, o bien realice otras disposiciones relativas al cuidado de su persona o patrimonio ante igual eventualidad.

Para un más acabado conocimiento de los variados antecedentes en el derecho comparado, nos remitimos a lo expuesto por distintos autores al respecto⁽⁸⁴⁾, no obstante lo cual haremos algunas breves referencias.

En Alemania⁽⁸⁵⁾ a partir de la llamada "ley de asistencia" o de "reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad", promulgada el 12/09/1990 y vigente desde el 01/01/1992, se modificó el llamado "derecho de asistencia". El derecho vigente en ese país hasta fines de 1991, preveía la existencia de dos institutos jurídicos diferentes. El primero de ellos, la *interdicción*, procedimiento judicial por el cual se extinguía o reducía la capacidad de obrar, que era procedente en casos de enfermedad o debilidad mental que no permitiera al interesado cuidar adecuadamente de su persona y sus bienes. En este caso, se incapacitaba judicialmente al enfermo y se le designaba un tutor, que lo representaría tanto en la esfera patrimonial cuanto para el cuidado de su persona⁽⁸⁶⁾. No obstante, existía una segunda posibilidad: si la incapacidad se limitaba a ciertos negocios o campo de actividades (vale decir que no se daban las condiciones para la incapacitación pero la persona no podía resolver sus asuntos a causa de una enfermedad o defecto físico o mental), se podía decretar un régimen de curatela a los enfermos, con consentimiento del afectado⁽⁸⁷⁾. En ambos casos, el fin era "(...) proteger los intereses del enfermo y garantizar a los terceros, que entran en relaciones jurídicas con él, por el peligro de que los negocios jurídicos no resulten nulos por la incapacidad de obrar de aquél (...)"⁽⁸⁸⁾.

(84) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 43/62; ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. II; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., "El derecho de autoprotección", en op. cit., pp. 139/142; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *La incapacidad como variable*, op. cit., ptos. 6 y 7; CIFUENTES, SANTOS, "Régimen general de la capacidad y el denominado *living will*", op. cit., punto 7; MOURELLE DE TAMBORNEA, CRISTINA, op. cit., pp. 1435/1437, puntos III y IV; GUINLE, MARCELO, op. cit.; OJEDA URIBURU DE COLOMBRES, MARÍA L., op. cit., pp. 16/20, nro. X; RENDÓN UGALDE, CARLOS, "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado-nueva época*, año IV, n° 11, mayo-agosto de 2006, pp.73/96, entre otros.

(85) Sobre la regulación de la cuestión en el derecho alemán, ver especialmente HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., pp. 55/88; RENDÓN UGALDE, CARLOS, op. cit.

(86) Ver VON THUR, A., *Derecho Civil-Volumen I2 – Las personas*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999, pp. 417 y 418; HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., p. 57.

(87) "Artículo" (por párrafo) 1910 BGB, ver VON THUR, A., op. cit., pp. 417 y 418 y HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., pp. 57 y 58.

(88) VON THUR, A., op.cit., p. 418.

La nueva ley de asistencia, prevé un único instituto jurídico, la *asistencia*, en reemplazo de los dos mencionados anteriormente. Hay más opciones para el Tribunal, que van desde una asistencia para algunos supuestos particulares hasta una asistencia más amplia o a la necesidad del consentimiento del asistente a los negocios jurídicos del asistido⁽⁸⁹⁾.

Esta designación de asistente, puede realizarse sólo a petición del afectado si lo es por una discapacidad física (art. 1896 inc. 1° f.2° BGB) y de oficio por el Tribunal si la afección es psíquica o mental (art. 1896, inc.1 f.1°, BGB)⁽⁹⁰⁾. El procedimiento es sumamente complejo y criticado por tal razón⁽⁹¹⁾.

Por último, cabe señalar que el régimen de asistencia es subsidiario, ya que no es necesaria la asistencia si el afectado ya nombró apoderado con suficientes atribuciones. En efecto, el afectado puede hacer disposiciones para el caso de que se decrete una asistencia, tanto elegir a su futuro asistente cuanto manifestar deseos sobre su gestión. Esto se hace a través del llamado *poder de previsión*, poder que se otorga a un apoderado y que puede hacer innecesaria una asistencia decretada. En la ley está explícitamente prevista la disposición de asistencia, quedando obligado el tribunal a tomar en cuenta las propuestas o deseos del asistido para designar al asistente o para su gestión, y previsto indirectamente el *poder de previsión*, en tanto el art. 1896, inc. 2°, f.2°, BGB, dispone que ante la existencia de un poder otorgado por el afectado no es necesario todavía decretar una asistencia⁽⁹²⁾.

En el Código Civil de Québec, Canadá, se prevén distintas vías alternativas para la protección del mayor incapaz. Así, conforme al grado de incapacidad y necesidades de cada persona, están previstas: la curatela, la tutela y el Consejero del mayor. La primera, establece un régimen de

(89) Ver HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., p. 59; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 55 y 56, n° 30; CIFUENTES, SANTOS, "Régimen general de la capacidad y el denominado *living will*", op. cit., punto 7.

(90) Ver HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., pp. 60/61.

(91) Ver HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., pp. 61/62.

(92) Ver HERTEL, CHRISTIAN, op. cit., pp. 73/77; y TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 54 y ss.

representación del incapaz, la segunda deja al incapaz cierta autonomía, limitándose la representación a determinados aspectos, y el último no representa, sino que asiste a la persona mayor, en casos limitados en el tiempo o en determinados actos. También está previsto el mandato otorgado en previsión de la incapacidad propia, que es un contrato que debe ser otorgado por escritura pública, pudiendo ser aceptado por el mandatario al momento de su otorgamiento o con posterioridad, debe ser homologado judicialmente para su plena validez, y su objeto puede ser la protección de la persona del otorgante, de su patrimonio o de ambos. Tiene una regulación legal específica, tomándose para la interpretación de las obligaciones del mandatario, en caso de duda, a las reglas de la tutela antes que a las del mandato. El mandato otorgado en estos términos subsiste durante la sustanciación, en su caso, de un proceso de incapacidad. En caso de insuficiencia, el mandato puede ser complementado con el régimen de protección establecido judicialmente, coexistiendo en tal caso ambos regímenes. Se tiene por inválida la previsión de que el mandatario pueda renunciar⁽⁹³⁾.

En España, a partir de la ley 41/2003, del 18 de noviembre de 2003, que modificó el Código Civil⁽⁹⁴⁾, se introdujo la posibilidad de que "cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo" (art. 223 CC).

(93) Ver TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pp. 44/50; ANTOLLINI, MARÍA E.; KREBS, MARÍA G. y LEDESMA, MARIELA, op. cit., cap. II; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., "El derecho de autoprotección", op. cit., pp. 140/142; CIFUENTES, SANTOS, "Régimen general de la capacidad y el denominado *living will*", op. cit., punto 7.

(94) Ver Código Civil Español en www.noticias.juridicas.com

El art. 224 del CC establece que las disposiciones aludidas en el artículo anterior “vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. Y el art. 234, que para el nombramiento del tutor se preferirá en primer lugar al designado por el propio tutelado conforme al art. 223, siguiendo luego con el orden de prelación, aclarando nuevamente al final que “excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige (...)”.

A su vez, en el Capítulo IV (“De los modos de acabarse el mandato”), el art. 1732, en su párrafo final, dispone que:

“(...) el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (...)”.

Como vemos, se prevé que el mandato continúe, de ser así la voluntad del mandante, luego de su “incapacitación sobrevinida”, mas hasta que el juez designe tutor o, posteriormente, a instancias de este último. Realmente no vemos el sentido ni la ventaja de mantener vivo un mandato durante el período en que el denunciado está sospechado de incapacidad, dejándolo a merced de su apoderado, sin ningún tipo de control, ni tampoco el hecho de que el mandatario coexista con el tutor, interfiriendo cada uno en la labor del otro, y no permitiendo que el tutor represente plenamente al incapaz, todo lo cual podría redundar en perjuicio de este último.

En Perú, la ley 29.633 del 14 de diciembre de 2010, incluyó en el Código Civil el art. 568-A, cuyo texto es el siguiente: “Facultad para nombrar su propio curador. Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la SUNARP. El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a

efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez. Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador (...)."

6 | Propuestas y proyectos de reforma legislativa

Más allá de las propuestas *de lege lata* a las que hicimos referencia, se han presentado otras *de lege ferenda*, tanto para la regulación de la capacidad en general cuanto para la introducción en nuestro derecho de la figura de las que dimos en llamar "disposiciones en previsión de la propia incapacidad".

El llamado "Proyecto de Código Civil de 1998"⁽⁹⁵⁾, buscó clarificar y simplificar la regulación de la capacidad, suprimió la categoría de incapaces absolutos, estableció que la incapacidad de los interdictos por causas psíquicas lo es en la "medida judicialmente dispuesta" y flexibilizó la norma sobre restricciones a la capacidad de los inhabilitados, dando mayores atribuciones a los jueces⁽⁹⁶⁾. No obstante ello, nada contempló respecto de la posibilidad de designar al propio curador o de establecer disposiciones en previsión de la propia incapacidad.

Es así que algunos autores⁽⁹⁷⁾ propusieron modificar el art. 82 de dicho Proyecto, agregándole un párrafo que estableciera que "El curador atenderá las pautas dispuestas en lo atinente a su persona y a sus bienes por el interdicto cuando era capaz, con las limitaciones que prevé el art. 1252 último párrafo y salvo que circunstancias posteriores varíen las condicio-

(95) Ver *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, 1999*, op.cit.

(96) Ver QUIRNO, DIEGO N., op.cit., p. 913, n° IV.

(97) Ver RIVERA, JULIO C.; TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Proyecto de Reforma al Código Civil: Opiniones. Autocuratela y la subsistencia del mandato a la propia incapacidad*", Bs. As., Academia Nacional del Notariado, inédito, pp. 309/311.

nes en que ellas deben aplicarse” (modificación propuesta por Taiana de Brandi y Llorens).

En cuanto al art. 1252, se propuso agregar un párrafo final que diga, como excepción de los principios generales de extinción del mandato, que “No se produce la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado por escritura pública para continuar luego de la propia incapacidad del mandante o en previsión de ella. El mandato así concebido no puede otorgar al mandatario mayores facultades que las que la ley acuerda al curador (modificación propuesta por Rivera), salvo pronunciamiento judicial que califique la extensión de las facultades y siempre que no se trate de la realización de los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores en el art. 588” (modificación propuesta por Taiana de Brandi y Llorens).

Rivera también propone (a lo cual adhieren Taiana de Brandi y Llorens), modificar el artículo 83 (“Personas que pueden ser curadores”), según el siguiente texto:

“El Tribunal debe discernir la curatela a favor de la persona designada en escritura pública otorgada por el interdicto cuando era capaz. Si ella no acepta, y tampoco lo hacen los sustitutos previstos por el interdicto, la curatela se discierne al cónyuge no separado judicialmente o de hecho. En defecto del cónyuge, el Tribunal puede nombrar a quien tenga mayor solvencia moral y económica entre los hijos, padres y hermanos del interdicto (...)”

Estas propuestas resultan básicamente coincidentes en cuanto a su contenido con las postuladas por Taiana de Brandi y Llorens como modificaciones del Código Civil de Vélez Sarsfield. En efecto, ya en 1996⁽⁹⁸⁾ habían postulado que toda persona capaz debía estar legitimada para establecer directivas y disponer para el cuidado de su persona y patrimonio en caso de sobrevenirle una incapacidad, designar a la persona de su cu-

(98) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 64 y ss.

rador y sus sustitutos o el procedimiento para la elección judicial de éstos; y, por último:

“dar andamio a las directivas por medio de la designación de mandatario, apoderado o no. El comienzo del mandato será: 1) actual, para que el mandatario acompañe al mandante en sus negocios desde el otorgamiento; 2) para que funcione sólo una vez declarada la incapacidad, o 3) para que empiece a tener vigencia luego de la pérdida de la aptitud del mandante y antes de su declaración judicial, cuando esa carencia fuese comprobada por dos médicos o en la forma prevista por el mandante. Será obligación del mandatario iniciar de inmediato la apertura del proceso de incapacidad. Abierto el proceso, el juez designará en todos los casos curador que podrá o no ser el mandatario(...)”⁽⁹⁹⁾.

Sostienen que —contrariamente a lo que sucede en Alemania y Québec donde la existencia del mandato excluye la apertura del régimen de protección de la curatela—, “tanto en la autodesignación del curador como en el mandato de autoprotección hay representación del incapaz”. No obstante ello, distinguen que en la segunda representación, el mandatario o apoderado:

“tendrá la amplitud de facultades querida por el mandante y su actuación no estará sujeta a la autorización judicial, salvo que así lo haya previsto el otorgante. De todos modos, deben excluirse de esa administración, en principio, los actos a título gratuito y los del art. 450 CC, salvo actos singulares previstos por el mandante en forma especialísima”⁽¹⁰⁰⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto, señalan que en estos casos, el curador del incapaz sería quien controle al mandatario y a quien éste le rinda cuentas.

(99) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 64.

(100) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 65.

Consideran que todos los actos mencionados, deben ser otorgados por escritura pública, como forma *ad solemnitatem*, lo que acarreará, entre otras ventajas para evaluar la capacidad del otorgante al momento del otorgamiento, el juicio de capacidad dado por el notario y la fecha cierta⁽¹⁰¹⁾.

Propusieron por último la creación de un registro de mandatarios de protección y de designación de curadores en cada Provincia⁽¹⁰²⁾.

En concreto, Taiana de Brandi y Llorens propusieron sancionar dos nuevos artículos: uno para “regular expresamente la facultad de toda persona capaz que prevea su eventual incapacidad de designar curador y sus sustitutos o el procedimiento judicial para su elección”, otro que regule el llamado *mandato de autoprotección*, y realizar agregados al artículo 152 bis del Código Civil, poniendo como obligatorio para el juez tener en cuenta para la designación de curador en los casos de los incs. 1 y 2, la voluntad expresada por el protegido antes de la disminución de sus facultades; por último, modificar el art. 384 del citado código, disponiendo que los padres pueden nombrar tutor —entendemos que a sus hijos menores aunque el artículo proyectado no lo dice expresamente—, y también:

“disponer las pautas a las que deberá someterse el tutor en su función, tanto en lo atinente a la persona del menor, como en lo que concierne a sus bienes. Estas pautas serán obligatorias mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que ellas deben aplicarse”.

La redacción de los nuevos artículos propuestos es la siguiente:

“Art. 475 *bis*. En previsión de su propia incapacidad, los mayores de edad pueden designar su curador y sus sustitutos o un procedimiento judicial de elección. Salvo que se dispusiere lo contrario, la misma persona se desempeñará en cualquiera de los cargos a los que se refieren los arts. 147 y 471 de este Código. La designación del propio curador hecha durante la

(101) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 68.

(102) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., p. 69.

capacidad es imperativa para el juez, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su posterior remoción. Sólo serán llamados a desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisiese o no pudiese aceptar la persona designada por el propio incapaz, durante su capacidad, o cuando no esté previsto por el otorgante un procedimiento de elección eficaz. Quien conociese su designación en los términos del presente artículo y tuviese conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona queda obligado a iniciar el proceso de incapacidad dentro de los treinta días de tal conocimiento. Los mayores de edad pueden, también, dictar directivas y disposiciones sobre su sobrevida y la atención de su salud y/o para la administración de sus bienes para el momento de su eventual incapacidad. Estas serán obligatorias para quienes deban aplicarlas, mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que deben hacerlo. En todos los casos, los actos deberán otorgarse por escritura pública como forma *ad solemnitatem*".

"Artículo 1963 bis. No se producirá la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad o en previsión de ella. En el último caso, el mandatario sólo podrá actuar luego de que quede firme la sentencia que declare la incapacidad, salvo que el mandante hubiese previsto su comienzo por la sola comprobación de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos. El mandatario así designado que tuviese conocimiento de tal designación y la hubiese aceptado queda obligado a iniciar el proceso judicial de protección en el plazo máximo de treinta días, desde que tuviese conocimiento de la ineptitud del mandante. Los mandatos de este artículo no podrán prever la realización de los actos prohibidos al tutor en el art. 450 de este Código, salvo previsión expresa de negocios singulares, a favor de persona determinada, incluso del mandatario, o determinable. El mandatario deberá rendir cuentas de su gestión al curador con la periodicidad que indique la sentencia judicial que, a su vez, tendrá en cuenta las

previsiones del mandante. En todos los casos deberá dar cuenta inmediata de la realización de alguno de los actos previstos por el art. 443 de este Código, en el supuesto que esté expresamente facultado para ejecutarlos. Además de ejercer el control de la gestión del mandatario, el curador se desempeñará en todas las cuestiones que hagan al incapaz con exclusión de las previstas en el mandato. El curador sólo podrá revocar el mandato por causa justificada, con autorización judicial, previa intervención del ministerio pupilar. Estos mandatos sólo podrán ser otorgados mediante escritura pública como forma *ad solemnitatem*⁽¹⁰³⁾.

Respecto de estos proyectos, no vemos inconveniente a la posibilidad de designar al eventual propio curador definitivo, en los términos propuestos. No compartimos, sin embargo, que la designación del propio curador pueda ser "imperativa para el juez". El interés jurídico a proteger debe ser el del propio incapaz. El juez está obligado a protegerlo, respetando y siguiendo la voluntad del protegido pero aún más allá de ella. Por tal motivo, si la persona propuesta no fuese idónea, o estuviese incapacitada, el juez deberá seguir el orden legal o bien designar a quien entienda más convenga al interés del incapaz, tal como sucede con la tutela testamentaria.

La supuesta "obligación" del designado como eventual curador a "iniciar el proceso de incapacidad dentro de los treinta días" de tomar conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona, aparece como inviable. En efecto, el designado como eventual curador, de no ser una de las personas legitimadas por el art. 144 CC, carecería de legitimación activa para hacerlo. Por lo demás, no se contempla consecuencia para el incumplimiento de tal supuesta obligación, lo cual tornaría a la cuestión irrelevante. Por último, no necesariamente una persona con una enfermedad mental debe ser declarada incapaz, razón por la cual puede haber o no razones de conveniencia para ella para promover o no el proceso según sus necesidades y las circunstancias.

.....

(103) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, op. cit., pp. 69/76; ver también, TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *El consentimiento informado y la declaración previa del paciente*, en www.revistapersona.com, ar, punto VII.

Compartimos la conveniencia de la escritura pública como forma *ad solemnitatem*, en tanto es la mejor tanto para la conservación del instrumento cuanto para la seguridad en la capacidad del otorgante por el juicio que al respecto realiza el notario y la fecha cierta.

En cuanto al largo y complejo art. 1963 *bis* proyectado, nos abre una serie de interrogantes.

En primer lugar, autorizar a que el mandante prevea el comienzo de la vigencia del mandato “en previsión” de la propia incapacidad “por la sola comprobación de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos”, importa la “privatización” de la incapacidad, y también la “autoincapacitación” de la persona, ambas cuestiones inadmisibles por violar el orden público vigente en la materia, que privilegia a la capacidad. Nadie puede ser tomado por incapaz o considerarse a sí mismo incapaz sino es por disposición judicial.

Por lo demás, en este caso, el mandante podría quedar, carente de discernimiento y aún sin curador designado, a merced absoluta del mandatario, que actuaría sin ningún tipo de control, representando la supuesta voluntad de alguien incapaz de expresarla válidamente por su falta de discernimiento. Su actividad sería de este modo —tal como lo expusimos con anterioridad⁽¹⁰⁴⁾— susceptible de nulidad.

Respecto de la “obligación” para el mandatario designado de promover el juicio de incapacidad del mandante, nos remitimos a lo ya expresado respecto del designado como curador.

A más de lo expuesto, cabe recordar que el curador es el representante del insano según la ley y que, para ser incapaz, la persona debe haber sido declarada tal en una sentencia judicial. Recién en ese supuesto, entonces, comenzaría a actuar el mandatario designado “en previsión de la propia incapacidad” ¿Qué papel jugaría entonces el mandatario frente al mandante incapaz y frente al curador de éste? ¿Cuál es el sentido, ventaja o beneficio que surgiría para el incapaz de esta “superposición” de representantes, que eventualmente podrían no ponerse de acuerdo, y

.....

(104) TAIANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., ap. I.

entre quienes podrían por lo tanto generarse conflictos que darían lugar a incidencias? ¿En qué posición quedaría el curador, para representar adecuadamente a su curado, buscar proteger sus bienes y aplicar los frutos de éstos para el restablecimiento de la salud del incapaz si, por ejemplo, se le otorgó al mandatario un amplio poder de administración y disposición de los bienes? ¿Y cuál sería la función del mandatario? ¿Podría actuar por sí, por ejemplo, para disponer de bienes entre vivos, o resulta evidente que requeriría de la conformidad del curador, del Ministerio Público y del juez? No queremos agotar con otros interrogantes vinculados con éstos que puede formular el lector, pero los referidos por nosotros nos dejan sin una respuesta convincente de la necesidad de introducir esta nueva figura.

Por último, señalamos que las eventuales directivas que el otorgante pueda brindar para el cuidado futuro de su persona y sus bienes, siempre chocarán contra diversas circunstancias que no podrá prever, por las razones expuestas en el apartado IV.

Leguizamón Houssay y Otero⁽¹⁰⁵⁾, propusieron introducir la figura del “contrato de designación de curador para la propia incapacidad”, caracterizándolo como un contrato bilateral, oneroso o gratuito, formal (aunque no descartan que la estipulación, en vez de por escritura pública se haga por información sumaria y sea inscripta en un registro), debiendo el juez evaluar la idoneidad del propuesto, no obstante lo cual señalan que el juez debe tratar de respetar la voluntad del causante, pudiendo apartarse de ella solo en situaciones excepcionales. Señalan también la imprescindibilidad del dictado de una sentencia de insania, luego de llevar adelante la totalidad del proceso, en forma idéntica a la actual, con la salvedad de la designación de curador. El curador así designado, claro está, estaría sujeto a las mismas causales de remoción que cualquier otro. Por último, propician la creación de un registro nacional de curadores.

Si bien coincidimos en lo básico con estas propuestas, no podemos dejar de señalar que no vemos tan claramente la existencia de un contrato bilateral, sino que parece que en realidad se trataría de un acto jurídico unilateral, y que la creación de un registro nacional de curadores, si bien

(105) LEGUIZAMÓN HOUSSAY, JUAN M. y OTERO, MARIANO C., op. cit., puntos III a XIV.

podría resultar positiva, nos parece utópica por las inmensas dificultades que acarrearía su implementación.

El senador Marcelo Guinle⁽¹⁰⁶⁾ presentó el siguiente proyecto de modificación del Código Civil: Art. 1.- Incorporar como art. 475 bis del Código Civil de la República Argentina, el siguiente texto: "Art. 475 bis.- Toda persona capaz mayor de edad, en previsión de una eventual futura incapacidad, puede designar mediante escritura pública a una o más personas mayores de edad como sus propios curadores para tomar decisiones sobre actos que le conciernan, en caso de hallarse privada del discernimiento necesario. También puede disponer directivas anticipadas sobre su persona, bienes y salud, así como designar curadores sustitutos para el caso que el primero no quiera o pueda aceptar, pudiendo incluso excluir a determinadas personas. En el mismo acto, se deben prever las normas sobre aceptación, actuación y sustitución de los curadores propuestos. Sólo serán llamados a desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisieren o pudieren aceptar las designadas de conformidad con las previsiones del presente artículo".

Artículo 2.- Sustituir el art. 471 del Código Civil de la República Argentina, por el siguiente texto: "Artículo 471.- El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgare oportuno, nombrar un curador interino a los bienes o un interventor en la administración del demandado por incapaz. La designación del propio curador realizada conforme lo previsto en el art. 475 bis es imperativa para el juez, tanto para el supuesto de curador interino como definitivo, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su remoción en este Código. La misma persona se desempeñará en cualquiera de los cargos a que se refieren los arts. 147 y 148, salvo disposición en contrario". Agrega también otro artículo referido a que el penado (art. 12 CP), pueda elegir a su propio curador.

La posibilidad de designar varios curadores, podría llegar a ser inconveniente respecto del acuerdo en la toma de decisiones y, por ende, para la celeridad y seguridad de actuación. Por otra parte, vemos correcta la aplicación supletoria de las normas actualmente vigentes sobre designación de curador y la posibilidad de designar curador a los bienes.

.....

(106) Expediente n° 3146/06 (modificado por S-3335/06), texto disponible en www.cta.org.ar

También celebramos que no se haya incluido en este proyecto la posibilidad de designar a un lego curador *ad litem* —no obstante, incongruentemente, se menciona tal posibilidad en los *Fundamentos*— ni la cuestionable figura del “mandato de autoprotección”, descartada en forma expresa y acertada por el autor del proyecto en los fundamentos. En efecto, allí expresa que:

“Descartamos la figura del contrato de mandato, por cuanto el mismo evidentemente tiene su ámbito de aplicación durante la capacidad del mandante. ¿A quién le rendiría cuentas el mandatario si el mandante ya no tiene discernimiento, intención ni voluntad (*sic*)? Ese es el motivo por el cual Vélez certeramente dispuso en el art. 1963 que el mandato se acaba con la incapacidad del mandante”.

Lamentamos que en los *Fundamentos* de este proyecto se reitere la confusa argumentación acerca de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por la supuesta remisión del art. 475 del Código Civil mal entendida, a la que ya tuvimos oportunidad de hacer referencia⁽¹⁰⁷⁾.

El proyecto presentado por el diputado nacional Juan José Álvarez, mereció media sanción de la Cámara de Diputados el día 8 de noviembre de 2006⁽¹⁰⁸⁾.

Este proyecto sólo contempla la incorporación de un nuevo artículo al Código Civil: “Art. 479 *bis*: En los casos en que no se den los supuestos de los artículos precedentes, las personas mayores de edad capaces, en previsión de una eventual incapacidad o inhabilidad, podrán proponer por escritura pública, un futuro curador y un sustituto para el caso de que el primero no quiera o no pueda aceptar. Promovida la demanda de insania o inhabilitación, el Juez debe tener en cuenta esta manifestación de voluntad a los fines de la designación del curador (...)”.

El señalado proyecto tiene el valor de intentar una regulación de la cuestión, no obstante lo cual, nos parece criticable el hecho de que se prevea

.....

(107) Ver *supra*, apartado IV.

(108) Expediente 1946-D-2006, ver texto en www.hcdn.gov.ar

que la designación del propio curador sólo pueda hacerse en subsidio, para aquellos casos “en que no se den los supuestos de los artículos precedentes”, lo que lleva a que sería aplicable a muy pocos casos (sólo a aquellas personas que carecieran de los parientes llamados por la ley a ejercer su curatela, o bien que éstos no fueran idóneos para ello)⁽¹⁰⁹⁾. Tampoco concordamos en que se diga que “podrán proponer” ni que “el Juez debe tener en cuenta esta manifestación de voluntad”. Entendemos que es preferible establecer que se puede designar —no proponer— al propio curador, más allá de que el juez deba luego conformar esa designación, tal como sucede con la que se hace del tutor del hijo menor de edad. Y que esto pueda hacerlo cualquier persona, teniendo prioridad el curador designado en escritura pública por sobre aquéllos llamados por la ley, para los casos en que no coincidan, rigiendo el sistema legal en subsidio.

El proyecto del diputado Alvarez fue objeto de otras críticas. Cristina Mourelle de Tamborenea⁽¹¹⁰⁾, señaló que el proyecto resulta “inoperante”, que “en nada modificaría la situación de aquellas personas que previendo su propia incapacidad pudieran nombrar un curador”, y que, para que la reforma propuesta no sea inoperante, sería menester modificar el inc. 4 del art. 1963 CC, que debería decir que el mandato se extingue “por la incapacidad sobreviviente al mandante o al mandatario, salvo que se trate de las situaciones previstas en el art. 479 bis”. No compartimos estas últimas críticas. Más allá de remitirnos a lo que ya sostuvimos respecto del mandato irrevocable, reiteramos aquí que no encontramos vinculación —al menos en nuestro derecho y de no mediar otra reforma al respecto— entre una norma y otra, ya que la coexistencia entre un mandatario y el curador sólo entorpecería la administración de los bienes del incapaz⁽¹¹¹⁾.

(109) De acuerdo con esta crítica, TAIANA DE BRANDI, NELLY, “Designación de curador. Modificación del Código Civil”, en *La Ley-Actualidad*, 30/11/2006.

(110) MOURELLE DE TAMBORENEA, CRISTINA, “La autotutela. Cómo superar la propia incapacidad”, en *La Ley-Actualidad*, 30/11/2006.

(111) De más está decir que el curador no es un simple mandatario, que un mandatario no tendría los mismos derechos y obligaciones que un curador, y que, de coincidir ambos en una sola persona, bastaría con que fuese curador, ya que con esa sola función abarcaría las funciones que podrían ser de competencia de un eventual mandatario.

7 | La regulación propuesta por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo de la Nación. Valoración. Conclusiones

ARTÍCULO 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

ARTÍCULO 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó.

ARTÍCULO 139. Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

La reforma es, a nuestro criterio, completa y adecuada.

En primer lugar, debe destacarse el cambio de paradigma en materia de capacidad del Proyecto respecto del actual Código Civil, de acuerdo con las previsiones de la ley 26.657 de Salud Mental y de la CDPD (ello es expresamente señalado en los Fundamentos), pero corrigiendo felizmente la defectuosa técnica de la primera, que tantas dificultades acarrea, más en consonancia con el Proyecto de 1998 con tanta influencia en todo el articulado.

Se rompe la dualidad capacidad-incapacidad, y también el binomio demencia-inhabilitación, tan criticados por la doctrina, y se regulan las restricciones a la capacidad de ejercicio, dando al juez plenas facultades para restringir la capacidad o bien declarar la incapacidad, determinando en todos los casos la extensión y alcances de tales restricciones o incapacidad (arts. 31, 32, 37 y 38 del Proyecto).

También se pone el acento en la protección de la persona, dejando de lado el sesgo casi puramente patrimonial del Código actual, en consonancia con las tendencias más actuales en la materia, como hemos visto.

Por otra parte, nos interesan particularmente el art. 32 en tanto dispone que “en ambos casos⁽¹¹²⁾, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones” y también que “los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”, el art. 34, titulado “medidas cautelares”, que establece que “durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”; el art. 37 en tanto dispone que la sentencia debe contener “recursos personales, familiares y sociales existentes” y “régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible” y, por último, el art. 38 que señala que “la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos” y que, el juez, respecto de los actos y funciones que limite en la sentencia porque la persona no

.....

(112) Restricción a la capacidad o declaración de incapacidad, según resulta del mismo artículo.

pueda realizar por sí misma, “a fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios”.

De todo lo expuesto queda claro que, en forma concordante con la nueva regulación de la capacidad, ya no son las únicas opciones un curador que represente al incapaz en todos los actos, o que lo asista en los términos del actual art. 152 *bis*, sino que, dado que las restricciones a la capacidad pueden y deben adaptarse a las particularidades y necesidades de cada persona, las posibilidades de asistencia, representación y apoyo son, también, múltiples. Esto está de acuerdo con el sistema de apoyos y salvaguardias del art. 12 de la CDPD⁽¹¹³⁾.

Es así que, tal como se dice en los “Fundamentos” del Proyecto, la noción de incapacidad con representación queda reservada para casos excepcionales en los que, lamentablemente, la persona no tiene posibilidad alguna de dirigir su persona o administrar sus bienes, de lo que se concluye que, en el resto de los casos, se prefieren las medidas protectorias que conserven más la capacidad de la persona en la medida en que ello se pueda.

El Proyecto adopta una postura amplia y acorde con las tendencias más actuales en el tema a nivel mundial, como quedó dicho, pero sin perder precisión ni descuidar aspectos que pudieran llevar a consecuencias indeseadas o a interpretaciones confusas. De este modo permite a cada persona, en el art. 43, requerir al juez la designación de personas de su confianza que lo asistan en todo tipo de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad (acertadamente sin poner limitaciones ni hacer una enumeración casuística, con lo cual puede consistir en cualquier medida que lo ayude a dirigir adecuadamente su persona y administrar su patrimonio) pero, a diferencia de otras propuestas y con muy buen criterio, dicha propuesta no vincula al juez y cuenta en cambio con el debido control judicial —respecto de las medidas de apoyo en sí y —eventualmente— de las personas propuestas para su efectivización— y también, de ser necesario, con la respectiva publicidad frente a terceros.

Si bien el artículo parece remitir a una situación en la cual la persona que ya se encuentra con dificultades para ejercer plenamente su capacidad

(113) Sobre esta cuestión, ver OLMOS, JUAN P. y MARTÍNEZ ALCORTA, JULIO, “Art. 12 CDPD: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino”, trabajo presentado en el *Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos*, Bs. As., 10 y 11 de junio de 2010, ver texto en www.articulo12.org.ar

por sí solo, al momento de hacer la propuesta, no vemos inconveniente en que dicha propuesta sea hecha a modo de directiva anticipada en previsión de la propia incapacidad.

Por otra parte, el art. 139, referido a aquellos casos en que no queda otra solución que acudir al régimen —ahora excepcional— de la representación, como quedó visto, prevé expresamente que cada persona pueda designar anticipadamente a quien haya de ser su curador (es la primera opción que pone el Proyecto para la designación de curador) y establece —también acertadamente, por los fundamentos que ya hemos dado— que tal designación debe ser aprobada judicialmente. La posibilidad de designar al propio curador también resulta del art. 60.

Precisamente, una lectura apresurada de este último artículo, nos puede llevar a la conclusión de que el proyecto prevé —tal como otros proyectos que hemos visto y criticado— la posibilidad de conferir mandato en previsión de su propia incapacidad. Es decir, un mandato destinado a extender su vigencia durante la incapacidad del mandante.

No obstante, en el contexto del artículo, y considerando también su título, es claro que se está refiriendo exclusivamente a las “directivas médicas anticipadas”, y no a un mandato a otros fines o con otros alcances. Se trata —como después lo explicita el propio artículo— de la posibilidad de designar a la persona o personas que puedan expresar su consentimiento para tratamientos médicos.

Si alguna duda cupiese, ella se desvanece si interpretamos al artículo en cuestión conjuntamente con las disposiciones de los arts. 380 inc. h (“El poder se extingue(...) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”) y 1329 (“El mandato se extingue(...) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario”).

Un tema que puede acarrear seguramente que alguna opinión se alce en disidencia, es el hecho de que el Proyecto, contrariamente a otras propuestas que hemos visto, a la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina y pese a la existencia de los Registros de Autoprotección en el ámbito de los Colegios de Escribanos locales, no exige que las directivas en previsión de la propia incapacidad sean hechas en escritura pública. De este modo, caen dentro de la libertad de formas que prevén los arts. 262 y 284 del propio Proyecto.

No hay en los Fundamentos una explicación de este apartamiento de la opinión mayoritaria, no obstante lo cual podemos intentar deducirla.

Si bien compartimos —como quedó dicho— la conveniencia de la escritura pública como forma *ad solemnitatem*, por ser la mejor tanto para la conservación del instrumento cuanto para la seguridad en la capacidad del otorgante por el juicio que al respecto realiza el notario y la fecha cierta, entendemos que el Proyecto quiso priorizar que las personas puedan manifestar válidamente su voluntad en este punto con toda libertad, sin atarse a formalidades determinadas. Quizás podría haberse previsto —como para los testamentos— diversas formalidades. De todos modos, también es positivo buscar las mayores posibilidades de que todas las personas puedan expresarse en este sentido, lo cual se hará, habitualmente, por escritura pública, merced a los registros provinciales de autoprotección que, seguramente y de prosperar el Proyecto, se multiplicarán. No obstante ello, de no optarse por esta forma, será —en definitiva— un problema de prueba en cada caso.

En definitiva, concluimos, el Proyecto prevé la posibilidad de que las personas puedan realizar directivas en previsión de la propia incapacidad, respondiendo a un reclamo de la doctrina más autorizada y de la sociedad toda, y en consonancia con los tratados internacionales suscriptos por el Estado argentino y con las legislaciones más avanzadas en la materia.

Podemos señalar notorias ventajas respecto de otros proyectos y propuestas que hemos visto: la regulación es clara y concisa, no incurre en confusión entre distintas instituciones jurídicas, no se limita al aspecto puramente patrimonial, sino que por el contrario prioriza el cuidado de la persona; no deja a la persona con capacidad restringida a merced de los particulares, en una suerte de “privatización” del régimen de capacidad, sino que mantiene las garantías provenientes del control judicial y del Ministerio Público de menores e incapaces.

A todo esto se agrega la ventaja de la inclusión de estas previsiones dentro de un sistema novedoso y totalmente coherente respecto de la capacidad de las personas, conforme a los nuevos paradigmas en la materia.

Damos pues una calurosa bienvenida a la propuesta del Proyecto en materia de disposiciones en previsión de la propia incapacidad.

Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

por SANDRA M. WIERZBA⁽¹⁾

I | Introducción

El propósito de este trabajo es analizar la propuesta de regulación en materia de cuidados y decisiones sobre la salud de los adolescentes, del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci⁽²⁾. Tal propuesta fue respetada textualmente en el

(1) Abogada y Doctora en Derecho. UBA. Profesora Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA y de Posgrado en UBA, UCA y UMSA (Bioética y Obligaciones). Autora y coautora de distintos libros y artículos sobre su especialidad. Directora del Proyecto "Lectores para la Justicia", acreditado UBACYT y DECYT 2012-2014.

(2) La coordinación general de esta iniciativa estuvo a cargo del Dr. Miguel F. De Lorenzo. Hubo, a su vez, participación de profesores especializados, del público en general, y de casi cien juristas organizados en equipos de trabajo por especialidad. La autora del presente texto, formó parte de la Comisión de Bioética, junto con los Drs. Salvador D. Bergel, Lily Flah y Eleonora Lamm. Corresponde aclarar que el presente análisis tuvo lugar durante los meses de junio y julio de 2012, cuando el Anteproyecto ya fue valorado por el Poder Ejecutivo Na-

Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de la Nación, y se encuentra actualmente a estudio por la Comisión bicameral para la reforma.

Sobre el particular y según sus propios fundamentos, se han tomado como antecedentes esenciales para la redacción del citado Anteproyecto, la Constitución Nacional reformada en el año 1994, los Tratados internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados, los procesos de integración y codificaciones latinoamericanas, los Proyectos y Anteproyectos de reforma previos⁽³⁾, la doctrina y la jurisprudencia. En general, tales textos han tenido gran trascendencia en la regulación e interpretación del tema que nos ocupa, que fue prácticamente obviado en el Código Civil vigente, por no constituir una cuestión de verdadero interés a la época de su redacción.

Es así que, acompañando la trascendencia que el Derecho a la Salud y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes presentan en los mencionados antecedentes, y a la luz de ciertos valores y principios esenciales como la igualdad, la no discriminación, y el respeto por los derechos de los integrantes de una sociedad multicultural, se procede a la regulación de tales derechos desde distintas perspectivas, en una obra en la que se patentiza la idea de constitucionalizar el derecho privado.

Cabe asimismo señalar que, si bien el ordenamiento bajo estudio se propone ordenar y actualizar el Código Civil y el de Comercio sin sustituir la legislación especial que ya integra o complementa tales cuerpos legales, éste lógicamente deroga una serie de disposiciones que en forma literal o adaptada, quedarían incorporadas al nuevo texto desde su entrada en vigencia⁽⁴⁾. Tal derogación no se aplica en principio a norma sanitaria algu-

.....
cional, que propuso algunas reformas en materias diversas, no así en aquellas que aquí son objeto de estudio. El texto en cuestión se encuentra actualmente en proceso de examen por una Comisión Bicameral del Poder Legislativo, con miras a su consideración en el plenario, en sesiones ordinarias del año en curso.

(3) Anteproyecto de 1926 (Bibiloni); Proyecto de 1936; Anteproyecto de 1954 (Llambías, director), Proyecto de Unificación de 1987 (HC Diputados); Proyecto de Unificación de 1993 (Comisión Federal HC de Diputados); Proyecto Comisión decreto PEN 468/1992 (Proyecto 1993 PEN); y el Proyecto Comisión decreto PEN 685/95 (Proyecto 1998).

(4) Según el proyecto de ley aprobatorio del Código Civil y Comercial, se derogan las siguientes leyes: 340 (Código Civil); 15 y 2637 (salvo ciertos arts. que se incorporan a ley 20.094, de Navegación); 11.357 (Capacidad civil de la Mujer); 13.512 (Propiedad Horizontal); 14.394

na, y consecuentemente, ante cualquier diferencia entre la letra del Anteproyecto y las disposiciones especiales que regulan el Derecho a la Salud, podrá resultar crucial la tarea del intérprete.

Y veremos asimismo, que las propias disposiciones del Anteproyecto sobre actos que comprometen la salud de los adolescentes requieren de una interpretación armónica, máxime, ante la variedad de supuestos a los que podrán resultar aplicables, y en tanto proponen consagrar un mayor espacio de autonomía para los jóvenes, respetando su “interés superior”.

En este trabajo, nos proponemos reflexionar sobre los alcances de las normas que aparecen en el Proyecto, sus posibles efectos sobre la realidad y los nuevos conflictos que su implementación podrá suponer. En cambio, no abundaremos en los fundamentos doctrinarios de la reforma estudiada, porque se han escrito ya muchos y muy buenos trabajos al respecto⁽⁵⁾,

.....

(Menores y familia – Ausencia, Bien de familia); 18.248 (Nombre); 19.724 y 20276 (Prehizionalidad); 19.836 (Fundaciones); 21.342 y 23.091 (Locaciones urbanas —salvo art. 6—); 25.509 (Derecho real de superficie forestal) y 26.005 (Consortios de cooperación). A su vez, se derogan arts. determinados de las leyes 19.550 (Sociedades comerciales) —a este respecto, el PEN produjo variadas modificaciones, y anticipó su propósito de elaborar un proyecto de reforma integral—; 20.266 y sus modificatorias (Martilleros y corredores); 24.441 (Fideicomisos); 25.248 (Leasing); 26.356 (Tiempo compartido); decreto 1798/94 (Defensa del Consumidor).

(5) BELOFF, MARY, “La traducción latinoamericana de la Convención sobre Derechos del Niño”, en Lily Flah (dir.), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Errepar, 2011, p. 17 y ss.; CAMELO, GUSTAVO, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n° 1, Ediciones Infojus, p. 73, ver texto en: http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PRIVADO_A1_N1.pdf; DEL MAZO, CARLOS “Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529”, *DFyP*, 01/07/2010, p. 212; FAMÁ, MARÍA V.; HERRERA, MARISA y REVSIN, MOIRA, “¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-A, pp. 237/250; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMA, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Bs. As., Ediar, 2006, T.I; GORVEIN, NILDA y POLAKIEWICZ, MARTA, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *ED*, 165-1288; GROSMAN, CECILIA P., “El interés superior del niño”, en Cecilia P. Grosman (dir.), *Los Derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad*, Bs. As., Universidad, 1998, vol. 1, pp. 23/75; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en Guillermo A. Borda (dir.), *La Persona Humana*, Bs. As., La Ley, 2001, vol. 1, pp.249/286; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO J., “El derecho de familia desde la Constitución nacional”, Bs. As., Ed. Universidad, 2009, p. 20 y ss; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. y MURGA, MARÍA E., “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2006-A, p. 1045; MINYERSKY, NELLY “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Abeledo Perrot, vol. 43, pp. 131/169; MINYERSKY, NELLY y HERRERA,

y en tanto que no cabe duda que las disposiciones bajo análisis responden a una alternativa válida de regulación concreta de lo dispuesto en textos fundamentales vigentes.

2 | Las normas relevantes

En esencia, son dos las disposiciones que definen los alcances de las decisiones que los adolescentes podrán tomar sobre su salud, en el contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación:

A. Necesidad de contar con aptitud física y psíquica para otorgar el consentimiento informado en materia de salud

De acuerdo al art. 59 del Anteproyecto: "El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...) Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

La disposición es clara en el sentido de que no se requiere de capacidad jurídica para tomar este tipo de decisiones, sino de "aptitud" o "competencia"⁽⁶⁾. Ello responde a un criterio ya tradicional en nuestra

MARISA, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, pp. 43/70; MIZRAHI, MAURICIO, "Los derechos del niño y la ley 26.061", *La Ley*, 2006-A, p. 858; NICOLAU, NOEMÍ L., "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad y su imagen", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-B, p. 1151; RINESSI, ANTONIO J., "La capacidad de los menores", en *Anales 2004*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2005, pp. 75/105; y SOLARI, NÉSTOR, "El Derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el Proceso Judicial", en *DJ*, 2005-3-1053 y en Inés M. Weinberg (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal Culzoni, 2002, entre variados trabajos.

(6) Si bien este término, traducido del inglés *competence*, es de uso ya habitual en Bioética y en nuestro lenguaje, preferimos el vocablo "aptitud", pues en español, aquel cuenta con

doctrina, según el cual el consentimiento informado no supone un acto jurídico, sino una mera manifestación de voluntad no negocial —**simple acto lícito**⁽⁷⁾—, o bien un derecho personalísimo⁽⁸⁾.

En cualquiera de tales supuestos, la facultad de las personas de decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico, no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud.

Así, se admite que la posibilidad fáctica de expresar la propia determinación es susceptible de alterarse fácilmente en el caso de enfermedad física o psíquica. Y, a su vez, es dable considerar que en ciertas etapas de la vida puede existir mayor vulnerabilidad para la toma de decisiones, en personas que no han sido declaradas (**ni son pasibles de ser declaradas**) incapaces, que, sin embargo, requieren de la ayuda de un familiar o allegado para expresar su voluntad informada al tiempo del acto médico (**por ejemplo: adultos mayores, según procesos que tienen un componente individual relevante**).

Pero de otro lado, la disposición comentada también supone que los menores de edad, y en especial los adolescentes, pueden y deben considerarse facultados para aceptar y consentir por sí mismos ciertos tratamien-

.....

acepciones fuertemente ligadas a la idea de disputa (ver Real Academia Española, 22da. ed., en <http://www.rae.es>).

(7) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Ad Hoc, 2003, cap. V, pp. 81/177. Dentro de esta postura —que acepta el carácter de manifestación de voluntad no negocial del consentimiento informado—, José W. Tobías entendía que la autodeterminación del menor con discernimiento quedaba limitada por los poderes emergentes de la patria potestad, ver TOBIÁS, JOSÉ W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, en *ED*, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, en *Academia Nacional de Derecho* 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 - *DFyP*, p. 171.

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000; y en Guillermo A. Borda, (dir.), op. cit., p. 249; LVALLE, OLGA O., “Consentimiento informado en adolescentes”, en *JA*, número especial: Bioética, 01/11/2000, p. 56. Ver asimismo BENAVENTE, MARÍA I., “El

tos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta⁽⁹⁾.

Y aunque de ser necesario, una última determinación siempre quedará en manos de los tribunales, la *lex artis* y la costumbre hacen que, por lo general, sea el médico tratante quien decida acerca de la aptitud, en base a criterios que desde el ámbito médico se van pautando.

Como se observa, la postura recogida por el art. 59 citado, se traduce en la simplificación de las reglas jurídicas en todo aquello que se refiere a decisiones sobre procedimientos médicos a realizarse sobre el propio cuerpo. En apoyo de esta conclusión, se erigen otras normas del propio Anteproyecto⁽¹⁰⁾ y asimismo sus "Fundamentos"⁽¹¹⁾, cuando al distinguir los conceptos de capacidad de derecho y de ejercicio, destacan las importantes modificaciones introducidas a esta última categoría, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad; las permanentes referencias a nociones como "edad y grado de madurez"; la necesidad de previsión legal de las restricciones a la capacidad; la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas; y la incorporación de la categoría de "adolescente".

Y esta simplificación también encuentra sustento en la propia letra de la ley, cuando se refiere a quiénes son las personas llamadas a decidir en caso de no poder hacerlo el enfermo. Tales personas incluyen al "conviviente" y al "allegado", quienes, por lo general, no son los representantes legales legitimados para actuar ante la **incapacidad** del interesado, sino simplemente, sujetos que se ocupan de la atención del paciente y que el legislador asume que podrán representar adecuadamente su interés, en aquello que concierne a los cuidados de su salud.

.....
respecto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado", en *ED*, 186, p. 1344.

(9) Ver asimismo LAVALLE, OLGA O., "El consentimiento informado en adolescentes", en *JA*, 2000-IV-1067; y SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Sobre la capacidad de los menores de edad para consentir la realización de tratamientos médicos", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-D, p. 1281.

(10) Por ejemplo, el art. 639 referido a la responsabilidad parental, entre otros.

(11) Por ejemplo, al referirse al cap. 2, a la "Capacidad".

B. Los menores de edad y el ejercicio de sus derechos: pautas legales

A su vez, el art. 26 del Anteproyecto regula aspectos trascendentes referidos a variadas áreas del ejercicio de los derechos por parte de las personas menores de edad. En este sentido, la actuación por intermedio de los representantes legales luce como principio general, mas se aclara que quienes cuenten con edad y grado de madurez suficientes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, consagrándose el rol del abogado del menor para supuestos de conflictos de intereses con sus representantes legales.

Además, se reconoce expresamente a los menores el derecho a ser oídos en juicio y a participar en las decisiones sobre su persona, en un todo de acuerdo con la normativa fundamental e infraconstitucional vigente⁽¹²⁾, y en materia de salud se dispone expresamente: "Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

El texto citado es novedoso para la ley civil general, y despierta una serie de interrogantes sobre los que vale la pena reflexionar. En este sentido, cabe preguntarse: ¿acaso se trata de nuevos límites de edad rígidos, al estilo de los previstos en el Código Civil de Vélez Sársfield para el inicio del discernimiento para actos lícitos e ilícitos?; ¿cómo interpretar esta re-

(12) Así, por ejemplo, el art. 3 b), ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en BO 26/10/2005, recoge las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) y dispone sobre el respeto al interés superior del niño, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. En sentido similar, en los arts. 24 y 27, ley 26.529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, se establece expresamente que: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud" (art. 2, inc. e)).

gla de derecho en forma armónica con la que surge del art. 59, antes analizado?; ¿qué criterio habrá de prevalecer cuando la legislación especial —sanitaria— consagre una pauta diferente? Y sobre todo: ¿cómo aplicar esta disposición, atendiendo al interés superior del niño o adolescente?

Seguidamente, intentaremos responder a ese tipo de interrogantes.

3 | Sentido y alcances de las normas sobre autonomía progresiva en el Anteproyecto. Una primera aproximación

De acuerdo a nuestra interpretación, tanto el art. 59 del Anteproyecto, referido al consentimiento informado, como su art. 26, sobre ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, resultan claras expresiones del principio de autonomía progresiva, que implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez. Suponen la regulación integral y sistemática de la materia que viene reclamando la doctrina⁽¹³⁾, y requieren de una interpretación armónica.

Las edades señaladas en el art. 26 se asocian a una presunción *iuris tantum* a ser aplicada con cautela, a tenor del contenido del citado art. 59 y de los valores comprometidos. Tal lectura del texto, se apoya además en cues-

.....

(13) Ver LAVALLE COBO, JORGE, "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: La capacidad de los menores", en Suplemento Actualidad, *Revista Jurídica La Ley*, 24/11/2011. Allí, con relación a la posible reforma del Código Civil la Comisión n° 1 propició: "1. Se dé un tratamiento integral y sistemático al tema de la capacidad de las personas físicas sobre la base de las ideas de 'autonomía' y 'capacidad progresiva' (unanimidad) (...) 5. Con relación al discernimiento, se confiera cierta flexibilidad al sistema como lo preveía el art. 248 del Proyecto de Código Civil de 1998 (...) 8. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, su derecho a ser oído y los principios de autonomía y capacidad progresiva, se adopten reglas precisas sobre la participación del menor en los actos de disposición de sus derechos personalísimos (unanimidad)". De *lege ferenda* fue opinión unánime de la Comisión que en una reforma del Código debía establecerse en forma integral un sistema de atribución progresiva de capacidades a los menores, el cual podría ajustarse en ciertos casos en función del efectivo discernimiento que los mismos tuvieran acerca de determinadas cuestiones. Y, para evitar la práctica de "judicializar" todas las cuestiones relacionadas con el ejercicio de sus derechos personalísimos, se proponía adoptar reglas precisas sobre la participación de los menores de edad.

tiones fácticas insoslayables, que incluyen la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de una misma edad. En esa medida —**pensamos**—, tales edades no deben considerarse como pertenecientes a categorías rígidas.

También exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamientos que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo.

Y lo cierto es que en la actualidad muy pocos procedimientos médicos podrán ser calificados de no invasivos, ni riesgosos⁽¹⁴⁾. Además, si de la definición de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años para decidir un tratamiento médico en forma autónoma, se impone una mirada aun más cuidadosa, teniendo en cuenta que su interés superior y la responsabilidad parental son principios también concernidos en forma esencial.

4 | Anteproyecto y las normas especiales: diferencias en materia de edad para tomar decisiones autónomas sobre la propia salud

Anteriormente nos preguntábamos qué norma debería prevalecer, si frente a un mismo procedimiento médico a practicarse en un adolescente, una ley especial fijara la autonomía decisoria en una edad diferente a la prevista en el Anteproyecto —**y éste fuere ya ley, claro**—.

(14) Queda claro que hasta la ingesta de la tan difundida aspirina puede generar riesgos severos para determinadas personas. Como ejemplo de ello, ver "No descartan que una aspirina haya causado la hemorragia de Carlos Fuentes", en diario *La Nación*, 16/05/2012, ver texto en <http://www.lanacion.com.ar/1473669-no-se-descarta-que-una-aspirina-haya-causado-la-muerte-de-carlos-fuentes>; y "¿Carlos Fuentes murió por una aspirina?", en diario *Infobae*, 15/05/2012, ver texto en: <http://america.infobae.com/notas/50511-Carlos-Fuentes-muri-por-una-aspirina>, donde se expresa "No descartan que una aspirina haya causado la hemorragia de Carlos Fuentes. El médico que atendió al escritor al ser hospitalizado opinó que ese medicamento pudo haber desencadenado el sangrado que derivó en su muerte".

Los conflictos imaginables son múltiples, pues múltiples son también las leyes sanitarias vigentes, cuyos objetos son tan variables como ciertos procedimientos médicos (**leyes de contracepción voluntaria, de trasplantes de órganos, de sangre —que regula las transfusiones sanguíneas—**), algunas enfermedades en particular o su prevención (**leyes sobre lucha contra el SIDA, contra el Mal de Chagas, Profilaxis contra la Rabia, etc.**), y aspectos generales de la atención de la salud (**Ley de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, leyes de salud sexual y reproductiva, etc.**)⁽¹⁵⁾. A su vez, coexisten en nuestro país normativas sobre salud, otorgadas a nivel nacional y provincial.

A continuación, nos referiremos a algunos ejemplos, de tal modo de reflexionar acerca de si es posible proponer principios generales para la cuestión en estudio, o bien si se impondrá una interpretación casuística.

4.1 | Trasplantes de órganos

De acuerdo al art. 15 de la Ley de Trasplante de Organos⁽¹⁶⁾, sólo está permitida la ablación de órganos o tejidos **en vida** con fines de trasplante, sobre personas mayores de dieciocho años, con las limitaciones de parentesco allí previstas⁽¹⁷⁾.

En la jurisprudencia argentina se han presentado algunos pocos, pero trascendentes fallos, en los que el límite de edad para ser donante constituyó una cuestión central de discusión⁽¹⁸⁾. Allí se discurió sobre si la ley sanitaria imponía una incapacidad de hecho o de derecho, considerándose si el consentimiento del menor podía ser suplido o complementado por sus progenitores o por un juez, entre otras cuestiones.

.....

(15) Puede verse un extenso tratamiento del tema en GARAY, OSCAR, "Tratado de la Legislación Sanitaria", Bs. As., La Ley, 2012.

(16) Ley 24.193, texto actualizado por Ley 20.066, BO 22/12/2005.

(17) En cambio, para el caso de donaciones de médula ósea, el mayor de dieciocho años puede ser donante sin límites de parentesco, y el menor de esa edad también puede ser donante, siempre que cuente con autorización de su representante legal y que se respete el límite de parentesco previsto en el art. 15. El carácter renovable de tal órgano, justifica el diverso tratamiento legal asignado.

(18) Uno de los máximos exponentes sobre el tema, se conoce como: CSJN, caso "Saguir y Dib, Claudia Graciela", 1980, *Fallos* 302:1284.

Las disposiciones sobre autonomía progresiva incluidas en el Anteproyecto permiten nuevos planteos sobre algunas de estas cuestiones. En este sentido: ¿qué sucedería si un joven de dieciséis años decidiera en forma autónoma donar en vida un órgano no renovable, a tenor del texto de los arts. 26 y 59 comentados?; ¿Y si de acuerdo con sus progenitores, tal decisión tuviera lugar a los trece o catorce años, teniendo en miras la salud de un hermano del adolescente-dador?⁽¹⁹⁾.

Nos parece que no puede resolverse en abstracto ese tipo de interrogantes. Sí cabe destacar que, en estos casos, la decisión sobre la salud del joven tendrá por fin generar un beneficio a un tercero (**el receptor**) e involucrará un procedimiento médico generalmente mutilante (**para el dador**). Así las cosas, la postura más rígida prevista por la ley especial encontrará un claro justificativo, máxime teniendo en cuenta el carácter provisorio de muchas de las decisiones que se toman en la adolescencia. Sin embargo, ciertas circunstancias vitales podrán justificar una interpretación *ad hoc*, que priorice otros aspectos.

Finalmente, resulta de interés comentar que la Ley de Trasplantes (**24.193 en su redacción original**), exigía ser mayor de dieciocho años para donar órganos cadavéricos, pero desde su modificación en el año 2005, toda persona puede autorizar expresamente la ablación de órganos y tejidos de su propio cuerpo **para después de su muerte**, sea con fines de trasplante, estudio o investigación, sin límites de edad. Ello no sólo parece acorde a las características del procedimiento, sino propio de un tácito reconocimiento del principio de autonomía progresiva.

4.2 | Procedimientos de extracción de sangre a diversos fines

La extracción de una mínima cantidad de sangre con fines de investigación de un delito penal, o ligada al derecho a conocer la verdad (**en casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al restablecimiento del orden institucional**), han sido cuestiones que interesaron

(19) CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN, en *ED*, 133-105. Ver asimismo, BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., "La ablación de órganos de un insano", en *ED*, 133-615; y RIVERA, J., "Actos de disposición de los derechos de la personalidad: actuación por los representantes legales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 6, p. 97 y ss.

especialmente al Derecho, y sobre las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió pronunciarse en distintas oportunidades.

Y si bien el debate central en estos casos no fue la edad del sujeto examinado al momento de la prueba⁽²⁰⁾, se observa que allí se atribuyó a tales extracciones sanguíneas el carácter de intervenciones corporales inofensivas, causantes de una "ínfima perturbación"⁽²¹⁾. Así las cosas, acaso podrían constituir éstas un ejemplo de los poquísimos procedimientos no invasivos ni riesgosos, señalados por el art. 26 del Anteproyecto, a cuyo respecto quedaría habilitada una decisión autónoma por parte de niños y adolescentes a partir de los trece años de edad.

Ahora bien, distinto es el supuesto de donación de sangre con fines transfusionales. De acuerdo a la Ley de Sangre⁽²²⁾, puede ser donante toda persona que, además de los otros requisitos de salud que establece dicha norma y su reglamentación, posea entre dieciséis y sesenta y cinco años (**ver art. 44, inc. a**). Aclara dicha disposición, que los menores de dieciocho años deberán contar con autorización de sus padres o de sus representantes legales (**art. 44, inc. b**).

Y según las Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia⁽²³⁾, el donante deberá tener entre dieciocho y sesenta y cinco años, siendo que para la aceptación de donantes no incluidos entre estos límites, será necesaria una previa evaluación y fundamentación por parte de un médico hemoterapeuta. Los menores de 18 años deberán contar con la autorización escrita y firmada de sus padres o de sus representantes legales, expresando su consentimiento al proceso de donación.

También en este caso, el interrogante es si la futura aplicación del art. 26 del Anteproyecto, podría habilitar la donación de sangre decidida au-

.....
(20) Y sin perjuicio de que los avances de la ciencia y de la tecnología vayan permitiendo que los procedimientos médicos en cuestión sean sustituidos por otros aun menos invasivos.

(21) Ver por ejemplo, *Fallos* 318:2518, consid. 10, donde fue la justicia la que reconoció tal carácter a esos procedimientos. En cambio, en "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", V. 356. XXXVI; REX; 30-09-2003, ello fue reconocido por la incidentista. Asimismo, ver *Fallos*, 319:3370 y 321:2767.

(22) Ley 22.990, BO 02/12/1983 y decreto 1338/2004, BO 01/10/2004.

(23) Resolución 865/2006, Ministerio de Salud y Ambiente, Salud Pública, BO 28/06/2006.

tónomamente por jóvenes desde los dieciséis años, o aún antes de esa edad.

En este sentido, cabe destacar que la cantidad de sangre extraída generalmente a estos fines, es mucho mayor que en los casos mencionados previamente, lo cual sugiere la exposición a un riesgo también mayor. Pero se trata de procedimientos usualmente seguros, referidos a tejidos rápidamente renovables, por lo que, de existir aptitud psíquica y física del joven, y decidir él la donación luego de haber sido suficientemente informado sobre sus aspectos esenciales, bien podría éste —**pensamos**—, decidir autónomamente al respecto.

4.3 | Directivas anticipadas

El Anteproyecto bajo estudio contiene una disposición específica referida al concepto de directivas anticipadas. Éstas, se identifican con ciertas declaraciones de las personas, relativas a qué tipo de cuidados de salud desearían recibir, en el supuesto (**futuro incierto**), de carecer de aptitud para manifestar su voluntad.

La letra del texto bajo análisis es bien amplia: "(...) La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela" (art. 60).

Se observa que el concepto se corresponde tanto con casos de aceptación, como de rechazo de tratamientos médicos; cuidados a prestarse en supuestos de patologías agudas o crónicas; procedimientos quirúrgicos o indicaciones clínicas, etc.

Y desde el punto de vista de la aptitud para otorgar estas directivas, se observa que el legislador ha impuesto un requisito claro y distinto al que constituye un principio general para decisiones sobre salud. Aquí se requiere "plena capacidad", y ello exige ser mayor de edad, en un todo de acuerdo con lo previsto por la ley 26.529, de Derechos del Paciente.

Algunos estudiosos del tema⁽²⁴⁾ han sostenido que no se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes de la posibilidad de dejar establecido este tipo de previsiones, que se vinculan con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad, destacando que a menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente. Se propone incluso que las normas que requieren mayoría de edad para el otorgamiento de directivas anticipadas, se interpreten en el sentido de que no queda excluida la posibilidad de su otorgamiento por niños según su grado de madurez.

Sobre el por qué del límite en materia de edad, cabe destacar que si bien una lectura literal de la norma permite concluir acerca de la amplitud conceptual antes sugerida, lo cierto es que suele identificarse a las directivas anticipadas con manifestaciones referidas a los llamados "cuidados del fin de la vida", que se relacionan estrechamente a la idea de "muerte digna"; y asimismo con la negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas. Y si algo puede advertirse con claridad a la hora de la implementación de la doctrina del consentimiento informado, y de las teorías que discurren en general sobre las decisiones que hacen a la propia salud, es mucho más sencillo reconocer ampliamente el derecho al consentimiento informado, que al rechazo informado⁽²⁵⁾. Y la regulación mencionada resulta demostrativa de la vigencia de este criterio.

Pero además, y en cuanto al tema que nos ocupa, se sabe que la adolescencia es una etapa de la vida en la que muchas veces el mundo exterior se percibe como hostil y excluyente, enfrentándose, a su vez, un mundo interior que a menudo propone pulsiones violentas. Se trata de una fase de transición, en la que variados miedos suelen hallarse muy presentes, y en la que continuos cambios afectan tanto el cuerpo como la mente.

(24) CARAMELO, GUSTAVO, op. cit.; CIRUZZI, MARÍA S., "Las directivas médicas anticipadas", ponencia presentada en la Comisión n° 8, "El paciente como consumidor. Medicina prepaga y obras sociales", del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Bs. As., 23 al 25/09/2010. La propuesta de interpretación ampliada, corresponde a Gustavo Caramelo, con relación al art. 11 de la ley 26.529, que también requiere de mayoría de edad para el otorgamiento de este tipo de directivas.

(25) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., op. cit., cap. IX, pp. 339/463.

Por ello, pensamos que la decisión del legislador de posponer en el tiempo el derecho a tomar decisiones autónomas sobre procedimientos médicos que pueden involucrar un particular riesgo de muerte, definiendo que las directivas anticipadas sólo podrán otorgarse válidamente recién a partir de los dieciocho años; halla su razón de ser en la realidad descripta y resulta plenamente válida como principio general. Los casos individuales podrán tener un tratamiento diverso, según decidan los intérpretes de la ley en circunstancias especiales.

4.4 | Salud sexual y reproductiva

Ahora bien, sin duda los tratamientos y procedimientos médicos que más conflictos generan entre adolescentes, sus progenitores y los equipos de salud, son los vinculados a la salud sexual y reproductiva.

Este tema compete desde siempre aspectos íntimos de la vida de las personas y sin duda resulta más conflictivo cuando se refiere a una etapa de la vida en la cual el joven asiste al duelo por la pérdida de su niñez, sufre cambios físicos y psíquicos profundos, y se enfrenta con sus progenitores. Si a ello agregamos factores como un despertar sexual anticipado por constantes estímulos externos, en ocasiones dirigidos especialmente a los adolescentes con el fin de incorporarlos en forma más autónoma al mercado de consumo, y una escasa presencia de los padres para acompañar este trámite —**característica de los tiempos actuales**—, la complejidad de la cuestión, resulta aun mayor.

Así las cosas, muchos jóvenes inician su vida sexual orientados por pares cuya experiencia no dista de la propia, o asistidos por información obtenida vía internet, absolutamente variable en cuanto a su calidad y validez. El embarazo adolescente y el riesgo de adquirir enfermedades de transmisión sexual son los grandes fantasmas y en tal contexto, la consulta a un profesional o equipo médico especializado, aun sin acompañamiento paterno, suele ser una buena opción. No la opción ideal, ni necesariamente adecuada en todos los casos, pero en general, mejor que aquella que supone proseguir el camino sin orientación alguna por parte de un adulto.

Y aparecen allí otros conflictos: en adolescentes a los que deben indicarse prácticas o tratamientos que no se hallan exentos de riesgos (**al menos**

futuros), y cuando ellos se oponen expresamente a cualquier tipo de intervención familiar, el equipo de salud se cuestiona si debe proseguir la atención o si debe abstenerse, con posible perjuicio a la salud del joven y aun de terceros. Claro que existen servicios de Ginecología, de Adolescencia u otros especializados que cuentan con protocolos de actuación que se vienen aplicando con resultados satisfactorios desde hace muchos años. Pero no es ésta la realidad en todos los centros médicos, ni todas las jurisdicciones cuentan con servicios especializados y experimentados para resolver los conflictos planteados, que de hecho, sí se hallan extendidos a lo largo y ancho de nuestro país.

Sin duda, las cuestiones bajo análisis comprometen valoraciones de orden médico, bioético y jurídico. En el Derecho, tienen ya un extenso tratamiento, reflejado en precedentes como el caso "Gillick"⁽²⁶⁾, y soluciones específicas ofrecidas por la profusa legislación sanitaria argentina, que bajo variadas fórmulas autoriza expresamente a los adolescentes a recibir información y tomar decisiones en materia de salud reproductiva⁽²⁷⁾.

En esa línea, se inscribe sin duda el art. 26 del Anteproyecto bajo análisis, al habilitar decisiones sobre la propia salud a edades menores que la que asigna la plena capacidad. Y de entrar en vigencia el nuevo Código Civil, podrán resultar necesarias algunas decisiones para compatibilizar el texto

.....

(26) *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security*, ver fallo en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>

(27) Así, por ejemplo, la reglamentación a la ley 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, mediante decreto 1282/2003, dispone en su art. 4: "A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años". A su vez, de acuerdo a la ley 418, de la CABA (BO 89, 21/07/2000), las decisiones sobre salud sexual y reproductiva se habilitan desde "la edad fértil" (ver art. 5). La ley 4545 de Creación del Programa de Salud Sexual y Reproductiva de Chubut cuando se refiere a los niños y adolescentes, dispone que "los agentes y profesionales de la salud intervinientes propiciarán y favorecerán, toda vez que resulte posible, la presencia y autorización de los padres, tutores o cuidadores y/o quienes ejerzan el mencionado rol dentro del grupo familiar", en consecuencia, habilitan su intervención autónoma cuando tal presencia familiar no sea posible. Los ejemplos son múltiples. Hemos tratado el tema extensamente en: HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., op. cit., cap.XIII, pp. 621/791.

de dicha norma con el de ciertas disposiciones sanitarias, mas en esencia, los criterios observados en la legislación moderna para esta materia, son coincidentes.

4.5 | Corolario

Hemos hecho referencia a algunos supuestos de regulación sanitaria especial, en los que las disposiciones sobre aptitud de los menores de edad para decidir sobre tratamientos médicos a realizarse en su propio cuerpo, no siempre coinciden con la propuesta del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Las opciones son mucho más amplias, y pueden involucrar materias tan diversas como la identidad de género⁽²⁸⁾, la vacunación obligatoria⁽²⁹⁾, las aplicaciones de *piercings* y tatuajes⁽³⁰⁾, la experimentación clínica, las cirugías estéticas, y tantas otras.

Ello resulta natural y propio de un sistema en el que la legislación sanitaria se halla fragmentada y carece de sistematización.

Y en tal contexto, lógico es concluir que la tarea interpretativa será trascendente, pues más allá de la profusión legislativa, la variedad y complejidad de las materias involucradas impiden *a priori* afirmar que las disposiciones del Anteproyecto sobre decisiones de salud por los adolescentes, resultarán siempre excluyentes.

De hecho, ni tales disposiciones, ni otras imaginables podrían tener tal efecto.

(28) Puede verse un extenso análisis sobre esta cuestión en FERNÁNDEZ, SILVIA, "La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización", en Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 28/05/2012, 13 - LA LEY2012-C, 1008 y Medina, Graciela. "Ley de identidad de género. Aspectos relevantes". La Ley 01/02/2012, 1. Ver asimismo Solari, "La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género" DFyP 2011 (nov.), 209.

(29) Ver CSJN, "N.N. O U.V. s/Protección y Guarda de Personas", 12/06/2012, N. 157, XLVI; asimismo SCJBA, 2010-10-06, comentado por WEBB, MARÍA S., "¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?", en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-B, p. 419.

(30) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 1897/2005 (BO 2365, 24/01/2006), se requiere ser capaz mayor de dieciocho años para someterse a las prácticas de perforación y tatuajes.

5 | Reflexiones finales: propuesta para una interpretación armónica de las normas aplicables a los adolescentes y las decisiones sobre salud

El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación —**hoy Proyecto de reforma**— brinda algunas certezas relevantes en materia de decisiones a ser tomadas por adolescentes en relación con su salud.

En primer lugar, consagra de manera general y a nivel nacional el principio de autonomía progresiva en lo concerniente a procedimientos médicos. Y esta regla, sin duda, deberá favorecer la atención adecuada de jóvenes menores de edad que no puedan concurrir a la consulta médica acompañados por sus progenitores o representantes legales, cualquiera sea la razón y el tratamiento involucrados.

Seguirá siendo deseable que los niños, niñas y adolescentes tomen sus decisiones en materia de salud con orientación familiar, cuando ello resulte factible. Es que al habilitar la decisión sobre tratamientos médicos a edades más tempranas, las normas proyectadas, más que suplantar el valor de la reflexión compartida sobre cuestiones complejas —**que suele ser útil a cualquier edad**—, tienden a reconocer una realidad existente y a regularla del mejor modo posible, pensando en el cuidado y el mejor interés de los jóvenes.

En segundo lugar, el Anteproyecto cuenta con la virtud de reunir en su texto los dos criterios más significativos para la determinación efectiva del concepto de autonomía progresiva, es decir, para la definición concreta de los momentos relevantes del trayecto decisorio.

En este sentido, de un lado, se hace referencia a la aptitud físico-psíquica de los jóvenes, como condición variable, a ser analizada caso a caso por el equipo médico, según circunstancias que permitan apreciar la madurez del paciente para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado (art. 59).

De otro lado, se dispone sobre edades cronológicas de referencia, con base en los conocimientos y experiencia general. Éstas, podrán tener gran importancia para garantizar la atención médica apropiada a jóvenes cuyos progenitores desatiendan sus responsabilidades parentales y a aquellos cuya atención suponga conflictos generacionales insalvables; asimismo, para evitar ciertos conflictos derivados del ejercicio de una medicina defensiva, entre otros casos.

Pero pensamos que la categorización prevista en el art. 26 del Anteproyecto, no debe interpretarse en forma rígida, ni aplicarse a rajatabla.

Es que si bien la reforma legal persigue el reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes, y su carácter de sujetos progresivamente autónomos, apartándose así de los modelos decimonónicos que los trataban como meros dependientes de la autoridad parental, lo cierto es que el nuevo Código se aplicará a una sociedad que ha mutado sustancialmente, y que se halla sujeta a nuevos conflictos y riesgos.

Interpretar que en principio, los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud desde los trece años —como ha comenzado a afirmarse en algunos medios—, entraña el peligro de que se les imponga la *obligación* de decidir, en lugar de reconocérseles el **derecho** a hacerlo en ciertas circunstancias. Importa además el riesgo de generarles la sensación de que en algún punto son más grandes que sus padres, asignándoles la libertad propia del náufrago en una isla desierta. Y en una sociedad en la que las decisiones autónomas por parte de los adolescentes se propician en función de una lógica fuertemente arraigada en el consumo, reconocer genéricamente la autonomía decisoria a edades muy tempranas, bien podría resultar contrario al “interés superior” de los jóvenes, aliviando más aún la frecuentemente alicaída “responsabilidad parental”.

Por ello, propiciamos que se interprete que los adolescentes deberán considerarse facultados para decidir la aplicación de tratamientos médicos sobre su cuerpo, siempre que puedan comprender sus aspectos esenciales, a cuyo respecto deberá tenerse en cuenta su aptitud psíquica y física, y su interés superior. Asimismo, proponemos que las pautas de edad previstas por el art. 26 del Anteproyecto —**en especial, las referidas a la**

facultad decisoria por menores de dieciséis años—, sean aplicadas en forma complementaria y cuidadosa.

Finalmente, ante el diverso tratamiento de una misma materia por el futuro Código y la legislación sanitaria, si bien ciertos principios generales del derecho como el que establece que la ley especial prevalece sobre la general, y que la ley posterior deroga la anterior, podrán orientar la interpretación, muchas veces habrá otras soluciones posibles. Pues el Derecho a la Salud siempre se ocupará de cuestiones bien dinámicas y particulares, debiendo asignarse prioridad en casos concretos a valores tan importantes como la vida o la dignidad, decidirse sin demora en situaciones inesperadas, y siempre considerar los riesgos que las respectivas decisiones supondrán para el propio paciente y para terceros.

Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad

Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino

por **SILVIA FERNÁNDEZ**⁽¹⁾

A Manuel, resistencia y eficacia constante contra la invisibilidad

I | Nuestro objetivo

En estas breves líneas proponemos el inicio de un tentativo camino de análisis de la situación jurídica de las personas ancianas en el ámbito interno argentino, partiendo de la plataforma normativa internacional y de la perspectiva de derechos humanos inescindible a un Estado democrático de derecho.

Nuestro objetivo es analizar los institutos-mecanismos jurídicos aplicables a este grupo, que califica en la categoría de personas en situación de vulnerabilidad; en especial en esta ocasión, enlazando nuestra posición con

(1) Asesora de Incapaces del Depto Jud. Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR), Especialista en Magistratura Judicial (UNMDP), Docente de grado UAA, Profesora de Posgrado de la Especialización en Derecho de Familia UBA-UNMDP. Miembro Consultivo por el Grupo Argentino de la Red Iberoamericana de Expertos en los Derechos de las Personas con Discapacidad.

el aporte que propone la reforma propiciada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino elaborado por la Comisión de Reformas del año 2011⁽²⁾.

1.1 | El colectivo abordado y su valoración en el espacio jurídico

Suele recurrirse a diversos términos para definir a este grupo de personas⁽³⁾; se habla de “adultos mayores”, “ancianidad”, “tercera y cuarta edad”, “viejos”⁽⁴⁾.

En el ámbito internacional, la ONU emplea el término *envejecimiento o personas de edad avanzada*. La OMS define al envejecimiento como el proceso de cambio progresivo de la estructura biológica, psicológica y social de las personas que disminuye, a su vez, su capacidad funcional⁽⁵⁾.

Sin embargo en nuestra sociedad moderna, lejos de apreciarse como un proceso natural inherente al desarrollo humano, la vejez es valorada negativamente frente a los parámetros de salud y productividad; aparece como un segmento “caduco”, una condición descalificante y estigmatizante.

Por lo demás este punto de vista, reduce el envejecimiento a “un problema biomédico”, lo que conduce a que se lo califique como un fenómeno patológico, que equipara edad avanzada con enfermedad⁽⁶⁾.

Por el contrario, corresponde aclarar que la condición de ancianidad —y la pertenencia a este universo— no se mide exclusivamente desde el factor

.....

(2) Creada por decreto 191/2011 de la Presidencia de la Nación Argentina.

(3) De crecimiento exponencial: el número de personas con 60 años de edad era de 700 millones en 2009 y proyecta alcanzar 2.000 millones en 2050. Ver CELADE—DIVISIÓN POBLACIÓN DE LA CEPAL, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe* (LC/L.2987/REV1), Santiago de Chile, 2009.

(4) Las definiciones no son indiferentes, el lenguaje no es neutral; así las calificaciones empleadas para definir a estas personas están teñidas de las valoraciones hechas hacia ellos.

(5) OMS, “*A life course perspective of maintaining independence in older age*”, Ginebra, 1999, p. 4.

(6) GROVER, ANAND, “Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” Anand Grover. AGONU 04/07/2011.

edad⁽⁷⁾, sino por la confluencia de una multiplicidad de variables presentes en esta franja etárea —sociales, culturales, intelectuales, género, discapacidad, pobreza—.

Puede afirmarse que una nota central que atraviesa transversalmente a este colectivo es la fragilidad; “la fragilidad habla de esas formas sutiles de no reconocimiento de la dimensión mínima de la vida, que está fuera de la igualdad (...) indica ausencia de reconocimiento, desatenciones, miradas distraídas y a veces cínicas que sobrevuelan, no se detienen sobre estas vidas que no tienen la capacidad ni siquiera de luchar por los propios derechos; lo traducimos en ‘desprecio’, un vocablo que es exactamente lo contrario de ‘precioso’, vidas que no tiene precio, sin dimensiones de ‘valor’. Es la condición que se descubre cuando nos damos cuenta que ser hombres no es siempre una condición necesaria y suficiente para ser objeto y sujeto de humanidad”⁽⁸⁾.

Las personas de edad no son un grupo homogéneo: hombres y mujeres envejecen de forma diferente. Sin embargo todos experimentan similares tipos de discriminación —multidimensional—⁽⁹⁾. Y, mayormente, todos son tratados de manera uniforme en la instancia de construcción de su significación jurídica.

1.2 | Nuestra motivación. Las lagunas del espacio normativo argentino

La doctrina especializada señala la necesidad de reconocer en favor de las personas de edad al menos tres tipos de derechos fundamentales: derechos de autonomía, de participación y de prestación⁽¹⁰⁾. Cada uno de

(7) Emerge así el “edadismo” —prejuicios y discriminación contra ancianos—. Ver SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contra “jóvenes” y “viejos”. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.

(8) RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Bs. As., Ad hoc, 2008, p. 16.

(9) “Fortaleciendo los Derechos Humanos de las Personas de Edad. Hacia una Convención de las Naciones Unidas”. Trad. Instituto del Envejecimiento Universitat Autònoma de Barcelona. www.envelliment.org.

(10) DABOVE, MARÍA, I., “Informe referido al derecho de la ancianidad en el bicentenario argentino (1810-2010)”, en *Revista Investigación y Docencia*.

ellos debe reconocer herramientas jurídicas favorecedoras de su promoción y protección.

Sostenemos que el escenario normativo argentino registra una severa deuda en este aspecto al no ofrecer mecanismos de tutela específicos, dirigidos a la adecuada satisfacción de los derechos de las personas ancianas.

El Código Civil vigente registra previsiones dispersas, no pensadas *exclusivamente* para estos sujetos, si bien ellas pueden operar como herramientas aplicables para su tutela⁽¹¹⁾. No se ha ideado un sistema normativo específico en razón de que, desde la calificación tradicional, los ancianos son sujetos “capaces”. Si bien esto es técnicamente correcto y acordamos que introducir una categoría jurídica especial importaría justamente el efecto indeseado —una discriminación inversa por razón de ancianidad—, es cierto que el principio de plena capacidad derivado de la mayoría de edad no puede sostenerse con igual entidad en los inicios de la adultez y en su final.

Emergen así varias situaciones, principalmente perceptibles frente a las cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos —*vgr.* el derecho a la salud, el respeto al consentimiento informado, las decisiones en el final de la vida, el dictado de estipulaciones para la futura incapacidad, el derecho a elegir las relaciones personales/familiares, el derecho al matrimonio, a elegir el lugar de residencia—, aunque también ante derechos patrimoniales —administración y disposición de bienes en vida y para después de la muerte—, que demuestran la insuficiencia del régimen vigente para aprehender la adecuada tutela —en sentido protectorial y no paternalista— de estas personas.

Pensamos que, al respecto, la reforma civil propuesta aporta principios y normas que devienen útiles en el enfoque en que centramos nuestro análisis.

(11) *Vgr.* la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados sin discernimiento, la lesión subjetiva, nulidad del matrimonio art. 3573, nulidad testamentaria, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, además de las prestaciones sociales y previsionales previstas por leyes especiales.

2 | La ancianidad desde la perspectiva de derechos humanos⁽¹²⁾. El necesario proceso de especificación

Tradicionalmente la “edad” fue comprendida bajo la acepción “cualquier otra condición” empleada por instrumentos internacionales contra la discriminación⁽¹³⁾. Un cambio central lo constituyeron los “Principios de Naciones Unidas en favor de las personas de edad⁽¹⁴⁾, que agrupan cinco ejes centrales: independencia, participación, derecho a cuidados, autorrealización y dignidad. Más adelante, otros documentos abordaron la temática de la ancianidad⁽¹⁵⁾. Pero no existe un compacto derecho promotor de la ancianidad, a diferencia de lo que ocurre con otros grupos que han sido valorados por su condición de vulnerabilidad —vgr. infancia, discapacidad—⁽¹⁶⁾.

(12) Los derechos humanos resultan un proceso constante de construcción de ciudadanía, que se expresa en el reconocimiento del “derecho a tener derechos”. HUENCHUAN, SANDRA y MORLACHETTI, ALEJANDRO. “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Revista Notas de Población*, n° 81, Santiago de Chile, CEPAL, 2006, p. 61.

(13) El primer convenio en el que se reconoció explícitamente la edad como un motivo de discriminación fue la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;” luego la “Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios” y la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

(14) ONU 16/12/1991, Resolución 46/91.

(15) “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento”, en 1° Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 1982; “Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento”, en 2da Asamblea Mundial, 2002; “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Protocolo de San Salvador —único documento vinculante para los países de América Latina y Caribe, que introduce medidas específicas dirigidas a las personas mayores (arts. 9 y 17, derecho a la seguridad social y a la protección especial)—; “Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento”; Res. N°A/47/339 AGNU, 1992; Res N° 5/47/5 AG, 1992; “Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el PDESC”, UNdoc.E/C.12/1995/16/red 1, 1995; “Convención de La Haya sobre Protección internacional de los Adultos del año 2000”; “Recomendaciones para la acción sobre el envejecimiento”, Bogotá, 1986; “Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas mayores en el área iberoamericana”, 1992; entre otras. GONEM MACHELLO, G. “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20-6-2008, p.1.

(16) CIURO CALDANI, MIGUEL “Comparación iusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad” en *Investigación y Docencia* N° 25, 1994, p. 35. LINACERO DE LA FUENTE, M.

Frente a este panorama muchos países de Latinoamérica incorporaron a su Constitución y/o legislación interna, normas específicas de protección de la vejez. Así mientras Colombia, Cuba, Ecuador⁽¹⁷⁾, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela, abordan la situación de los ancianos en una norma constitucional particular, en otros países se la incluye como protección de la familia⁽¹⁸⁾.

Cabe destacar el caso de Brasil, cuya ley 10.741/2003 “*Estatuto de las Personas Mayores*” —a partir de los 60 años— expresa: “El envejecimiento es un derecho personalísimo y su protección es un derecho social. Es obligación del Estado garantizar a la personas mayores la protección de su vida y salud, mediante la aplicación de políticas sociales que permitan un envejecimiento saludable y en condiciones de dignidad”. Es decir, la ley contempla un “*derecho al respeto*” que supone la inviolabilidad de su integridad física, psíquica, imagen, identidad, autonomía, ideas, creencias, posesiones; reafirma los derechos fundamentales de la persona; prevé una “*garantía de prioridad*”, que comprende atención preferencial pública y privada, asignación privilegiada de recursos públicos, prioridad a la atención familiar y acceso a servicios de salud.

La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la particularización de derechos universales en favor de ciertos grupos desfavorecidos⁽¹⁹⁾ —niños, mujeres, personas con discapacidad, ancianidad—. Este proceso de especificación⁽²⁰⁾ pretende paliar la situación de desven-

“Protección jurídica de las personas mayores” en *Actualidad Civil*, n° 19, 1-15/11/2004, Bs. As., La Ley, 2004, t. 2.

(17) Califica como “*personas y grupos de atención prioritaria*” a “*adultas y adultos mayores*”, garantizando la atención gratuita y especializada de salud, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades, la jubilación universal, beneficios económicos, el acceso a una vivienda que asegure una vida digna, respeto a su opinión y consentimiento (art. 37, 38).

(18) Costa Rica Ley 7.935/99 para la persona adulta mayor; Guatemala Ley de Protección de las Personas de la Tercera Edad dec. 80-96, México Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, 2002, Paraguay Ley N° 1.885/2002, República Dominicana Ley 352—98 Protección de la persona envejeciente, 1998, El Salvador Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, Dec. 717/2002; Uruguay ley 17796/04 “*Promoción integral de los adultos mayores*”.

(19) HUENCHUAN y MORLACCHETTI, op cit.

(20) La especificación distingue categorías a las que reconoce derechos especiales en función de su situación cuando se detecta la inoperancia de los derechos generales. Ver BOBBIO,

taja social, no reparable mediante la igualdad formal en derechos, a través del reconocimiento de “derechos de grupo” como herramienta indispensable para la eficacia de los derechos individuales⁽²¹⁾.

Se entiende por grupos vulnerables⁽²²⁾ aquellos que por causas diversas —edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, discapacidad— se encuentran en mayor riesgo de violación de derechos⁽²³⁾, y sufren la omisión o precariedad legislativa⁽²⁴⁾ o política —por insuficiencia de las políticas públicas—.

La protección especial que se brinda a estos colectivos no debe verse como práctica de discriminación, sino como mecanismo para superar las condiciones de desigualdad que impiden a sus miembros el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad⁽²⁵⁾.

Podríamos decir, entonces, que la vulnerabilidad aparece como una calificación “equilibrante” y emparentada con la noción de **debilidad jurídica**.

En relación a los ancianos, es claro que titularizan los derechos fundamentales por su condición de personas, pero el problema no es de titularidad sino de ejercicio y actuación autónoma de sus derechos y libertades y de la consecuente obligación de respeto por los particulares y el Estado.

.....
 NORBERTO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n°5, 1988-1989, p. 27.

(21) HUENCHUAN y MORLACHETTI, op. cit., pp. 50/51.

(22) Tales los casos de las mujeres, las embarazadas o en estado de lactancia, los niños y adolescentes, las personas en situación de calle o con desintegración familiar, la tercera edad, las personas con discapacidad, la población indígena, etc. GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, tomo III, p. 227.

(23) PÉREZ CONTRERAS, M. MONTSERRAT, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”. *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

(24) GONZÁLEZ GALVÁN, op.cit., p. 227

(25) ESPINOSA TORRES, P. “Grupos vulnerables y cambio social”, en *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas Cámara de Diputados, año IX, núm. 72, mayo—junio de 2000, p. 10.

El principal método de especificación resulta una convención particular, en el caso, sobre los derechos de las personas mayores⁽²⁶⁾, herramienta esencial para reafirmar el principio de no discriminación por motivos de edad⁽²⁷⁾.

Es que si bien los derechos de los ancianos resultan aprehendidos desde la universalidad de los instrumentos internacionales, hay dos cuestiones básicas a nuestro entender, que no son allí tratadas: la adecuación del ejercicio de la capacidad jurídica del adulto mayor, especificando en su favor sistemas de apoyo y salvaguardas ajustadas a su particular condición; y el ejercicio de su autonomía personal en el vasto campo de los derechos personalísimos. Temas ante los cuales la edad opera como una "categoría sospechosa" que impide realizar el concepto integral de igualdad —formal y material—.

Luego, a nivel local, los Estados debieran receptor en la legislación interna los estándares internacionales; no obstante, en virtud de la operatividad de los documentos ratificados por los Estados (art. 27, Convención de Viena sobre derecho de los tratados), sus normas ingresarían al derecho interno.

Ahora bien, a pesar de la falta de este contexto normativo, corresponde exigir en favor de los adultos mayores el reconocimiento de los derechos humanos propios a la condición de persona; en especial, la dignidad, traducida en la exigencia de eliminación de todas las formas de discriminación por la sola razón de edad —vgr. la presunción de discapacidad, de falta de autonomía, la sustitución en la toma de decisiones—; temas todos que aquí desarrollaremos.

En nuestro país, el primer antecedente que explícitamente consideró a los ancianos como categoría "vulnerable" lo aportó la Constitución de

(26) La Conferencia de La Haya sobre la Protección de los adultos mayores (13/1/2000) no fue ratificado por la mayor parte de los países. En la Declaración de Brasilia —2da Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, 2007— se instó a los gobiernos a impulsar la elaboración de una convención en este sentido.

(27) Abramovich, Víctor (Dr.) —Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR—, Presentación en 2da Sesión Grupo de Trabajo Abierto de UN para la Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, New York, 01/08/2011.

1949⁽²⁸⁾. La protección especificada constitucional —derogada— renacería a través de la cláusula de “medidas de acción positiva” (art. 75, inc. 23 CN⁽²⁹⁾), previsión particularizada necesaria ante el problema de eficacia de los derechos fundamentales que enfrentan, en nuestro caso, las personas de edad⁽³⁰⁾.

En esta línea encuadran también las “100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”⁽³¹⁾, que contemplan a la edad⁽³²⁾ como un factor de vulnerabilidad.

En el caso de los ancianos, la debilidad jurídica se traduce en acciones/ omisiones que constituyen, a nuestro entender, claros supuestos de violencia —visible e invisible—, individual y colectiva. El propio sistema normativo ha descuidado la protección de la vulnerabilidad-ancianidad en el espacio de la violencia⁽³³⁾, pues a pesar de visualizarse en el caso cla-

.....

(28) Capítulo III: “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”, que declaró como “derechos especiales de la ancianidad”, el derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física y moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad, al respeto.

(29) “(...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

(30) BLÁZQUEZ MARTÍN, DIEGO (ed.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 29.

(31) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

(32) Regla 4ta.: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.” Regla 6ta.: “El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”. Regla 11ma.: “Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima... que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización...Destacan...entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta”.

(33) La violencia que referimos excede los límites de lo doméstico/familiar, abarcando un modo de relación individual-estatal-social hacia el anciano, que traduce un trato de violencia invisible.

ras relaciones asimétricas, la legislación⁽³⁴⁾ y las políticas públicas se han centrado prioritariamente en la tutela de a mujeres, niños, personas con discapacidad⁽³⁵⁾. La elevada incidencia de la violencia contra las personas de edad⁽³⁶⁾ y sus particularidades, plantea la necesidad de un tratamiento jurídico independizado y exige acciones preventivas y reparadoras desde el Estado⁽³⁷⁾.

3 | Ancianidad y capacidad civil. Regulación actual y proyectada

Desde la conceptualización jurídica los ancianos se ubican en la categoría de capacidad civil adquirida con la mayoría de edad⁽³⁸⁾; sin embargo, es-

(34) Es de señalar que la ley 24.417 excluye al anciano de su consideración de sujeto de derecho y persona capaz, pues lo deshabilita a postular por sí denuncias en forma directa: art. 2: "Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o por el ministerio público."

(35) MUÑOZ TORTOSA, JUAN, *Personas mayores y malos tratos*, Madrid, Pirámide, 2004, p. 171.

(36) Se define este maltrato como "la acción única o repetida o falta de la respuesta apropiada, que causa daño o angustia a la persona mayor y ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza", OMS, "II Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento", Madrid, 2002.

(37) Podemos referir el **maltrato físico** —acciones u omisiones, sobre/submedicación, abandono alimentario, contenciones físicas—; el **maltrato emocional** —agresión verbal, amenazas, violación a la privacidad, humillación—; el **maltrato espiritual** —negativa a la toma de decisiones sobre la propia vida—; el **maltrato económico** —uso no autorizado de recursos económicos, intimidación o engaño en la disposición de bienes, la expulsión del hogar y ocupación por familia o terceros—; el **maltrato estructural o cultural**; los **maltratos por abandono** (LATHROP FABIOLA, "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", en RDF, n°49, p. 261); el **maltrato ante la seguridad social** —negativa y burocracia ante pensiones y beneficios sociales—; las **internaciones forzadas** —abuso de los procesos de "protección de personas" para este fin, privando de libertad (T. Oral Crim. n° 14, CABA, 03/12/09; CN Crim. Corr., sala 7, 12/04/2005) y privación de elección de la residencia familiar—; el **maltrato institucional** en residencias gerontológicas (RUBIO, RAMONA, "Concepto, tipos, incidencia y factores de riesgo del maltrato institucional de personas mayores", en Iborra Marmolejo, Isabel, *Violencia contra las personas mayores*, Barcelona, Ariel, 2005, p. 123.) —las residencias de internación muchas veces no recaban el consentimiento del anciano para su ingreso; otras carecen de infraestructura mínima, personal capacitado y controles estatales—. También configuran violencia institucional las legislaciones, acciones/omisiones de los poderes públicos que violan derechos. En tal sentido, resaltamos las actuaciones judiciales promovidas por familiares que estigmatizan a los ancianos mediante promoción de procesos de incapacidad por edad, originados frecuentemente por la exigencia de organismos públicos o privados.

(38) La capacidad civil es principio general (arts. 52, 140, 141 y ss. CC; arts. 3, 5 de la ley 26.657).

tas personas presentan ciertas particularidades que implican su desajuste al principio de plena capacidad y goce autónomo de derechos fundamentales⁽³⁹⁾.

Así como en materia de infancia las normas constitucionales de la Convención de Derechos del Niño —y la Ley de Protección Integral 26.061— exigen el respeto a la autonomía y no discriminación por edad, ello no ocurre frente a las personas de edad avanzada, quienes no obstante haber sobrepasado la valla de la adquisición de plena capacidad, tiempo más adelante —por el sólo hecho cronológico de haber envejecido— son identificadas con la minusvalía.

La calificación jurídica a que se recurre frecuentemente en la praxis para “proteger” a estas personas —visión paternalista— resulta la incapacidad civil⁽⁴⁰⁾. Consideramos que el empleo de este recurso como respuesta unitaria y masificadora deviene en una discriminación negativa de cada sujeto individual que no permite la diferenciación entre los distintos estadios del envejecimiento, la particularidad de cada persona y los diferentes procesos evolutivos⁽⁴¹⁾. Otras veces, por el contrario, la preservación de la plena

.....

(39) El desajuste se aprecia desde una triple visión: la mirada social descalifica al anciano identificándolo con la minusvalía; en lo normativo, la ausencia de regulación específica impide una protección eficaz; desde lo axiológico, la vejez es apreciada en términos disvaliosos. DABOVE, M. ISOLINA, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en *JA* 2000-4, p. 1024.

(40) Ver nuestra posición respecto a la incapacidad civil y su consecuente mecanismo sustitutivo en FERNÁNDEZ SILVIA, “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *RDF*, n° 52, p. 211.

(41) Existe un primer proceso involutivo luego de la madurez, que consiste en modificaciones anatómo funcionales determinantes de una vejez “no patológica”, llamado **senectud**. Esta situación se distingue de la **senilidad**, estado deficitario que constituye condición patológica. (Tribunal Superior de España, sala civil, 27/10/95). Entre estos dos extremos los estadios intermedios son variados. Se califica como **senescencia** a la declinación de transición con algunos rasgos patológicos —sin constituir aún la condición irreversible de senilidad—, caracterizada por pérdidas cualitativas y cuantitativas de las facultades que impide el autogobierno. Ver TOBIAS, JOSÉ W., “Debilitamientos decisionales. Vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en *RDFyP*, La Ley, año 2 n° 1, 2010, p. 216; MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en *RDF*, n° 31, 2005, p.103 —pero aún el parámetro clínico es relativo y subjetivo—; S/A “Vejez, senescencia, senilidad y demencia”, en <http://www.fundacer.com.ar/vejez%20senescencia.htm>. 103; pero aún el parámetro clínico es relativo y subjetivo. “Vejez, senescencia, senilidad y demencia”, www.fundacer.com.ar/vejez%20senescencia.htm 01/09/2010.

capacidad puede dejar a una persona en indefensión, expuesta a múltiples riesgos o imposibilitarle ejercitar derechos.

Sostenemos que la respuesta jurídica frente a la situación de **debilidad aptitudinal** del anciano no se construye desde su identificación con la incapacidad civil⁽⁴²⁾. La llegada a un estadio etéreo como consecuencia del cual la persona requiere contención familiar y atención médica, no significa la inevitable ubicación de sus derechos dentro un proceso tutelar y su sustitución por terceros⁽⁴³⁾. Es necesario hallar formas de asistencia diferenciadas⁽⁴⁴⁾ así como considerar la existencia de otros institutos vigentes aplicables para la protección frente a los actos que puedan ejercer o de los que puedan resultar víctimas los ancianos⁽⁴⁵⁾. La incapacitación quedaría reservada para supuestos de senilidad que impida el autogobierno, evaluado desde la proyección social y no sólo desde la perspectiva biológica de la enfermedad⁽⁴⁶⁾.

Pensamos que el régimen jurídico actual resulta insuficiente⁽⁴⁷⁾ en la previsión de ajuste a cada persona mayor, partiendo del respeto al principio de capacidad y a los fines de garantizar la tutela de sus derechos. El aporte de la práctica diaria nos convence de esta afirmación. La multiplicidad de derechos, deberes, relaciones y situaciones que entrelazan el movimiento o el actuar cotidiano de estas personas, atravesado por el condicionante

.....
(42) La edad avanzada por sí sola no supone inferioridad jurídica, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 28/09/1979.

(43) Las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil; de ser así la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad. Cámara Civil y Comercial, Paraná, sala 2, en Zeus, 12-J-116, n° 1892.

(44) Vgr. "Savaguarde de justice" (Francia, art. 491 code), "conseiller" (Quebec), y "Betreuung" (Alemania): se trata de formas de asistencia que no afectan la capacidad de obrar del asistido y deben contar con su voluntad.

(45) Vgr. estafa, anulabilidad por lesión y/o por vicios del consentimiento. Ver Cámara Comercial, Junín, fallo citado por Cámara Nacional en lo Civil, sala E, 01/07/2010.

(46) Para determinar los efectos en el campo de la capacidad deben considerarse circunstancias distintas a las exclusivamente biológicas. Las limitaciones en la deambulación, en la visión y audición propias de una edad avanzada no hacen procedente por sí la inhabilitación, Cámara Civil y Comercial, Junín, 22/09/2009, en RDFyP, n° 1, La Ley, p. 213; Cámara Nacional en lo Civil, sala J, 16/10/2007.

.....
(47) Y no obstante la previsión oxigenadora del art. 152 ter CC, ley 26.657.

inconmovible de su dignidad inherente, nos proyecta a concluir que siendo el adulto mayor un sujeto de derecho, como tal deberá participar en el armado de cualquier estrategia de acompañamiento a la actuación y goce de sus facultades.

La razón de la defensa de la capacidad no es sólo jurídica sino filosófica; la capacidad de obrar es un derecho fundamental, configurador de la personalidad, cuyo respeto entronca con la dignidad. La pregunta es entonces, ¿cuál es la mejor forma de lograr la protección de ese interés de orden público, en el ámbito de la capacidad de obrar de la persona?⁽⁴⁸⁾

A los fines propuestos entendemos un recurso válido las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ley 26.378: estructurada a partir del reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, descarta el modelo puramente médico y adopta el modelo social de la discapacidad⁽⁴⁹⁾. La Convención no apunta a la “protección de la persona”, sino a promover, proteger y asegurar el goce de sus derechos en condiciones de igualdad⁽⁵⁰⁾. Determina estándares y herramientas genéricas dirigidos a garantizar el ejercicio de las propias aptitudes, el respeto de la calidad de ciudadanos y personas, asumiendo la dignidad del riesgo.

El derecho proyectado para la República Argentina a través del Anteproyecto de Código Civil y Comercial ha tomado para sí en buena medida —si bien con algunas deudas pendientes, en nuestra opinión—, los principios emanados de la Convención. Ello, al eliminar la hegemonía de la incapacitación como herramienta de tutela de las personas con discapacidad

.....
 (48) BRANDI TAIANA, MARITEL, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacitación en el derecho español y argentino*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

(49) Para su estudio recomendamos PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008 p. 104.

(50) El art. 12 de la ley 26.378 reza: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (...)”.

y la consecuente respuesta sustitutiva-tutelar dada por la representación —curatela⁽⁵¹⁾—.

En efecto, luego de reiterar la capacidad como regla, el Proyecto prevé la injerencia legal de “privación o limitación de la capacidad civil” (arts. 22, 31 incs. a y b) mediante sentencia judicial (art. 23). El art. 32 incorpora una norma diferenciadora de las instituciones **incapacidad civil y restricción de la capacidad civil**⁽⁵²⁾, distinciones que también se reflejan en el mecanismo legal establecido para la asistencia de la persona. En punto al régimen, dice el art. 32: “Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de trece (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad”.

En relación a la asistencia de la persona, “(...) en ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones. Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.” Por su parte, completa el art. 38, “La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede

(51) Ver al respecto “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2. inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.” CEDDIS/Res. 1. Mayo de 2011 que aborda la discrepancia conceptual entre la Convención interamericana y la Convención de ONU, pues conforme al art. 1. 2. inc. b de la primera la interdicción “no constituye discriminación”. El Comité exige la modificación de la Convención Interamericana; afirma que la interdicción sí constituye discriminación y que debe eliminarse el régimen de curatela.

(52) Si bien desde el lenguaje convencional resultaría preferente la denominación limitación al ejercicio de la capacidad civil y no restricción de la capacidad, en los términos del art. 12 CDPD.

realizar por sí mismo. A fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios (...)”

Dedica una sección especial a los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad (conf. art. 12 CDPD)⁽⁵³⁾: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas” (art. 43).

El régimen de apoyos⁽⁵⁴⁾ se complementa con la implementación de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, que procuran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, voluntad y preferencia de la persona, y buscan eliminar conflictos de intereses e influencias; estas salvaguardias deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, temporales y revisables (art. 12.4 CDPD).

Procurando una tentativa aplicación de esta normativa al caso de las personas ancianas, pensamos que, en primer lugar, el parámetro a considerar en punto al ejercicio de su capacidad civil guardará relación con la **capacidad funcional real (OMS)**, independientemente de la edad y ajena a una

(53) Las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona. El apoyo es la herramienta; el fin es “la libertad de tomar las propias decisiones”, que excede el ámbito netamente jurídico. Hablar de apoyos implica reconocer la capacidad jurídica, la autonomía, contar con medios alternativos de comunicación, permitir la toma de decisiones asistidas respecto a cuestiones personales, etc. Ver FERNÁNDEZ, SILVIA op. cit.

(54) Coincidimos con Bariffi en que hablar de apoyos supone la implementación de un sistema complejo que no solo requiere reformas legales, sino también una acción garantista del Estado. El cambio no consiste en reemplazar el nombre de curatela por “persona de apoyo” en la ley.

subsunción automática “médico-jurídica”, efectuando las calificaciones en cada caso concreto. La declaración de incapacidad guardaría relación exclusivamente con los casos de falta de autogobierno, pero no puede fundarse exclusivamente en características propias de la edad y progresivo envejecimiento⁽⁵⁵⁾.

Cabe reflexionar acerca de cuántos adultos mayores hoy día transitan por debilitamientos decisionales y, sin embargo, llegan al final de sus días sin declaración de su incapacidad. ¿Cuál es la diferencia por la que en la época actual se da un incremento exponencial de procesos de incapacitación de adultos mayores en comparación con épocas anteriores? Estos datos están íntimamente ligados a necesidades sociales insatisfechas que complejizan la situación de vulnerabilidad propia de la ancianidad (necesidad de obtener lugares para alojamiento o una internación mediante orden judicial, necesidad de obtener beneficios de pensión, reclamo de medicamentos o prestaciones a las obras sociales o al Estado)⁽⁵⁶⁾.

No obstante, advertimos que el exceso en la protección puede resultar tan peligroso como la laxitud, dejando a la persona desprotegida frente a sus actos y terceros⁽⁵⁷⁾. Por ello la ley y las decisiones deberán graduar el apoyo para, dentro de la voluntad de la persona, garantizar su ejercicio pleno mediante un mecanismo que auxilie, sostenga la autonomía, reconozca la capacidad y proponga salvaguardas en los casos necesarios.

4 | Ancianidad, autonomía personal y ejercicio de derechos personalísimos

El problema más importante que plantea el envejecimiento mundial no es por sí el factor demográfico ni sus consecuencias sociales, sino el garanti-

(55) Tribunal de Familia, n° 1, Mar del Plata, 09/08/2011.

(56) Hemos expresado esta opinión en dictámenes contrarios a la interdicción, (vgr. Tribunal de Familia, n° 1, Mar del Plata, 09/08/2011), que proponen emplear figuras alternativas como la curatela a los bienes y mantener la capacidad en el resto de los derechos personales.

(57) Así, vgr. la tutela necesaria frente a deterioros cognitivos o debilitamientos decisionales no procederá inevitablemente mediante procesos de restricción de la capacidad sino a través de la implementación de salvaguardias —patrimoniales y personales, arg. art. 234 CPCCBs.As.—.

zar el ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores⁽⁵⁸⁾. Este objetivo posiciona el punto de análisis en la **autonomía personal**⁽⁵⁹⁾ inherente a la libertad constitucional (art. 19 CN), que promueve la realización del proyecto de vida autorreferencial de las personas⁽⁶⁰⁾.

La defensa de la autonomía en esta construcción personal involucra asimismo la puesta de límites constantes al poder de terceros y Estado⁽⁶¹⁾, y realiza el fin último de la justicia constitucional: la dignidad de la persona⁽⁶²⁾.

En el escenario de la ancianidad, la autonomía personal se exhibe en la posibilidad de concreción autodefinida de numerosos derechos personalísimos, entre los que destacamos el derecho de las personas mayores a contraer matrimonio⁽⁶³⁾, a vivir en familia y definir el lugar de residencia⁽⁶⁴⁾; a elegir las relaciones personales que se desean mantener o no⁽⁶⁵⁾, a la toma de decisiones informadas y participadas⁽⁶⁶⁾ en el campo de la salud, a la disposición de los bienes *posmortem*⁽⁶⁷⁾ y el destino del cuerpo, a la

.....

(58) GROVER, ANAND, "Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", AGONU, 04/07/2011.

(59) Se señala que el término ajustado a la idea de libertad constitucional es **autonomía personal** y no **autonomía de la voluntad**. LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO. "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias". *RDF* 51-1.

(60) Ver CSJN *in re* "Bahamondez", 06/04/1993; CSJN *in re* "Albarracín", 01/06/2012.

(61) EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1, 1994, p. 5 y ss.

(62) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?" en *RDF* 1999-15-9.

(63) Sin injerencias de terceros, *vgr.*, familiares, ni presunción de incapacidad.

(64) Ver Tribunal de Familia, n°1, Mar del Plata, 11/05/2011 y 26/08/2011, *idem*, 19/09/2008.

(65) Respeto a las decisiones de vinculación con sus familiares, Cámara Nacional en lo Civil, sala J, 28/06/2011.

(66) La concepción actual avanza más allá de un **consentimiento informado**, mediante la necesaria **activa participación** del paciente en el proceso de atención. AIZENBERG, MARISA "Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529". Revista de *CEDIQUIFA*. www.cedi.org.ar.

(67) La vejez no es automática causal limitativa de la "perfecta razón" (arts. 3615 y 3616 CC), tal como sostiene la Cámara Nacional en lo Civil, sala F, 16/5/2007 y la Cámara Nacional en lo Civil, sala D, 15/02/1983. No obstante, la vulnerabilidad a que se ven expuestos los ancianos

redacción de estipulaciones previsoras de la futura incapacidad —entre ellas, la autodesignación de persona de confianza para el ejercicio de la función asistencial en dicha instancia—.

Nos centraremos en el ejercicio de la autonomía en el ámbito sanitario y la auto-previsión de mecanismos de autotutela/autoprotección para la futura inhabilidad funcional derivada del desarrollo etiológico de la ancianidad.

4.1 | Autonomía en el campo de la salud y ancianidad

El ámbito sanitario presenta la paradoja de constituirse como el escenario de tutela de derechos centrales a la persona —vida, salud, integridad— pero, a la vez, la realización de estos objetivos inherentes al quehacer médico arrastra frecuentemente la vulneración de otros derechos personalísimos, como el derecho a la autodeterminación⁽⁶⁸⁾, a la información, al consentimiento informado en las instancias de la vida y de la misma muerte.

Estas violaciones importan supuestos no siempre advertidos de **maltrato sanitario**, término bajo el cual comprendemos los **múltiples desconocimientos** a la autonomía en este espacio; en especial, la no exigencia del consentimiento informado a que están expuestos los ancianos —reemplazados por sus familiares ante el equipo médico—: el anciano no es **sujeto de diálogo sanitario**⁽⁶⁹⁾.

Centrando nuestro objetivo en la materialización y respeto de la toma de decisiones autónomas o, mayormente, de **autonomía asistida** —y no sustituida—, enlaza la garantía del consentimiento informado, eje fundamental del respeto por la autonomía de la persona y su dignidad. Las personas

.....
exige valorar prudentemente los actos realizados, conforme la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, 04/08/2011.

(68) En nuestro país, el respeto a las opciones autorreferenciales es amparado por la ley 26.529, que califica como **derecho esencial** del paciente la **autodeterminación** (art. 2), comprensiva de la aceptación o rechazo de tratamientos con o sin expresión de causa, determinación de cuidados médicos, del destino del cuerpo/ órganos y la expresión de voluntad anticipada.

(69) En otras ocasiones la voluntad se sustituye mediante el recurso a procesos de incapacitación o la promoción inconsulta de autorizaciones judiciales de sustitución.

mayores están mucho más expuestas a recibir tratamiento y atención sin su consentimiento⁽⁷⁰⁾; se abusa de ellas por la ignorancia y el desamparo que se piensa que padecen y por su fragilidad física o mental. El enfoque de salud no sólo debe apuntar a la accesibilidad de sistemas de salud, sino también a garantizar los principios de igualdad, la no discriminación y el empoderamiento de los pacientes mayores, postulando su participación en los procesos de toma de decisiones⁽⁷¹⁾.

El art. 5 de la ley 26.529 —conf. ley 26.742— define el consentimiento informado como la “(...) declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”. El parámetro de valuación lo aporta el art. 6 al disponer que “(...) En el supuesto de incapacidad del paciente, o **imposibilidad de brindar el consentimiento informado** a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y orden de prelación allí establecido (...) deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”⁽⁷²⁾.

Las evaluaciones en este aspecto no apuntan a criterios jurídicos sino empíricos, bioéticos, siendo aplicable la noción de **competencia de la persona concreta**, que desplaza presunciones prejuiciosas de incapacidad y pone en jaque la responsabilidad del hacer médico⁽⁷³⁾.

(70) La información sobre las cuestiones relacionadas con la salud ha de ser disponible sobre bases no discriminatorias, accesible de acuerdo con las necesidades de comunicación particulares de la persona (incluidas las circunstancias especiales físicas o culturales) que ha de otorgar el consentimiento. Informe del Relator Especial a la AGONU A/64/272, párr. 9 y 23.

(71) Estudio temático del Relator Especial de UN cit.

(72) Subrayados propios

(73) Por su parte el art. 59 del Anteproyecto define el consentimiento informado como “la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de

Entendemos que estas previsiones permiten perfectamente aprehender la situación de las personas ancianas.

La Observación general n° 14 del comité de DESC⁽⁷⁴⁾ ha descrito las obligaciones jurídicas de los Estados en la materia; las centrales son: respetar el derecho a la salud, protegerlo y garantizar su ejercicio. La primera es frecuentemente violada frente a los ancianos, quienes padecen restricciones a su autonomía en virtud de unas definiciones de capacidad carentes de especificaciones individuales. Según la Observación, el derecho a la salud entraña libertades y derechos; las libertades apuntan al derecho a tomar decisiones independientes sobre la propia salud; los segundos refieren a las obligaciones positivas del Estado —atención primaria y protección social—.

Desde otra perspectiva, el derecho a la salud resulta vulnerable no sólo en la atención primaria de salud, sino también respecto de los cuidados paliativos y toma de decisiones sobre el proceso de muerte⁽⁷⁵⁾. En este sentido, nuestro país recientemente sancionó la ley 26.742, que “libera al médico de su obligación de curar a cualquier precio y reivindica como su misión actual curar, acompañar, paliar y confortar”⁽⁷⁶⁾. El derecho a morir

.....
hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

(74) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (E/C.12/2000/4, 11/8/2000)

(75) Ver en este sentido reciente modificación de la ley 26.529 por la ley 26.742, sanc 09/05/2012.

(76) Taiana de Brandi Nelly y Brandi Taiana Maritel, “La modificación de la ley 26.529, *Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte Digna*, Dir. Graciela Medina, LL, p. 137. Esta norma postula, frente a una enfermedad irreversible, incurable, el derecho al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados con relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento excesivo, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo del estadio irreversible. Involucra también el derecho a recibir cuidados paliativos en el proceso de atención de su padecimiento.

con dignidad es exigible también en favor de las personas mayores⁽⁷⁷⁾, quienes cuentan con menores posibilidades de recibir cuidados paliativos, lo que involucra una discriminación por edad⁽⁷⁸⁾.

Creemos que la situación de las personas ancianas patentiza la necesidad de reafirmar el principio fundamental de igualdad y no discriminación por motivos de edad y exige la adopción de “medidas de acción afirmativa”, que involucren un trato digno respecto de las personas de edad y aporten ajustes razonables, adaptando las normas generales a sus necesidades particulares.

4.2 | Estipulaciones previsoras de la futura incapacidad

Se incluyen bajo el concepto diversas manifestaciones de voluntad efectuadas por la persona en ejercicio de su capacidad, dirigidas a prever su situación de futura imposibilidad de autoejercicio de sus derechos, tanto en la faz personal como en la patrimonial⁽⁷⁹⁾. Estas estipulaciones se encuentran subordinadas a la sola condición del discernimiento al momento de su otorgamiento (art. 921 CC.)⁽⁸⁰⁾, por lo que consideramos corresponde admitir su dictado aún en los inicios de la ancianidad, si se conserva dicha aptitud⁽⁸¹⁾.

Entre ellas podemos mencionar: a) la auto designación de curador, b) los mandatos no revocables por incapacidad del mandante, c) las instrucciones

(77) Incluye las decisiones sobre el acceso a alivio del dolor y otras intervenciones necesarias, el lugar de la muerte y la posibilidad de rechazar un tratamiento destinado a prolongar la vida cuando no lo desee el paciente, aún anciano, permitiéndole morir con dignidad.

(78) (E/C.12/2000/4, párr. 25)

(79) PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: desjudicialización de la tutela?” LL, año XXVIII n° 6665, 6/3/2007, pp. 1/6. El instituto se limita a cubrir la situación intermedia de desprotección en que puede hallarse un individuo que ve progresivamente mermado su autogobierno, sin incidir en su capacidad civil ni alterar su ejercicio. Berrocal Lanzarot, Ana, “El ‘apoderamiento o mandato preventivo’ como medida de protección de las personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n° 78, 17/01/2008, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>

(80) La noción no se relaciona con el criterio de capacidad sino de competencia.

(81) Ver PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el derecho cubano? RDF 2009-III, p. 193.

sobre tratamientos médicos y prolongación artificial de la vida. El art. 11 de la ley 26.529, modificado por ley 26.742, dispone que: "Toda persona capaz⁽⁸²⁾ mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia⁽⁸³⁾, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Las directivas deben permitir la designación de mandatario⁽⁸⁴⁾ para caso de imposibilidad de expresarse por sí, manteniendo validez dicho apoderamiento aun ante la incapacidad sobreviniente⁽⁸⁵⁾.

El art. 60 del Anteproyecto prevé: "La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó".

Enmarca también aquí la expresión de la preferencia en la designación del apoyo o asistente⁽⁸⁶⁾. Hemos visto que la norma proyectada para el dere-

.....

(82) El término *capaz* involucra una calificación eminentemente jurídica que quizás no resulte del todo apropiada considerando la temática regida prioritariamente por la noción de competencia.

(83) Entendemos que resulta cuestionable la judicialización de estas cuestiones, introduciendo una discriminación en relación a quienes sí puedan recurrir a un notario para su realización.

(84) Figura útil ante futuros adelantos médicos, habilitando al mandatario para interpretar lo que la persona "hubiese querido disponer", evitando la caducidad de las directivas.

(85) BERROCAL LANZAROT, op. cit.

(86) La Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad de España establece que "cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor" (art. 223).

cho argentino exige la participación de la persona y la escucha de sus preferencias en la designación del sujeto que ejerza esta función de apoyo.

Pensamos que estas previsiones resultan sumamente valiosas para el supuesto de ancianidad, considerando el progreso de las patologías —vgr. enfermedades neurodegenerativas— que paulatinamente irán mermando la aptitud y discernimiento de la persona, quien mientras las conserve podrá entonces diseñar su propia protección en el ámbito personal y patrimonial, por intermedio de su red de confianza.

5 | Palabras finales

Deseamos cerrar estas tentativas reflexiones a través de una relación signada por la inevitable condición natural-etérea de las personas.

Infancia y ancianidad constituyen los dos extremos de la línea de la vida; en relación a la primera se cuestiona el status de incapacidad como criterio uniforme basado exclusivamente en la condición de edad⁽⁸⁷⁾; sin embargo, el sesgo tutelar allí en retirada se “cuela” nuevamente como respuesta frente a la ancianidad, defendiendo la incapacitación como mecanismo de protección⁽⁸⁸⁾.

La autonomía progresiva de niños y adolescentes se hace plena, por reconocimiento legal, con el arribo a la mayoría de edad; más adelante dicha plenitud se debilita y desdibuja, parangonando una **autonomía “regresiva” —o en regreso—**⁽⁸⁹⁾, pero que no debe desconocer la calidad de sujeto de derecho de su titular y su aptitud para el ejercicio de derechos

.....

(87) Arts. 5, 18 y concs. CDN; 3, 19, 24, 27 ley 26.061, que postulan el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, determinada conforme la evolución de su edad, desarrollo y madurez, en las distintas instancias de la infancia. Posición tomada por el Anteproyecto.

(88) Diríamos que se replica en este ámbito —diferencias mediante— la discusión tiempo atrás desplegada en relación al universo de infancia, que permitió la erradicación normativa de una doctrina tutelarista y su superación por la opuesta de reconocimiento de derechos.

(89) “Regresivo”: volver hacia atrás; del verbo “regresar”: volver al lugar de donde se partió. Interpretación que postuláramos, Fernández, Silvia, Krebs Guillermina, ponencia II Congreso internacional de Derecho de Familia, Córdoba, 2010; reiterada en “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? Necesidad de graduación de la capacidad civil.” RDF 51 p. 149. Gráficamente decía el novelista Joseph Heller “He llegado por fin a lo que quería ser de mayor: un niño”.

fundamentales, acorde su grado de discernimiento, comprensión y decisión⁽⁹⁰⁾.

Consideramos necesaria la creación de un estatuto orgánico para la protección jurídica integral de las personas de edad en sus relaciones públicas y privadas, que recepte los estándares del derecho internacional de ancianidad.

El abordaje jurídico no debe partir de la identificación con la incapacidad, sino de un modelo de promoción de derechos fundamentales, dentro del cual la injerencia estatal sea implementada mediante medidas de acción positiva⁽⁹¹⁾ ajenas a la subsunción automática de la persona en la incapacidad.

Por su parte, el respeto de la dignidad, exige validar la autodeterminación del paciente adulto mayor, la obtención de su consentimiento informado para cualquier práctica médica y la previsión de salvaguardas adecuadas para quienes no puedan prestarlo ante debilitamientos propios de la ancianidad (arg. art. 12, CDPD). La autonomía personal exige igualmente respetar los mecanismos de autoprotección en relación a tratamientos de salud y autotutela.

Los espacios normativos deben integrarse con la valoración ético-axiológica, que en el caso exhibe la necesidad de especificación de los principios universales aplicables a la persona, proponiendo criterios de diferenciación positiva en el ámbito legal y político. Estos mecanismos posibilitan la flexibilidad de las respuestas jurídicas, acorde el imperativo de ajustes y graduaciones de los mecanismos de asistencia que un Estado democrático debe diseñar en tutela de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Se ha dicho que “la persona (...) es la ‘singularidad original’ en el derecho, un punto de partida sin dimensiones del que se expande el universo jurídico”⁽⁹²⁾. Pensamos que las normas proyectadas posibilitan una vía de apertura a la construcción de esta singularidad en favor de las personas ancianas; objetivo que sólo no será estéril si los operadores, artesanos en

(90) La *vuelta* del adulto mayor a una limitada aptitud jurídica sería progresiva en el regreso, conforme los grados de avance de las disfunciones provocadas por los estadios fisiológicos.

(91) Vgr. en materia de asistencia residencial, económica, previsional, social, créditos para reacondicionamiento de la vivienda acorde las limitaciones emergentes, asistencia en salud.

(92) RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 163.

la aplicación de la estática norma, encuentran caminos —más o menos certeros— que conduzcan en un tránsito direccionado por la dignidad y la defensa de la libertad humanas.

Bibliografía

- AIZENBERG, MARISA, “Los Derechos del paciente. Análisis de la Ley N° 26.529”, en *Revista de CEDIQUIFA*. Ver texto en: www.cedi.org.ar
- BERROCAL LANZAROT, ANA I., “El ‘apoderamiento o mandato preventivo’ como medida de protección de las personas mayores”, en *Informes Portal Mayores*, n° 78, Madrid, Portal Mayores, 2008. Ver texto en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *RDF* 1999-15-9.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, DIEGO (ed.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006.
- BOBBIO, NORBERTO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n°5, 1988-1989.
- BRANDI TAIANA, MARITEL, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho español y argentino*, Bs. As., Astrea.
- CELADE - DIVISIÓN POBLACIÓN DE LA CEPAL, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe (LC/L.2987/REV1)*, Santiago de Chile, 2009.
- CIURO CALDANI, MIGUEL, “Comparación iusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 25, 1994.
- DABOVE, MARÍA I., “Informe referido al derecho de la ancianidad en el bicentenario argentino (1810-2010)”, en *Revista Investigación y Docencia*.
- DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en *JA* 2000-4, p. 1024.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. I, 1994.
- ESPINOSA TORRES, P., “Grupos vulnerables y cambio social”, en *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas Cámara de Diputados, año IX, núm. 72, mayo-junio, 2000.
- FERNÁNDEZ, SILVIA, “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *RDF*, n°52.
- FERNÁNDEZ, SILVIA y Krebs, Guillermina, “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? Necesidad de graduación de la capacidad civil”, en *RDF* n°51, p. 149.
- GONEM MACHELLO, G., “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20/06/2008.

- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Derechos humanos, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, tomo III.
- GROVER, ANAND, “Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, AGONU, 04/07/2011.
- HUENCHUAN, SANDRA y MORLACHETTI, ALEJANDRO, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Revista Notas de Población*, n° 81, Santiago de Chile, CEPAL, 2006.
- LATHROP FABIOLA, “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile”, en *RDF*, n°49.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica de las personas mayores”, en *Actualidad Civil*, n° 19, 1-15/11/04, Bs. As., La Ley, 2004, t. 2.
- MUÑOZ TORTOSA, JUAN, *Personas mayores y malos tratos*, Madrid, Pirámide, 2004.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, en *RDF* n° 51, p. 1.
- MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en *RDF*, n° 31, 2005-103.
- OMS, “*A life course perspective of maintaining independence in older age*”, Ginebra, 1999.
- OMS, “II Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento”, Madrid, 2002.
- ONU, OBSERVACIÓN GENERAL “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4, 11/08/2000.
- PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008.
- PÉREZ CONTRERAS, M. MONTSERRAT, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, en *Revista Jurídica Boleín Mexicano de Derecho Comparado*.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el derecho cubano?”, en *RDF* 2009-III.
- PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: desjudicialización de la tutela?”, en *Revista Jurídica La Ley*, año XXVIII n° 6665, 06/03/2007.
- RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos 1995.
- RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad hoc, 2008.
- RUBIO, RAMONA, “Concepto, tipos, incidencia y factores de riesgo del maltrato institucional de personas mayores”, en Iborra Marmolejo, Isabel, *Violencia contra las personas mayores*, Barcelona, Ariel, 2005.
- SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contra ‘jóvenes’ y ‘viejos’. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.
- TAIANA DE BRANDI NELLY y BRANDI TAIANA MARITEL, “La modificación de la ley 26.529”, en Graciela Medina (dir), *Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte Digna*, Bs. As., La Ley.
- TOBIAS, JOSÉ W., “Debilidades decisionales. Vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en *RDFyP*, La Ley, año 2 n° 1, 2010.

La sociedad unipersonal

Idas y venidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

por **DANIEL R. VÍTOLO**⁽¹⁾

I | Una nueva mirada legislativa sobre el Derecho Privado

El 23 de febrero del año 2011 la Presidente de la República dictó el decreto 191/2011, mediante el cual creó la “Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” cuyo cometido sería el estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

La Comisión se integró con los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuó como

.....

(1) Profesor Titular Ordinario de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la UBA; Director del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA; Director del Instituto de Derecho Económico “Isaac Halperin” de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas; Director del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina; Profesor de Cursos de Grado y Posgrado en el país y en el extranjero; autor de numerosos libros y artículos de Derecho Comercial y Empresario.

presidente, y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

Esta Comisión debía elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución, cometido que fue cumplido, teniendo lugar el día 27 de marzo de 2012 una reunión en la Casa del Gobierno, en la cual la Presidente anunció al país que el Anteproyecto de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación había sido redactado.

El Poder Ejecutivo fundamentó la iniciativa legislativa sosteniendo que el sistema de derecho privado, en su totalidad, había sido afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido destacó la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos tratados de derechos humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia había efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.

A criterio del Poder Ejecutivo, todas estas circunstancias tornaban necesario proceder a actualizar y unificar la legislación nacional en materia de Derecho Privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores⁽²⁾.

2 | La aparición de una propuesta de reforma a la ley 19.550

Cuando el primer Anteproyecto fue conocido, pudo advertirse que, en forma anexa al Proyecto —primero por intermedio de una denominada

(2) En forma particular la Presidente señaló al anunciar el Proyecto que “hay una responsabilidad generacional...” y añadió que es preciso superar “las diferencias que impiden avanzar para que no se conviertan en obstáculos”. “Hay que abandonar las posiciones dogmáticas”, reclamó la Presidente, para quien “(...) ese derecho debe reflejar los problemas cotidianos de la comunidad” (Discurso pronunciado en el Museo del Bicentenario el 27 de marzo de 2012).

“Ley de Derogaciones” y luego a través de un Anexo II—, la Comisión le había propuesto al Poder Ejecutivo reformar la ley 19.550 de sociedades comerciales en varios aspectos; entre ellos la posibilidad de receptor legislativamente las sociedades de un solo socio, o sociedades unipersonales.

El Anteproyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo —una vez que fuera entregado por la Comisión— al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para una revisión general del mismo.

De la labor llevada a cabo por el mencionado Ministerio surgieron nuevas modificaciones a la iniciativa original hasta conformarse el texto definitivo del Proyecto —incluida la reconversión de la Ley de Derogaciones en un “Anexo II” — que la Presidente giró al Congreso para que fuera sancionado, luego de ser analizado por una Comisión Bicameral por el plazo de noventa (90) días.

Entre las principales modificaciones introducidas al Anteproyecto —en materia de Sociedades Comerciales— merecen mencionarse las siguientes⁽³⁾:

- a. Se eliminaron las reformas propuestas al régimen de resolución de conflictos — propuesta de reformas al art. 15, de la ley 19.550 e incorporación de los arts. 15 bis, 15 ter y 15 quater—;
- b. Se incorporaron normas referidas a las sociedades constituidas o en las que participaran menores, dado que el Anteproyecto había olvidado corregir este tema cuando, simultáneamente, se proponía derogar la ley 14.394 —modificaciones a los arts. 28 y 29 de la ley 19.550—;
- c. Se modificaron las reformas propuestas al art. 30, restringiendo la participación de las sociedades por acciones solamente en otras sociedades por acciones o en sociedades de responsabilidad limitada —modificación al art. 30 de la ley 19.550—;
- d. Se eliminaron las reformas propuestas al régimen de control y de participaciones de una sociedad en otra, incluyendo las sugerencias respecto de las

.....
(3) VITOLO, DANIEL ROQUE, Las reformas a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2012.

- innovaciones en relación con participaciones recíprocas —modificaciones de los arts. 31, 32 y 33 de la ley 19.550—;
- e. Se eliminaron las modificaciones propuestas al régimen de inoponibilidad de la personalidad jurídica —modificaciones propuestas al at. 54 de la ley 19.550—;
 - f. f) Se eliminaron las modificaciones propuestas en materia de grupos societarios, política grupal y responsabilidad de administradores —modificaciones propuestas a los arts. 54 y 59 de la ley 19.550—;
 - g. Se eliminaron las modificaciones propuestas al régimen de registros, documentación, contabilidad, medios telemáticos y reuniones a distancia —modificaciones propuestas a los arts. 61 y 73 de la ley 19.550—;
 - h. Se incorporó una norma en materia de exclusión de socios —modificación del art. 93 de la ley 19.550—;
 - i. Se mantiene la posibilidad de remoción de las causales de disolución —modificación arts. 94 y 100, e incorporación de un art. 94 bis—;
 - j. Se modificó el contenido de la propuesta de regulación de la sociedad unipersonal, restringiendo su utilización al tipo de la sociedad anónima, limitando la posibilidad de que las sociedades unipersonales puedan constituir a su vez otras sociedades unipersonales, y colocando contrapesos y controles al instituto —modificaciones de los arts. 1º, 11, 164, 167, 299 y concordantes de la ley 19.550—; entre otras.

Los fundamentos que ha invocado el Poder Ejecutivo para introducir tales modificaciones y correcciones al Anteproyecto original —recogidos por la Comisión— fueron extremadamente laxos e imprecisos, pues sólo refirieron que se había procedido a eliminar una serie de artículos que consideraban propios de la ley especial, ya que tiene el propósito de elaborar un proyecto de reformas de la ley de sociedades en la que deberían incluirse esas modificaciones; y que se había limitado a agregar regulaciones específicas de las sociedades unipersonales⁽⁴⁾.

(4) Lo cierto es que la intervención del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue bastante más amplia.

3 | A partir del Proyecto ¿hay una nueva concepción de las sociedades comerciales?

En puridad de verdad, de lo que se trata la modificación propuesta por el Proyecto respecto de la Ley de Sociedades Comerciales, es de terminar definitivamente con dos conceptos que hasta el día de hoy están presentes en la legislación nacional:

- a. la diferenciación entre las sociedades civiles y comerciales; y
- b. el requisito de pluralidad —originaria o derivativa— para que exista *sociedad*.

En relación con el primer punto, desaparecerían las sociedades civiles que actualmente están reguladas en los arts. 1648 a 1788 bis del Código Civil, y se cambiaría entonces el nombre de la actual Ley de Sociedades Comerciales por el de “Ley General de Sociedades”, regulando todas ellas —menos las sociedades civiles que, por obra y gracia del Proyecto desaparecerán en el futuro —nada dice el Proyecto con respecto a qué ocurrirá con las existentes—⁽⁵⁾.

Sin embargo, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión creada por el decreto 191/2011, no viene a modificar —en sentido estricto— la conceptualización de la sociedad como contrato plurilateral de organización, sino que agrega al texto legal, la posibilidad de que también se pueda recurrir a este instituto —el de las sociedades—:

.....

(5) La idea que algunos autores tienen sobre que las mismas pasarán a regirse por la nueva Sección IV de la ley 19.550 —véase MANÓVIL, RAFAEL MARIANO, posición sustentada en la Disertación en la Primera Jornada de discusión sobre la reforma propuesta al régimen de sociedades comerciales en el Anteproyecto de nuevo Código Civil, realizadas en Homenaje a la Memoria del Prof. Edgar I. Jelonche, llevadas a cabo en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 29 de junio de 2012— no parece tener asidero, en la medida en que la definición de sociedad civil contenida en el art. 1648 del Código Civil no coincide con la definición contenida en el art. 1° de la Ley 19.550. Este es un error que la Comisión Bicameral debería corregir disponiendo alguna alternativa a las sociedades civiles existentes al momento en que el nuevo Código sea sancionado.

- a. mediante un acto de voluntad unilateral, admitiendo la posibilidad de que se puedan constituir sociedades integradas por un único socio exclusivamente bajo el tipo de sociedades anónimas—modificaciones propuestas al texto del art. 1º de la ley 19.550—⁽⁶⁾;
- b. por disposición imperativa legal, en aquellos casos en los cuales sociedades constituidas bajo alguno de los tipos previstos en la ley, que exigen para las mismas una doble categoría de socios, llegaran a quedar reducidas a un solo socio y dicho único socio no hubiera, o bien recompuesto la pluralidad, o bien transformado la sociedad, o —finalmente— tampoco la hubiera disuelto —propuesta de incorporación de un art. 94 ter.— ⁽⁷⁾;
- c. por situaciones de hecho acaecidas en una o más oportunidades, donde las sociedades unipersonales —que el proyecto admite en forma originaria sólo bajo el tipo de sociedades anónimas— a lo largo del plazo de duración puedan ir mutando de sociedades pluripersonales a unipersonales y viceversa, según el número de socios —accionistas— que registre a los largo de dicho plazo de duración, entrando y saliendo del régimen de unipersonalidad en cada oportunidad en que ciertos hechos acaezcan.

Como puede verse, la situación no es sencilla sino que, por el contrario, se presenta extremadamente compleja.⁽⁸⁾

4 | El regreso —con variantes— de ciertas iniciativas anteriores

La idea de admitir dentro de nuestro régimen legal a las sociedades unipersonales, u otros mecanismos a través de los cuales el empresario individual pueda recurrir a organizaciones con reconocimiento legal que le permita afectar parcialmente su patrimonio a una actividad comercial de modo de limitar su responsabilidad patrimonial, es algo que en el

(6) Sobre este punto nos pronunciaremos específicamente al comentar —más adelante— el nuevo texto propuesto—.

(7) Originariamente se derivaba al tipo de Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero el Poder Ejecutivo corrigió el error. Sobre esta cuestión daremos mayores precisiones al tratar las reformas propuestas al art. 94 de la ley 19.550.

(8) VÍTOLO, DANIEL R., *Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550*, Revista Jurídica La Ley, ejemplar del 29/05/2012.

mundo, y en nuestro país, se ha presentado desde hace largo tiempo⁽⁹⁾, y con diversas concepciones⁽¹⁰⁾.

Entre nosotros, doctrinariamente, la Comisión de Sociedades y Empresas Comerciales del Instituto Argentino de Derecho Comercial confió a

(9) Puede verse al respecto: AGUIRRE, HUGO A., "La pluralidad de socios en las sociedades comerciales", en supl. esp. *Sociedades Comerciales*, 2004 (diciembre), p. 3, Doctrina; ALEGRIA, HÉCTOR, *La sociedad unipersonal*, en LexisNexis R. D. C. O. 1994; AMUSCHÁSTEGUI, FERNANDO D., *La empresa individual de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; BOQUIN, GABRIELA, "La pluralidad sustancial de socios. Recaudo esencial para la existencia de sociedad", en supl. esp. *Sociedades ante la l. G. J.*, 2005 (abril), p. 150, Doctrina; CABANELLAS, GUILLERMO, "¡Otra vez sopa! La pluralidad de socios como requisito esencial del contrato de sociedad", en LexisNexis J. A. 2005-III-783, supl. J. A. del 13/07/2005; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, "La sociedad unipersonal en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades", en LexisNexis J. A. 2004-III-1074, supl. J. A. del 22/09/2004; CAPUTO, LEANDRO J., *La sociedad unipersonal en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1999*, en LexisNexis J. A. 2001-III-1079; CHAMPAUD, CLAUDE, "La empresa personal de responsabilidad limitada", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 15, N° 85 a 90, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 487; CRISTIA, JOSÉ M., *La empresa unipersonal de responsabilidad limitada francesa*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 20, N° 115 a 120, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 415; CURÁ, JOSÉ M., *Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas...* (del art. 1° de la Ley de Sociedades Comerciales), en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-A-1251; FARGOSI, HORACIO, "Anotaciones sobre la sociedad unipersonal", en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-E-1028, Doctrina; FORTIN, PABLO J., comentario a MOUSOULAS, SPIIOS, "La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada comunitaria". Comentario de la XII Directiva del Consejo en materia de Sociedades, en *Revista Jurídica La Ley*, 1991-E-1604; GAGLIARDO, MARIANO, *Sociedad unipersonal o de accionista único* (A propósito de un anteproyecto de reformas a la sociedad comercial), en *E. D.* 209-863; MALAGARRIGA, J. C., *En torno al concepto de sociedad comercial en el Proyecto de Ley de Sociedades*, en *R. D. C. O.* tomo 2, p. 561; *Sociedades de un solo socio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; MOEREMANS, DANIEL; ALONSO, CÉSAR; BORREGO, EDUARDO y VEIGA, JUAN C., "Las relaciones externas en la SRL unipersonal", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 23, N° 136 a 138, Buenos Aires, Depalma, 1990-B (julio-diciembre), p. 575; NISSEN, RICARDO A., "Breves estudios sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales. Primera parte: El nuevo concepto de sociedad comercial", en *E. D.* 209-1050; Resulta inconveniente la incorporación a nuestra legislación positiva de las sociedades de un solo socio, en *E. D.* 202-692; OTAEGUI, JULIO C., *Accionista único*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 1, N° 1 a 6, Buenos Aires, Depalma, 1968; PIAGGI DE VANOSI, ANA I., "Apuntes sobre la sociedad unipersonal (En tanto técnica de organización empresarial incorporada al Proyecto de Código Civil Unificado)", en *Revista Jurídica La Ley* 1989-E-1192, Doctrina; Estudio sobre la sociedad unipersonal, Buenos Aires, Depalma, 1997; RANDLE, IGNACIO J., *La sociedad unipersonal*, en *Revista Jurídica La Ley* 1989-B-861, Doctrina; RIVERA, JULIO C., *Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio*, en supl. esp. *Sociedades Comerciales*, 2004 (diciembre), p. 117, Doctrina; ROITMAN, HORACIO, *La plurilateralidad societaria*, en *E. D.* 212-535; SANTUCCIONE, GABRIELA, comentario a MORELLO, UMBERTO, *La sociedad unipersonal (La experiencia italiana)*, en *Revista Jurídica La Ley*, 1993-A-1216; VÍTOLO, DANIEL ROQUE, "Pluralidad de socios en las sociedades comerciales", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1317, Doctrina; entre otros.

(10) Más detalles se encuentran en VÍTOLO, DANIEL, op. cit.

Waldemar Arecha la redacción de un Anteproyecto para regular la empresa individual de responsabilidad limitada. Arecha agrupó los diez puntos principales del sistema normativo bajo el título de "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" tratándose en un debate público en 1943. Otros proyectos fueron los elaborados por Esteban de Lamadrid y por Miguel A. Lancelotti, asesor de la Cámara de Comercio.

Desde el punto de vista legislativo, deben destacarse las iniciativas del año 1940 originada por M. Oscar Rosito sobre "Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada", que en 26 artículos seguía los lineamientos de la ley 11.645 que el Congreso nunca trató; también existió otro proyecto presentado por Felipe Gómez del Junco que obtuvo media sanción del Senado en 1949, pero que nunca fue considerado por la Cámara de Diputados. No debe olvidarse tampoco que en el año 1989 un proyecto legislativo impulsado por los diputados Aramouni y Ball Lima, propugnó la creación de un régimen especial para la empresa individual de responsabilidad limitada obteniendo un dictamen favorable de la Comisión de Legislación General del Congreso, proyecto que, finalmente, no prosperó.

Debe recordarse, también, que tanto el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial sancionado por ley 24.032, que fuera vetada por el decreto N° 2719/91, como los posteriores proyectos de reforma que contemplaban la posibilidad de constitución de sociedades de un solo socio bajo los tipos de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas.

Entre ellos se destacan el Anteproyecto elaborado por la comisión creada por resolución 465/91 del Ministerio de Justicia; el Proyecto de Código Unificado aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 y nunca tratado por el Senado; el Proyecto de Código Civil Unificado redactado por la comisión creada por decreto 468/92; el Proyecto de la comisión creada por decreto 685/95; y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades redactado por la comisión creada por Resolución MJDH 112/02⁽¹¹⁾.

En la actualidad la cuestión de las sociedades unipersonales ha vuelto a colocarse en el centro de la discusión como consecuencia de la decisión

(11) Mayores precisiones pueden encontrarse en VÍTOLO, DANIEL R., Sociedades Comerciales, Ley 19.550 comentada, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008.

del Poder Ejecutivo Nacional de remitir al Congreso de la Nación el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que incluye la modificación de la Ley de Sociedades Comerciales, dentro del cual se incorpora la regulación de la sociedad unipersonal.

De hecho, la propia Presidente de la Nación, en el mensaje de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso hizo especial referencia al tema, lo que reiteró en el acto de lanzamiento del Anteproyecto⁽¹²⁾ —aún en discusión en cuanto a su texto—, y hasta llegó a colocar en su Facebook⁽¹³⁾ a la “sociedad de un solo socio” como uno de los diez temas relevantes de la reforma proyectada a la cual —en su conjunto— se le ha otorgado trascendencia casi fundacional⁽¹⁴⁾.

Cuando en el año 1995 se designó una comisión para la elaboración de un código civil y comercial unificado —dec. 685/95—, los redactores del anteproyecto incluyeron una propuesta de modificación de la ley 19.550 que —entre otras medidas— propugnaba, por una parte, que las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas pudieran ser constituidas por una sola persona humana o jurídica —art. 1— y, por otra parte, que la reducción a uno del número de socios en estos tipos sociales no importaría la disolución de la sociedad⁽¹⁵⁾.

.....

(12) El 27 de marzo de 2012 la Presidente anticipó que en un mes sería enviado al Parlamento el anteproyecto que unificará y actualizará los códigos Civil y Comercial, que pasará a tener unos 2.500 artículos, contra 4.000 actuales. Adelantó que se conformaría una Comisión Bicameral, con amplia representación, para analizar su texto. La Presidente también recordó que “el Código que tenemos ha sido sancionado en el siglo XIX y estamos en el siglo XXI”. Mencionó que veía “la necesidad de adecuar ese viejo instrumento, que fue muy moderno y fue la codificación más importante del siglo XIX. Destacó en su discurso que, a partir de la vigencia del nuevo Código unificado, podrán “existir las sociedades de un solo socio”, lo que “permitirá incentivar las inversiones”. Así —agregó— “una persona puede realizar un negocio, limitando su responsabilidad patrimonial, que es una manera de incentivar a la inversión”, insistió.

(13) Consultar www.facebook.com/cristina-fernandez-de-kirchner

(14) En relación a estas modificaciones, la Presidente destacó su iniciativa de crear una Comisión para reformar los Códigos Civil y de Comercio y aseguró que se sentía “un poco Napoleón”(…) y aclaró que “no es un hecho legislativo, estamos unificando un acto de codificación, es un verdadero acto de codificación similar al que hizo Vélez Sarsfield(…)”, insistió.

(15) Ver el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en www.infojus.gov.ar

Sin embargo, no reglamentaban ni regulaban en forma particular otros aspectos relativos a las sociedades unipersonales, dejando abierta la posibilidad de generación de un amplio espectro de actuaciones y de utilización de las sociedades unipersonales por parte de los particulares; lo que hacía desaconsejable dicha propuesta legislativa.

Posteriormente, en oportunidad de proponerse una nueva reforma a la Ley de Sociedades por parte de la Comisión creada por Resolución MJDH 112/2002, se abordaron varios aspectos sustanciales del régimen societario, siendo quizás el más significativo, el de desdibujar el concepto clásico de la sociedad comercial —propriadamente dicha— por otro más laxo en el cual la idea de sociedad y empresa quedaban disociados, permitiéndose la constitución de sociedades comerciales con cualquier objeto —siempre lícito, por cierto—, por la sola adopción de los tipos previstos en la ley, y sin obligación de que los aportes fueran aplicados a la producción o intercambio de bienes y servicios destinados al mercado⁽¹⁶⁾.

Este Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades, que vio la luz en el año 2005, incorporaba a la sociedad unipersonal dentro de su articulado, concibiéndola desde un doble punto de vista. En primer lugar, la consideraba una forma de limitar la responsabilidad del empresario individual; y en segundo término —teniendo en consideración las necesidades de los denominados “grupos societarios”— como un instrumento que permitiera a las sociedades comerciales contar con sociedades subsidiarias totalmente controladas, o totalmente integradas, con titularidad del 100% del capital social.

La regulación propuesta en aquel entonces, establecía que:

- a. las sociedades unipersonales sólo podían constituirse bajo el tipo de sociedades de responsabilidad limitada o de sociedades anónimas —art. 2—;
- b. las sociedades unipersonales siempre debían constituirse por instrumento público —art. 4—;

.....

(16) Pueden verse más precisiones en VÍTOLO, DANIEL R., “¿Hacia un nuevo concepto difuso de sociedad comercial en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades?”, *Nuevas perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, Vítolo-Pardini, (Coords.), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2005.

.....

- c. el capital suscrito debía integrarse totalmente en el acto constitutivo o en oportunidad de resolverse su aumento —arts. 149 y 187—;
- d. la sociedad unipersonal no podía ser socia de otra sociedad unipersonal —art. 30—;
- e. las sociedades unipersonales requerían de sindicatura obligatoria —arts. 158 y 284—;
- f. los créditos del único socio respecto de la sociedad adquirían el carácter de créditos subordinados respecto del resto de los acreedores sociales —art. 150—;
- g. por aplicación de la reglas de control la sociedad unipersonal no votaba en las asambleas del único socio que fuera —a su vez— sociedad —art. 33—;
- h. por la misma razón podía existir responsabilidad por apariencia del único socio frente al crédito obtenido por la sociedad unipersonal —art. 34, parte segunda—;
- i. el único socio no podía compensar los daños causados con las ganancias obtenidas si es que había puesto en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad unipersonal —art. 54., párrafo 3—.

A pesar de estas limitaciones, impuestas en aquella propuesta de reforma, parte de la doctrina —en algunos casos— consideró que las prevenciones y contrapesos incorporados resultaban insuficientes, y que debían disponerse medidas adicionales⁽¹⁷⁾. Entre las medidas sugeridas entonces, pueden mencionarse las siguientes:

- a. *Limitar el número de sociedades a ser constituidas por el mismo socio.* Atento a que al empresario individual no se le impedía constituir tantas sociedades unipersonales como bienes poseyera, para resultar titular de ellos, fraccionando indebidamente su patrimonio ya que, tampoco se exigía a la sociedad un objeto empresario, la situación provocaba un significativo agravamiento del riesgo de insolvencia y de desprotección para los terceros y para el mercado.

.....

(17) Ver FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M., " Los límites a la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad". *Nuevas perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, Vítolo-Pardini, (Coords.), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2005.

- b. *Responsabilidad subsidiaria en caso de quiebra.* Atendiendo a los denominados grupos societarios, si lo que se pretendía era la descentralización operativa, debía disponerse la responsabilidad subsidiaria del socio único por el pasivo de la sociedad unipersonal en caso de quiebra y —adicionalmente— seguir el modelo brasileño de permitir la unipersonalidad sólo en caso de controlante local, como modo de exigir al grupo multinacional las responsabilidades derivadas de la sucursal.

Finalmente, la iniciativa naufragó como las anteriores.

5 | La regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la Ley de Sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación —Anexo II—

Desde nuestro punto de vista⁽¹⁸⁾ —habiendo perdido vigencia efectiva el principio general de unidad e indivisibilidad del patrimonio, lo que es re-ceptado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión creada por decreto 191/2012—, es indudable que resulta necesario y conveniente regular en nuestro derecho positivo un régimen de sociedades unipersonales. Pero aparentemente ello no se hará dentro del cuerpo codificado, sino que se modificaría la Ley de Sociedades en la parte dispositiva en la cual se disponen la derogaciones de las leyes que son eliminadas —incluyendo el actual Código Civil y de Comercio—⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, de lo que no quedan dudas es que a la hora de legislar deben tenerse en cuenta los riesgos que el fenómeno de la sociedad uni-

.....
(18) Ver mayores precisiones en VÍTOLO, DANIEL R., *Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550(...)*, op. cit.; *La reforma de la Ley de Sociedades en el Proyecto(...)*, op. cit.

(19) La Comisión ha manifestado en los fundamentos de la reforma que era una decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema, aunque resultaba necesario hacer modificaciones a la ley de sociedades, conforme lo hizo el Proyecto de 1998 y lo sostiene la mayoría de la doctrina. Estas reformas no pretenden —a criterio de la Comisión— alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del código y se referirán a temas específicos. Ver “Fundamentos”.

personal presenta a efectos de prevenir abusos o la utilización desviada del instituto.

El texto del Proyecto, que el Poder Ejecutivo ha remitido al Congreso de la Nación, ha sido objeto de reiteradas modificaciones, ajustes y cambios de criterio de último momento, y deberá ser también revisado y discutido en forma amplia en el seno de la Comisión Bicameral que ha sido conformada a tal efecto, y con activa participación de los diversos sectores de nuestra comunidad civil, académica y de negocios.

Dos son las versiones sucesivas que respecto de las reformas propuestas a la Ley de Sociedades Comerciales en materia de sociedades unipersonales —en una Ley de Sociedades Comerciales que se convertiría en una Ley de Sociedades genérica— han sido difundidas:

- a. el texto originario surgido del seno de la propia Comisión de Reformas y presentado el 27 de marzo de 2012 en el ámbito de la Presidencia de la Nación; y
- b. un texto posterior modificado, luego de algunas revisiones y ajustes efectuados en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —que es el que finalmente la Presidente envió al Congreso—.

En el proyecto original se proponía receptar el fenómeno de la sociedad unipersonal de un modo similar —aunque con matices— al del Proyecto de 1998; es decir, de un modo tan simple y directo como modificar el art. 1° de la ley 19.550 —lisa y llanamente— disponiendo que:

“Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser DOS (2) o más.”

Entre los fundamentos dados por la Comisión para justificar tal iniciativa pueden destacarse que —según el criterio adoptado por la misma—:

- a. En la aceptación legislativa de la sociedad de un solo socio la idea central no es la limitación de responsabilidad⁽²⁰⁾, sino permitir la organización de patrimonios

.....
(20) Criterio contrario al expresado por la Presidente en sus anuncios, quien especialmente destacó que “una persona puede realizar un negocio, limitando su responsabilidad

con empresa —objeto—, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple; y que, en esto se habrían seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina⁽²¹⁾.

- b. Que se consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como había sido propuesto por algunos colaboradores. Y ello porque la razón —señalan los autores del proyecto— es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales⁽²²⁾.
- c. Finalmente, se consideró conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva amplia, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello se omitió una regulación más detallada, que podría —siempre a criterio de la Comisión— obstaculizar la utilización del instituto.

Además, a juicio de la Comisión, la mayoría de los problemas que se podían presentar, tenían solución con las reglas generales —lo que en puridad de verdad no era cierto—⁽²³⁾.

Sin embargo, en este sentido la Comisión fue —en su propuesta— aún más allá de lo previsto por el Anteproyecto del año 1998, pues el diseño resulta más permisivo, en cuanto a que no refiere tipos sociales específicos para las sociedades unipersonales, sino que liberaba cualquier tipo social en la medida en que no se requiera para el mismo “(...) dos clases distintas de socios”.

.....
patrimonial, que es una manera de incentivar a la inversión”. Ver discurso del 27 de marzo de 2012.

(21) Es de destacar que la doctrina mayoritaria no apoya una concepción de la sociedad unipersonal lisa y llana, sino que la limita a determinados tipos y con ciertos contrapesos de control. Es una pena que la Comisión no se haya detenido en consignarlas fuentes consultadas, ni los antecedentes en los cuales funda sus apreciaciones, pues ello hubiera colaborado al esclarecimiento de la interpretación de los textos.

(22) Sociedades comerciales que, por otra parte, el Anteproyecto proponía desaparezcán, para pasar a ser solamente “sociedades”, pues se elimina la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

(23) Nosotros pensamos lo contrario. La manera en que la norma había sido delineada lo que generaría es un aumento significativo en la litigiosidad.

La disposición adquiere especial relevancia no bien se la coteje con otras reformas propuestas al texto de la ley 19.550, entre ellas, las relativas a las denominadas sociedades de la Sección IV —que bajo la legislación actual refiere a las sociedades irregulares y sociedades de hecho con objeto comercial—, que vendrían a conformar las “*Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*” que incluye a las sociedades que no se constituyan conforme a los tipos previstos en la ley —sociedades del Capítulo II—; que omitan requisitos esenciales, o que incumplan con las formalidades exigidas en la ley⁽²⁴⁾.

En estas sociedades, que —en la propuesta original de la Comisión de Reformas— también podían ser unipersonales, el contrato social podría ser invocado por el socio único y resultaría oponible a los terceros, aunque sólo si se probara que los terceros lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también podría ser invocado por los terceros contra la sociedad, y contra el socio único. Quiere decir que bastaría con la mera exhibición del instrumento en el cual el socio único plasmó su propia voluntad de constituir la sociedad —cualquiera fuera éste— para que la persona jurídica existiera y pudiera actuar válidamente ante terceros⁽²⁵⁾.

Por otra parte, el régimen de responsabilidad para estas sociedades de la Sección IV se fijaba estableciendo que los socios responderían frente a los terceros que contrataron con la sociedad como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales —en sociedades plurales—, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten de⁽²⁶⁾:

- a. una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones.;

.....

(24) La propuesta original de modificación del art. 17 de la ley actual consignaba que .“ Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”.

(25) Propuesta de redacción a otorgarse al art. 22.

(26) Ver mayores precisiones en VITOLO, DANIEL ROQUE, *Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550(...)*, op. cit.; *La reforma de la Ley de Sociedades en el Proyecto(...)*, op. cit.

- b. una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22;
- c. las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales⁽²⁷⁾.

Significa entonces que, si se hubiera seguido el criterio de la propuesta original de la Comisión, habría existido una libertad absoluta por parte de personas humanas y jurídicas, para constituir cualquier tipo de sociedad contemplado por la ley —con excepción de los que exigen dos categorías de socios—, y aún omitiendo requisitos tipificantes y no tipificantes, y hasta de forma, sin que ello anejara la nulidad del ente societario, ni la de su actuación, permitiendo incluso que el socio único regulara a su voluntad el régimen de responsabilidad en su vinculación con los terceros, de un modo genérico o en un caso particular.

Por otra parte, la propuesta era realmente inconveniente, en la medida en que al no colocarse en el Anteproyecto original límites para que las sociedades unipersonales pudieran constituir otras sociedades unipersonales que no fueran las normas que la propia Comisión había proyectado en la materia de participaciones de una sociedad en otra⁽²⁸⁾ —que el propio

.....

(27) Esto se mantendría en la nueva versión del proyecto de reforma.

(28) Existía una propuesta de modificación del texto del art. 31 según la cual el mismo quedaría redactado en los siguientes términos: "ARTÍCULO 31.- Las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, pueden adquirir participación en otra u otras sociedades sin limitaciones. Si el contrato o estatuto lo autorizan, estas sociedades pueden también desarrollar tareas de intermediación, asesoramiento y ejercer mandatos vinculados a la actividad financiera o de inversión. Las entidades financieras y las demás sociedades reglamentadas por su objeto, se regirán por las normas de sus respectivos ordenamientos".

"Las sociedades no comprendidas en los párrafos anteriores sólo podrán tomar o mantener participación en otra u otras sociedades cuyo objeto sea similar o complementario. Si la participación es en sociedades que no cumplen este requisito, su monto no podrá ser superior a la cuarta parte del capital social y de las reservas legales y a la mitad de las reservas libres y resultados acumulados. Para el cálculo de estos porcentajes se tomará en cuenta el costo de adquisición de cada una de las participaciones, actualizado con criterios idénticos a los que la sociedad utilice respecto de su capital social. Se exceptúan de estos límites el exceso en las participaciones que resultara del pago de dividendos en acciones o de la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance; o el que se produjera por una disminución del patrimonio de la participante causada por pérdidas posteriores a la última participación computable(...)".

socio único podía dejar de lado—⁽²⁹⁾, de participaciones recíprocas⁽³⁰⁾, o de abuso en la utilización del instrumento bajo la regla general de la inoponibilidad de la personalidad jurídica⁽³¹⁾, no se establecían límites al fraccionamiento del patrimonio en este campo, ni controles o contrapesos a la actuación de un individuo particular a través de un ente societario.

6 | La versión final remitida por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación

La propuesta original en este punto —como lo señalamos en el acápite anterior— no resultaba razonable ni conveniente, y tuvo obvias objeciones por parte de quienes accedieron al conocimiento del texto legal.

Por ello, al efectuarse la revisión de las normas propuestas dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con carácter previo a

.....

(29) Los socios pueden autorizar el apartamiento de los límites indicados mediante resolución que así lo disponga para cada caso concreto, adoptada con el quórum y la mayoría más elevados que el acto constitutivo o el estatuto requieran para su modificación.

(30) Se había propuesto por parte de la Subcomisión que trabajó en la reforma a ley de sociedades una reforma en el siguiente sentido: "Participaciones recíprocas. ARTÍCULO 32.- Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsables en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores, consejeros de vigilancia y síndicos. Dentro del término de TRES (3) meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad, en caso contrario, disuelta de pleno derecho.

Ninguna sociedad puede participar en otra sociedad que, a su vez, sea socia de ella, si por efecto de la participación el capital y las reservas legales resultan, aun indirectamente, invertidas en todo o en parte en su propio capital. Las participaciones recíprocas imputadas a reservas libres o resultados acumulados, no pueden exceder del DIEZ POR CIENTO (10%) del total de las partes de interés, cuotas o acciones de ninguna de las sociedades. Las participaciones, sean en partes de interés, cuotas o acciones, adquiridas en violación a la prohibición o en exceso de los límites fijados en el párrafo precedente, deberán ser enajenadas dentro de los TRES (3) meses siguientes a la fecha de la aprobación de cualquier balance del que resulte que el límite ha sido superado. El incumplimiento de la enajenación torna aplicable lo dispuesto en el último párrafo del art. 31".

(31) Los criterios del art. 54 y las normas correlativas en materia de personas jurídicas que estarían contenidas en el cuerpo del nuevo Código.

que el Poder Ejecutivo remitiera la iniciativa al Congreso, se introdujeron reformas al Anteproyecto en varias materias pero —especialmente— en este aspecto vinculado con las sociedades unipersonales⁽³²⁾.

Así en el texto remitido al Congreso de la Nación, la reforma de la ley de sociedades en materia de sociedades unipersonales, está conformada de la siguiente manera⁽³³⁾:

- a. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir bajo el tipo de sociedad anónima —nuevo texto de art. 1º propuesto—
- b. Consecuentemente la sociedad unipersonal sólo puede ser constituida por instrumento público y por acto único —art. 165 actual—
- c. En caso de sociedad anónima unipersonal la denominación social deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura a la sigla “S.A.U.” —art. 164 propuesto—; pero el legislador suprimió —por motivos que se desconocen— el segundo párrafo del art. 164 que dispone que si se omitiere colocar esa mención ello hará responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con ésta, por los actos que celebren en esas condiciones. Todo parece indicar —entonces— que la norma es meramente indicativa pues no tiene sanción alguna su incumplimiento, y ello es algo muy grave como defecto del Proyecto.
- d. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal —art. 1º propuesto—.
- e. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo —art. 11, inc. 4 propuesto y reformas a los arts. 186, inc. 3, y 187—;
- f. La reducción a uno del número de socios de las sociedades anónimas no conforma una causal de disolución de las sociedades anónimas sino sólo deben cumplir con la exigencia de:
 - f.I. adecuar la denominación social a la exigencia del art. 164, sustituyendo las expresión “Sociedad Anónima” o la sigla “S.A.” por la expresión “Sociedad Anónima Unipersonal” o “S.A.U.”, respectivamente, y

(32) No habremos de pronunciarnos sobre otros cambios también significativos, dado que excede el propósito del presente artículo.

(33) Ver VÍTOLO, DANIEL R., *Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550(...)*, op. cit.

- f.2. cumplir con el régimen impuesto por el art. 299, de fiscalización estatal permanente, —al cual quedan sometidas, debiendo contar con sindicatura plural integrada con número impar, con un mínimo de tres integrantes.
- g. las sociedades constituidas bajo el tipo de sociedades anónimas podrán entrar y salir libremente de la unipersonalidad con la sola condición —en cada caso— de adecuar su denominación social a la situación en que se encuentre y cumplir —o no— según sea el caso, con las exigencias del régimen de fiscalización estatal permanente —art. 299— en su caso⁽³⁴⁾;
- h. las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en caso de que durante el plazo de vigencia el número de socios quedara reducido a uno, y no se decidiera disolverla, transformarla, o recomponer la pluralidad de socios en el término de tres (3) meses —art. 94 bis propuesto—,⁽³⁵⁾ quedarán transformadas "(...) de pleno derecho(...)" en sociedades anónimas.
- i. Las sociedades anónimas unipersonales pasan a integrar el elenco de las sociedades del art. 299 y estarán sujetas a fiscalización estatal permanente —art. 299, inc. 7 propuesto—. Consecuentemente, la sociedad unipersonal deberá contar con sindicatura colegiada en número impar —art. 284 actual—.

Estas modificaciones —que constituyen un mejoramiento sustancial del proyecto original—, sin embargo presentan serias falencias —las que deben ser advertidas por el Congreso— y merecen algunas reflexiones de nuestra parte.

En efecto, así como celebramos que en este campo se hayan colocado ciertos contrapesos y seguridades a la figura de la sociedad unipersonal —de las que el Proyecto original inexplicablemente carecía—, tales como la exigencia de su constitución por instrumento público, la imposibilidad de constituir nuevas sociedades unipersonales, transparentar el carácter unipersonal en la denominación social, exigir que cuente con sindicatura, e intensificar los controles incorporándolas al régimen de art. 299 —quizás esto último un tanto exagerado—, debemos atender otros aspectos

.....

(34) Directorio plural con mínimo de tres integrantes, y Comisión Fiscalizadora conformada como mínimo por tres síndicos.

(35) Ello resulta contradictorio con la norma proyectada que dispone que la sociedad unipersonal sólo podrá constituirse bajo el tipo de sociedad anónima —nuevo art. 1° propuesto—.

propuestos en la reforma, sobre los que brindaremos mayores detalles a continuación⁽³⁶⁾.

7 | Algunas propuestas de modificación al criterio del Proyecto en relación con las sociedades unipersonales

Rescatando los aspectos positivos de la iniciativa de incorporar al texto de la ley 19.550 la regulación de las sociedades de un solo socio, o sociedades unipersonales, debemos —sin embargo— señalar algunas inconsistencias en la regulación proyectada, y advertir sobre algunos aspectos que deberían reverse —o más precisamente, corregirse—. A continuación mencionaremos algunos de ellos⁽³⁷⁾.

7.1 | Admitir la unipersonalidad sólo bajo el tipo de sociedades de responsabilidad limitada

Desde nuestro punto de vista el tipo propuesto para la constitución de sociedades unipersonales —sociedad anónima— no es el más adecuado. Hubiera resultado más conveniente —en nuestra opinión—⁽³⁸⁾ restringir la constitución de sociedades unipersonales a la utilización del tipo de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ello porque bajo este tipo —el de la SRL— se garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio de único socio —es decir en caso de transmisión por cualquier título de las cuotas sociales representativas del capital social— importan la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio de donde, en su actuación en el merca-

(36) Ver VÍTOLO, DANIEL R., La Reforma a la Ley de Sociedades en el Proyecto (...), op. cit.

(37) Ver VÍTOLO, DANIEL R., Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550 (...), op. cit.

(38) En una posición que venimos sosteniendo desde hace muchos años.

do, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero conocerá —por exhibición del contrato o por su inscripción en el Registro Público— quien es el real y actual titular del 100% del capital social.

No ocurre lo mismo en la sociedad anónima donde el cambio en el elenco de accionistas no importa una modificación del estatuto social, quedando registrada la modificación en la titularidad accionaria sólo en un libro de Registro de Acciones que lleva la propia sociedad y al que no tiene acceso el tercero. Dicho de otro modo, quien al momento de contratar con la sociedad unipersonal analice el estatuto encontrará en el mismo el nombre y la identificación del socio fundador, sin tener garantía alguna de que se trate del único socio accionista actual. Adicionalmente la situación podría agravarse si en algún momento se dispusiera modificar el actual mecanismo de nominatividad obligatoria en las acciones y se admitiera la emisión de acciones al portador⁽³⁹⁾.

7.2 | Establecer límites a las acreencias del único socio, sus consanguíneos y afines en caso de insolvencia

Ninguna de las versiones que han circulado respecto de la propuesta de reforma incluyen una norma que establezca la obligatoriedad de que los créditos de titularidad del único socio respecto de la sociedad unipersonal —o de familiares y afines— deban quedar subordinados respecto de los créditos de que resulten titulares los acreedores sociales en caso de insolvencia. Una norma en tal sentido colaboraría con la protección de los derechos de terceros, y ubicaría el régimen patrimonial en su verdadero punto de equilibrio, en la medida que se estaría apuntando a aquellas obligaciones en las cuales —por la causa que fuera— la sociedad de un único socio ha quedado obligada respecto de ese mismo único socio.

.....

(39) Debe recordarse que la nominatividad obligatoria ha sido dispuesta por ley 24.587, estableciendo que "Artículo 1º: Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables. También podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y sus modificaciones", pero la ley 19.550 no ha modificado su texto, de modo que un cambio en el régimen de nominatividad podría volver a permitir la emisión de títulos representativos de acciones al portador.

De hecho, en su momento propusimos que en una eventual regulación de las sociedades unipersonales se dispusiera que los créditos del socio único contra la sociedad, así como los de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad deberían estar subordinados al previo pago de los créditos de terceros —obligaciones sociales—, especialmente en casos de insolvencia⁽⁴⁰⁾.

7.3 | Flexibilizar el régimen de administración y fiscalización

Es loable que se haya reparado —en el ámbito del Ministerio de Justicia— en la necesidad de que las sociedades unipersonales deban contar con un régimen de fiscalización interna como es el de la sindicatura el cual, desde nuestro punto de vista, también podría ser reemplazado por una auditoría externa independiente.

Sin embargo, nos parece que no haber incluido a la sociedad unipersonal dentro de las excepciones del art. 299 para exigir directorio y sindicatura colegiados con número mínimo de tres integrantes —como lo hace el inciso 2, en aquellos casos en que la inclusión por el art. 299 se deba al monto del capital social— es colocar una obligación sumamente gravosa para dicha sociedad —y su único socio—, en una exigencia que se advierte, al menos, como desmedida.

En efecto, nada alentador es el panorama para el único socio que recurre a la sociedad unipersonal para organizar su empresa si debe contar con un directorio plural con número mínimo de tres integrantes y una comisión fiscalizadora, también de tres integrantes.

7.4 | La cuestión de la unipersonalidad derivada

Otra de las cuestiones controvertidas del Proyecto es la propuesta de modificar el art. 94, inciso 8, de la ley 19.550 agregando un art. "94 bis" que elimina la causal disolutoria por reducción a uno del número de socios.

(40) Ver VÍTOLO, DANIEL R., *Sociedades unipersonales (...)*, op. cit.

En la norma proyectada se propone disponer que “ La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima⁽⁴¹⁾, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.” La norma es desaconsejable por dos motivos.

El primero de ellos es la forma discriminatoria con que se consideran los otros tipos sociales que no sean los mencionados en ese art. 94 bis, y lo contradictoria que esta norma con lo dispuesto en el referido art. 1º.

En efecto si el art. 1º dispondrá —según ha sido propuesto por los redactores— que las sociedades unipersonales sólo pueden constituirse bajo el tipo de sociedad anónima, no se entiende cómo podrán sociedades de otros tipos —la sociedad colectiva o las sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo— al quedar reducida a un solo socio seguir operando como sociedad colectiva o sociedad de responsabilidad limitada, ya que el texto propuesto para el art. 94 bis señala que “(...) la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución(...)”. Lo mismo ocurriría con las sociedades de la Sección IV.

De tal suerte, de ser aprobado el Proyecto tal como está redactado, la situación quedaría de este modo:

- a. la sociedad anónima pluripersonal en la cual se reduzca a uno el número de socios, pasará a regirse por las normas de la sociedad anónima unipersonal;
- b. las sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada en las cuales se reduzca a uno el número de socios, no se disolverán y continuarán actuando bajo el régimen de sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente, y continuarán funcionando como tales, pero con un solo socio —un absurdo—;
- c. las sociedades en comandita simple y por acciones y las sociedades de capital e industria en las cuales quede reducido a uno el número de socios, se transformarán de pleno derecho en sociedades anónimas, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses.

(41) El Anteproyecto disponía que se transformaba en Sociedad de Responsabilidad Limitada, porque no nos olvidemos que habilitaba cualquier tipo social unipersonal.

Tanto en los casos mencionados en b) como en c), no hay derivación al régimen de la Sección IV del Capítulo I, pues el nuevo art. 21 en la redacción asignada por el Proyecto está referido a sociedades que no "(...) se constituyan(...)" o que "(...) omitan (...)" requisitos o "(...) incumplan con las formalidades (...)", y no a aquellas que por circunstancias sobrevinientes queden reducidas a uno en el número de socios, supuesto —éste— que, bajo el Proyecto —debemos insistir— desaparece como causal de disolución.

7.5 | El error del Proyecto al disponer una eventual transformación de pleno derecho en ciertos casos de unipersonalidad derivada

El segundo aspecto conflictivo surge al preguntarse si es posible que una sociedad quede "transformada" en otro tipo "de pleno derecho" cuando la propia ley de sociedades —en disposiciones cuya modificación el Anteproyecto no propicia— regula un procedimiento específico⁽⁴²⁾, com-

(42) Ver ANAYA, JAIME L., "La transformación de sociedad en la ley 19.550", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 11, N° 61 a 66, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 421; ARATA, ROBERTO, *Transformación de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966; BLAQUIER, RODOLFO, "Dos inquietudes acerca de la transformación de sociedades comerciales en particular y de personas jurídicas de carácter privado en general", en *E. D.* 122-919; CARBONE, NICOLÁS A., *Transformación de sociedades comerciales*. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1978; ESCUTI (h), Ignacio, "Transformación de la sociedad comercial", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 10, N° 55 a 60, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 53; FORTÍN, JORGE y ZALDIVAR, ENRIQUE, *Transformación de sociedades comerciales y transferencia de fondos de comercio*, en *Revista Jurídica La Ley*, 97-941; GAGO, MARÍA R., "Transformación de la sociedad civil en comercial", en *J. A.* 1990-II-334; GAMES, L., El artículo 1277 del Código Civil reformado por la ley 17.711 y la transformación y fusión de sociedades de personas, en *L. L.* 134-1164; J. C. P. L., comentario a MUIÑO, ORLANDO MANUEL, *Transformación de sociedades. Necesidad de su unificación*, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-1292; M. G., comentario a ANAYA, JAIME, *La transformación de sociedades en la ley 19.550*, en *L. L.* 1979-A-933; MENEGAZZO CANE (h), MIGUEL, "A propósito de un fallo que admite la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada", en *E. D.* 68-426; MORENO HUEYO, JULIO R., "Transformación de sociedades", en *J. A.* Doctrina 1972-611; MUIÑO, ORLANDO MANUEL, *Transformación de sociedades. Necesidad de su unificación*, en *Revista Jurídica La Ley*, C. 1995-651, Doctrina; RIBICHINI, GUILLERMO E.; ARRUIZ, MARIO A. y LOIZA, FABIÁN M., "Quiebra de la sociedad transformada y subsistencia de la responsabilidad ilimitada de los socios. ¿Es aplicable el artículo 160 de la Ley de Concursos y Quiebras?", en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-D-1196, Doctrina; ROMERO, JOSÉ I., "Tipicidad, irregularidad y transformación", en *J. A.* 1982-II-590; SUÁREZ ANZORENA, C., "Transformación en sociedades anónimas de una sociedad cooperativa", en *Revista Jurídica La Ley*, 1972-XXVI-1107; VERÓN, ALBERTO V., "Transformación de sociedades: apuntes sobre su instrumentación y tributación", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 12, N° 67 a 72, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 541;

plejo y con exigencias documentales precisas⁽⁴³⁾ para poder acceder a la transformación de una sociedad comercial⁽⁴⁴⁾; quizás lo adecuado debería haber sido consignar que la sociedad “(...) deberá transformarse (...)”, colocando alguna sanción si no se transformare en el plazo que la ley señale —básicamente, cambiar el régimen de responsabilidad—.

.....

ZALDÍVAR, ENRIQUE, Transformación y fusión en la nueva Ley de Sociedades, en *Revista Jurídica La Ley*, 149-832.

(43) Ver ADROGUÉ, MANUEL y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR, Instrumentación y registración de las transferencias de inmuebles en la constitución, disolución, transformación, fusión y escisión de sociedades comerciales, en L. L. 1979-B-1019; MONTELEONE LANFRANCO, ALEJANDRO P., “Transformación de sociedades y asentimiento conyugal. Nuevo criterio de la Inspección General de Justicia”, en R. S. y C., N° 182, enero de 2003; VERÓN, ALBERTO V., “Transformación de sociedades. Apuntes sobre su instrumentación y tributación”, en R. D. C. O. 1979-541.

(44) ARTICULO 77. — La transformación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario a lo dispuesto para algunos tipos societarios;

2) Confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de un (1) mes a la del acuerdo de transformación y puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de quince (15) días de anticipación a dicho acuerdo. Se requieren las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances de ejercicio;

3) Otorgamiento del acto que instrumente la transformación por los órganos competentes de la sociedad que se transforme y la concurrencia de los nuevos otorgantes, con constancia de los socios que se retiren, capital que representan y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo societario adoptado;

4) Publicación por un (1) día en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social y sus sucursales. El aviso deberá contener:

a) Fecha de la resolución social que aprobó la transformación;

b) Fecha del instrumento de transformación;

c) La razón social o denominación social anterior y la adoptada debiendo de ésta resultar indubitable su identidad con la sociedad que se transforma ;

d) Los socios que se retiran o incorporan y el capital que representan;

e) Cuando la transformación afecte los datos a que se refiere el art. 10 apartado a), puntos 4 a 10, la publicación deberá determinarlo;

5) La inscripción del instrumento con copia del balance firmado en el Registro Público de Comercio y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el Juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio, cumplida la publicidad a que se refiere el apartado 4).

7.6 | El problema de la “regularidad”

Finalmente, el modo en el cual se pretende modificar el instituto de la irregularidad societaria —que no desaparece aunque se lo ignore en el nuevo articulado propuesto—⁽⁴⁵⁾ reemplazando dicho régimen por las denominadas “Sociedades de la Sección IV”, arroja —en relación con las sociedades unipersonales— más dudas que certezas⁽⁴⁶⁾.

7.7 | La necesidad de restablecer la norma contenida en el art. 164, párrafo 2, de la ley 19.550

Con el objeto de que los terceros puedan conocer cuál es el régimen jurídico del ente con el cual se están vinculando, el art. 164 —en su redacción actual—, impone que la denominación social deba contener necesariamente la expresión “sociedad anónima”, su abreviatura o la sigla “S.A.” y, en caso en que omitiera dicha mención, los representantes de la sociedad responderán ilimitada y solidariamente junto con ésta por todos aquellos actos que se celebren en esas condiciones.

Pues bien, el Proyecto elimina la última parte de la norma, de modo que la omisión de la identificación del tipo social en la denominación social no acarree ya más un régimen de responsabilidad agravado.

Evidentemente, esta modificación propuesta es absolutamente disvaliosa, pues atenta contra la seguridad jurídica, la buena fe y los derechos de terceros; y en el caso de las sociedades unipersonales, la cuestión se torna más grave aún, pues la exigencia de que en la denominación social se incluya la expresión “Sociedad Anónima Unipersonal” o la sigla “S.A.U.” lo que persigue es —precisamente— que los terceros que se vinculan con la sociedad conozcan esta particular circunstancia —la unipersonalidad— y las limitaciones en materia de responsabilidad con que cuenta la sociedad, y el régimen particular de control al que está sujeto.

(45) En efecto; se mantiene la norma del art. 7 que dispone que la sociedad sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

(46) Ver VÍTOLO, DANIEL R., “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley*, ejemplar del 06/08/2012.

7.8 | La sociedades unipersonales y la Sección IV

Finalmente, no podemos dejar de advertir que, por el modo en el cual el Proyecto trata la modificación que propone a los arts. 21 a 26 de la actual ley 19.550, las sociedades unipersonales podrían quedar incluidas en la denominada "Sección IV", en caso de omisiones de requisitos esenciales tanto tipificantes como no tipificantes.

En efecto, siendo que en las sociedades de la Sección IV quedan comprendidas —además de las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II—⁽⁴⁷⁾ aquellas que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por la ley, las sociedades unipersonales con defectos graves de constitución —por algunos de estos aspectos— forman parte de la Sección.

Es decir que una Sociedad Anónima Unipersonal que no se constituya por escritura pública, que omita consignar en su denominación social la sigla "S.A.U.", o en la cual no se integre el capital fundacional íntegramente al momento de suscribirse, o que prescinda de la sindicatura, o que no tenga régimen de administración establecido, o que se constituya bajo el tipo de Sociedad de Responsabilidad Limitada o de sociedad colectiva —lo que la ley no permite—:

- a. podría efectivizar el principio de limitación de la responsabilidad del único socio con el sólo hecho de exhibir el contrato y la cláusula incluida en el mismo sobre el tema —ver redacción conferida a los arts. 21 y 22—;
- b. podría adquirir bienes registrables a nombre de la sociedad unipersonal —ver redacción conferida al art. 23 y el procedimiento allí establecido—; y
- c. podría el único socio responder limitadamente, ya que en ninguna norma se dispone la responsabilidad ilimitada de los socios en estas sociedades de la Sección IV, y la contenida en el art. 17, cuya modificación también el Proyecto promueve, si bien dispone que las sociedades no pueden omitir requisitos tipificantes, ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal y que, en caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios del tipo, se contradice al remitir su tratamiento dentro de las sociedades de la Sección IV, cuyo art. 22 —en la nueva versión propuesta—

(47) Es decir, sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y sociedades anónimas.

permite la oponibilidad del contrato social frente a los terceros si se prueba que lo conocieron al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria pudiendo, además, ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

8 | Conclusión

Desde este punto de vista, hoy nos hemos convertido en partidarios de regular legislativamente la creación de sociedades unipersonales entendiendo que tanto el fraccionamiento del patrimonio para encarar diversas actividades mercantiles y empresarias, como el hecho de utilizar para ello una figura y estructura conocida y probada en el mercado —como lo son las sociedades comerciales— son requerimientos de la hora, que no pueden ignorarse.

Pero ello debe enmarcarse dentro de mecanismos de regulación específica y el instituto debe legislarse responsablemente y como parte de una reforma integral a llevarse a cabo en el régimen societario.

La reforma propuesta por el Proyecto, en este punto, resulta desaconsejable e incompleta, y precisa de rectificaciones y nuevas regulaciones para permitir que el desembarco de las sociedades unipersonales en la Ley de Sociedades tenga el éxito que la hora requiere.

Es posible hacerlo; de donde la labor de la Comisión Bicameral, en este campo, puede resultar fructífera en este campo.

El Anteproyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial y algunas cuestiones vinculadas al derecho mercantil

Especial referencia al establecimiento de la sociedad unipersonal

por **JAVIER J. COSENTINO**⁽¹⁾

I | Introducción

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1987, ley 24.032 vetada por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 2719/91, fue el primer trabajo global de unificación; el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1992 fue remitido a la Cámara de Senadores en donde nunca se trató; lo mismo sucedió con el Proyecto de la Comisión creada por el decreto 468/92 que circunscribió su tarea a actualizar y unificar el régimen de obligaciones y contratos civiles y comer-

.....

(1) Abogado UBA, Funcionario del Poder Judicial de la Nación con el cargo de Secretario de 1ª Instancia del Fuero Comercial y Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones de ese Fuero; en Septiembre de 2005 fue designado Juez Nacional de 1º Instancia en lo Comercial por concurso; docente de la Carrera de Abogacía de la UBA, de la Universidad del Museo Social, de la Universidad de la Policía Federal y de la Universidad Católica de Santiago del Estero en

ciales; finalmente, el Proyecto de Código Civil del año 1998 surgido de la Comisión creada por el decreto 685/95, corrió idéntica suerte.

Cuatro intentos de unificación de la legislación civil y mercantil en un solo cuerpo en los últimos veinticinco años, todos malogrados.

Sin embargo, es posible de ello colegir que existe en la actualidad un claro consenso en torno a la necesidad de fusionar los textos legales en ambos campos del derecho privado patrimonial, armonizándolas en una suerte de Código de Derecho Privado⁽²⁾.

El anteproyecto trata de la unificación de las relaciones del derecho privado, es decir, civiles y comerciales en un mismo cuerpo normativo. Básicamente, el derecho comercial es un derecho de obligaciones, al igual que el derecho civil.

Esta unificación pretendida puede ser tildada de formal —siguiendo a los autores citados, que se basaron a su vez en una distinción formulada por Joseph Hamel—, que acaece cuando se dicta un solo código que comprende tanto la materia civil como la comercial. La denominada unificación sustancial ocurre cuando existe un derecho unificado, y es lo que acontece hoy en nuestro medio según opinan Alterini y Alegría.

Ponemos el acento en este breve trabajo en algunas cuestiones relevantes propias del derecho mercantil omitidas que debieran incluirse en el Anteproyecto, otras acertadamente incorporadas, centrándonos, en especial, en la auspiciosa introducción de la sociedad unipersonal con algunas objeciones en torno a la versión definitiva del proyecto.

.....

materias varias de Derecho Comercial, Civil y Comercio Internacional; ex-profesor de la Universidad Católica Argentina y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Salvador; profesor de posgrado de Derecho Concursal en la UBA; profesor de posgrado en la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal de la Universidad de Concepción del Uruguay, y del posgrado de Derecho Empresarial del ESEADE; profesor de la Escuela de Capacitación Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación y de los Cursos de Capacitación de Empleados de la Cámara Comercial. Realización de diversos posgrados, cursos y jornadas relacionadas con el derecho comercial como disertante y como ponente.

(2) ALTERINI, Atilio y ALEGRÍA, Héctor, "Unificación Sustancial del Derecho Civil y del Derecho Comercial", diario *La Ley*, 7/11/2011.

2 | El Derecho Comercial

En nuestro derecho, el derecho comercial conforma una categoría distinta del derecho civil. Posee un reconocido carácter autónomo en los planos científico, jurídico y legislativo desde antaño en la doctrina nacional y extranjera⁽³⁾. Es especial, dentro del derecho privado, sobre todo en relación al derecho civil, y universal en tanto se proyecta como un derecho uniforme transfronterizo⁽⁴⁾.

La legislación mercantil se halla actualmente compilada en el Código de Comercio, el que hoy ha quedado conformado por una serie de leyes especiales presentadas en forma conjunta unidas únicamente por la encuadernación⁽⁵⁾.

Nuestra Constitución Nacional en su art. 75 inc. 12 establece la facultad del Congreso Nacional de dictar los Códigos Civil y Comercial en cuerpos fusionados o separadamente, de modo que no existe óbice de carácter constitucional a la idea de unificación.

Además de la configuración de un generalizado consenso en relación a la idea de unificación, como ya se expusiera, entendemos que en estos tiempos existe una circunstancia que refuerza la tendencia: la notable expansión del derecho del consumidor que irrumpiera en el sistema desde mediados del siglo XX.

Véase que de una rápida lectura de los repertorios jurisprudenciales, es posible notar la existencia de múltiples precedentes que involucran la normativa de defensa del consumidor emanados de ambos fueros, tanto civil como comercial. Básicamente, porque las relaciones de consumo se anudan entre sujetos no comerciantes y comerciantes, habiéndose generado una suerte de categoría de contratos generando diversa regulación de carácter interdisciplinario.

.....

(3) FONTANARROSA, RODOLFO; *Derecho Comercial Argentino, parte general*, Bs. As., Ed. Víctor de Zavallía, 1979; GARO, FRANCISCO, *Derecho Comercial, parte general*, Bs. As., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, pp. 34/35.

(4) GALGANO, FRANCESCO, *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, Ed. Laia, 1981, p. 23.

(5) ALTERINI-ALEGRÍA, op. cit.

De modo que la unión de la legislación es también recomendable desde este punto de vista, porque el derecho del consumo previsto en la Carta Magna es un componente central actual del sistema jurídico que atiende a la protección de los derechos del sujeto individual en el mercado, frente a las empresas productoras de bienes y/o de servicios.

Mas advertimos, en concordancia con Bercovitz Rodríguez Cano, que "(...) ciertamente existe una tendencia hacia la unificación del Derecho privado, unificación en la que las normas generales son las aplicables a las empresas, porque la inmensa mayoría de la contratación se hace con la participación de empresas u operadores económicos del mercado. Las operaciones entre particulares han pasado a ser claramente minoritarias. Ese proceso hacia la unificación no impide reconocer que deben mantenerse especialidades para la contratación entre empresarios y también para la contratación entre los empresarios y los consumidores. Así pues, nos encontramos ante un proceso de generalización del derecho mercantil; pero no es indiferente que esa generalización se haga manteniendo su carácter de derecho mercantil frente al derecho civil. Lo que ocurre es que ahora el derecho general del mercado es el derecho mercantil en materia societaria, contractual y concursal. Pero ello no puede significar que ese derecho mercantil generalizado se transforme en derecho civil pues ello tendría graves consecuencias constitucionales y prácticas (...)"⁽⁶⁾.

Seguidamente formulamos algunas observaciones que entendemos resultan destacables, desde una óptica del derecho mercantil:

2.1 | El estatuto del comerciante

Los sujetos que ejercen el comercio poseen un estatuto jurídico propio en virtud de la actividad que desarrollan; sus derechos y obligaciones en general se plasman en el llamado "Estatuto del Comerciante".

Es importante destacar que el Anteproyecto, si bien alude al comercio en diversas disposiciones, no posee regulaciones atinentes al estatuto del comerciante, elimina la noción de comerciante y de acto de comercio, te-

(6) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, ALBERTO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011, p. 67.

mática central de la legislación comercial actualmente vigente, y no refiere a la empresa de modo orgánico.

La necesidad de incluir el estatuto del comerciante en cualquier unificación de la legislación ha sido destacada hace tiempo por la doctrina nacional, y así se ha hecho en el Código Suizo de las Obligaciones que es mencionado como ejemplo de unificación de la ley civil y comercial, no obstante se ha señalado que este caso no es válido como antecedente debido a las particularidades propias de la organización político-jurídica de ese país⁽⁷⁾.

En esta línea, adherimos a la propuesta que formulan Heredia, Gómez Leo, Martorell y Gómez Alonso de Díaz Cordero⁽⁸⁾ en cuanto a que debe preverse en el código unificado, un estatuto que contenga una definición de comerciante comprensiva de las personas humanas y de las sociedades comerciales, y mantenerse —con una visión superadora— lo relativo a los actos de comercio por su trascendencia para la solución de conflictos mercantiles y para fijar la jurisdicción competente, aspecto relevante que carece de previsión en el Anteproyecto y que de otro modo requeriría una complementaria modificación de la ley 48.

A su vez, los autores citados proponen preservar el principio de onerosidad de los actos de los comerciantes que hoy se halla contenido en el art. 218 inc. 5° del Cód. de Comercio, la inclusión de reglas relativas a la capacidad para el ejercicio del comercio y sobre todo, el conjunto de derechos y obligaciones comunes que conforman el *status* del comerciante. Proponen también mantener la matrícula del comerciante individual, instaurar la solidaridad pasiva en las obligaciones originadas en asuntos del comercio, y la eliminación de la pluralidad de ejemplares en los actos mercantiles salvo que por ley especial se disponga lo contrario.

Asimismo, complementando lo que establece el Anteproyecto de manera general en su art. 1° en torno al carácter vinculante de los usos y costumbres en la aplicación del derecho, sugieren incorporar el art. 1.8 de los

(7) Ver antecedentes en GARO, FRANCISCO, op. cit., p. 36/37.

(8) HEREDIA PABLO, GÓMEZ LEO OSVALDO, MARTORELL ERNESTO y GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO MARÍA L., "Estatuto del Comerciante. Propuesta de incorporarlo al anteproyecto", diario *La Ley*, 04/06/2012.

Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales atendiendo a las exigencias del tráfico mercantil internacional actual.

2.2 | Los contratos

- I. Observamos con beneplácito que el Anteproyecto rompe con el concepto tradicional liberal de contrato, incorporando el elemento patrimonial a la definición (art. 957) y dedicando un título al contrato clásico y otro al de consumo, además de unificar la materia contractual que hoy tiene una doble regulación y que configura un problema relevante a la hora de establecer un régimen genérico de la contratación mercantil.

Señala Stiglitz que se introducen a las tres clases de contrato ya existentes: el contrato paritario, el contrato por adhesión y el contrato de consumo. En el contrato de adhesión, se resalta la importancia de la legibilidad, completividad e inteligibilidad de las cláusulas predispuestas, en donde el sentido de las palabras debe establecerse de acuerdo al uso común o del comercio, y las cláusulas ambiguas se interpretan en contra del predisponente, principio que recoge lo que ha señalado la doctrina especializada y la jurisprudencia desde principios de la década del 80 y que evitamos mencionar porque es ampliamente conocida. En definitiva, se ha logrado en el punto "(...) un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo (...)"⁽⁹⁾, no obstante que la propia definición del contrato de adhesión ha sido criticada por tautológica y confusa⁽¹⁰⁾.

En cuanto al contrato de consumo, critica el autor, no sin razón, la observación que realiza el PEN respecto del texto de los arts. 1092 y 1093 propuestos y a través de la modificación que se promueve del art. 1 de la ley 24.240 según ley 26.631, al eliminar de la noción de consumidor a la vinculación del acto con la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que éste realice, dejando a la Argentina, en este tópico, detrás de las modernas legislaciones sobre consumo.

(9) STIGLITZ, RUBÉN, "La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial", diario *La Ley*, 13/06/2012.

(10) GHERSI, CARLOS, "Proyecto de código único. Derecho a la salud. Algunas cuestiones observables", diario *La Ley*, 02/07/2012.

2. Además de incorporar la regulación de contratos de corte mercantil como son los de suministro, *leasing*, transporte, consignación, corretaje, contratos de financiamiento y bancarios, cuenta corriente, contratos asociativos —excepto el de sociedad—, agencia, concesión, franquicia y fideicomiso común y financiero, introduce como novedoso el contrato de arbitraje a partir del art. 1649.

Esta figura, que supone la celebración de varios contratos, ha sido entendida como de naturaleza mixta —contractual y jurisdiccional— ya que encierra un acuerdo entre las partes de un conflicto, acuerdo por el cual le encarga a un árbitro el cometido de resolverlo. No se trata exclusivamente de un procedimiento regulado en los códigos procesales, y en todo caso ese procedimiento debe hallarse subordinado al derecho de las obligaciones y contratos en general⁽¹¹⁾.

Su inclusión en el Anteproyecto es relevante, dado que se trata de un medio de solución de conflictos propio del comercio; acerca del cual existen actualmente en nuestro derecho incorporadas diversas convenciones internacionales que resultan continentes de los principios fundamentales del arbitraje.

2.3 | Contabilidad y estados contables

Se agregan disposiciones sobre esta materia tradicionalmente reservada al derecho comercial, en los arts. 320 a 331.

2.4 | Títulos valores

Por último, en lo que interesa destacar a los fines de este comentario —más allá de lo que seguidamente se expondrá en relación a la ley de sociedades—, el Anteproyecto incorpora normas sobre títulos valores cartulares —*rectius* cartáceos— y no cartulares, en línea con el proyecto de 1998. El art. 1834 prevé la aplicación subsidiaria del articulado en casos en que existan normas especiales que rijan sobre títulos determinados, lo que en principio permite el reenvío a la ley cambiaria argentina dec. ley 5965/63 cuya vigencia se mantiene conforme lo previsto por el

(11) RIVERA, JULIO C. y PARODI, VÍCTOR, "Contrato de Arbitraje. Posibilidad de incorporarlo al Código Civil", diario *La Ley*, 28/06/2012.

art. 5 de las normas complementarias, disposición que prevé el carácter integrativo o complementario de las leyes que actualmente se hallan incorporadas al Código de Comercio.

3 | La sociedad unipersonal

Nos interesa destacar en este opúsculo, lo referido a la trascendente innovación que en materia de sociedades comerciales importa, la introducción en el Derecho Patrio de la llamada sociedad unipersonal.

Entre los fundamentos esgrimidos por la Comisión de Reformas⁽¹²⁾, se indicó que el objetivo básico era permitir la organización de patrimonios con empresa —y no la limitación de la responsabilidad—, atendiendo fundamentalmente a los acreedores de la empresa individual de una persona con actividad empresarial múltiple. Debido a que se trata de un fenómeno que no se verifica en otras personas jurídicas como asociaciones o fundaciones, por lo cual se consideró conveniente incluir la norma en el ámbito societario y no como regla general en materia de personas jurídicas. Se señaló, finalmente, que se prefirió formular una norma permisiva de manera de no obstaculizar el uso del instituto en base a la inserción de mayores regulaciones, y además se refirió a que la mayoría de los problemas que pudieran suscitarse, encontrarán solución mediante la aplicación de las reglas generales.

3.1 | La sociedad unipersonal en el derecho comparado

En América Latina las sociedades de un solo socio no han tenido mayores repercusiones, no obstante que algunos países limitaron la responsabilidad del empresario individual: Costa Rica, Panamá, El Salvador, Perú, Brasil y Paraguay, que introdujeron en su Código de Comercio que la empresa individual de responsabilidad limitada no era una persona jurídica sino un patrimonio separado de los restantes bienes de la persona. En México tampoco son admitidas.

(12) Decreto 191/2011.

Por el contrario, en Chile en el año 2003 fue reconocida la calidad de persona jurídica de la empresa individual de responsabilidad limitada con patrimonio propio distinto del patrimonio del titular.

En los Estados Unidos cada Estado legisla sobre derecho común. En ese medio son plenamente admitidas las sociedades de un solo socio con sustento en la *Model Bussines Corporation Act*, no obstante algunos estados que no adhieren al *Uniform Commercial Code* exigen la pluralidad de fundadores.

En Europa se siguió la XII Directiva de la CEE del 21.12.89 que tuvo por finalidad la introducción del instituto mediante la aplicación de criterios uniformes. Encontramos en Alemania la admisión de la sociedad unipersonal desde 1981, con un capital mínimo y cuya existencia comienza luego de la inscripción en el registro, y que puede ser una persona física o jurídica. En Francia se introdujo la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el año 1985, modificando el concepto de sociedad establecido en el Cód. Civil. En Italia a través del decreto 88 de marzo de 1993, se estableció que el acto constitutivo puede tratarse de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad. En España en 1989 fue recepcionada legislativamente la sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio y la sociedad anónima unipersonal. En Gran Bretaña en 1992 se modifica la *Companies Act* de 1985 y la *Insolvency Act* de 1986 y se admite la posibilidad de constituir la sociedad con un solo socio.

En Japón son de común utilización las sociedades unipersonales, no obstante que no se encuentren expresamente incorporadas al ordenamiento legal.

3.2 | La cuestión en el derecho nacional

La pluralidad de personas se hallaba consagrada en el Cód. de Comercio en su art. 282. Luego de varios intentos fallidos por introducir la sociedad unipersonal, la ley 19.550 vigente desde 1972 inspirada en el art. 2247 del Código Civil italiano, sólo admite la sociedad de dos o más socios (art. 1) y su vigencia se mantendrá durante toda la vida de la sociedad.

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial ley 24.032, —primer intento general de fusión—, previó la posibilidad de constitu-

ción de sociedades comerciales unipersonales como SRL y SA, originarias o sobrevenidas, con aceptación expresa de su viabilidad negocial, estructural y organizativa. Fue vetado por el Poder Ejecutivo en 1991, como se señaló al inicio.

El anteproyecto de reformas a la ley de sociedades elaborado por una comisión de juristas designados por la resolución 465/91 del Ministerio de Justicia, preveía la constitución de sociedades de un solo socio únicamente para SRL y SA. El proyecto finalmente no fue remitido al parlamento.

En el proyecto de código unificado de 1993 también se receptó el instituto, con preferencia sobre la empresa individual de responsabilidad limitada para evitar la constitución de figuras especiales y pesadas regulaciones legislativas. El proyecto fue remitido por la Cámara de Diputados a la de Senadores, en donde no fue tratado. Lo mismo sucedió con el proyecto de reformas al Código Civil de 1993 que preveía la sociedad unipersonal al igual que el trascendente proyecto de unificación de 1998 a cargo de Alterini y López Cavanna.

En el año 2003 se presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de reforma de la ley de sociedades, en donde se regulaban las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, el cual perdió estado parlamentario. Lo mismo aconteció con el anteproyecto del año 2004.

3.3 | La doctrina nacional

En nuestro medio, la doctrina clásica ha señalado a la pluralidad de personas como un elemento esencial y específico de la sociedad, que resulta de considerar el carácter plurilateral del acto constitutivo. La concurrencia de dos personas al acto debe constatarse en forma real y no meramente formal, lo que excluye la legitimidad del ente conformado con prestanombres. Señala Zaldívar que la forma jurídica societaria no es puesta a disposición de una persona para que aproveche, por sí sola, las ventajas que emanan de la ley para los entes regulares, entre ellas la limitación de la responsabilidad. La ley evita incurrir en discusiones acerca de la conveniencia de aceptar las sociedades unipersonales, al disponer en su art. 94 inc. 8° que en los casos en que, luego de su constitución, la sociedad haya

quedado reducida a un solo socio, hasta tanto se recomponga la pluralidad el socio restante adquiere responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones de la persona societaria⁽¹³⁾.

Le Pera, citado por Zaldívar, asienta su postura en una presunción de que mediante las sociedades unipersonales, se facilita la utilización de la forma societaria para fines que no son susceptibles de ser tutelados en el plano jurídico, como el fraude a los acreedores, violación de prohibiciones legales, vaciamiento de sociedades conyugales, burla a las reglas de la herencia y otros, de manera tal que la prohibición de la unipersonalidad aparece garantizando la prevención de estos abusos⁽¹⁴⁾.

Frente al proyecto de reforma de la ley de sociedades de septiembre de 1991, el propio Zaldívar modificó parcialmente su opinión señalando que en algunos casos excepcionales, el instituto podía resultar de interés para operar por medio de empresas unipersonales de responsabilidad limitada con categoría de sujetos de derecho, pero que no podrían calificarse como sociedades sino como patrimonios de afectación. Indicó como vía adecuada la creación de un régimen especial no societario, y dado que dicho proyecto contenía una norma expresada en términos amplios sin mayores regulaciones —al igual que lo que acontece con el Anteproyecto remitido al Congreso—, criticó este proceder por resultar claramente insuficiente como para abandonar el sistema tradicional de la pluralidad de socios como condición indispensable de constitución y subsistencia de la sociedad, y pasar hacia un sistema de sociedad unipersonal en dos tipos, ya que sólo estaba prevista para las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas⁽¹⁵⁾.

Con mayor moderación, Nissen ha criticado la posibilidad de regular el instituto en la legislación nacional. Su opinión ha sido vertida sobre la base

(13) ZALDÍVAR, ENRIQUE et al, *Cuadernos de Derecho Societario*, Tº I, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1978, pp. 72/73.

(14) LE PERA, SERGIO, "Sociedades Unipersonales" (...) *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 5, nº 25, p. 12, citado por Zaldívar en la obra mencionada en la nota precedente.

(15) ZALDÍVAR, ENRIQUE, "Notas sobre el proyecto de reforma legislativa del 26 de septiembre de 1991", *Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, Sociedades Comerciales*, Anaya, Jaime y Alegría, Héctor, (dirs), Bs. As., Ed. La Ley, 2008, Tº I, p. 309/310.

de que no resultaba acertado legislar para la patología, en tanto el argumento central de los defensores de la unipersonalidad se sustentaba en la experiencia demostrativa de que el contrato de sociedad era un negocio indirecto en el que echaba mano el empresario individual para limitar la responsabilidad derivada del riesgo empresario. Afirmó a su vez que en la propia acepción de la palabra sociedad se halla ínsita la noción de reunión de dos o más personas, y que el contrato de sociedad no es una herramienta destinada a limitar la responsabilidad, sino que fue previsto por el legislador como instrumento de concentración de capitales, sin olvidar que en el derecho patrimonial nacional impera el principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio, garantía común de los acreedores cuyos intereses, como terceros de buena fe, debían ser resguardados⁽¹⁶⁾.

Borda, Salvat, Malagarriga, Zavala Rodríguez, Garo y Videla Escalada, doctrinarios nacionales clásicos, han rechazado la posibilidad de la existencia de sociedades unimembres debido a la naturaleza contractual de la figura societaria.

En la vereda opuesta, Verón se expresó en forma positiva por la recepción del instituto en nuestra legislación en las sociedades por acciones. Consideró que era indudable que una buena parte de las sociedades por acciones cerradas resultaba integrada, finalmente, por un solo accionista, en donde la pluralidad constituía una simulación lícita, en tanto que en el pequeño emprendimiento se agregaba algún pariente del titular del patrimonio afectado, o en el gran emprendimiento en el que a los fines de constituir la filial local de una gran empresa internacional, se sumaba el representante jurídico local. Concluyó en que la ley actual desconocía la realidad negocial y en contra de lo opinado por Nissen, sostuvo que "el fraude encuentra su mejor tentación cuando se persiste en entelequias asociativas inspiradoras de ilícitos"⁽¹⁷⁾.

Vítolo se ha mostrado partidario del acogimiento legislativo de la sociedad de un solo socio ya que desde su punto de vista, tanto el fraccionamiento del patrimonio a los fines de llevar a cabo diversos negocios comerciales como la utilización para ello de una figura y una estructura

(16) NISSEN, RICARDO, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc., 2001, pp.78/79..

(17) VERÓN, VÍCTOR, *Ley de Sociedades 19.550. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007, T° I, p. 15/17.

conocida y probada en el mercado, resultaban requerimientos actuales que no podían dejarse de lado⁽¹⁸⁾.

Finalmente, Piaggi se situó decididamente a favor de la recepción del instituto, calificando a la sociedad unipersonal como una de “las más efectivas estrategias organizativas, y que su origen puede individualizarse tanto en la evolución del concepto de responsabilidad en materia mercantil como en el proceso de separación gradual entre propiedad, control y gestión de empresa. Se trata de un instrumento técnico para limitar la responsabilidad del empresario individual —ya probado— que además sirve a otros fines específicos, como la articulación de los grupos de empresas”.⁽¹⁹⁾

3.4 | Algunos precedentes actuales

En el caso “Fracchia Raymond S.R.L.”, los fundadores solicitaron a la Inspección General de Justicia la inscripción de una sociedad cuyo capital se conformaba en un 99,9999% de titularidad de un socio, y en un 0,0001% en cabeza del otro. La IGJ rechazó la inscripción con sustento en que se trataba de una sociedad simulada y que la pluralidad exigida por la ley debía considerarse sustancial y no meramente formal.

Apelada la decisión, la Cámara en lo Comercial confirmó la resolución administrativa⁽²⁰⁾. Señaló que la pluralidad de asociados era recaudo sustancial que debía verificarse en forma efectiva, y que la simulación no podía considerarse lícita al mediar un apartamiento inequívoco de la legislación vigente.

La Inspección General de Justicia se expidió de similar manera en los casos “Jasler SA” (Res. 1412, 3.11.03), “Vitamina Group SA” (Res. 1414, 3.11.03), “Bosques Verdes SA” (Res. 1413, 3.11.03) y “The Value Brands Company de Argentina SCA” (Res. 489/04, 26.3.04). Luego, mediante la

.....
(18) VITOLO, DANIEL, “Una incorrecta legislación del instituto de las Sociedades Unipersonales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, ver en www.societario.com, ref. 21064.

(19) PIAGGI, ANA, “Estudios sobre la sociedad unipersonal”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 5.

(20) CNCom. Sala E, “Inspección General de Justicia c/ Fracchia Raymond S.R.L.”, 03/05/2005.

Res. 7/05, la IGJ sentó los principales parámetros de lo que consideraba pluralidad sustancial de socios.

3.5 | Reformas al texto originario

El texto sustancial básico proyectado por la Comisión Reformadora originariamente decía: "Sustitúyese el artículo 1° de la ley 19.550 T.O. 1984, por el siguiente: Concepto Artículo 1. Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos (2) o más".

Adaptando la inclusión del instituto, se previó la modificación de diversas normas de la ley de sociedades.

El proyecto originario fue objeto de variadas y fundadas críticas, de modo que en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se introdujeron algunas reformas por las cuales en la versión actual, las sociedades unipersonales sólo podrán constituirse como sociedades anónimas, no podrán ser constituidas por una sociedad unipersonal, el capital deberá integrarse totalmente en el acto constitutivo, y se las incluye en aquellas sometidas a fiscalización estatal permanente y que por lo tanto deben contar con sindicatura colegiada en número impar (ley 19.550, arts. 299 y 284).

Adherimos a las observaciones que formula Vítolo en relación a que es preferible la adopción del tipo sociedad de responsabilidad limitada, ya que garantiza una mayor transparencia al permitir un conocimiento actual del titular del capital social mediante la exhibición del contrato o la consulta al Registro Público de Comercio⁽²¹⁾, y adicionalmente permite una instrumentación más sencilla al no requerirse en forma indispensable su constitución mediante instrumento público.

(21) VÍTOLO, DANIEL, "Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550", en diario *La Ley*, 28/05/2012.

Asimismo, entendemos que el régimen de fiscalización interna resulta excesivo conforme a lo propuesto, el régimen debe integrarse por un mínimo de tres personas cuya función es remunerada; esto opone en cabeza de la sociedad una obligación en extremo gravosa.

Es interesante la modificación que propone el Instituto Argentino de Derecho Comercial en relación a la necesidad de que el capital social sea proporcional a la cantidad de trabajadores de la persona jurídica con la finalidad de cubrir los créditos amparados con privilegios especiales, incorporando una disposición especial al respecto en el art. 159 del Anteproyecto y en el art. 59 de la ley 19.550⁽²²⁾.

4 | Conclusión

Desde este breve comentario se celebra la introducción del instituto de la sociedad comercial unipersonal, propósito que han venido perseguido sin éxitos los distintos proyectos de unificación legislativa o de modificación de la ley de sociedades.

Ello permitirá revertir un fenómeno negativo que se observa empíricamente de la realidad negocial actual, que es la existencia de un importante caudal de sociedades cerradas o de familia cuyo capital se encuentra repartido entre dos personas de manera ficticia mediante prestanombres, con la única finalidad de adecuarse formalmente a la pluralidad exigida por la ley, todavía, no existe solución ni aún mediante el camino propuesto por la Inspección General de Justicia, al no consignarse con claridad la manera en que debiera conformarse el capital social para que no quede violado este aspecto material de la ley vigente.

Adicionalmente, es de esperar que con la sanción del instituto se deje de lado la práctica espuria del empresario individual de deshacerse nominalmente de todo su patrimonio para no asumir el riesgo empresario.

Una de las finalidades del derecho societario se encuentra en la limitación de la responsabilidad del empresario. Los terceros quedarán protegidos

(22) Ver Informe del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata sobre el Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 30/04/2012, en www.faca.org.ar/index.php/.../35-informe-ca-mar-del-plata.html

mediante la responsabilidad de la propia sociedad que deberá responder con todo su patrimonio, por una adecuada publicidad, por la observancia de las normas de integración del capital y por el sistema de descorrimiento de la personalidad jurídica en los casos de abuso o fraude.

En definitiva compartimos en líneas generales y con las observaciones formuladas, las reformas efectuadas al texto originario en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Bibliografía

- FONTANARROSA, RODOLFO, *Derecho Comercial Argentino, parte general*, Ed. Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1979.
- GARO, FRANCISCO, *Derecho Comercial, parte general*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955.
- NISSEN, RICARDO, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
- PIAGGI, ANA, *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, Ed. Legis, Buenos Aires, 2006.
- VERÓN, ALBERTO, *Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.
- ZALDÍVAR, ENRIQUE et al, *Cuadernos de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978.
- ZALDÍVAR, ENRIQUE, *Sociedades Comerciales: notas sobre el proyecto de reforma legislativa del 26 de septiembre de 1991*, en “*Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, Sociedades Comerciales*”, Anaya, Jaime y Alegría, Héctor, directores, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

por **RAMIRO J. PRIETO MOLINERO**⁽¹⁾

I | Nociones introductorias

I.1 | Errores de perspectiva y anacronismos

En caso de ser sancionado como ley, el Proyecto redactado por la comisión designada por el decreto 191/2011 representará el mayor cambio que la Argentina haya experimentado en su Derecho Privado en más de 140 años. Un nuevo Código Civil y Comercial importa todo un replanteo de las instituciones jurídicas existentes y, como es lógico, la figura del abuso del derecho no es una excepción. De esta manera, el nuevo Proyecto constituye una excelente oportunidad para analizar este instituto, pero no sólo desde la perspectiva de aquellos aspectos que son tocados por la reforma, sino también en su misma esencia. Esto último, porque son tantos los errores que a lo largo de décadas se vienen reiterando en la materia, que hasta parece mentira que estemos frente a algo que se encuentra regulado expresamente hace más de 40 años en el actual art. 1071 CC. Y no se trata de una cuestión de mero interés teórico, dado que, en la práctica, toda esta confusión se termina traduciendo en casos donde se acude al abuso del derecho aunque no corresponda⁽²⁾ y en otros en los que se

.....

(1) Abogado (1993), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Diplomatura de estudios avanzados en Derecho Civil (2002), Universidad de Deusto, España. Doctor en Derecho (2004), Universidad de Deusto, España. Profesor Titular de "Derecho Civil II" y "Responsabilidad extracontractual" en la Facultad de Derecho, USAL; y de doctorado en USAL, UCES y UMSA.

(2) CNCiv, Sala K, LL 2005-C-719.

estará por su no aplicación, pese a ser obvia su procedencia⁽³⁾. Las equivocaciones empiezan desde su misma génesis histórica y, así, son mayoría los estudios que se concentran en el debate de si el abuso del derecho existía o no en Roma⁽⁴⁾. El planteo mismo carece de sentido. ¿Por qué? En primer lugar, porque, en contra de lo que suele creerse, en Roma aún no se había desarrollado la noción de derecho subjetivo que recién comenzaría a esbozarse de manera precaria en la Edad Media⁽⁵⁾. Al igual que lo que ocurría en otros pueblos de la Antigüedad, el Derecho romano era de naturaleza objetiva y, no existiendo derechos subjetivos, difícilmente pueda hablarse de conductas que importen abusos con relación a los mismos. Pero eso no es todo ya que, como se verá enseguida, el abuso del derecho sólo tiene sentido en el marco de los ordenamientos codificados que recién harán su aparición por influencia del racionalismo en el siglo XVIII. Estos sistemas jurídicos parten de la idea de que la ley positiva, susceptible de ser conocida por los hombres, era la única que podía limitar la libertad humana. Ella es la que determina lo que está prohibido o no y, por esa ra-

(3) CNCiv, Sala B, 6/2/1990, LL 1990-D-173.

(4) Ver, entre otros: PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, La Habana, Cultural S.A., 1946, tomo sexto, p. 788; MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS, *Derecho Civil. Obligaciones*, trad. Luis Andorno, Buenos Aires, Zavallía Ed., 2006, tomo II, p. 50; SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I, Vol. 2, p. 800; PRATES, TITO, *Abuso de Derecho*, en JA tomo 50, pp. 5 y 6 (sección doctrina); CASTIGLIONE, JOSÉ F.L., "El abuso del derecho", en JA 15, p. 47 (sección doctrina); SALVAT, RAYMUNDO M., "Teoría del abuso del derecho", en *Revista Jurídica La Ley*, tomo, 6, p. 51 (sección doctrina); MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *El abuso del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 1 (ver texto en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>); ANDORNO, LUIS, "Abuso del derecho", en Zeus, Rosario, tomo 16, p. D 22, 1979; FLEITAS, ABEL, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1944, pp. 75 y ss.; CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO, *Tratado de Direito privado*, 4ta Edición, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1998, tomo 53, nro. 5.500, punto 2; DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, XI edição (revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford DIAS), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 12 (nota 1) y pp. 45/ 46; MOLINA, JUAN C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969, p. 12 (nota 1) y pp. 45/46; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Artículo 1071" (comentario), en Bueres, Alberto J. (dir.), Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, tomo 3 A, p. 4; BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., *Manual de Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979, pp. 390/ 391.

(5) VILLEY, MICHEL, "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976; TIERNEY, BRIAN, "The idea of natural rights-origins and persistence", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, volume 2, spring, Northwestern University School of Law, 2004.

zón, el verdadero debate detrás del abuso del derecho pasa por determinar si, por el hecho de ser legales, los derechos subjetivos importan poderes irrestrictos en cuanto su titular se mantenga dentro de los límites que han sido expresamente fijados; o si, por el contrario y más allá de su licitud, aquellos pueden ser sometidos a un control judicial para evitar que puedan utilizarse para perjudicar a las personas. El Derecho codificado, basado en principios como la generalidad y la abstracción, tiende a la rigidez y el abuso del derecho aparece como un "mecanismo" para introducir algo de flexibilidad en un ordenamiento estático que, de otra manera, puede llevar a injusticias en aquellos casos concretos que no "calzan" con exactitud en los razonamientos que llevaron a elaborar una determinada regla jurídica que, no obstante, se pretende hacer valer de manera ritualista⁽⁶⁾.

En razón de esto, en Roma tampoco pudo haber abuso del derecho por la simple razón de que no había un sistema cerrado que hubiera que flexibilizar. A los romanos jamás les importó la formulación de reglas abstractas, sino la resolución concreta de casos reales⁽⁷⁾ y durante el llamado "período clásico" lo que encontramos es exactamente lo opuesto a la legalidad que pregona el Derecho codificado, dado que los pretores reunían en gran medida tanto funciones legislativas como judiciales y resolvían libremente⁽⁸⁾.

El anacronismo de buscar los orígenes del abuso del derecho donde no podía ser encontrado proviene de finales del siglo XIX y comienzos del XX; momento en el cual la doctrina francesa recurrirá a lo expresado en una u otra decisión, según la postura que quisiera defender. Esto puede verse, por ejemplo, con la apelación a las máximas de un mismo juriscónsulto, PAULO: en contra del instituto, se citará su afirmación de que "no hace daño sino quien hizo lo que tiene derecho a hacer" (*nemo damnum*

(6) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., "El abuso del derecho y las relaciones de consumo", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo III, p. 167.

(7) MEGÍAS, JOSÉ J., "El subjetivismo jurídico y el Derecho romano en los textos romanos", en *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 17/18.

(8) LAQUIS, MANUEL, "Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión, Abuso del derecho, Imprevisión)", en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-D-914, p.11 (edición electrónica); VIGO, RODOLFO L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores, nro 16 (*Abuso del derecho*), 1998, p. 310.

facit, nisi quid id fecit quod facere jus non habet)⁽⁹⁾; mientras que, a favor, se acudirá a su “no todo lo lícito es honrado” (*non omne quod licet honestum est*)⁽¹⁰⁾. O lo que es lo mismo: la doctrina francesa incurrió en una falacia de autoridad fundada en el predicamento que seguía teniendo el Derecho romano, pretendiendo inferir reglas generales a partir de frases aisladas sacadas del contexto de lo que fuera un caso particular. Como sea, y a partir de tales debates, otro lugar común consiste en atribuirle a los autores galos el nacimiento del abuso del derecho y, ello, en tanto reacción contra un racionalismo que no veía abuso alguno en las limitaciones de la ley escrita. Una verdad a medias ya que, en contra de lo que suele decirse, el racionalismo no sólo tuvo en cuenta el problema de la inflexibilidad de la ley positiva, sino que hasta vio necesario crear una cláusula general destinada a prevenir los daños que pudieran derivarse “lícitamente” de la propia lógica del sistema. Así es que, aun cuando todavía no se hablara de “abuso del derecho”, la cuestión ya es tratada en la que podríamos considerar como la primera codificación moderna de la historia, el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794⁽¹¹⁾: aunque se partía de la validez de todos los derechos subjetivos, su parágrafo 37 de la Parte Primera del Título VI prescribía que el titular del derecho debía “reparación cuando resulta claramente de las circunstancias que, entre las diversas maneras posibles de ejercer su derecho, él ha elegido con el designio de dañar a otro, la que podía perjudicar a éste”⁽¹²⁾. En definitiva, la primera cláusula de abuso del derecho aparece diez años antes que se dictara el mismísimo Código Civil francés. ¿Por qué entonces la impronta que se le concede a los franceses en la materia? Pues bien, a diferencia del cuerpo legal prusiano, el Código napoleónico no tuvo en cuenta la posibilidad de abusos a partir de prerrogativas legales y los franceses se vieron en la

(9) ANTUNEZ, MARÍA CRISTINA y GOSENDE, JORGE HORACIO, “Ejercicio abusivo de los derechos”, en *ED*, n° 62, p. 500.

(10) SALVAT, RAYMUNDO M., op. cit., p. 51 (sección doctrina); MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, op. cit., p. 1.

(11) CALVO SOTELO, JOSÉ, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suarez, 1917, p. 140; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Ed. Platense, 1976, tomo IV, p. 102; PRATES, TITO, op. cit., p. 6; ANDORNO, LUIS, op. cit., p. D 22.

(12) LEÓN, PEDRO, “Voz, abuso del derecho” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Alcala S.A., 1954, tomo I-A, p. 130. También, con diferencias mínimas de traducción, FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 209; ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “El abuso de derecho. Estudio de Derecho Comparado”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-B, nota 20.

necesidad de comenzar a buscar soluciones para una encerrona en la que ellos solos se habían metido. Para ese momento, el *Code* se había convertido en el texto base de casi todos los códigos civiles dictados durante el siglo XIX y, de allí, que un problema local se terminara transformando en uno de interés "universal". Con todo, los primeros casos de "abusos" dis-
taban de ser realmente novedosos y versaban sobre problemas de vecin-
dad derivados del derecho de propiedad que ya habían sido solucionados
en la Edad Media mediante la teoría de los actos emulativos conocida en
toda Europa a través del *Ius Communae*⁽¹³⁾. En razón de esto, el recordado
jurista brasileño De Aguiar Dias se permite decir que lo único que el abuso
del derecho tiene de novedad es su nombre⁽¹⁴⁾.

1.2 | Confusiones en cuanto a su naturaleza

Hasta hoy, el Código Civil francés no cuenta con una cláusula proscribiendo expresamente al *abus des droits*. Por eso, desde mediados del siglo XIX la doctrina gala se ha visto en la necesidad de buscar explicaciones más o menos ingeniosas para justificar el motivo por el cual deben con-
jurar determinados usos de facultades legales pese a no haber ilicitud alguna. El más famoso de estos desarrollos será el de Josserand con su "acto abusivo", a mitad de camino entre lo legal y lo ilegal. Y la impronta de este autor francés todavía se hace sentir, llevando al otro gran error en que se incurre al encarar esta cuestión: considerar que, puesto que el abu-
so del derecho importa un correctivo de justicia que obsta a una facultad legal, estamos frente a una noción que no puede ser aprehendida por las ideas de "licitud" o "ilicitud" de los ordenamiento positivos y que consti-
tuye un verdadero "tercer género".

Esta supuesta contradicción que importa el estar "prohibiendo lo permitido" sigue teniendo a mal traer a buena parte de la doctrina civilista y explica también las divergencias de la jurisprudencia a la hora de aplicar el

(13) La teoría sería desarrollada por el glosador Cino De Pistoia y sostenía que aquellos que utilizan su propiedad con intención dañina (*animus nocendi o vexandi*) (ej: desviar un curso subterráneo que pasa por el propio fundo para que el vecino no tenga agua) deberán indemnizar los daños ocasionados. El dolo se presumía cuando no existía causa justificada para el comportamiento del propietario. Ver PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 79/84.

(14) DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, op. cit., p. 679.

art. 1071 CC. También ha dado lugar a una discusión bizantina entre dos grupos irreconciliables: los positivistas extremos, contrarios al instituto; y la doctrina moralista, favorable al mismo. Los primeros tratarán al abuso del derecho como un engendro incompatible con la lógica del ordenamiento codificado y aducirán que lleva a su colapso⁽¹⁵⁾. Por su parte, la segunda vertiente opina exactamente lo contrario, pero, como tampoco logra salir de la pretendida encerrona de la "ilicitud legal", suele justificar el instituto aludiendo a supuestos valores morales indubitables que, por lo general, no serán más que meras opiniones personales; todo lo cual, termina llevando a esa falta de certeza en el Derecho que critican los dogmáticos. La cuestión no es menor ya que el abuso del derecho importa un verdadero permiso concedido a los jueces para inaplicar esas porciones del ordenamiento positivo donde está regulada la prerrogativa en cuestión. Estamos así frente a un instituto cuya operación requiere de rigor y responsabilidad, so pena de terminar atomizando con soluciones dispares lo que debería ser un único sistema de Derecho. Incluso contando con una cláusula prohibitiva expresa como la del 1071 CC, buena parte de la doctrina y jurisprudencia argentina sigue acudiendo a las ideas que Josserand pregonara hace unos 100 años y, así, son muy frecuentes las alusiones a que el precepto prevé un "acto abusivo" que, como tal, es "contrario a Derecho, pero legal"⁽¹⁶⁾. De esta forma, se adopta una tesitura en virtud de la cual la "ilicitud" sólo importa lo contrario a la ley en tanto Derecho positivo; mientras que la "antijuricidad" alude a la contradicción con todo el Derecho, que no es sólo el escrito, sino también toda una serie de valores superiores que, claro está, serán los que se le "revelen" al doctrinario o juzgador de turno.

Ahora bien, si la procedencia o no de una determinada facultad queda librado a la mera "opinología", el sistema de Derecho positivo deja de ser tal y termina volviéndose cierta la vieja crítica de la doctrina liberal en el sentido de que el abuso del derecho lleva al colapso de la seguridad jurídica. Al fin y al cabo, un sistema de Derecho escrito como el codificado parte del hecho de establecer provisiones concretas que, en esencia, actúan como autorizaciones y prohibiciones. No hay, pues, cabida para

.....

(15) CONDORELLI, EPIFANIO, *El abuso del derecho*, La Plata, LEP, 1971, pp.37/ 50.

(16) Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolia, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Nro 16, Rubinzal Culzoni Editores, 1998, p. 153.

una tercera categoría representada por “lo abusivo” y esto no es mero capricho, sino algo que hace nada menos que al principio constitucional de legalidad y, en definitiva, a la preservación de la libertad humana como regla esencial del ordenamiento. Por esa razón, si los actos están permitidos, son lícitos, y si la ley los prohíbe o establece una pena o sanción para el caso de abstenerse de realizarlos; entonces, son ilícitos⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, se objetará aquí, ¿cómo se hace para prohibir lo que, en esencia, es legal si no es acudiendo a la idea de un “acto abusivo”? De la manera en que lo han venido haciendo todas las legislaciones que consagraron expresamente el instituto desde el *Landrecht* de 1794: acudiendo a esa lógica de prohibiciones y permisiones para establecer una cláusula expresa de prohibición destinada a ilegalizar el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Llegados a este punto, casi con certeza aparecerá una segunda objeción: que lo que decimos es erróneo ya que, sin importar las prohibiciones expresas respecto del abuso del derecho que los ordenamientos hayan establecido, nada de esto borra la contradicción de estar ilegalizando algo que es legal; de manera que no queda más remedio que el seguir aludiendo a un “acto abusivo” o a alguna terminología similar que se estime más adecuada, pero que siga reflejando una “tercera posición” entre lo lícito y lo ilícito⁽¹⁸⁾. Tal planteo importa, sin embargo, no comprender el objeto de la prohibición en el abuso del derecho, dado que la misma no se refiere al derecho subjetivo —que, como es lógico, por el sólo hecho de ser tal, es legal— sino a ciertas formas de ejercicio que, en virtud de determinados parámetros también fijados por la ley, se reputan como “abusivas”⁽¹⁹⁾. Es más, aquí conviene hacer una aclaración adicional: el abuso del derecho no es, como parecen sugerir algunos autores, un factor de atribución de naturaleza objetiva⁽²⁰⁾, sino un acto ilícito del

(17) AGUIAR, HENOCH, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Buenos Aires, TEA, 1950, tomo II, vol. 1, p. 114. Ver también RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 97.

(18) Así, por ejemplo, VENINI, JUAN C., “El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces”, en JA, 1980-3, pp. 782/783.

(19) PRIETO, MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., pp. 118/119.

(20) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pp. 411/ 417; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 404; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Ham-

que puede llegar a derivarse una responsabilidad y que, como tal, incluirá factores de atribución que podrán ser tanto subjetivos como objetivos, según lo establezca la legislación respectiva.

Y dado que estamos frente a algo que resulta perfectamente aprehensible a través del concepto de licitud o ilicitud, no sólo resulta innecesario intentar dar con una “cuadratura jurídica del círculo” como la “abusión”⁽²¹⁾ o el “acto abusivo”, sino que también es erróneo sostener, como por lo general se hace, que en el abuso del derecho nos encontramos ante un acto en principio lícito, pero que termina siendo ilícito⁽²²⁾. En efecto, cuando el abuso del derecho consta en un Código Civil, la prohibición está allí desde un principio. Dicho de otra manera: el ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por “abusivo” cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la propia ley para calificarla de esa manera. Y, cuando esto ocurra, habremos entrado en el terreno de la ilicitud, dado que nos encontraremos ante una conducta contraria a la ley. Por eso, el ejercicio calificado como “abusivo” respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita y, con esta ilicitud, estamos frente a uno de los requisitos necesarios para no darle amparo a dicha conducta y, de ser el caso, para proceder a la reparación del daño que se haya ocasionado⁽²³⁾.

.....

murabi, 1999, tomo 4, p. 355. Esta última autora también aludirá al abuso del derecho como “acto ilícito” y como “acto antijurídico”.

(21) ROCCA, IVAL, “Abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley* 104, p. 979. Acuden a su uso: CARRANZA, JORGE A., “Abuso del derecho”, en *JA* 1969-3, pp. 674/ 676; GANC, DIANA B., “Calificación y sanción de la conducta abusiva”, en *JA* 2001-I-966, p. 2 (documento Lexis 0003/007991); ANDORNO, LUIS, op. cit., p. D 24; SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2006, pp. 85/87 y 93.

(22) Así, por ejemplo, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Artículo 1071”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 1ra reimpresión, Buenos Aires, Astrea, p. 70, tomo 5; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Rubinzal Culzoni Editores, p. 213, 1998; GANC, DIANA B., op. cit., p. 11; SILVA TAMAYO GUSTAVO E., op. cit., p. 87; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, p. 28; ORTIZ Y BUSTOS, BELISARIO M., “Acerca del abuso del derecho”, en *Prudentia Iuris* IX, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Abril, p. 47, 1983.

.....

(23) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., op. cit., p. 119.

El debate sobre un eventual “acto abusivo” puede darse en el terreno de la Filosofía del Derecho en los pocos sistemas que al día de hoy no lo han contemplado, como es el caso de Francia. Pero en países como la Argentina donde la prohibición respecto de determinadas formas de ejercicio de derechos subjetivos es expresa, el aludir a un supuesto *tertius genus* a caballo entre lo legal y lo ilegal no sólo representa un sinsentido, sino incluso algo contrario al ordenamiento jurídico. O como lo expresara León hace muchos años con singular claridad: “sólo se puede hablar (...) de abuso del derecho, cuando la teoría no está incorporada a los códigos. El reconocimiento de la teoría importa la muerte de la misma, porque si se establece, en todos los códigos civiles, un principio según el cual sería un acto ilícito el hecho que habría sido lícito, (...) ya no podríamos hablar de abuso del derecho, sino simplemente de actos ilícitos, de acciones y omisiones cumplidas sin derecho y contra el Derecho, o sea, contra la nueva norma legal. El triunfo de la doctrina representaría, por lo menos, la muerte de su denominación”⁽²⁴⁾.

2 | El texto de la reforma

2.1 | La ubicación en un título preliminar

¿Cómo regula el Proyecto la cuestión del abuso del derecho? Su art. 10 dispone a lo largo de tres párrafos que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Como puede verse, con la excepción del último párrafo donde se establecen los posibles efectos de la conducta calificada y donde se introduce la figura de la “situación jurídica abusiva”, el resto del texto es casi idéntico al del art. 1071 CC actualmente vigente. Con todo, es imposible aislar al

(24) LEÓN, PEDRO, “La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVIII, Nro 5 y 6, p. 40.

art. 10 de los preceptos que lo flanquean. Nos referimos al art. 9, que con el título de "Principio de Buena Fe", expresa que "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"; y al art. 11 que, bajo el rótulo de "Abuso de posición dominante", establece que "Lo dispuesto en los DOS (2) artículos anteriores se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales".

La reforma propuesta en el tema que nos ocupa podría sintetizarse, pues, de la siguiente manera:

- Cambio de ubicación del instituto, que pasa de la parte referida a la responsabilidad civil en tanto fuente de obligaciones (Título VIII, "De los actos ilícitos", correspondiente a la Sección II del Libro Tercero) a un nuevo Título Preliminar; siendo uno de los primeros artículos del nuevo código.
- Se dispone una cláusula previa a la de abuso del derecho estatuyendo el deber positivo de que los derechos subjetivos deben ejercerse de buena fe.
- Se mantiene el texto actual en materia de abuso del derecho, aunque con retoques. Así, se modifican algunos tiempos verbales ("Considera" en lugar de "considerará"; "excede" por "exceda"; etc.) y se alude al abuso que "contraria los fines del ordenamiento"; en lugar de "al que contraría los fines que aquélla [por la ley] tuvo en mira al reconocerlos" del actual 1071 CC.
- Se hace mención expresa a los posibles efectos del abuso del derecho.
- Se alude a posibles "situaciones abusivas"
- Se estatuye que lo prescrito en materia de abuso del derecho se aplicará a los casos de abuso de posición dominante.
- Además de lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 11, el 14 proscribiera el ejercicio abusivo de derechos individuales cuando puedan afectar el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general.

Concentrémonos en primer lugar en la nueva ubicación del instituto. Antes se aludió al hecho de que, una vez consagrado en un ordenamiento positivo (la única clase de ordenamiento donde, por otra parte, el instituto tiene razón de ser) el abuso del derecho constituye un ilícito. Ahora bien, no es un ilícito "sin más", en el sentido de que sólo se busca prohibir una determinada conducta que se considera disvaliosa, sino que se trata más bien de un medio para alcanzar el objetivo final de flexibilizar un or-

denamiento positivo rígido haciendo que los derechos subjetivos ya no cuenten sólo con los límites reglamentarios previstos para cada uno de ellos, sino también con uno nuevo de carácter genérico fundado en la manera y oportunidad en que se harán valer⁽²⁵⁾. O, como lo señala Buteler Cáceres: "aun cuando hayamos dicho que el ejercicio abusivo es tanto como un acto contrario a Derecho, o ilícito, debemos entender que la fórmula represiva del ejercicio de los derechos, no sólo es fuente creadora de obligaciones civiles, sino que al mismo tiempo asume la jerarquía de un principio regular de todos los derechos subjetivos"⁽²⁶⁾. Por esa razón, la decisión del Proyecto de emplazar al abuso del derecho al comienzo mismo del Código es de lo más afortunada ya que, metodológicamente hablando, importa reconocer su carácter de regla general. Se trata de algo que venía pidiendo la doctrina nacional⁽²⁷⁾ y que sigue la estela de otras codificaciones como, por ejemplo, el Código Civil peruano y el Código Civil español. En palabras de la propia comisión, el nuevo Título Preliminar se funda en "una tradición histórica y en el presupuesto de que el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema"⁽²⁸⁾. De esta manera, la presencia del abuso del derecho en ese nuevo Título importa reconocerle no ya efectos frente a todas las normas del Código Civil, sino respecto de todo el ordenamiento argentino.

Refuerza esta concepción de considerar al instituto como elemento central del sistema, el proyectado artículo 9 y su alusión a que los derechos subjetivos deben ejercerse de buena fe. Con esto, se sigue el modelo de otras legislaciones como el ya mentado Código Civil español y, en gran medida, estamos ante el anverso y reverso de una misma cosa ya que, si existe la obligación de ejercer los derechos de buena fe, a contrario

.....

(25) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 132.

(26) BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., pp. 400/ 401.

(27) Ver LEOFANTI, MARÍA A., *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo, 1945, p. 88; LEOFANTI, MARÍA A., "Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva", en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro 12-13, p. 36; SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., op. cit., p. 99; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, op. cit., p. 400; GOLDSCHMIDT, ROBERTO, "La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Córdoba, julio-agosto, p. 353, 1942; PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., op. cit., p.276.

(28) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Punto III.1.

sensu, habrá abuso de derecho cuando tal obligación no se respete. Este precepto resulta además consecuente con la relevancia que se le da en el Proyecto a la buena fe, que ahora se presenta como una verdadera piedra angular y no sólo figura en los ya mentados artículos 9 y 10, sino también como criterio moral básico para las relaciones obligacionales (art. 729) y para las relaciones contractuales (art. 961). Por eso, bien puede decirse que la violación o no de la buena fe será a partir de ahora el criterio por excelencia para dar con el ejercicio abusivo de derechos.

2.2 | La prohibición del abuso

Aun con sus innovaciones, el texto del art. 10 del Proyecto sigue conservando vínculos con lo que redactara Vélez Sarsfield y es que, con excepción del nuevo párrafo final que alude a efectos, el precepto reproduce virtualmente al actual 1071 CC que, a su vez, conserva a modo de primer párrafo el texto original de 1871. Llama la atención que una cláusula prohibitiva del abuso del derecho como el art. 10 empiece afirmando que el ejercicio de facultades legales no puede llevar a responsabilidad alguna, pero existe una explicación histórica: la reforma de 1968 se limitó a “reciclar” el antiguo 1071 CC y éste regulaba al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de obligaciones como causas de justificación que suprimían la ilicitud y la posibilidad misma de que pudiera haber una responsabilidad civil⁽²⁹⁾. El mantenimiento del texto de Vélez Sarsfield en el marco de una reforma parcial como la de 1968 podía llegar a entenderse, pero no cuando lo que estamos analizando es una reformulación de todo el Código Civil que, como tal, no requiere de “injertos”. De hecho, el Proyecto regula las causas de justificación en el art. 1718, incluyendo en su punto a) el “ejercicio regular de un derecho” y, de esta forma, todo el primer párrafo del art. 10 deviene redundante y podría suprimirse; tal como, por otra parte, lo hacían el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998.

(29) Aunque perfectible, Vélez Sarsfield había creado un sistema muy lógico de responsabilidad civil, en particular, y de las obligaciones, en general. Un sistema en virtud del cual, y anticipándose 30 años al BGB alemán, se partía de que no podía haber responsabilidad si primero no se violaba alguna norma legal. De hecho, el requisito de ilicitud se mantiene en los principales códigos europeos del siglo XX (alemán, suizo, italiano, portugués y holandés) y hace al principio de legalidad en tanto salvaguardia de la libertad de las personas; de manera que está lejos de ser la aberración que buena parte de la doctrina argentina se ha convencido que es.

El primer párrafo del precepto consiste, pues, en la antigua redacción del art. 1071 de Vélez Sarsfield; sólo que agregándole, al igual que se hiciera en 1968, la palabra “regular” a la hora de aludir al ejercicio de la facultad legal. ¿Qué deberá entenderse por “regular”? La doctrina ha caído en toda clase de disquisiciones a la hora de fijar los alcances de este vocablo⁽³⁰⁾; sin embargo, la propia construcción lógica del art. 10 nos lleva a que el ejercicio de un derecho será considerado “regular” en tanto no sea abusivo y será abusivo cuando se lo ejerza violando alguno de los criterios identificatorios que se especifican en el segundo párrafo del precepto. De esta manera, el ejercicio de un derecho subjetivo seguirá actuando como causa de justificación, pero ello en tanto y en cuanto no se incurra en una conducta abusiva. En tal caso, el uso deja de ser “regular” y, lejos de constituir una conducta justificada, se habrá incurrido en una conducta ilícita⁽³¹⁾. Así, el “ejercicio regular” importa no incurrir en la hipótesis prevista en la primera oración del segundo párrafo del precepto que expresa que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”. ¿Qué alcances hay que darle a esa alusión a un “no amparo”? Es probable que los autores de la reforma de 1968 acudieran a ella como forma de salir “por la tangente” respecto de un tema donde no les quedaba del todo clara la antijuricidad⁽³²⁾. O, lo que es lo mismo: de nuevo, los ecos de la falsa encerrona de que el abuso, del derecho importaría prohibir lo que es legal. Ahora bien, es obvio que el “no amparo” importa una prohibición legal expresa⁽³³⁾, dado que si el Código Civil, en tanto ley que es, no ampara el abuso esto se debe precisamente a que se trata de una conducta contraria al mismo. La prohibición y la ilicitud que ésta crea son evidentes⁽³⁴⁾ y ésta última consiste en ejercer una prerrogativa de una manera que se considere “abusiva”; algo que tendrá lugar cuando su uso pueda encuadrarse dentro de

(30) HERNÁNDEZ, HÉCTOR H, “Abuso del derecho y derecho subjetivo”, en *ED*, n° 118, p. 967; VIGO, RODOLFO L., op. cit., p. 314; CARRANZA, JORGE A., op. cit., p. 679; ALTERINI, ATILIO, *Responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, 1970, p. 70; BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 398.

(31) ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, op. cit., p. 3; FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, op. cit., p. 265.

(32) Ver RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., op. cit., p. 102.

(33) Ver BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 399.

(34) Una situación parecida puede verse en el Derecho penal. En efecto, en este ámbito a nadie se le va a ocurrir decir que un delito no es un ilícito y, ello, aun cuando, en su formulación literal, el Código Penal no prohíbe nada, sino que se limita a describir conductas y asignarles una pena.

alguno de los parámetros que se consignan en la segunda oración del segundo párrafo del art. 10 del Proyecto⁽³⁵⁾.

2.3 | Los criterios identificatorios

2.3.1. La buena fe

Si se establece que un derecho subjetivo puede ser objeto de abuso y, a partir de tal calificación, se disponen ciertas consecuencias negativas para su titular, el siguiente paso será definir ese abuso fijando los parámetros que servirán para determinarlo. Se trata de algo fundamental, dado que, como ya lo indicáramos, el abuso del derecho va a importar una verdadera "licencia" para inaplicar una "porción" del ordenamiento, aquella donde se consagra la prerrogativa legal en cuestión, en un caso concreto; de allí, la necesidad de que los criterios a ser adoptados para calificar el abuso sean, ante todo, precisos y sólo permitan acudir al remedio cuando la ley lo autorice y resulte estrictamente indispensable⁽³⁶⁾.

Los criterios identificatorios son fundamentales ya que no sólo le darán contenido a la prohibición, sino que serán los que, en definitiva, permitirán que el instituto cumpla con su papel de flexibilizar el sistema codificado lo suficiente como para conjurar comportamientos ritualistas, pero sin que esto importe tirar por la borda la seguridad jurídica y el principio de legalidad. ¿Qué criterios adopta el art. 10 del Proyecto para identificar los casos de abuso? Al emplearse virtualmente el mismo texto que el actual 1071 CC, los criterios son los ya existentes; algo que no es necesariamente bueno. ¿Cómo es esto? Por un lado, el precepto establece dos de los criterios de detección más aceptados: la buena fe y la regla de la desviación de la norma; sin embargo, por otro lado, no conformándose con ello, también acude a la "moral y las buenas costumbres" y aquí es donde aparecen los principales problemas.

En lo que a la buena fe respecta, se trata de un criterio de detección muy preciso, pero, al mismo tiempo, de una de las nociones jurídicas más fáciles

(35) CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 111.

(36) WARAT, LUIS A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p.68.

de usar y, esto, al punto de que basta que a cualquier persona se le plante lo que debería entenderse por buena fe en un caso concreto para que pueda deducirlo de su propio sentido de justicia⁽³⁷⁾. Podrá ser especialista o lego en Derecho, practicante de una u otra religión, pero, si a esa persona se le describe una determinada situación y se le pide analizarla bajo el prisma de la buena fe, es casi seguro que la respuesta que se obtendrá será la misma⁽³⁸⁾. No podría ser de otra manera, dado que el criterio importa aplicar valores básicos como la lealtad, el respeto y la probidad a efectos de calificar comportamientos y determinar las conductas que eran exigibles⁽³⁹⁾.

La buena fe no es, por lo tanto, un concepto ambiguo como ciertos críticos denuncian, sino elástico; que no es lo mismo. La ambigüedad impide contar con un criterio operativo certero; la elasticidad, en cambio, importa estar frente a un parámetro preciso, pero aplicable de manera potencial a cualquier supuesto. En la práctica, estamos frente a un criterio tan concreto que hasta autores positivistas contrarios al abuso del derecho lo defenderán como forma de preservar la paz social entre los individuos⁽⁴⁰⁾. Y precisamente, la relevancia de la buena fe en el abuso del derecho es que parece ser el criterio perfecto para dotarlo de contenido. Esto, porque lo convierte en una regla operativa concreta que cubre inclusive casos poco comunes y muy difíciles de ser previstos de antemano por un texto legal⁽⁴¹⁾.

Los valores que la buena fe pregona son además universales. Algo fundamental en un país como la Argentina que cuenta, más allá de las alusiones formales de la Constitución a una religión del Estado de conformidad con la coyuntura existente a mediados del siglo XIX, con una población de orígenes muy diversos⁽⁴²⁾. En conclusión: la buena fe es precisa y dúctil

.....

(37) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 140.

(38) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 141.

(39) Ver DIEZ PICASO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero. Introducción teoría del contrato*, 5ta. edición, Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 50; GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Blasco Gasco, Francisco de P. y Prats Albentosa, Lorenzo (trads.), Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 453.

(40) CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 58; BIBLIONI, JUAN A., *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Buenos Aires, Kraft, 1939, tomo I, p. 195.

(41) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 141.

(42) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 285.

y, con ello, constituye el mejor criterio posible para dar con conductas abusivas, al punto que bien podría ponerse como único parámetro de detección. Desde esta perspectiva, toda la revalorización que se le ha dado al principio por la vía de su consagración primero en el art. 9, luego en el 10 seguidos por los artículos 729 y 961 no puede sino ser bienvenida y constituye una de las novedades más relevantes de la reforma no sólo respecto del tema que nos ocupa, sino también a la hora de dotar a la totalidad del ordenamiento de una orientación moral concreta, pero que, a la vez, sólo se limita a valorar la conducta exterior del individuo, y por lo tanto, no tiene la aspiración autoritaria de introducirse en su propia conciencia. Esto, porque, como sostiene Vigo, "el Derecho no tiene por sentido hacer buenos a los hombres sino que se conforma con modelar buenos ciudadanos, es decir, que respeten y confieran a los otros lo que les corresponde"⁽⁴³⁾

2.3.2. La "moral y las buenas costumbres"

Al mantener en gran medida la redacción del actual 1071 CC, el Proyecto no se ha limitado a incorporar a la buena fe como criterio moral, sino que también alude a la "moral" y a las "buenas costumbres". Una de los objetivos declarados de la reforma de 1968 fue "moralizar" las relaciones jurídicas y no cabe duda de que la insistencia en el mismo texto importa reafirmar aquella postura, pero se termina incurriendo en el grave error metodológico de introducir dos criterios adicionales que, en realidad, no son tales. Es justo destacar que el Código Civil argentino no está solo en esta tesitura, pero, y al menos que nos conste, sí es el único que decide reunir los tres parámetros "morales" en una única cláusula legal. Con relación al 1071 CC, la decisión ya ha sido calificada de "muy poco sobria por su exceso de amplitud"⁽⁴⁴⁾ y es que, ciertamente, estamos ante una acumulación de conceptos que, lejos de enriquecer, resta. En lo que a la "moral", así a secas, respecta, una cosa es que el fundamento último del abuso del derecho sea moral y otra muy diferente es que ella, en toda su amplitud, pueda servir por sí misma como criterio identificador. Mientras la buena

(43) VIGO, RODOLFO L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1998, p. 317.

(44) BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 400.

fe importa contar con un criterio ético uniforme que permite identificar obligaciones en cada caso concreto, la moral, en cambio, siempre se ha prestado a toda clase de debates que, en la mayoría de los casos, no hacen más que “enmascarar” lo que, al fin y al cabo, son las preferencias personales de determinado juez o doctrinario.

Al respecto, Llambías, por ejemplo, señala que la doctrina argentina se ha inclinado por dos tendencias: la idea de una moral “social” y la de la Iglesia Católica Apostólica Romana. Esta última la que este autor considera válida por aplicación del art. 2 de la Constitución Nacional y su alusión a “sostener” el culto católico⁽⁴⁵⁾. Con relación a la “moral social”, basta con analizar cualquier estudio que haya tocado la cuestión para encontrarse con una colección de meras opiniones personales camufladas de rigor metodológico ⁽⁴⁶⁾. En lo que a la “moral católica” respecta, ésta al menos sí nos permite contar con una referencia “externa” y concreta. Hasta es posible que al momento de sanción del Código Civil hubiera una equiparación entre “moral” y “moral católica” como parecen indicarlo el antiguo art. 33 CC y la nota de Vélez Sarsfield al art. 530 CC. No obstante, hoy día resulta bastante improbable que en un país producto de la inmigración (una inmigración que, no hay que olvidarlo, es posterior a la sanción de la Constitución y el propio Código Civil) tal correlación se siga dando y esto puede verse, por ejemplo, en las normas que se han incorporado con posterioridad relativas a matrimonio, equiparación de hijos y divorcio. En resumidas cuentas: no hay una respuesta unívoca acerca de lo que deberá entenderse por moral ni siquiera entre los doctrinarios de un mismo país y, esto, pese a tratarse de una noción que pretende justificarse en supuestos valores unívocos, evidentes y perpetuos. Todo ello, sin contar que una cosa es que el Derecho abreve en la moral y otra que se lo quiera asimilar sin más a ella.

¿Y las “buenas costumbres”? ¿Acaso no son útiles como criterio? Mosset Iturraspe intenta aportar precisiones y sostiene que “la moral” alude a la “moral individual media del hombre argentino”; en tanto que las “bue-

(45) LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 19 edición (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, tomo II p. 290.

(46) Para un desarrollo más extenso del asunto, ver PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., pp. 143/ 146.

nas costumbres” se refieren a la “moral social”⁽⁴⁷⁾. Ahora bien, de ser esto efectivamente así, la moral de un “hombre argentino” tendría que coincidir en promedio con la de la sociedad donde está inserto; de manera que no habría diferencia entre uno y otro concepto. Por lo demás, acaba de verse que la moral dista de ser un criterio, dado que siempre será la moral de alguien, o, más precisamente, la moral de quien ha de juzgar el caso en cuestión. Rabinovich-Berkman hace evidente lo opinable que es este pretendido criterio al señalar que “las buenas costumbres no son idénticas en un pueblito serrano de Salta y la Ciudad de Buenos Aires, ni entre los inmigrantes laosianos y los socios del Jockey Club porteño”⁽⁴⁸⁾. En un intento final de defensa, se ha expresado que “buena fe y buenas costumbres andan siempre juntas, como hermanos siameses, pues, así como se espera de un hombre de buena fe una conducta honesta y leal, la recíproca es verdadera: la mala fe se casa con la inmoralidad, la deshonestidad y la traición”⁽⁴⁹⁾. Pero esto es lo mismo que afirmar que las buenas costumbres son útiles porque su criterio de evaluación es la buena fe: el argumento se vuelve circular y, de nuevo, tenemos que el único criterio moral concreto y, por ello, apto para detectar casos de abuso será la buena fe.

Resumiendo: la decisión del Proyecto de seguir acudiendo en simultáneo a la buena fe, la moral y las buenas costumbres no sólo resulta redundante, sino que importa vaciar de contenido a ese instituto que es el abuso del derecho. En efecto, luego de consagrar a través de la buena fe al mejor criterio posible, se pretende aportar mayores precisiones agregando otros dos parámetros que, en la práctica, terminan desdibujando por completo aquello que pretenden delinear.

Legislativamente hablando, sería entonces más que recomendable la directa supresión de cualquier referencia a la “moral y a las buenas costumbres”. Era incluso de esperar que un proyecto que aspira a erigirse como una de las primeras codificaciones del siglo XXI se liberara de las formulaciones arcaicas y vacías de las codificaciones del siglo XIX; sin embargo,

(47) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Artículo 1071”, op. cit., § 3. El mismo autor tampoco parece darle a la buena fe su verdadera relevancia ya que alude a ella como un complemento de la moral y las buenas costumbres.

(48) RABINOVICH- BERKMAN, RICARDO D., op. cit., p. 103.

(49) CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 8va edição, Sao Paulo, Editora Atlas, 2008, p. 162.

el proyecto está lejos de hacer eso y acude a la misma terminología en otros preceptos como los arts. 344, relativo a condiciones prohibidas de los actos jurídicos, y 957, sobre límites a la libertad de contratación. Como sea, y en atención al protagonismo que pasa a tener el art. 9 en el sistema creado por el Proyecto, entendemos que lo razonable, e intelectualmente honesto, sería considerar a la buena fe como único parámetro moral válido para determinar la conducta abusiva.

2.3.3. La finalidad de la norma

La tendencia actual en materia de abuso del derecho pasa por buscar la mayor precisión combinando varios criterios identificatorios. Desde esta perspectiva, la inclusión en el art. 10 de un parámetro que alude a la finalidad de la norma para calificar la conducta disfuncional no sólo sigue al art. 1071 CC, sino a lo que es dominante en el Derecho comparado. Con todo, el criterio no es tan preciso como pudiera parecer y existen por lo menos dos "versiones" del mismo; cada una con sus propias dificultades. La primera es la finalista-funcional que pregonara originariamente Saleilles y que aparece en Códigos como el griego de 1941, el portugués de 1967 y el brasileño de 2002 disponiendo que habrá abuso cuando se exceda "la finalidad social o económica del derecho". Esta orientación no deja de ser contradictoria, dado que una cosa es que los derechos deban sujetarse a esa coexistencia social pacífica del ordenamiento jurídico donde se conceden, y otra es que esto implique un perpetuo sometimiento a una finalidad social⁽⁵⁰⁾. El aludir a una finalidad económica y social presupone que toda prerrogativa individual siempre tiene una función "general" para cumplir⁽⁵¹⁾. Una idea que el español Yzquierdo Tolsada rebatirá expresando que "un excesivo celo puede convertir a cada ciudadano en funcionario del orden económico y social"⁽⁵²⁾. Es más, un ejemplo en esa línea puede verse en el art. 5 del Código soviético de 1964 que expresaba en dos párrafos que "la ley protege los derechos civiles, salvo cuando sean ejercidos en contradicción con la significación de esos derechos en una sociedad

(50) PLANIOL, MARCEL ; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, op. cit., p. 792.

(51) LLAMBIAS, JORGE J. y RAFFO BENEGAS, PATRICIO, Jorge J. Llambías (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, tomo II-B, p. 160.

(52) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 118.

socialista, en el período de edificación del comunismo. En el ejercicio de los derechos y en la ejecución de las obligaciones, los ciudadanos y las organizaciones deben observar las leyes, respetar las reglas de la comunidad socialista y los principios morales de una sociedad que edifica el comunismo”⁽⁵³⁾. De esta forma, la corriente finalista-funcionalista puede llevar a la paradoja de que el abuso del derecho deje de ser una forma para conjurar abusos derivados del uso de prerrogativas individuales, para transformarse, lisa y llanamente, en un recurso velado para suprimir tales prerrogativas⁽⁵⁴⁾.

La otra vertiente finalista proviene de los desarrollos que hicieran autores como Porcherot o Jossierand⁽⁵⁵⁾ y aquí la finalidad de la norma se determina mediante el cotejo de los motivos que llevaron al legislador a acordar ese derecho en particular. A diferencia de lo que pasaba con el funcionalismo, esta tesis resulta compatible con la idea de derechos subjetivos, pero también presenta inconvenientes. El primero es que el legislador no puede prever el futuro y, por eso, una aplicación dogmática del criterio puede llevar a no tener por abusivas violaciones evidentes, so pretexto de no tratarse de los casos exactamente tenidos en cuenta por el legislador al tiempo del dictado de la norma que establecía la prerrogativa. Este riesgo ha llevado a una segunda interpretación que sostiene que, una vez dictadas, las normas se independizan del legislador y adquieren vida propia más allá de las finalidades estrictas que se procuraban al tiempo de su creación. Lejos de resolver la cosas, esta vertiente es más riesgosa que la anterior, dado que directamente permite “pecar por exceso”, cambiando por completo el sentido original de la norma y posibilitando la búsqueda de un abuso a piacere⁽⁵⁶⁾.

¿Qué vertiente adopta el art. 10 del Proyecto? Como se ha señalado, el Proyecto optó por modificar el texto del 1071 CC “modelo 1968”, apartándose incluso de lo que hicieran los cuatro proyectos inmediatamente anteriores. Las razones para ello se explicitan en la exposición de motivos

(53) LEOFANTI, MARÍA A., “Abuso del derecho. Visión...”, op. cit., p. 48.

(54) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 158.

(55) LLAMBIAS, JORGE J., “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, en JA, 1969, p. 73; BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código civil. Abuso del derecho”, en ED 29, p. 725.

(56) Ver CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 117.

donde se expresa que “se evita la referencia a los fines “pretéritos” con la expresión “que se tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. En su reemplazo, se emplea la noción de “fines del ordenamiento” que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se han hecho un uso irregular o abusivo”⁽⁵⁷⁾. Se intenta conjurar, pues, el primer riesgo de la tesis finalista; esto es, el de “congelar” a través de una interpretación dogmática los motivos que llevaron a conceder un derecho, limitando la aplicación del instituto. Pero en el intento por hacerlo, entendemos que se incurre en el peligro más grave de “excesiva amplitud” ya que la alusión a “fines del ordenamiento” es muy ambigua y sirve para justificar virtualmente cualquier cosa. Es más: hasta recuerda en demasía a la tesis funcionalista, dado que, al parecer, se parte de la idea de que siempre habrá “fines superiores” que podrían hacerse valer respecto de cualquier derecho subjetivo. Algo que, en definitiva, importaría desconocer que una persona bien puede perseguir la concreción de intereses completamente individuales y no por ello realizar conductas reñidas con la vida en sociedad. Así, por ejemplo, nada hay más individualista que el derecho a la privacidad y, no obstante, difícilmente alguien pueda cuestionar que el mismo resulta fundamental para el desarrollo de cualquier persona⁽⁵⁸⁾. En síntesis, la nueva redacción introduce más ambigüedad en un criterio finalista que años atrás incluso había sido cuestionado por uno de los miembros de la comisión redactora al entender que las leyes casi nunca explicitan o insinúan la finalidad para la cual conceden derechos a las personas⁽⁵⁹⁾. Pero eso no es todo: lo peor es que el texto propuesto abandona la tesis de la finalidad del legislador para rumbear hacia la funcionalista; algo, que en un país donde prevalece el personalismo en la política y donde la división de poderes es muchas veces más formal que real, puede terminar llevando a afirmar la existencia de abusos de derecho cada vez que lo desee el funcionario de turno que, a todo efecto, será el que nos revelará cuáles son “los fines del ordenamiento”.

(57) Exposición de motivos, punto III.6.3.

(58) Ver BARROS, ENRIQUE, “Lo público y lo privado en el Derecho”, en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, nro 81, Centro de Estudios Públicos, 2001, p. 27.

(59) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Artículo 1071”, op. cit., p. 58.

¿Qué opciones hubieran sido mejores? O bien dejar a la buena fe como único criterio de detección del abuso, o bien reemplazar la idea de finalidad por la de "interés protegido", que, de hecho, se trata de la opción que defendiera Saleilles luego de descartar su propia tesis finalista-funcional. ¿En qué consiste? Básicamente, soluciona los problemas de la "finalidad histórica" del legislador, pero, ello, sin llegar al extremo de cambiar completamente tales finalidades por lo que se le ocurra al juzgador. ¿Como lo hace? Tomando en cuenta la idea de Ihering de que la consagración de un derecho subjetivo importa la presencia de un interés que se buscó proteger y, ello, con independencia de cuáles hayan sido las percepciones personales que el legislador haya tenido en su época. Aunque aludiendo a una posible interpretación del actual 1071 CC, Molina resume muy bien estas ideas y, partiendo del hecho innegable de que el legislador no puede tener en cuenta cosas que no existían al momento del dictado de la norma, afirma que todo derecho se acuerda en función de un interés lógico esencial que se consideró digno de protección; más allá del cual, al tribunal no le corresponde intervenir⁽⁶⁰⁾. Por eso, nos dice que el juez que quiera declarar un abuso del derecho estará sujeto a dos límites: "uno, constituido por el enunciado lógico-formal de la respectiva norma legal, y otro correlativo, consistente en las fronteras temporales y espaciales señaladas por su contenido axiológico"; de forma tal, que no podrán aplicarse "valores extralegales, metafísicos, actuales o futuros, que no sean los encerrados dentro del marco de la ley, vigentes al momento de su sanción"⁽⁶¹⁾.

2.3.4. Los efectos de la conducta abusiva

Si el mantenimiento de la "moral y buenas costumbres" y la nueva formulación del criterio finalista aparecen a nuestro entender como los dos puntos flacos del Proyecto en lo que hace al abuso del derecho, no ocurre lo mismo con la decisión de dedicar el tercer párrafo del art. 10 a los posibles efectos que traerá aparejados la conducta disfuncional. Se sigue aquí la línea de codificaciones como la española y la peruana, y no sólo contribuye a darle precisión a un instituto cuyo correcto desempeño requiere dejar de lado toda ambigüedad, sino que permite delinear todavía

(60) MOLINA, JUAN C., op. cit., pp. 90/ 91. En igual sentido, BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 399.

(61) MOLINA, JUAN C., op. cit., pp. 91 y 104/105.

más al abuso del derecho como ese ilícito que es. ¿Cómo es esto? Al igual que lo que ocurre con un ilícito penal, el abuso del derecho tal como lo propone el art. 10 del Proyecto se presenta como una cláusula que, en esencia, consta de tres partes. Cuando se tipifica un delito no basta con decir, por ejemplo, que la "estafa" será castigada, sino que lo que se hace es definir qué se entiende por tal y, sólo entonces, se pasa a regular en qué consistirá la condena. En el abuso de derecho tal como lo propone el Proyecto ocurre virtualmente lo mismo y, no en vano, aquí también la técnica consiste en establecer una prohibición, definir tanto los alcances de la misma a través de los criterios de identificación para, recién allí, disponer los efectos en caso de incurrirse en aquella. Esa alusión, siquiera breve, constituye un buen ejemplo del llamado "efecto pedagógico de la ley" y, en ese sentido, no está de más recordar que no son pocos quienes consideran al abuso del derecho como una mera causal de responsabilidad civil, pese a que su función y posibles consecuencias resultan bastante más complejas. Se trata de algo que ya señalara Llambías hace años cuando en sus notas al Anteproyecto de 1954 expresara que "Aun cuando del acto abusivo no se siga ningún daño, con lo que no podrá ser considerado acto ilícito civil, no por esto dejará de ser eficaz aquel principio, ya que entonces se erigirá en una causa legal de la paralización del derecho desviado de sus fines regulares"⁽⁶²⁾. Precisamente, el art. 10 alude a "evitar los efectos del abuso"; resaltando que el instituto no requiere de un daño efectivo para su procedencia. Es más, una de las formas más usuales de hacer valer derechos subjetivos es por la vía judicial y aquí el eventual abuso se daría, precisamente, en caso de darle curso a las pretensiones de la parte actora⁽⁶³⁾. ¿Cual tendría que ser el efecto del abuso del derecho aquí? Lograr el rechazo de la demanda, en cuyo caso no habría daño alguno que reparar y el instituto estaría cumpliendo un verdadero rol preventivo. Por otro lado, el abuso del derecho también puede llevar a la nulidad parcial de determinadas cláusulas abusivas. Algo que además resulta consecuente con el art. 1119 del proyecto que entiende por cláusula abusiva a aquella que "tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor". La reparación del daño no es entonces un efecto inexorable del instituto y, de allí, que el

(62) LLAMBIÁS, JORGE J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la nación argentina*, Universidad de Tucumán, 1968, nota al artículo 235, p. 155.

(63) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 333.

art. 10 alude a que el juez fije una indemnización "si correspondiere". Para terminar diremos que, como es lógico, el precepto se limita a dar una idea general en materia de efectos debiendo acudirse, según sea cada caso, a las demás normas que sean pertinentes (responsabilidad civil, nulidades, etc). Por último, es de destacar la forma categórica en que se expresa el tercer párrafo del art. 10 en el sentido de que "el juez debe ordenar lo necesario". O lo que es lo mismo: frente a un caso calificado legalmente como abusivo, el juez está obligado a hacer algo; no tratándose de una facultad discrecional.

2.3.5. Las "situaciones abusivas" y el abuso de posición dominante

El tercer párrafo no sólo alude a los efectos del abuso, sino también a los de la "situación abusiva". Ahora bien, ¿qué vendría a ser este segundo supuesto? La explicación aparece en la exposición de motivos del Proyecto donde se expresa que "el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina"⁽⁶⁴⁾. Pero si ya muchas veces le resulta difícil a los tribunales determinar cuando se encuentran frente a un ejercicio abusivo de derechos pese a contar con parámetros concretos para su detección; tanto más lo es el determinar algo más sutil como el calificar de "abusivo" algo donde se está dando una utilización correcta de facultades legales. La exposición de motivos del Proyecto también expresa que "se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil"⁽⁶⁵⁾. Ahora bien, encontrándonos frente a una categoría que ahora permite dejar de lado la validez del ordenamiento pese a haberse ejercido derechos de una manera que ni siquiera puede ser calificada de abusiva, ciertamente sería deseable no sólo contar con una definición, sino con parámetros específicos de detección. En probidad, existe una definición parcial y ésta aparece en el art. 1120 del Proyecto, correspondiente al capítulo 4 ("cláusulas abusivas") del Título III del Libro Tercero en el cual se expresa que "se considera que existe una situación

(64) Fundamentos del Proyecto, III. 6.3.

(65) Fundamentos del Proyecto, II.1.3.

jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos". ¿Qué resultado? El de una cláusula abusiva en los términos del ya mentado art. 1119. No obstante, estamos lejos de contar con verdaderas precisiones, dado que, en última instancia, la definición sólo comprende un caso particular y, ello, dentro del ámbito concreto de los contratos de consumo.

El caso por excelencia de situación abusiva será el llamado abuso de posición dominante y, de allí, que el art. 11 del Proyecto disponga que las disposiciones relativas al abuso del derecho serán aplicables a tal supuesto. Aquí se sigue la misma técnica que el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 584) y el Proyecto de 1998 (art. 397), que en su momento fuera criticado por la doctrina. Y es que, ¿puede emplearse una cláusula destinada a determinar usos abusivos de derechos subjetivos para calificar casos donde el abuso trasciende el ejercicio de tales derechos? La respuesta debe ser negativa y, ciertamente, o bien se dispone una cláusula general, pero específica para tales cuestiones, con la que el Proyecto no cuenta, o bien se tipifican los casos concretos en que tales situaciones abusivas se producen, que es precisamente lo que, por ejemplo, intenta hacer el ya mentado art. 1120 y, con serias limitaciones, la propia ley 25.156 de Defensa de la Competencia⁽⁶⁶⁾. Aquí, el perjuicio que se causa no está tanto en un abuso del derecho que afecta intereses no protegidos de otra forma, sino, más bien, en una conducta material que termina afectando otros derechos como el de libre concurrencia de los competidores y el de libre elección de los consumidores. La situación no se origina, pues, de un ejercicio disfuncional de un derecho, sino que, más bien, tendríamos que hablar de un cúmulo de derechos entrelazados en razón de una estrategia cuya complejidad trasciende la figura del abuso del derecho, pero que lleva a la creación de un determinado contexto a través del cual se producirá

(66) La ley 25.156 intenta aportar precisiones, pero su fórmula es vaga. Así, su art.1 expresa que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". Como puede apreciarse, se echan en falta parámetros de detección o, cuando menos, una enumeración de supuestos que, en caso de darse, se presumirán abusivos, salvo prueba en contrario.

la lesión⁽⁶⁷⁾. Por esa razón, una cosa es una cláusula general como la del abuso del derecho y otra la posición dominante que, más que una formulación común, requiere de todo un régimen específico con tipificación de supuestos complejos, entre los cuales, hasta se ha propuesto que actúe como causa autónoma de ineficacia de los actos jurídicos⁽⁶⁸⁾.

Para finalizar, haremos una mínima alusión al párrafo final del art. 14 del Proyecto que expresa que "La ley no ampara el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general". Es claro que difícilmente se puedan afectar los bienes protegidos por el precepto si alguien ejerce su derecho de buena fe; de manera que el párrafo final del art. 14 deviene en gran medida redundante cuando se lo correlaciona con el art. 10. Ahora bien, imaginemos un supuesto de laboratorio donde el titular de un derecho subjetivo lo ejerce de buena fe y sin desviarlo de su finalidad, pero, aun así, termina violando el medio ambiente o algún derecho de incidencia colectiva. ¿Podría tal caso llegar a darse? Es obvio que no ya que, en realidad, el art. 14 no regula un caso de abuso del derecho sino, lisa y llanamente, una prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos. Y, al ser una prohibición general, no puede dar lugar a un abuso dado que, como ya lo hemos señalado, éste se da cuando no hay límites legales definidos y aparece la posibilidad de causar daños no previstos por el ordenamiento. Aquí la prohibición existe y es categórica, de manera que el art. 14 no se vincula tanto con el abuso del derecho como con la llamada "colisión de derechos".

3 | Consideraciones Finales

En la obra que dedicáramos íntegramente al tema, y luego de considerar todos los proyectos de reforma que sobre la materia había en la Argentina, expresábamos que "no es irrazonable suponer que el día que finalmente se reforme la cláusula de abuso del derecho el enfoque a ser adoptado

(67) LORENZETTI, RICARDO, "Nuevas fronteras del abuso de derecho", en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-593, p. 4 (edición electrónica).

(68) TOBIAS, JOSÉ y GOLDENBERG, ISIDORO, "Abuso de posición dominante", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1002, p. 8 (edición electrónica).

será más bien tímido en relación a lo que se podría hacer para darle al instituto más coherencia y precisiones. Como sea, al menos éste contará con algunas disposiciones básicas destinadas a regular sus efectos y darle autonomía en tanto ese ilícito particular que es"⁽⁶⁹⁾. A la luz de lo que se ha venido analizando hasta aquí y de sancionarse el Proyecto, nuestra predicción habrá sido casi certera. Decimos "casi" porque, pese al intento (a nuestro modo de ver, infructuoso) de aportar más precisiones al criterio de la desviación de la finalidad, no podemos evitar que nos embargue la sensación de que la idea real del Proyecto ha sido dejar al abuso del derecho envuelto en cierto velo de ambigüedad y, esto, por considerarse que estamos frente a una cuestión respecto de la cual resulta imposible dar precisiones, de manera que debe ser dejada a las intuiciones de los jueces. Esta postura era muy frecuente a comienzos del siglo XX cuando recién comenzaba a codificarse el instituto y las teorías tendientes a su calificación no se encontraban correctamente desarrolladas, pero hoy día no existen motivos para sostenerla. Con todo, la Exposición de Motivos alude al instituto considerando que "las cláusulas generales, por su propia morfología, se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial. Esta circunstancia aconseja conservar la redacción de las mismas, en tanto y en cuanto no existan motivos justificados como para alterar su formulación". La idea parece sostener que es la jurisprudencia la que fijará los casos que se considerarán abuso de derecho y no las precisiones que aporte la cláusula prohibitiva desde el interior del propio sistema. De ser nuestra intuición correcta, el art. 10 del Proyecto deviene en gran medida en letra muerta y bien puede darse que se disponga la existencia de abusos de derechos cuando sea indudable que no proceden o que los jueces se nieguen a aplicar el instituto pese a haber una conducta disfuncional. Y esto no es una mera conjetura, dado que una revisión de la jurisprudencia actual demuestra casos en uno y otro sentido.

¿Puede dejarse la cuestión del abuso del derecho librada al puro arbitrio judicial? A nuestro modo de ver, quienes sostienen esto confunden el "ser" con el "deber ser", no reconociendo, o no queriendo reconocer, que los jueces son personas y como los hay buenos, también los hay malos. Es más, si la tesis de la "perfección de la magistratura" fuera llevada a su extremo, ni siquiera harían falta leyes positivas o, mejor dicho, bastaría una

(69) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 274.

sola conteniendo un único precepto que dispusiera que el Derecho pasa a ser lo que los jueces dicen que es. Se podrá decir que nuestro ejemplo es extremista; sin embargo, aplicado al tema que nos ocupa, no creemos que lo sea: si la disparidad de criterios se da nada menos que respecto de la procedencia o no del ejercicio de prerrogativas legales, bien podemos hablar de un único Derecho codificado que, en la práctica, termina convirtiéndose en “varios” según los jueces consideren que hay que aplicarlo o no en base a las ideas de cada uno. En resumidas cuentas, allí donde una facultad legal subjetiva “funcionará”, en otros casos idénticos no lo hará, atomizando el sistema. Todo ello, al tiempo que “se corre el riesgo de destecnificar las instituciones, ante la comodidad que supone prescindir de toda construcción dogmática y escapar hacia la noción de abuso del derecho cada vez que el juez, el práctico o el estudioso no puedan, no sepan o no quieran argumentar con el esfuerzo debido”⁽⁷⁰⁾.

Aun con todas esas reservas, ¿puede valorarse la reforma que hace el Proyecto en materia de abuso del derecho como positiva? Eso, sin duda y entre los puntos a valorar tenemos la nueva ubicación, la consagración de la buena fe como criterio básico de detección (quizás, lo que vaya a darle verdadera vida operativa a la cláusula), la mención a la “situación abusiva” y la alusión a las consecuencias jurídicas de las que es pasible la conducta abusiva. En contrapartida, el mantenimiento de la “moral y buenas costumbres”, la reformulación de la finalidad de la norma y la falta de mayores precisiones sobre la “situación abusiva” pueden colocarse en el “debe”. Al mismo tiempo, también podrían haberse regulado otras cuestiones (como, por ejemplo, la procedencia de oficio del instituto o la existencia o no de esa categoría que se ha dado en llamar “derechos incausados”) que habrían contribuido a delinearlos mejor con vistas a una aplicación más precisa. Como sea, es evidente que ninguna reforma del Código Civil, por muy buena que sea, puede contentar a todos en todo. Son demasiados los temas involucrados para que esto pueda ocurrir. Teniendo esto presente, no dejaría ser positivo que, a diferencia de lo ocurrido en ocasiones anteriores, las opiniones personales sean dejadas de lado y lo que ahora es un Proyecto se transforme en ley. Es más, sospechamos que detrás de todos los fracasos previos existe otra visión que también tendría que ser superada: aquella que afirma que, una vez dictado, el Código Civil debe

(70) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, op. cit., p. 118.

convertirse en un monumento pétreo que sólo debe tocarse en ocasiones especiales. De hecho, ése es el legado que nos han dado las generaciones anteriores respecto del Código de Vélez Sarsfield y no ha sido positiva ya que ha contribuido al convencimiento por parte de la doctrina y de la judicatura de que la ley debe ser dejada de lado cuando se estime conveniente. Una tesis que ha jugado su rol en el desarrollo de la anomia general que hace décadas sufre nuestro país⁽⁷¹⁾ y que contrasta con el pragmatismo y sentido común que imperaba al sancionarse el Código. En efecto, el art. 2 de la ley 340 disponía que “La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nación darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, la aplicación del código, así como de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso”⁽⁷²⁾. Algo que, hoy día, con la tecnología informática existente, es perfectamente realizable y no puede haber excusas para no concretarlo. Pese a nuestras objeciones, esperamos tanto que el actual Proyecto sea aprobado y valorado como lo que es: el sistema de Derecho positivo básico para organizar las relaciones

.....

(71) Aquí se podrá decir que la adaptación de la Ley positiva a las circunstancias cambiantes de la sociedad es indispensable para hacer prevalecer la justicia y que la Argentina no es el único país que practica “interpretaciones creativas”. Dos cosas se le pueden replicar a esto. En primer lugar, que la justicia es una cuestión opinable y, así, lo que resulta “justo” para uno, no lo es para otro. Incluso dentro de un mismo Estado los valores son diversos; de allí, que en democracia tengamos que referirnos, más bien, a “valores de consenso” y, guste o no, quien plasma ese consenso es el Poder Legislativo, en tanto órgano que, con sus muchas limitaciones, sigue siendo el de mayor representación política de todos los estamentos de la sociedad. Por otra parte, la Argentina tampoco cuenta con un sistema donde los jueces queden vinculados por un precedente obligatorio como en el *Common Law*, tampoco con Tribunales de Casación que unifiquen de manera general los criterios del apartamiento de la Ley positiva, ni con un Tribunal Constitucional que, ajeno al Poder Judicial, declare sin más las inconstitucionalidad de normas contrarias a la Carta Magna. Por todo esto, en nuestro país la “aplicación creativa de la ley” ha llevado a la virtual atomización del sistema y a que los justiciables no sepan, en definitiva, dónde están parados.

(72) En la misma línea, puede mencionarse el caso del Código Civil uruguayo de 1968, cuyo art. 14 expresa que “La Suprema Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes”. Por otro lado, algo similar sucede con uno de los códigos más relevantes y modernos de la actualidad: el holandés. En efecto, pese a venirse desarrollando hace más de medio siglo en un proceso de aprobación progresiva de sus Libros que todavía sigue adelante; esto no ha obstado que haya sido enmendado en varias ocasiones conforme el dictado de nuevas Directivas de la Unión Europea importara la necesidad de modificar sus contenidos. Ello, en un esfuerzo por mantener todo dentro del Código y en contra del proceso de decodificación que predominaba hace dos décadas.

personales entre los ciudadanos de un país y, como tal, susceptible de ir siendo mejorado según los desarrollos de la doctrina especializada y las propias necesidades de la sociedad.

Bibliografía

- AGUIAR, HENOCH, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Buenos Aires, TEA, 1950, tomo II, vol. 1.
- ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, 1970.
- ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “El abuso de derecho. Estudio de Derecho Comparado”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-B-1101.
- ANDORNO, LUÍS, “Abuso del derecho”, en *Zeus*, Rosario, D-21, 1979, tomo 16.
- BARROS, ENRIQUE, “Lo público y lo privado en el Derecho”, en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, nro 81, Centro de Estudios Públicos, 2001.
- BIBLIONI, JUAN A., *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Buenos Aires, Kraft, 1939, tomo I.
- BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código civil. Abuso del derecho”, en *ED* 29, p. 723.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.
- BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., *Manual de Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979.
- CALVO SOTELO, JOSÉ, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suarez, 1917.
- CARRANZA, JORGE A., “Abuso del derecho”, en *JA* 1969-3.
- CASTIGLIONE, JOSÉ F.L., “El abuso del derecho”, en *JA* 15, p. 45 (sección doctrina).
- CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO, *Tratado de Direito privado*, 4ta Edición, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1998, tomo 53.
- CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 8va edição, Sao Paulo, Editora Atlas, 2008.
- CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Ed. Platense, 1976, tomo IV.
- DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, XI edição (revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford DIAS), Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CONDORELLI, EPIFANIO, *El abuso del derecho*, La Plata, LEP, 1971.
- DIEZ PICASO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero. Introducción teoría del contrato*, 5ta. edición, Madrid, Ed. Civitas, 1996.
- FLEITAS, ABEL, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1944.
- GANC, DIANA B., “Calificación y sanción de la conducta abusiva”, en *JA* 2001-I-966.

- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Blasco Gasco, Francisco de P. y Prats Albentosa, Lorenzo (trads.), Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR H., “Abuso del derecho y derecho subjetivo”, en *ED*, n° 118, p. 949.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Córdoba, julio-agosto, p. 353, 1942.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Artículo 1071”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Ira reimpresión, Bs. As., Astrea.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- LAQUIS, MANUEL, “Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión, Abuso del derecho, Imprevisión)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-D-914.
- LEÓN, PEDRO, “Voz, abuso del derecho” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Alcala S.A., 1954, tomo I-A.
- LEÓN, PEDRO, “La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVIII, N° 5 y 6.
- LEOFANTI, MARÍA A., *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo, 1945.
- LEOFANTI, MARÍA A., “Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, n° 12-13.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 19 edición (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, tomo II.
- LLAMBÍAS, JORGE J., “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, en *JA*, 1969.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la nación argentina*, Universidad de Tucumán, 1968.
- LLAMBÍAS, JORGE J. y RAFFO BENEGAS, PATRICIO, Jorge J. Llambías (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- LORENZETTI, RICARDO, “Nuevas fronteras del abuso de derecho”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-593.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS, *Derecho Civil. Obligaciones*, Luís Andorno (trad.), Buenos Aires, Zavalía Ed., 2006, tomo II.
- MEGÍAS, JOSÉ J., “El subjetivismo jurídico y el Derecho romano en los textos romanos”, en *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUÍS, *El abuso del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ver texto en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>

- MOLINA, JUAN C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Artículo 1071” (comentario), en Bueres, Alberto J. (dir.), Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, tomo 3 A.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Nro 16, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- ORTIZ Y BUSTOS, BELISARIO M., “Acerca del abuso del derecho”, en *Prudentia Iuris* IX, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Abril, p. 47, 1983.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, La Habana, Cultural S.A., 1946, 6to tomo.
- PRATES, TITO, *Abuso de Derecho*, en *JA* tomo 50-1 (sección doctrina).
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo III.
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Astrea, 2000.
- ROCCA, IVAL, “Abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley* 104, p. 977.
- SALVAT, RAYMUNDO M., “Teoría del abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley*, tomo, 6, p. 51 (sección doctrina).
- SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2006.
- SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I, Vol. 2.
- TIERNEY, BRIAN, “The idea of natural rights-origins and persistence”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, volume 2, spring, Northwestern University School of Law, 2004.
- TOBIÁS, JOSÉ y GOLDENBERG, ISIDORO, “Abuso de posición dominante”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1002.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.
- VENINI, JUAN C., “El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces”, en *JA*, 1980-3.
- VIGO, RODOLFO L., “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- VILLEY, MICHEL, “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- WARAT, LUIS A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 4.

Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Comentario de una supresión

por **MARÍA JOSÉ AZAR**⁽¹⁾

La Comisión especial encargada de la redacción de un Anteproyecto de ley de actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación⁽²⁾, encabezada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco, una vez cumplida su labor, remitió el mismo al Poder Ejecutivo nacional, para la constitución del Proyecto de ley que fuera remitido al Senado, y aprobado por dicha Cámara el 4 de julio.

Entre los motivos que guiaron la constitución de aquella Comisión, se destacan las “relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas (...) así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. Asimismo, que las mismas se han puesto de relieve con la reforma Constitucional del año

.....
(1) Doctora en Derecho. Universidades Paris I Panthéon-Sorbonne y Universidad de Buenos Aires.

(2) En adelante, el “Proyecto”.

1994 y la consiguiente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos⁽³⁾”.

Entre aquellas transformaciones operadas a nivel de la cultura jurídica argentina, el activismo judicial, provocado en particular por las asociaciones civiles, ocupa un rol preponderante⁽⁴⁾ en la construcción de una democracia participativa⁽⁵⁾. En efecto, si en los años ochenta se contaba con un puñado de sentencias colectivas, iniciadas generalmente por ciertos particulares y ciertas organizaciones gubernamentales, en los noventa el agente pasó a manos de organizaciones no gubernamentales. Desde entonces, se cuentan por cientos las causas donde se defienden intereses colectivos, en particular en materia del consumo y del ambiente, de la protección del patrimonio originario de pueblos aborígenes, entre otros temas de relevancia pública.

Acompañando tal movimiento, la actividad jurisdiccional ha operado una interpretación extensiva de la escasa normativa existente —la Constitución, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y la Ley General del Ambiente— destinada a permitir la protección de intereses globales, de sectores sociales comprometidos, otrora descuidados. Se contribuye así a la creación de un sistema especial para el trámite de los procesos colectivos, respecto de los cuales el modelo clásico vigente ha demostrado sus insuficiencias⁽⁶⁾.

Nos proponemos analizar las consecuencias probables de las normas proyectadas para un Código Civil y Comercial “amputado” en el área de los

(3) Véanse los Fundamentos del Decreto N° 191/2011.

(4) En este sentido, LORENZETTI identifica una “demanda social acumulada”, que se encamina hacia los tribunales y una fortaleza del poder judicial suficiente como para dar una solución adecuada frente a la falta de respuesta de otros poderes. LORENZETTI R., *Justicia colectiva*, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 237. Sobre la distinción entre activismo bueno y malo, puede verse MANILI P., *Tratado de derecho procesal constitucional*, La Ley, 2010, T. I, p. 330. Sobre los motivos que influyen en el activismo judicial, BERIZONCE R., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. El derecho procesal en vísperas del bicentenario”, *Revista de Derecho Procesal*, n° extraordinario, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 169.

(5) Sobre el amparo colectivo como una forma de construir la democracia participativa, puede verse SABSAY D., “El amparo como garantía de los derechos procesales”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, n°5, p. 41.

(6) GOZÁINI O., “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004 F, p. 387.

derechos de incidencia colectiva, en comparación con las del Anteproyecto, confrontadas a la actualidad jurisprudencial y doctrinaria pero, sobre todo, a la Carta Magna argentina. Para cumplir tal objetivo, parece necesario recordar brevemente los antecedentes nacionales en la materia (I), lo que significa un estado de situación de nuestro derecho positivo y la jurisprudencia (II), el estado parlamentario de nuestro derecho prospectivo, lo que significa un muestreo de los proyectos de ley existentes relativos a las acciones en defensa de los derechos colectivos (III) para comprender el alcance de la legislación de fondo que se pretende discutir en el poder legislativo, lo que implica una comparación de las disposiciones propuestas por la Comisión de Juristas con la versión presentada por el Poder Ejecutivo al legislador (IV).

I | Breve historial de los derechos de incidencia colectiva en nuestro país

La evolución mencionada, cuyo primer hito histórico se encuentra en la consagración de los derechos de incidencia colectiva, en el art. 43 CN, había comenzado una década atrás con el dictado de las primeras sentencias sobre la cuestión. Entre éstas, cabe recordar las causas *Kattan*⁽⁷⁾, *Ekmedjan*⁽⁸⁾ y *Cartañá*⁽⁹⁾ que constituyeron los pilares sobre los cuales se asienta la jurisprudencia relativa a la defensa colectiva. Naturalmente, entre las principales cuestiones planteadas se ubica la delimitación de la noción de “intereses difusos”, así como su naturaleza jurídica.

En este sentido, se elaboraron distintas teorías que los ubicaban en alguna de las categorías de la trilogía del derecho administrativo que distinguía entre los derechos subjetivos, los intereses legítimos y los intereses simples⁽¹⁰⁾.

(7) J.N.C-A.F. n°2, “Kattan, A. E. y otro vs Gobierno nacional - Poder Ejecutivo Tribunal”, 22/03/1983, en *Revista Jurídica La Ley*, 1983 D, p. 568.

(8) CSJN “Ekmedjian, Miguel A. vs Sofovich, Gerardo y otros”, 7/07/1992 en *Revista Jurídica La Ley*, 1992 C, p. 543.

(9) CSJN, “Cartañá, Antonio E. H. y otro vs Municipalidad de Buenos Aires”, 7/07/1993, en *Revista Jurídica La Ley*, 1994 A, p. 34.

(10) AZAR MARÍA J. “Las acciones colectivas en el derecho del consumo. Estudios de derecho francés y argentino a la luz del derecho comparado”, tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires y Paris I Panthéon-Sorbonne (cotutela), versión en francés a ser publicada por

Sin embargo, cabe señalar que dicha distinción, proveniente del derecho italiano, donde existe una duplicidad de jurisdicción, judicial y administrativa⁽¹¹⁾ y que reservaba la defensa de los derechos subjetivos a la primera y de los intereses legítimos a la segunda, perdió rigor con la admisión del administrado en la esfera judicial. Pero, por sobre todas las cosas, ella no se justifica en países que desconocen la jurisdicción dual, como es el caso de la Argentina⁽¹²⁾.

La doctrina procesalista, por su parte, se venía ocupando del tema desde los años setenta. Debe reconocerse a los procesalistas argentinos el mérito de haber trabajado sobre los intereses difusos o colectivos⁽¹³⁾. No es menor el trabajo de civilistas, constitucionalistas y administrativistas en torno a cuestiones como el daño colectivo⁽¹⁴⁾ y la responsabilidad colectiva o la ubicación de los intereses difusos en la clasificación tripartita de los derechos⁽¹⁵⁾. Ello demuestra la preocupación por el tema desde distintas áreas del Derecho, lo cual es razonable pues, los derechos colectivos en general, son eminentemente transversales a aquellas discipli-

.....

Dalloz, París, abril 2013, n°296. La versión en español puede consultarse en la Biblioteca de la Universidad de Buenos Aires. Adde: GIANNINI, L., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 29 a 39; VERBIC, F. *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 113; SALGADO, J. *Tutela individual homogénea*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 36 a 40.

(11) GORDILLO A., *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 6e éd., 2003, T. II, p. 29.

(12) Ver MAIRAL H., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, 1984, T. I, p. 107 y s.; Azar, M. J., op. cit.

(13) Entre los trabajos argentinos, pueden considerarse señeros en la materia, por ejemplo, entre los más antiguos: MORELLO A., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal" *JA* 1978 T. III, p. 321; *Revista Jurídica la Ley*, 1979 T. A, p. 225; MORELLO A., HITTERS J. C. y BERIZONCE R., "La defensa de los intereses difusos, ponencia nacional argentina al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal", *JA*, 1982-IV-700; MORELLO A., "Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)", en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y s.; MORELLO A. y STIGLITZ G., "Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos", *JA*, 1985-IV, 651; Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y s.; "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", *Revista Jurídica la Ley*, 1987 D, 364; "Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo," *DJ* 1991 2, 471.

(14) Las citas a la bibliografía pueden verse en AZAR M. J., op. cit. "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", en *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

(15) Mismo si la clasificación es en sí misma es cuestionable. V. nuestra tesis, n° 300.

nas. Lo dicho es particularmente cierto en las áreas que conciernen los derechos de tercera generación, como el consumo, el medioambiente, la discriminación sexual, racial, laboral, entre otras tantas ramas en las cuales la perspectiva colectiva resulta novedosa para el derecho sustancial y adjetivo.

Con la reforma constitucional de 1994, se abrió un nuevo espectro al otorgárseles la jerarquía de nuevos derechos y garantías así como una herramienta procesal propia, el *amparo colectivo*⁽¹⁶⁾.

La utilización de la voz "derechos de incidencia colectiva", introducida por primera vez por la última reforma constitucional, como ya hemos tenido oportunidad de expresarlo⁽¹⁷⁾, constituye una fórmula original, desapegada de las más conocidas hasta entonces "derechos o intereses colectivos y difusos" e incluso de la terminología brasileña que agrega la categoría de "derechos pluriindividuales homogéneos", para distinguirlos de aquellos, a los que define como "supraindividuales".

Tanto el problema de falta de armonización terminológica como la carencia de homogeneidad en el tratamiento de dichos intereses provocaron un agudo interés de la doctrina, que ha consagrado numerosos estudios, jornadas y congresos al tema buscando establecer bases sólidas sobre las cuales pueda evolucionar la materia.

Desde entonces, el giro temático se direcciona hacia la delimitación del alcance de la noción derechos de incidencia colectiva, cabe asignárseles *ipso facto* los desarrollos sobre los intereses difusos. Se trataba de una nueva categoría de derechos comprensiva de aquellos y otras situaciones. En tal caso, cuáles.

Estas y otras cuestiones provocaron mucha tinta y puede decirse, básicamente, que mientras un sector los consideraba restringidos a los intereses

(16) Pero debe recordarse que, con anterioridad, las provincias habían iniciado un movimiento a favor de la protección de los intereses difusos. En tal sentido, Constituciones y leyes locales ya habían dado preeminencia a los intereses plurales, a los que atribuyeron diferentes *nomen juris*; intereses —o derechos— difusos, colectivos, plurales. AZAR M. J., tesis precitada, n° 11.

(17) AZAR M. J., "Los daños masivos en la jurisprudencia argentina", in *Defensa del consumidor*, LORENZETTI R. y SCHÖTZ G. (Dir.), Abaco, nov. 2003, p. 250 y s.; *Id.* "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

difusos o indivisibles —posición en la cual nos enrolamos en 2003⁽¹⁸⁾—, otro los consideraban abarcativos de otros derechos, divisibles y homogéneos —posición a la que adherimos desde el 2005, como lo explicamos en otro trabajo⁽¹⁹⁾—. En esta época, se afianzó el criterio distintivo entre los intereses difusos y otros a los que se llamó, a veces, intereses colectivos siguiendo la doctrina española, y otras veces derechos individuales homogéneos, siguiendo la doctrina brasileña. Es decir que la divisibilidad de los derechos pasó a ser el elemento diferenciador de los intereses difusos respecto de los otros derechos también colectivos a los que se denominaría derechos individuales homogéneos, siguiendo la doctrina y la legislación brasileña⁽²⁰⁾. Se abandonó así todo otro criterio conocido hasta entonces, como la determinación de los miembros del grupo o la mayor o menor organización del agente legitimado para actuar en defensa de derechos difusos y colectivos⁽²¹⁾. Ello, en particular, gracias a los esfuerzos llevados adelante a nivel nacional e internacional, en particular iberoamericano, pues en la actualidad contamos con un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, diseñado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que constituye una alternativa válida de concierto en un marco internacional o comunitario.

La jurisprudencia, incluso aquella de la CSJN, estuvo dividida acerca de esta cuestión⁽²²⁾: para la posición amplia, los derechos de incidencia colectiva son un género comprensivo de los derechos divisibles e indivisibles mientras que para la posición restringida, los derechos de incidencia colectiva se limitan a estos últimos. Por su parte, el voto de

.....

(18) AZAR M. J., "Los daños masivos en la jurisprudencia argentina", en *Defensa del consumidor*, LORENZETTI R. y SCHÖTZ G. (Dir.), Abaco, nov. 2003, p. 250 y s.

(19) AZAR M. J., "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

(20) Oteiza estima que "La noción de divisibilidad presenta dificultades y en ciertos casos, tales como en el reclamo por daño ambiental, puede haber reclamos divisibles por los distintos daños causador pero prevalecer la afectación al colectivo". OTEIZA E., "El reciente proyecto de reforma del Código civil y los derechos de incidencia colectiva", *Revista de derecho procesal*, 2012, n° extraordinario, pp. 503 a 512.

(21) Sobre los distintos criterios conocidos en el derecho comparado y la doctrina, puede verse nuestra tesis de doctorado, precitada, n° 27 y s.

(22) Sobre las distintas posiciones de los miembros de la CSJN, puede verse GIANNINI L., *La tutela de derechos individuales homogéneos*, cit. p. 292 y s. AZAR M. J., op. cit.

un ministro de la CSJN había esbozado una posición intermedia consistente en considerar como derechos de incidencia colectiva no solamente aquellos indivisibles sino también aquellos divisibles y postergados socialmente como el consumo y el medioambiente⁽²³⁾. Ahora bien, en febrero del 2009, con el fallo *Halabi*⁽²⁴⁾, esta posición fue absorbida por la nueva mayoría que en esta causa adhiere a la postura que reconoce a los derechos de incidencia colectiva como indivisibles y divisibles no patrimoniales, no siendo clara —para algunos— la cuestión de saber si los derechos divisibles y patrimoniales merecen la protección constitucional del artículo 43 CN.

Por entonces, antes del dictado del fallo *Halabi*, los tribunales inferiores habían dictado incontables sentencias en la materia, a veces contradictorias entre sí. La CSJN, con tono especialmente pedagógico, se refirió a la cuestión colectiva. La relativa sencillez de lenguaje utilizado y la adopción de una escrupulosa metodología contrastaron con la complejidad de las causas que llegaron a su seno. Ello es especialmente notorio en las causas "*Matanza-Riachuelo*⁽²⁵⁾", "*Monner Sans*⁽²⁶⁾", "*Hospital Materno infantil de Salta*⁽²⁷⁾", "*Asociación civil Mujeres por la vida*⁽²⁸⁾", "*Defensor del pueblo*⁽²⁹⁾" y "*Superficiarios de la Patagonia*⁽³⁰⁾", entre otras.

Resulta de ello una línea directiva que permitirá fundar las bases de una teoría jurisprudencial al respecto. Así, en el primer fallo de la causa Ma-

(23) Sobre la interpretación del voto del ministro Maqueda, *ídem* nota anterior.

(24) CSJN, "*Halabi, Ernesto vs P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04*" 24/02/2009.

(25) CSJN, "*Mendoza, Beatriz y otros vs Estado Nacional y otros*", 20/06/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2006 D, p. 88.

(26) CSJN, "*Monner Sans, Ricardo vs Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986*", 26/09/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2007 A, p. 553.

(27) CSJN, "*Ministerio de Salud y/o Gobernación*", 31/10/2006.

(28) CSJN, "*Mujeres por la Vida, Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— vs Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*", 31/10/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2006 F, p. 464.

(29) CSJN, "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986*", 31/10/2006.

(30) CSJN, "*Asociación de Superficiarios de la Patagonia vs Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros*", 29/08/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2006 F, p. 630, nota de P. Zambrano.

tanza-Riachuelo, también conocido por el nombre de una de las demandantes, *Mendoza*⁽³¹⁾, como en la causa Hospital de Salta, se efectúa una delimitación de las pretensiones procesales esgrimidas con el objeto de determinar con precisión cuáles de ellas podían ser objeto de jurisdicción originaria de la CSJN. A partir de entonces, se produjeron interesantes desarrollos acerca de la noción de caso colectivo y su nuevo perfil con relación a la tradicional doctrina del caso judicial⁽³²⁾. Más tarde, en el fallo sobre el fondo de la cuestión, la CSJN condenó al Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr la recomposición del ambiente dañado⁽³³⁾. En esta causa, el desafío frente a los más de cinco millones de afectados y más de sesenta demandados sería el de la obtención de un fallo ejecutable, para no repetir la experiencia de la causa *Verbitsky*⁽³⁴⁾, *habeas corpus* referido a todos los inculpados y detenidos en Comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Entretanto, se reformó la Ley de defensa del consumidor lo que echaría luz sobre las categorías de derechos de incidencia colectiva pues, adoptando la misma expresión constitucional y los mismos legitimados activos⁽³⁵⁾, en el párrafo referido a las disposiciones que el juez debe adoptar en su sentencia, dejaría clara la procedencia de las acciones colectivas con relación a los derechos divisibles patrimoniales (art. 54 LDC). Asimismo, la LDC consagraría la autoridad de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, un derecho de *opt-out* para los miembros del grupo frente a un acuerdo colectivo o antes de la sentencia colectiva, en la oportunidad que el juez indique.

Un año más tarde, la CSJN denuncia la mora del legislador, en la causa Halabi, toma las riendas frente a la falta de legislación y adopta disposicio-

(31) CSJN, "Mendoza, Beatriz y otros vs Estado Nacional y otros", 20/06/2006, en *Revista Jurídica La Ley*, 2006 D, p. 88.

(32) Sobre la cuestión, SALGADO J., "La Corte y la construcción del caso colectivo", *Revista Jurídica La Ley*, 2007 D, p. 787.

(33) CSJN "Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs Estado Nacional y otros.", 23/07/2008, *Revista Jurídica La Ley*, 10/09/2008.

(34) CSJN "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" 3/05/2005..

(35) Agregando a la Autoridad de Aplicación y un rol especial al Ministerio Público (arts. 52 a 55 LDC, según ley 26.361).

nes relacionadas con la causa y otras *obiter dictum*. Entre las primeras, se dejó claramente establecido que los derechos divisibles forman parte de los derechos de incidencia colectiva, conformándose para ello una nueva mayoría entre los miembros de la CSJN; se decide otorgar efecto *erga omnes* a la sentencia, para lo cual se apoyará en la base *ius* fundamental de los derechos de incidencia colectiva. Entre estas últimas, se adoptan lo que el fallo llama *pautas adjetivas mínimas que rigen la materia*⁽³⁶⁾, que la Corte reconoce como “indispensables”:

“(...) con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar (...)”.

Entre éstas, se dispone que:

“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”(...).

.....

(36) Considerando n° 20.

Como lo expresa el propio fallo, las fuentes de inspiración de tal construcción son diversas aunque, para la determinación de tales condiciones, parece haberse seguido esencialmente la Regla 23 de *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante FRCP) y la jurisprudencia norteamericana sobre *class actions* en lo que se refiere a la representatividad adecuada, la comunidad de elementos de hecho y de derecho (bien que en aquel régimen del *common law* se exige la comunidad fáctica o jurídica), las reglas de notificación y la precisa identificación del grupo.

Entonces, puede advertirse que el recorrido de los derechos de incidencia colectiva, no obstante ciertos accidentes, sobre todo relativos al alcance de la noción “derechos de incidencia colectiva” y al reconocimiento de la legitimación activa de las personas enumeradas por el art. 43 CN, avanza a paso seguro en el campo del ejercicio profesional y jurisprudencial.

2 | El curso legislativo posterior a la Reforma Constitucional: proyectos de ley sobre “acciones de clase”

Desde 1994, e incluso con anterioridad, se han sucedido proyectos de ley referidos a las acciones colectivas. Pero se observa un resurgimiento de la cuestión a partir de aquella suerte de “intimación” de la CSJN en la causa Halabi, donde el máximo tribunal no sólo responsabilizó al poder legislativo del vacío existente en el derecho positivo, sino que avanzó sobre los aspectos mínimos que la futura legislación debería considerar.

A partir de dicho momento, ha aumentado el número de proyectos de ley como consecuencia de la reglamentación del art. 43 o, específicamente, sobre las acciones de clase. La mayoría tiene su origen en el Senado, otros en Diputados y existen asimismo algunas proposiciones de iniciativa “privada” como la de la Asociación de Bancos Argentinos y se conoce que un texto se debate en el seno de la Academia de Derecho.

Conviene detallar los sesgos característicos de los proyectos vigentes en el presente, antes de concentrarnos en el análisis de las normas del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Al menos doce proyectos se han presentado en estos últimos años: cuatro en el 2009⁽³⁷⁾, dos en el 2010⁽³⁸⁾ y seis en 2011⁽³⁹⁾. Entre estos últimos, dos reproducen otros del 2009 que habían perdido estado parlamentario. La mayoría de ellos se asemejan en sus líneas generales con matices diferentes que subyaremos a continuación.

Mientras que un proyecto propone reformar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y adoptan la denominación "acción colectiva"⁽⁴⁰⁾, los otros proponen reglamentar los arts. 41 a 43 CN en una ley especial y la denominan "acción de clase".

En cuanto a los tipos de derechos colectivos en juego, el el *nomen iuris* que estos últimos han recibido y el objeto de protección pueden resumirse en tres escenarios: el primero trata de la protección de derechos de incidencia colectiva y de intereses individuales homogéneos afectados por una causa común⁽⁴¹⁾, como si se tratara de dos especies diferentes, los últimos referidos a derechos divisibles y los primeros a los indivisibles. En el segundo, la protección de los derechos de incidencia colectiva se refiere tanto a derechos divisibles e indivisibles⁽⁴²⁾. En el tercero y último, la protección de los derechos de incidencia colectiva se refiere a intereses individuales homogéneos que afectan derechos enteramente divisibles⁽⁴³⁾, y por lo tanto con una visión restrictiva que excluye los derechos indivisibles o difusos.

La legitimación activa también es diferente según los proyectos: a veces, sólo cuentan con ella las personas jurídicas⁽⁴⁴⁾; otras, cuentan con ella

.....

(37) Proyectos de ley S1412/2009, S1496/2009, 2199-D-2009 y 4776-D-2009.

(38) S3396/2010 y 5996-D-2010.

(39) S0204/2011 (que reproduce el proyecto S1496/2009 que había perdido estado parlamentario), S0018/2011, S1045/2011 (que reproduce el proyecto S1412/2009), 3094-D-2011, 4033-D-2011 y 4055-D-2011.

(40) Proyecto 4776-D-2009.

(41) Art. 3, proyecto S0204/2011.

(42) Arts. 31 y 36 del proyecto 3094-D-2011.

(43) Art. 1, proyecto S1045/2011 y 4033-D-2011, art. 1 de la propuesta de la ABA.

(44) Proyecto 4776-D-2009.

las personas físicas, las asociaciones y el Defensor del Pueblo⁽⁴⁵⁾ y otros agregan al Ministerio Público⁽⁴⁶⁾. Por otra parte, un proyecto excluye la excepción de previo y especial pronunciamiento por falta de legitimación para actuar, la cual sólo puede oponerse como defensa de fondo⁽⁴⁷⁾.

En lo que se refiere al número de miembros que componen un grupo cuya protección se persigue en justicia, mientras que un proyecto exige un mínimo de treinta⁽⁴⁸⁾, otro exige cincuenta⁽⁴⁹⁾, pero la mayoría no retiene un número fijo, sino que acude a fórmulas generales como "una pluralidad importante⁽⁵⁰⁾" de miembros en número tal que la formación de un *litisconsortium* sea impracticable⁽⁵¹⁾.

Para poner en marcha un proceso, sólo un proyecto conserva la exigencia de una mediación previa obligatoria⁽⁵²⁾, otro no se pronuncia sobre la cuestión⁽⁵³⁾ mientras que todos los demás suprimen esta exigencia.

La estructura del proceso también difiere según los proyectos. Para la admisibilidad de la acción colectiva, ciertos proyectos exigen que la pretensión procesal contenga elementos de hecho y de derecho comunes⁽⁵⁴⁾, mientras que otros exigen elementos fácticos o legales comunes⁽⁵⁵⁾. La condición conocida como *numerosity*, en virtud de la cual se exige un número tan importante de personas que la constitución de un *litisconsortium* sea impracticable, se retoma del derecho americano en varios proyectos⁽⁵⁶⁾.

.....
(45) Proyecto 5996-D-2010.

(46) Proyecto S1045/2011.

(47) Art. 35, proyecto S0204/2011.

(48) Proyecto 5996-D-2010.

(49) Proposición de la ABA, Asociación de Bancos de Argentina.

(50) Art. 2 proyecto 4033-D-2011.

(51) Art.1(1) proyecto 4055-D-2011.

(52) D5996-D-2010.

(53) D4776-D-2010, D2199-D-2009.

(54) D5996-D-2010.

(55) D4776-D-2010; 4055-D-2011.

.....
(56) S0018/2011, S1045/2011.

Una condición que, a pesar de su gran importancia brilla por su ausencia en varios proyectos, es la de la representatividad adecuada del demandante. Sin embargo, se trata de un elemento clave del comienzo del proceso; en efecto, ella permitirá garantizar una defensa adecuada y así justificar la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los miembros ausentes del grupo, en otros términos, el sistema que permite que la cosa juzgada alcance a todos los integrantes, incluso aquellos que no han intervenido en el marco del proceso colectivo.

Otros proyectos, de nuevo inspirados del régimen de las *class actions*, exigen entre las condiciones de admisibilidad que la representatividad sea adecuada⁽⁵⁷⁾ (o que los representantes protejan de manera justa y adecuada los intereses de la clase⁽⁵⁸⁾) y exigen el control de la manutención de esta condición durante todo el curso del proceso⁽⁵⁹⁾ mientras que otros proyectos permanecen mudos sobre la cuestión.

De manera sorprendente, un proyecto considera que el representante adecuado es el que detiene el número más alto de mandatos de los clientes⁽⁶⁰⁾. Ello constituye una peligrosa confusión de las calidades de representante *ad causam* y *ad litem*⁽⁶¹⁾ lo que puede conllevar, además, una lucha entre los profesionales del derecho para atraer mandatos. Al respecto, en uno de los proyectos, la elección del representante definitivo⁽⁶²⁾ se hace durante el desarrollo de la *Junta*⁽⁶³⁾ o bien durante una audiencia *ad hoc*⁽⁶⁴⁾.

.....

(57) Art. 3(d) proyecto 4033-D-2011.

(58) Art. 1(4) proyecto 4055-D-2011. Este proyecto prevé la posibilidad de los miembros de señalar que la representación no es adecuada y de presentar sus pretensiones o defensas así como de toda forma de participación en el proceso (art. 9).

(59) Art. 15 proyecto 4033-D-2011.

(60) S1045/2011.

(61) La misma confusión se observa en el proyecto que alude a los representantes provisorios y definitivos de la clase, en referencia a los abogados de la actora. Art. 8 *in fine* del proyecto S0018/2011, que exige la calidad de abogado del representante de la clase.

(62) El representante provisorio, en el proyecto, es aquél que introduce la demanda en justicia. En tal sentido, véanse los proyectos S1045/2011, S0204/2011.

(63) Art. 14, proyecto S0204/2011.

(64) S0018/2011.

Como se advierte, algunos proyectos parecen ser una traducción literal de la regla federal 23 sobre las *class actions*⁽⁶⁵⁾ e incluyen una etapa de certificación de la acción siguiendo la modalidad americana⁽⁶⁶⁾. Esta influencia del régimen de las *class actions* se hace sentir fuertemente en los proyectos que exigen el predominio de las cuestiones comunes y la superioridad de la acción de clase para su admisibilidad⁽⁶⁷⁾ o aun en materia de condiciones de manutención de la certificación de una acción de clase⁽⁶⁸⁾. Luego, otros proyectos han concebido un mecanismo de constitución de una *Junta*⁽⁶⁹⁾, siguiendo la modalidad del proceso concursal, donde el representante definitivo de la clase es elegido por votación de los miembros. Dicho proyecto explica en la exposición de motivos que en las causas de consumo, los estadios de fútbol pueden ser el lugar natural de elección del representante. Es fácil advertir que el procedimiento, así concebido, se revela desde múltiples facetas como costoso y complejo.

Si la mayoría de los proyectos prefieren el proceso ordinario para su desarrollo, en el proyecto de reglamentación del amparo colectivo⁽⁷⁰⁾ da preeminencia a este último, salvo cuando las circunstancias sugieren otra solución. Asimismo, en un proyecto, la acción colectiva es objeto de una acción declarativa, conforme el art. 322 CPCCN y propone la inclusión de art. 322 *bis* al mismo⁽⁷¹⁾; se trataría de una acción en declaración de responsabilidad contractual o extracontractual en caso de afrenta masiva y generalizada de derechos individuales homogéneos.

Con relación a la cosa juzgada, en la mayoría de los proyectos, dicha autoridad se produce *erga omnes*, aun si hablando con propiedad se trataría de un efecto *ultra partes*. Así, las sentencias alcanzan tanto a los miembros presentes como a los miembros ausentes del grupo. Ciertas diferencias se hacen notar. Así, para un proyecto, la solución se extiende a

(65) S0018/2011.

(66) D5996-D-2010.

(67) En particular los proyectos 4055-D-2011, 4033-D-2011, S0018/2011.

(68) S0018/2011, S0204/2011 (art. 2).

(69) S0204/2011.

(70) S1045/2011, D2199-D-2009,

(71) D4776-D-2010.

todos los miembros tanto si la decisión es favorable como si es desfavorable (*whether favorable or not* en la terminología de la Regla 23, conocida igualmente como *two-way preclusion*)⁽⁷²⁾, y ello sin excepción. Por el contrario, en todos los demás proyectos, la solución se aplica *erga omnes* con excepción de aquellos miembros que han optado por excluirse del proceso oportunamente (*opt-out*).

Por su parte, en el proyecto de reglamentación del amparo individual y colectivo, el derecho de exclusión se limita a los procesos que versan sobre derechos divisibles⁽⁷³⁾. Por otra parte, un proyecto consagra la solución *ultra partes secundum eventum litis, in utilibus*, es decir, para los casos de sentencias favorables a la demandante; en caso de rechazo de la acción, un nuevo proceso puede ser intentado sobre la base de nuevos hechos⁽⁷⁴⁾.

Para la organización y la gestión de la información relativa a los procesos colectivos, en regla general, los proyectos proponen la creación de un Registro de acciones colectivas. Algunos lo ubican bajo la órbita de del Consejo de la Magistratura⁽⁷⁵⁾, mientras que otros bajo la del Registro de Procesos Universales, dependiente del Poder Judicial de la Nación⁽⁷⁶⁾.

En cuanto a la relación entre las acciones individuales y colectivas, un proyecto propone la suspensión de los procesos individuales a partir de la introducción de la demanda colectiva, sin que la notificación de ésta opere la interrupción de las acciones individuales⁽⁷⁷⁾.

Dichos proyectos merecen ciertas observaciones críticas, que servirán de base a los elementos de análisis del Proyecto de unificación de los Códigos civil y comercial.

.....

(72) Art. 11, proyecto S0018/2011.

(73) Art. 36, proyecto 3094-D-2011.

(74) Art. 18, proyecto S1045/2011. Se excluyen de la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia colectiva a aquellos miembros que hubieran solicitado la suspensión de sus procesos individuales dentro de los 30 días luego de la toma de conocimiento de la existencia de una acción colectiva.

(75) Art. 6, proyecto 4033-D-2011.

(76) Art. 10, proyecto S0204/S/2011, art. 11, proyecto 4055-D-2011, art. 24 de la propuesta de la ABA.

(77) Art. 11, proyecto 4055-D-2011.

Llama la atención que ninguno de los proyectos enumerados ha tenido en cuenta el desarrollo doctrinario de la última década. Si bien enuncian la “abundante jurisprudencia” en la materia, ninguno aborda la problemática judicial para responder con el texto proyectado. Es flagrante que ninguno de los proyectos haya tomado al Código de Procesos Colectivos para Ibero-América como referencia, indispensable en la materia.

Cabe destacar que todos los textos tienen vocación abarcativa de todos los procesos colectivos que puedan presentarse, sin distinción de la materia consumerista, ambiental u otra. Sin embargo, la falta de articulación entre las normas propuestas con aquellas en vigor. Es decir, los proyectos en su mayoría enumeran a quienes tienen legitimación para actuar, como si nada estuviera previsto en las Leyes especiales de defensa del consumidor o del medioambiente, lo que puede generar un conflicto normativo.

Se observa en varios proyectos, como en la propia jurisprudencia, un error frecuente consistente en la identificación de las *class actions* con las acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos. Ahora bien, como dijimos, las acciones de clase, según están reguladas por la Regla 23 FRCP conciernen las dos hipótesis, con previsiones tanto respecto de acciones en materia de *injunctives* (que versan frecuentemente sobre remedios indivisibles, por ejemplo las *civil rights class actions* en materia de discriminación así como también las *limited fund class actions* en materia de fondos limitados de parte del demandado lo que exige un tratamiento equitativo respecto de todos los miembros, independientemente del carácter divisible de sus derechos) y las más conocidas *class actions for damages*, destinadas a obtener una indemnización para cada uno de los miembros de la clase.

A nivel estructural, como lo ha destacado Verbic⁽⁷⁸⁾, existe un problema de indefinición del modelo, pues se adoptan ciertos elementos de *common law* y del *civil law*, cada uno impregnado de una tradición jurídica propia. Así, mientras que el primero se basa en la doctrina del precedente, en el segundo la misma no existe con la fuerza obligatoria del primero. Además, el rol del juez está teñido de un impulso diferente, más dinámico en el sistema continental que en el derecho civil, aunque es en esta área donde el acercamiento entre ambos modelos se hace sentir con mayor fuerza. Por

(78) Jornadas sobre procesos colectivos, Colegios de abogados de La Plata, 22 de mayo de 2012.

último, mientras que en aquél *remedies precede rights*, en el último son los derechos que hacen existir un remedio legal para hacerlos valer.

En consecuencia, como apunta el mismo autor, los proyectos no definen derechos, lo cual sería propio del derecho escrito, ni tampoco las situaciones conflictivas que autorizan el ejercicio de las acciones colectivas, como es el caso de la Regla 23. En efecto, las *class actions* norteamericanas se caracterizan por una especial orientación pragmática, al pertenecer a un sistema donde, a diferencia del *ubi jus, ibi remedium* (donde hay un derecho, habrá un remedio) de los países continentales, pertenecen a un régimen según el cual *ubi remedium, ibi jus*⁽⁷⁹⁾. Es por ello que la clasificación que allí interesa es aquella que distingue las pretensiones procesales, o las peticiones del *named plaintiff* en una acción de clase, según su divisibilidad o indivisibilidad (*divisible* o *indivisible remedies*). De ello dependerá, en especial, el tipo de acción de clase respecto de la cual las partes solicitan la certificación ya que, como se sabe, además de las cuatro condiciones de certificación, llamadas *pre-requisites, numerosity, commonality, typicality, adequacy of representation*, la *class action* debe entrar en algunos de los tres tipos (llamados por cierta doctrina hipótesis de cabimiento)⁽⁸⁰⁾.

(79) Sobre la cuestión y el acercamiento de los sistemas de *common law* y de *civil law*, véase VERBIC FRANCISCO, "Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación", en *Revista Jurídica La Ley*, 2010 A, p. 769.

(80) La primera categoría de la Regla Federal de Procedimiento, en adelante FPR, 23 (b) (1) (A), se aplica cuando las acciones individuales son tan numerosas que ellas generarían normas de conducta completamente inconsistentes de la parte contraria. Ello implica el riesgo o el peligro de "disposición" de los intereses de los miembros ausentes.

La subdivisión siguiente (1) (B), se refiere a los casos de fondos limitados en término pecuniarios en casos de reparación (*limited fund class actions*) y aquellos en los cuales múltiples acciones pondrían en peligro los intereses de sus miembros. En dicha categoría de acciones de clase, se incluyen los casos en las que se reclama una *injunction*: el cese de una conducta o la prevención de un daño (Regla 23 (b) (2)). Esta hipótesis se aplicó tradicionalmente a lo que se conoce como *civil rights*, clásicamente los casos de discriminación, y más recientemente en los casos de defensa de la competencia, por ejemplo en los acuerdos de precios en algunas industrias y patentes.

La tercera categoría, es la más abarcativa y quizá la más conocida; determina que una acción de clase debe mantenerse, cuando las cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros de la clase prevalecen sobre lo que está en juego a nivel individual, y la *class action*, como herramienta procesal, es superior a cualquier otro método para la justa resolución eficiente de una controversia. Son las condiciones conocidas como *predominance of common questions* y *superiority*. Es decir, la acción de clase debe resultar el mejor método de reparación posible. Su aplicación es extensa, y permanece como una categoría subsidiaria

Debe destacarse la inclinación de algunos autores a favor de una consideración pragmática del conflicto colectivo antes que de una clasificación conforme a la naturaleza jurídica de los derechos; en otros términos, se trata de dar preferencia a los conflictos y a su tipología, con prescindencia de la ontología⁽⁸¹⁾. Al respecto, en nuestra tesis de doctorado, nos hemos pronunciado a favor de la consideración del tipo de derecho en juego y del tipo de pretensión procesal, que puede o no coincidir con el primero. Así, respecto de un derecho divisible, como el derecho a la información veraz y completa de los consumidores, puede solicitarse una medida cuyos efectos son indivisibles, como la supresión de una publicidad engañosa que atenta contra aquél. En tal caso, si la legislación adopta reglas procedimentales diferentes respecto de los procesos que versan sobre unos u otros, parece razonable que el proceso tramite como un proceso respecto de intereses difusos y no de derechos individuales homogéneos, en razón del tipo de remedio buscado. Por ello debe prestársele especial atención, sin por ello descartar las clasificaciones de derechos, propias a los sistemas de derecho escrito⁽⁸²⁾.

Como veremos, un atisbo de esta cuestión parece poder encontrarse en el art. 1745 del Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial. Según el mismo, hay daño a los derechos de incidencia colectiva, cuando existe lesión a los mismos y "(...) la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador (...)". Ello significa la imposición de un cierto tipo de pretensión a fin de que una acción pueda intentarse en justicia respecto de los derechos de incidencia colectiva.

Este aspecto reviste gran importancia pues, en las *class actions*, los requisitos para la configuración de una u otra no son los mismos, como tampoco lo son ciertos aspectos del proceso, especialmente la obligatoriedad de notificaciones individuales y la posibilidad de ejercicio del *opt-out*.

.....
que incluye todas las hipótesis que no encuentran cabida en las demás categorías. Se trata básicamente de acciones en reparación de los daños (*class action for damages*).

(81) VERBIC FRANCISCO, op. cit., p. 769; SALGADO José, *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011, n° 11. Con anterioridad, Trionfetti había señalado que lo que se deben identificar son las situaciones que se tutelan, lo que se presenta como algo más complejo, puesto que pueden comprender tanto una determinada clase de sujetos, una determinada clase de bienes o una determinada clase de derechos. TRIONFETTI VÍCTOR, "Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos", en OTEIZA E. (Coord.), *Procesos colectivos*, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 156.

(82) AZAR MARÍA J., op. cit.

Al respecto, cabe señalar que, en el régimen de las *class actions*, existen diferencias substanciales con relación al tipo de notificaciones a cursarse si el remedio es divisible o indivisible (en las primeras debe cursarse el mejor medio disponible utilizando los medios razonables para dirigir una información individualizada a los miembros del grupo, mientras que en el segundo el juez tiene la facultad de decidir si una notificación general es necesaria, pudiendo omitírsela). Lo mismo puede pensarse, en nuestro régimen, en materia de participación en las audiencias públicas, pues las reclamaciones divisibles necesitarán la presencia de los representantes naturales de los sectores comprometidos e incluso de los miembros individualmente, si éstos lo desearan. Por dicha razón, estimamos que la determinación de la representatividad adecuada se ve influenciada por aquello que se reclama (estimamos, en efecto, que no es lo mismo un reclamo de indemnización que el reclamo de un cese, a veces una persona podría resultar legitimada para esto último pero no para lo primero).

He aquí uno de los más graves problemas de los proyectos: el de la ausencia o la deficiencia en regulación de la representatividad adecuada⁽⁸³⁾. En efecto, es impensable que el abogado que detenga mayor número de poderes sea el más representativo, así como que sea factible que la convocatoria a todos los miembros en un lugar preciso, en el marco de una audiencia de elección del representante sea la vía apropiada a tal fin. En ninguno de los dos casos se ofrecen garantías de adecuada defensa de los miembros del grupo ni se evita el conflicto potencial entre los miembros y el representante.

En un reciente trabajo, Oteiza ha señalado lo que denomina “debilidades subsanables” de los Proyectos, que nos permitimos reproducir. En efecto, se trata de los núcleos temáticos que no se han abordado o que deberían mejorarse, a saber: i) el examen de la fase de admisibilidad de la pretensión colectiva, ii) la regulación específica de la representatividad adecuada y los criterios para la elección del representante del grupo o clase, iv) la explicitación de la definición del grupo o clase, v) la conveniencia de adoptar instrumentos para brindar soluciones alternativas a la sentencia de mérito, vi) la participación del Ministerio Público, vii) la regulación de las audiencias públicas, viii) las facultades y deberes del juez, ix) la especificidad de las medidas cautelares en este tipo de procesos, x) el carácter preferente

(83) En este sentido GIANNINI L., *Jornadas sobre procesos colectivos*, Colegios de abogados de La Plata, 22 de mayo de 2012.

de los procesos sobre derechos colectivos en relación con aquellos en los cuales se debate sobre derechos individuales, xi) la litispendencia y la cosa juzgada colectiva, xii) los instrumentos para lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia, xiii) las costas, xiv) los honorarios y xv) los incentivos económicos que permitan ampliar la participación, entre otros aspectos para ser considerados por el Congreso Nacional⁽⁸⁴⁾. Nos permitimos agregar la necesaria consideración de las reglas sobre la prescripción, la suspensión e interrupción del curso de aquella.

Puede comprenderse que, en este estado, todas las expectativas estaban puestas en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial.

3 | Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Divergencias en el paso del Anteproyecto al Proyecto

El recorrido de los derechos de incidencia colectiva en el proceso de unificación civil y comercial sigue un curso accidentado. Como veremos, si el Anteproyecto había aprovechado tamaña ocasión para “recobrar” un tiempo perdido y acordar así dimensión substantiva a las acciones colectivas, el Proyecto suprime, de un plumazo y sin justificación, lo esencial de las disposiciones relativas a ellas, mediante algunas reglas básicas⁽⁸⁵⁾.

Así, es elocuente que mientras el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación evocaba la expresión “*derechos de incidencia colectiva*” once veces⁽⁸⁶⁾, en nueve artículos, el Proyecto, en su versión definitiva, sólo la ha conservado en seis oportunidades, distribuidas en cuatro artículos. Esta dramática disminución obedece esencialmente a la eliminación de la sección 5º, intitulada “*De los daños a los derechos de incidencia colectiva*”

(84) OTEIZA E., “El reciente proyecto de reforma del Código civil y los derechos de incidencia colectiva”, *precitado*, pp. 503/512.

(85) En los fundamentos la Comisión explica que se evitó desarrollar cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. No obstante, agregó que resultaba necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor.

(86) Sin contar las cuatro repeticiones de los títulos del índice.

va” (arts. 1745 a 1749), y a una restricción de la clasificación de derechos operada en el art. 14. De ello resulta la pobreza normativa del Proyecto de *corpus* de derecho substancial privado, en la materia.

Para referirnos a ello, no podemos evitar comparar la versión del Anteproyecto —perfectible— con la del Proyecto —defectuoso por omisión— pues como los proyectos de ley sobre las acciones de clase, se hace caso omiso a los desarrollos importantes doctrinales y jurisprudenciales.

Analizaremos, a continuación, la regulación propuesta en tres partes: (A) primero, con relación a la tipología de derechos reconocidos —arts. 14 y 18— y en materia de bienes sobre derechos de incidencia colectiva —arts. 240 y 241— (B); luego, con relación a la sanción pecuniaria aplicable a quien actúa con grave menosprecio a los derechos de incidencia colectiva —art. 1713 o 1714 según la versión del Anteproyecto o del Proyecto respectivamente— (C) y, por último, con relación a la Sección dedicada a los daños a los derechos de incidencia colectiva —arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto—.

3.1 | Los derechos de incidencia colectiva en la clasificación de derechos y de los bienes

Fiel a la tradición continental europea, la redacción original del Anteproyecto disponía el reconocimiento de derechos individuales y de incidencia colectiva, en los términos siguientes:

ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.

En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;
- c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen

al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Dicha redacción y clasificación quedó "mutilada" en el Proyecto que sólo distingue los derechos individuales de los derechos de incidencia colectiva.

ARTÍCULO 14.- (1) Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

El art. 14, tanto en su versión original del Anteproyecto, como del Proyecto actual, fieles a la tradición de los países de derecho civil han continuado en la senda de la calificación de derechos, y no de las situaciones conflictivas.

La nueva redacción, por sí sola, no genera problemas ya que la tendencia era de considerar los derechos de incidencia colectiva como un género con sus dos especies, los derechos individuales homogéneos y los intereses difusos. Sin embargo, en el Anteproyecto se recepciona la trilogía de derechos, conforme al caso *Halabi*, sin haberse seguido por lo tanto la denominación utilizada por dicho fallo que distinguió entre los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos y sobre bienes individuales homogéneos. Por su parte, el Anteproyecto reservó la terminología "derechos de incidencia colectiva" para el primer subtipo de derechos, el de los también llamados intereses difusos, por ejemplo, por la legislación brasileña. Sin embargo, tal distinción terminológica no conlleva otras consecuencias que las semánticas, al volver sobre una cuestión que parecía zanjada. Lo importante es que dicha clasificación triple despeaba toda posible duda sobre el alcance de la protección a la vez a los derechos divisibles e indivisibles. A partir del art. 14 del Anteproyecto, habría podido concluirse positivamente acerca de la inclusión de

dos especies de derechos colectivos *lato sensu*: los derechos individuales homogéneos y los difusos.

En segundo lugar, la redacción del Anteproyecto permitía distinguir ambas especies por la divisibilidad —que estimamos material o jurídica— de los derechos en juego. Al respecto, es sabido que, para la delimitación de ambos tipos, existen varias posiciones doctrinales, provenientes esencialmente de las soluciones adoptadas en el derecho comparado, a saber: la determinación o no de los miembros, la organización o no del legitimado activo, entre otros.

No podemos pasar por alto la opción del artículo 14 del Anteproyecto de no denominar a los derechos enunciados en el inciso b) como *derechos individuales homogéneos*, expresión adoptada en los arts. 1746 (Daño a los derechos individuales homogéneos) y 1747 (Presupuestos de admisibilidad) en clara alusión a los derechos previstos por el inc. b) del art. 14. En este inciso se agregaban tres caracteres tipificantes de los derechos individuales ejercidos mediante una acción colectiva: 1) una pluralidad de afectados individuales, 2) daños comunes pero divisibles o diferenciados padecidos por aquellos, 3) una causa común generadora, según lo dispuesto en el Libro Tercero [De los derechos personales], Título V [De otras fuentes de las obligaciones], Capítulo 1 [De la responsabilidad civil].

Con relación al inc. c), que el Anteproyecto ha llamado derechos de incidencia colectiva, se los describe como indivisibles y de uso común. En otros términos, la relación de exclusividad propia a los derechos subjetivos es inexistente en estos casos que se caracterizan, por el contrario, por el goce y el sufrimiento común en caso de lesión a los mismos.

El propio art. 14 menciona los legitimados para accionar respecto de los derechos indivisibles (se enuncian el afectado, el Defensor del Pueblo, las organizaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales). Dicha técnica del Anteproyecto era criticable puesto que, por un lado, no se enuncian los legitimados respecto de los derechos individuales que pueden defenderse colectivamente y, por el otro, se vuelve sobre la legitimación en materia de intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva *stricto sensu*) en el art. 1745, que agregaba al Estado y a los Ministerios Público Fiscal y de la Defensa y respecto de los derechos individuales homogéneos en el art. siguiente, el cual reserva la acción judicial a los tres primeros enunciados, o sea, el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio, el Defensor del Pueblo y las organizaciones.

Por otra parte, siempre en materia de derechos colectivos, el art. 18 declara entre los derechos de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida, que éstas "(...) tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto [De los derechos reales], Título V [De la propiedad comunitaria indígena], de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva (...)". De la redacción, sin embargo, quedan dudas sobre cuáles son los derechos que cuentan como derechos de incidencia colectiva: sólo del derecho de participación en la gestión de recursos naturales o también los primeros enunciados y cuál es la incidencia de dicha calificación.

Por último, se consagra un límite al ejercicio de los derechos individuales, los que no podrán (gravemente disponía el Anteproyecto, adjetivo suprimido por el Proyecto) afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. A esta cuestión relativa a los derechos colectivos como límites a los derechos individuales, el Código volverá, en una sección especial, consagrada a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva (en el Libro primero de la parte general, el Título III intitulado "De los bienes", en su capítulo 1 dedicado a *los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva*) en los arts. 240 y 241 del Anteproyecto los cuales fueron, como el 14, objeto de "retoques" de parte del Poder ejecutivo.

El Anteproyecto, bajo el título *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*, había previsto tres cuestiones. En primer lugar, una limitación genérica de afectación de derechos de incidencia colectiva⁽⁸⁷⁾. En segundo lugar, el derecho de información necesaria y de participación en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial disponiéndose, además, quiénes son los sujetos habilitados a formular el pedido de información⁽⁸⁸⁾. Ello tiene suma importancia, por ejemplo, en materia de servicios públicos. En

(87) "El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del art. 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

(88) Los sujetos mencionados en el art. 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial.

tercer y último lugar, se había previsto en el mismo artículo —que pasará a ser el artículo siguiente 241 en el Proyecto— que “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable” (art. 240). Por el contrario, el art. 240 del Proyecto se ha limitado a consagrar la limitación al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores, el cual debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Mientras que el Anteproyecto hacía alusión al respeto de la ley especial, el Proyecto alude a la conformidad “(...) a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público(...)”. A renglón seguido, ambos textos prevén que “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

De gran trascendencia social y económica, el art. 241 del Anteproyecto había consagrado el derecho fundamental de acceso al agua potable, en los términos siguientes: “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”.

Dicho artículo fue simplemente suprimido en el Proyecto, dejando esta cuestión substancial librada al buen entender de los jueces en materia constitucional. El mismo fue reemplazado por el último párrafo del art. 240 de la versión del Anteproyecto referido a la jurisdicción, disponiéndose que “(...) Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

De otro orden es la novedosa adopción de una sanción pecuniaria disuasiva.

3.2 | La adopción de una Sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto y en el Anteproyecto

Siguiendo la tendencia de anteriores proyectos de unificación civil y comercial, ambos textos —el Anteproyecto y el Proyecto— han consagrado una figura cercana a la conocida como *daños punitivos* en lo que es una traducción de los controvertidos *punitif damages* consagrados por algunos Estados de los Estados Unidos, *exemplary damages* en Inglaterra, donde también se los conoce como *punitory damage* ou *vindictive*

damages⁽⁸⁹⁾, o multa civil en la LDC Argentina⁽⁹⁰⁾. Ello de manera novedosa con relación a la legislación del resto de los países iberoamericanos que desconocen esta figura⁽⁹¹⁾.

.....

(89) AZAR MARÍA J., op. cit.

(90) Tal fue la denominación adoptada por el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de 1998 y por la Ley de defensa del consumidor, a partir de la reforma operada por la ley 26.361 en 2008 (art. 52 bis). Esta última procede en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales frente al consumidor. Al respecto, Bersten explica que si bien los daños punitivos son una novedad de la ley n° 26.361, una multa civil ya estaba prevista para las infracciones relativas a los servicios públicos domiciliarios. En efecto, según el artículo 31 LDC, si el proveedor factura una suma indebida o ya regulada, el consumidor debe hacer una reclamación ante la autoridad de control. Si se desprende del procedimiento administrativo que pagó en exceso, el proveedor debe reintegrar lo pagado, con los intereses que impone a los consumidores en caso del retraso, así como una indemnización del 25% del importe indebidamente percibido o reclamado. Dicha suma ha sido considerada, por cierta doctrina, como una multa civil. Por otra parte, dicha disposición fue objeto de aplicación analógica para servicios no domiciliarios, en particular, en un asunto colectivo de telefonía móvil. En la especie, una asociación de consumidores había demandado la restitución de dos rúbricas que *Movicom* reclamaba a los usuarios, con los intereses y la indemnización prevista en el art. 31.

Los jueces hicieron también aplicación analógica de esta solución para servicios privados (en causas contra bancos), donde se solicitara la restitución de las sumas indebidamente percibidas con más el interés por retraso que la empresa exige a los consumidores alegando, además de la analogía, el principio de la reciprocidad que la Ley prevé entre los usuarios y los proveedores de los servicios públicos domiciliarios (art. 26 LDC).

Así, desde 2008, en virtud de la reforma de la Ley, el juez puede aplicar una "multa civil", a favor de la víctima, la cual varía según "*la gravedad de los hechos y otras circunstancias que rodean el asunto*", pero que se limita a 5 millones de pesos, en la actualidad. La redacción del artículo que las consagra es altamente criticable, como hemos tenido ocasión de expresar. Azar MARÍA J., tesis *precitada*, n°73, 157, 160 y 213.

(91) Existen sin embargo otras instituciones frecuentemente relacionadas por la doctrina con los daños punitivos. Tal es el caso del enriquecimiento sin causa. Dicha institución, cuyo origen y las *condictios* remontan al derecho romano, existe asimismo en el sistema anglosajón bajo el nombre de *unjustified enrichment* ou *unjust enrichment*. También llamado enriquecimiento injusto, indebido, sin justificación, sin causa, ilícito, ilegítimo en otros regímenes es fuente de obligaciones. VELASCO CELLERI E., *Sistema de práctica procesal civil*, Quito, Ecuador, Pudeleco editores, 2005, T. 7, p. 132; art. 884 Código Civil brasileño; art. 1882 Código civil del Distrito federal de Méjico. M. A. PEREZ BAUTISTA, *Obligaciones*, México, lure editores, México DF, 2006, p. 76.

Por su parte, los países de tradición germánica, la doctrina a relacionado los daños punitivos —cuando no fueron reconocidos por la legislación— y otras instituciones, en particular las *astreintes* (conocidas igualmente como *liquidación convencional* en derecho ecuatoriano) y las clausulas penales existentes en ciertos países como el nuestro, Colombia (art. 1551 C. civil) y Chile. No obstante, es fácil distinguir todas estas instituciones de los daños punitivos.

En ciertas hipótesis, cierta doctrina (sin unanimidad) califica de daños punitivos las instituciones donde una indemnización no está ligada directamente a daño efectivamente sufrido, como

El Anteproyecto regula la figura en un artículo, el 1713, mientras que el Proyecto lo hace en los arts. 1714 y 1715 aunque sin cambios substanciales con relación al primero; simplemente se ha dividido el texto agregándose el intitulado *Punición excesiva* a la última parte del artículo 1713 del Anteproyecto.

Resulta de ello que:

“El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva⁽⁹²⁾. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada” (art. 1714 del Proyecto).

Entre los temas que trata dicha disposición, se encuentran reglas relativas al hecho que autoriza la petición de una sanción pecuniaria disuasiva —*actuar con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva*—, a quien puede solicitarla y contra quien —los legitimados para defender dichos derechos contra quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva—, a los criterios que guiarán al juez para fijar la sanción pecuniaria disuasiva —prudencia, las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas—. Se agrega el deber del juez de atribuir un destino a los fondos a atribuirse.

Vale la pena recordar algunos desarrollos sobre el tema, al que la doctrina se ha dedicado con gran ahínco. En uno de los primeros trabajos sobre el

.....
 en Ecuador, donde la ley de propiedad intelectual (art. 119) autoriza a condenar a quien haya explotado una obra sin licencia, al 50% de lo percibido durante toda la explotación.

(92) [mencionados en el artículo 14, inciso c)] agregaba el Anteproyecto.

tema en Argentina, Pizarro definió a los daños punitivos como “las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro⁽⁹³⁾”. Por su parte, Galdós destaca el carácter de “suplemento” de condena pecuniaria que se añade al responsable de una grave inconducta así como los efectos reflejos ejemplares con relación a terceros⁽⁹⁴⁾.

En la doctrina argentina, autores calificados se alzaron en contra del instituto⁽⁹⁵⁾ y a favor⁽⁹⁶⁾. En posición intermedia, para la profesora Kemelmajer

.....

(93) PIZARRO D., “Daños punitivos”, en *Derecho de daños*, 2º parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (Dir.), Parellada C. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993, p. 337.

(94) GALDOS J., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, *RCyS* 1999, p. 196

(95) BUSTAMANTE ALSINA J., “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *Revista Jurídica La Ley* 1994 B, p. 860; *Id.* “Algo más sobre los llamados “daños punitivos””, *Revista Jurídica La Ley* 1994 D, p. 863; MAYO J., “ El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”, *Revista Jurídica La Ley* 2005 C, p. 1018; *Id.* “La inconsistencia de los daños punitivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 1269; LLAMAS POMBO E., “Formas de Reparación del Daño”, *RCyS* sept. 2010, p. 3; *Id.* “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, *RCyS*, 2002, p. 181; TRIGO REPRESAS F., “Daños punitivos”, en Alterini A. y López Cabana R., *La responsabilidad*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 286; *Id.* “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2010 C, p. 878; *Id.* “Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361” *Revista Jurídica La Ley* 26 nov. 2009, p. 1; TRIGO REPRESAS F. y LÓPEZ MESA M., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, 2004, T. 1, p. 567; PICASSO S., “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, *Revista Jurídica La Ley* 2007 F, p. 1154; *Id.* “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en VAZQUEZ FERREYRA R., (Dir.) *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, La Ley, 2008, p. 123 y s.; *Id.* “Comentario al artículo 52 bis”, en PICASSO S. y VAZQUEZ FERREYRA R., (Dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada*, La Ley, 2009, T. I, p. 593; BUERES A. y PICASSO S., “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009 1, p. 31; BUERES A., en PICASSO S. y VAZQUEZ FERREYRA R. (Dirs.), *Ley de defensa del Consumidor Comentada*, op. cit., T. I, p. 633; PREVOT J., “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 747; MARTINOTTI D., “Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista Jurídica La Ley* 2001 F, p. 1316; CHABAS F., “No hay que proteger al consumidor, sino al débil”, *La Ley Actualidad*, 19 nov. 2009, p. 1.

(96) SÁNCHEZ COSTA P., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 D, p. 1113; SOZZO G., “Los daños punitivos en el microsistema de protección del consumidor”, en *Revista de derecho privado y comunitario* 2009, p. 2; LÓPEZ HERRERA E., “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *JA* 2008 II, 1198; *Id.* *Los daños punitivos*, Abeledo-Perrot, 2008; STIGLITZ R. y PIZARRO D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2009

de Carlucci⁽⁹⁷⁾, la víctima debe optar entre reclamar el daño efectivamente sufrido o las ganancias percibidas indebidamente por el responsable. Ello equivaldría a asimilarlos a los “daños y perjuicios restitutorios”, circunscribiéndolos a los “*ilícitos lucrativos*”, que se definen como la comisión de un ilícito civil a sabiendas que los beneficios a obtenerse serán superiores a la condena de la compensación del perjuicio.

En lo que concierne a la temática que nos invitaran a abordar, referida a las acciones colectivas, cabe resaltar, en primer lugar, que el Proyecto de unificación acertadamente, procede a una “calificación especial” de la conducta que autoriza a demandar la sanción pecuniaria; no se trata, pues, de una simple “inejecución legal o contractual” como defectuosamente —por omisión— ha consagrado la reforma de la Ley de defensa del consumidor⁽⁹⁸⁾. Se trata, en cambio, de un grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva en el actuar del responsable, fórmula lo

.....

B, p. 949; B. MOISÁ, “Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley Nro. 24.240”, *RCyS*, 2008, p. 271; ALVAREZ LARRONDO F., “Los daños punitivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2000 A, p. 1111; *Id.* “La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino”, *JA* 2008 II, p. 1246; MARTINOTTI D., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista Jurídica La Ley* 2001 F, p. 1317; SPROVIERI E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *JA* 2010 IV, p. 930; COLOMBRES F., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2008 E, p. 1159; BERSTEN H., “La multa civil en la ley de defensa del consumidor. Su aplicación a casos colectivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 997; GHERSI C., “Paralelo entre la responsabilidad civil y la seguridad social”, *Revista Jurídica La Ley* 1998 E, p. 952; MOSSET ITURRASPE J., *Responsabilidad por daños*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 359; ALTERINI A., *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, 1998? p. 604; ZAVALA DE GONZÁLEZ M. y GONZÁLEZ ZAVALA R., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI A. y BUERES A. en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al profesor Atilio A. Alterini*, Abeledo-Perrot, 1997, p. 189; PIZARRO R., *Derecho de daños*, 2e partie, en Homenaje al profesor Félix A. Trigo Represas, KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (Dir.), C. PARELLADA (Coord.), La Rocca, 1993, p. 291; *Id.*, *Daño moral*, p. 449 y s., Hammurabi, 1996; *Id.* “Pena privada y protección del consumidor”, *JA* 1997 III, p. 931; MOLINA SANDOVAL C. y PIZARRO D., “Los daños punitivos en el derecho argentino”, en *Revista de derecho comercial del consumidor y de la empresa*, I, n°1, sept. 2010, p. 65

(97) KEMELMAJER DE CARLUCCI A., “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?”, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales, Año XXXVIII, Segunda época, n°3, cité par J. Galdos, *precitado*.

(98) Ello ha llevado a la doctrina a una “relectura del art. 52 bis LDC según la cual se deben exigir una condición subjetiva (comportamiento deliberado, conducta grosera, falta grave o dolo) y una condición objetiva (comportamiento que produce una lesión a un derecho individual o de incidencia colectiva). ARIZA A., *La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 134 y ss.

suficientemente genérica como para dejar un amplio espectro a la discrecionalidad del juez, tan necesaria en este ámbito⁽⁹⁹⁾.

Dicha limitación de la sanción disuasiva a cierto menosprecio a derechos de incidencia colectiva debe entenderse, a pesar de la supresión del inciso c) del art. 14, tanto como la lesión de intereses difusos como la de derechos individuales homogéneos, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

En cuanto a la precisión relativa a la finalidad disuasiva de la condena, ella permite superar o anticipar las críticas relativas al hecho de que la sanción pecuniaria del artículo bajo comentario sobrepasa el *quantum* del daño efectivamente sufrido, lo que corresponde para definición a una indemnización. Se justifica así que el monto se calcule y gradúe, prudencialmente, según las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Dicha enumeración, no taxativa, permite recurrir al análisis de otras circunstancias como por ejemplo la propagación del daño en el mercado de consumo, además de otros factores propios al agente dañador tales como su patrimonio o las sanciones de las cuales ya fue objeto.

En aras de paliar el problema de la eventual naturaleza penal del instituto, utilizado para afirmar que el carácter ilimitado de dicha sanción atenta, en particular, contra el principio de reserva del derecho penal, cierta doctrina había sugerido que el juez tome en consideración el beneficio ilícito obtenido⁽¹⁰⁰⁾; en el Proyecto, el mismo constituye uno de los factores a tener en cuenta para la graduación del mismo.

La norma proyectada impone al juez la carga de determinar el destino de la sanción, y ello por resolución fundada. Esta disposición, coherente con el reforzamiento de los poderes del juez en los procesos colectivos, viene

(99) En el mismo sentido, ya el Proyecto de 1998 había utilizado la expresión "*grave indiferencia de los derechos de otro o de los derechos de incidencia colectiva*", para calificar la multa civil. Se había previsto, asimismo, que el monto sería delimitado según las circunstancias que rodean el caso, especialmente el beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el profesional.

(100) ELIAS, "Daño punitivo", op. cit.; COLOMBRES, "Daño punitivo", op. cit.

a superar otra de las fuertes críticas de las que fue objeto la multa civil incorporada por la reforma de la LDC que destina los fondos a la propia víctima. Así, se podrá buscar la correspondencia y la coherencia entre el monto de la sanción y la afcción sufrida por un conjunto de personas, ya sean determinadas o indeterminadas, ya se trate de un derecho —y de una pretensión— divisible o indivisible.

Puesto que el juez debe considerar la posible existencia de otras sanciones aplicadas, ya sea que se trate de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del hecho en cuestión, y computarlas a los fines de lo previsto en este artículo, si el monto resultara una punición irrazonable o excesiva, el art. 1715 ha previsto la posibilidad de cuestionar el monto fijado a fin de que sea disminuido o dejado de lado⁽¹⁰¹⁾.

Así establecida la función disuasiva punitiva de la responsabilidad civil, de manera coherente, el Anteproyecto, se ocupó a continuación de la finalidad reparadora, ni habiendo sido seguido por el Proyecto.

3.3 | Daños a los derechos de incidencia colectiva

Puesto que se hizo de los derechos de incidencia colectiva una prerrogativa constitucional y *de lege ferenda* en el derecho sustantivo, se estima, en el art. 1737 (1733 en la versión del Anteproyecto), que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En los arts. siguientes (1738 a 1748), se adoptan los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales relativos al proceso de daños en materia de indemnización, requisitos, reparación plena, indemnización de consecuencias no patrimoniales, atenuación de la responsabilidad, dispensa anticipada de la responsabilidad, prueba del daño, acumulabilidad del daño moratorio, curso de los intereses, entre otras.

(101) “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Todas ellas, si bien se refieren en general al proceso de daños, han sido concebidas desde la óptica individual. En efecto, el Anteproyecto había consagrado la Sección 5ª, en particular, a los *Daños a los derechos de incidencia colectiva*.

El Proyecto procedió a su supresión total, con lo cual las normas de la sección 4ª resultarían de aplicación residual al proceso de indemnización de daños a un derecho de incidencia colectiva, lo cual no ofrece la coherencia buscada por la Comisión redactora. Repárese, por ejemplo, las disposiciones de los arts. 1738 y siguientes y sus alusiones a la víctima que no pueden trasladarse, sin más, a una pluralidad de víctimas de un daño homogéneo, pero con mayor dificultad aun, a los intereses difusos o indivisibles. En este estado resulta enojosa la supresión efectuada por el Poder Ejecutivo.

Veamos de qué manera las normas del Anteproyecto previeron una de la sección relativa a los daños a los derechos de incidencia colectiva, esperando sean tenidas en cuenta.

Según el art. 1745 del Anteproyecto, hay daño a los derechos de incidencia colectiva, cuando existe lesión a los mismos. Se agrega que:

“(...) la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada (...)”.

Así se fija la prioridad del restablecimiento del estado de las cosas por sobre la indemnización, la cual intervendrá en caso de imposibilidad de lo primero.

En clara alusión a los derechos de incidencia colectiva indivisibles, se prevé que:

“Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en

los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa”.

En cuanto a la legitimación del afectado, cuando se precisa que se trata del “afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante”, esta alusión, no del todo clara, parecería referirse a un nexo entre el actor y el litigio colectivo⁽¹⁰²⁾. A nuestro entender, dicho nexo podría ser de varios tipos, por ejemplo, en el caso de un agrupamiento *ad hoc* sin personería jurídica pero constituido alrededor de un objeto social sobre el cual versa la acción. Tal sería el caso de las uniones de lucha de defensa contra una enfermedad, en una demanda relativa a la misma. En el mismo caso, de pretensión indivisible bien que relativa a un derecho que puede igualmente considerarse como individual y homogéneo, puede ubicarse la disposición vinculada a los aspectos procesales en materia de consumo del art. 1102, donde se prevé la posibilidad de que los consumidores afectados “o quienes resulten legalmente legitimados” peticionen ante el juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado y, en su caso, de la sentencia condenatoria dictada en el proceso⁽¹⁰³⁾.

A continuación, el Anteproyecto consagraba el art. 1746 al Daño a derechos individuales homogéneos, previendo que “Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica (...)”. Como lo hemos señalado, el artículo utilizó tres características para los derechos individuales homogéneos (la divisibilidad y el carácter diferenciado, el origen común fáctico o jurídico o la posibilidad de que éstos sean la consecuencia de la lesión a un interés indivisible. Otra particularidad reposa sobre el hecho de que se reconoce a la lesión a los intereses indivisibles como fuente de daño a los

.....

(102) Oteiza explica que la noción “interés relevante” pareciera relacionarse con cierto grado de afectación de los agrupados. OTEIZA E., op. cit.

(103) “Artículo 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

intereses individuales homogéneos, además de las situaciones que compartan un origen fáctico o legal común.

Luego el artículo retoma la cuestión de la legitimación, respecto de los derechos que regula este artículo como sigue: "(...) Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional".

Otros dos aspectos fundamentales que serán suprimidos con la eliminación de la Sección bajo comentario, y que estaban previstos en los arts. 1747 y 1748, conciernen la representatividad adecuada del legitimado activo y la cosa juzgada.

Sobre la primera, el art. 1747, bajo el título *Presupuestos de admisibilidad*, disponía que: "Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta:

- a. la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses;
- b. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda (...)"

Así, el Anteproyecto consagraba, como requisitos para la configuración de una representación adecuada, un elemento personal relativo a la probidad del legitimado activo —su experiencia, antecedentes y solvencia económica⁽¹⁰⁴⁾— y a la garantía de su buen desempeño —la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda—. La formulación de este último es curiosa, pues generalmente se exige un nexo entre los intereses del representante y los de los miembros del gru-

(104) Con dicha formulación se toma posición sobre la cuestión de la capacidad financiera del demandante, que figuraba en el Anteproyecto de CMPCI y que fuera eliminado de su versión definitiva, probablemente con el argumento del derecho de defensa invocado generalmente en contra de aquél.

po, elemento conocido en el régimen de las *class actions* como *typicality*. En el inc. b) del art. 1747, al tratarse de la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda, se persigue el respeto del principio de especialidad y que el representante actúe como intermediario de los primeros, lo que debe revelarse a través la coincidencia de los intereses de la clase y la cosa demandada, el *petitum*.

Los criterios enunciados por el Anteproyecto parecen acertados, bien que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América estableciera otros de relativa utilidad, como

- c. *su conducta en otros procesos colectivos;*
- d. *la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;*
- e. *el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase”.*

Ahora bien, puesto que el propio artículo que se presenta en el Proyecto se refería al control de los dos mencionados *ut supra* “entre otros requisitos”, puede concluirse que el juez podrá tener en cuenta estos últimos.

Asimismo, el CMPCI agrega una disposición relativa a la oportunidad del control es igualmente trascendente, al tratarse de un elemento relacionado pero independiente de la legitimación para obrar que puede ella misma ser objeto de control en todo estado del proceso. “Par. 3º – El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4º del art. 3º”.

Sin mencionarla de la misma manera, de esta manera, la representatividad adecuada, originaria de las condiciones de certificación de las *class actions*, quedaba claramente establecida como una condición subjetiva suplementaria referida al actor, y ello, en cualquiera de sus dos formas (acción sobre derechos individuales homogéneos o los otros). Esta condición, de la cual se ha dicho que se trataba de un concepto jurídico indeterminado⁽¹⁰⁵⁾, no

(105) OTEIZA E. y VERBIC F., “Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi?”, JA 10/03/2010.

fue objeto de definición por la Regla 23 sino que es la práctica la que ha consagrado lo que debe entenderse por ella. Se trata del elemento clave para asegurar el respeto del debido proceso de los integrantes del grupo cuya defensa se pretende. Es por ello que en caso de falta de respeto de este elemento se puede oponer una *collateral attack on adequacy of representation*, para evitar ser alcanzado por el resultado de la sentencia proveniente de un proceso donde quien opone la excepción no fue debidamente representado, evitar la posible connivencia entre el representante y el representado así como el problema de incompetencia del primero. Es, en consecuencia, el elemento que permite la extensión de la cosa juzgada a los miembros ausentes del grupo.

Para la admisibilidad de las acciones colectivas sobre derechos individuales homogéneos, el mismo art. 1747, siguiendo al régimen de las *class actions* y al Código Modelo, ha instaurado lo que el primero ha denominado *predominance y superiority*. Ello en los términos siguientes:

“(.. .) Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados”.

La diferencia reside en el hecho de que, en el Anteproyecto, el predominio de las cuestiones comunes es un factor para probar la superioridad del medio empleado mientras que, en la Regla 23 (b), una y otra constituyen categorías distintas de certificación de una *class action*.

La última disposición relativa a los derechos de incidencia colectiva que será comentada en el presente es la referida a la autoridad de cosa juzgada. El art. 1748 dispone: “*Alcances de la sentencia. Cosa juzgada*. Se dispone allí que:

“En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la

pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”.

Se advierte que, en la regulación de la autoridad de cosa juzgada, el Anteproyecto no había adoptado el sistema de las *class actions*, conocido como *two-way preclusion*, donde el efecto preclusivo (negativo) de la cosa juzgada, donde la extensión a los miembros del grupo, se produce con independencia de la solución favorable o desfavorable de la sentencia, “*whether favorable or not*”.

Se adoptó en cambio el sistema de la propagación de la autoridad de cosa juzgada *erga omnes*, en la terminología utilizada aunque hablando con propiedad, en el caso de los derechos individuales homogéneos, se trata de un efecto *ultra partes* al alcanzar no a toda la comunidad, sino a los miembros del grupo determinado o determinable. Es decir que, en materia de cosa juzgada, se ha seguido al ordenamiento brasileño, al adoptar la cosa juzgada *secundum eventum litis*, donde la autoridad de la cosa juzgada se propaga a los miembros del grupo *in utilibus*, en otros términos, en la medida en que la decisión les sea favorable. Tampoco se ha seguido el lineamiento del Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América, donde se efectúa una limitación respecto de las sentencias que rechazan la acción por falta de pruebas, y en la hipótesis de invocarse nuevos hechos.

Dicha fórmula merece al menos dos observaciones: por un lado, se evita aquella de la LDC según la cual, la extensión de la cosa juzgada se para el caso de sentencia favorable a la demandante. Esta última pues genera la problemática de las sentencias parcialmente favorables. Por otro lado, no se han especificado causales específicas de rechazo frente a las cuales se mantiene la clásica relatividad de la cosa juzgada o *res inter alios acta*. La regla propuesta en el Anteproyecto se apartaba así de la tendencia que considera que la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada si la absolución tuvo lugar por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos esenciales⁽¹⁰⁶⁾.

.....

(106) OTEIZA E., op. cit.

Sin embargo, pueden todavía plantearse algunas cuestiones como la de un miembro que desea accionar en justicia por considerar que lo obtenido por la sentencia colectiva no satisface plenamente su derecho. En otros términos, la cuestión de saber si puede o no una acción individual perseguir un *plus* con relación a lo ya obtenido por la sentencia colectiva. Una respuesta positiva puede apoyarse en la salvedad según la cual el efecto *erga omnes* "no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa".

En el caso contrario, de rechazo de la acción, más adelante, el mismo artículo establecía que "(...) La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado". Aquí, las acciones individuales quedaban a salvo a del efecto colectivo negativo de la sentencia.

A diferencia del CMPCI, para poder beneficiar de los efectos de la acción colectiva (art. 32 CMPCI), no se exigía que la parte activa reclame la suspensión de su proceso individual. Aun más, en caso de acogerse la pretensión colectiva, se permitía a los damnificados solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal, ante el juez de su domicilio.

4 | Conclusiones sobre las notas salientes de la regulación (ante)proyectada en materia de derechos de incidencia colectiva

Mientras proyectos de ley de reglamentación del art 43 CN entran y salen de las Cámaras de senadores y diputados, ganando y perdiendo estado parlamentario, la jurisprudencia demuestra pragmatismo y creatividad, lo que no la exime de ciertas críticas. En su labor, la actividad jurisdiccional se basa en el derecho comparado y adopta medidas que considera adecuadas a la idiosincrasia cultural y judicial argentina, pero sin la estabilidad deseada.

En dicho contexto, la labor de la Comisión redactora de un Anteproyecto de Código Civil y Comercial unificado fue remarcable, ya que adoptaba la tendencia general en materia de procesos colectivos *lato sensu*. Se tra-

taba de una sutil mixtura entre lo substancial y lo procesal, sin excesos ni tecnicismos procesales que habrían sido impropios de un Código sustantivo. Es este aspecto el que impide justamente entrar en consideraciones o particularidades que no corresponden a este ámbito y que, por dicha razón, evitamos introducir en este comentario.

En efecto, se partía de la distinción de las pretensiones deducidas por las partes y de la cuestión de saber si ésta se basaba en (o enfocaba en términos de la jurisprudencia) en un bien o un derecho indivisible o en derechos individuales vinculados entre sí, en todo o en una parte, por aspectos comunes.

Eran sumamente interesantes las disposiciones relativas a la representatividad adecuada y a la cosa juzgada, siguiéndose los lineamientos del derecho comparado y que la jurisprudencia de la CSJN hace propias.

Lamentablemente, la mayoría de las disposiciones esenciales relativas a la defensa de los derechos de incidencia colectiva fueron suprimidas de la versión del Proyecto que presentara el Poder Ejecutivo nacional al Legislativo. Con respecto a la primera supresión, la de la clasificación de derechos colectivos, el Proyecto procedió a una medida radical y con serias consecuencias: al eliminar el inciso b) referido a los derechos individuales ejercidos mediante una acción colectiva, o derechos individuales homogéneos, de este modo se impide el efecto benéfico señalado, consistente a terminar con la discriminación entre los alcances de los derechos colectivos *lato sensu* según su carácter divisible o no. Sin embargo, el gran paso dado por la jurisprudencia que ha admitido la tutela diferenciada para las hipótesis de derechos colectivos divisibles, por un lado, y por la legislación especial del consumo, por el otro, nos permite pensar que es tarde para —seriamente— volver atrás sobre esta cuestión. En el estado actual, lo cierto es que habrá que atenerse a la regla constitucional sin que el futuro Código pueda restringir el alcance de la primera. O bien el Código echa claridad sobre el punto, precisando que existen dos especies de derechos colectivos *lato sensu*, o bien la cuestión seguirá siendo materia pendiente para una ley a venir.

Con relación a los elementos tipificantes de una y otra especie de derechos, como con relación a las otras cuestiones que fueron objeto de “vetos” al Anteproyecto, pensamos con Oteiza que la utilidad principal

residual será la de sembrar las pistas a adoptar por el legislador en una legislación especial.

Pues, si se ha desperdiciado una gran ocasión de sentar las bases fundamentales en un Código de fondo, con mayor razón la ley especial sobre procesos colectivos seguirá siendo necesaria⁽¹⁰⁷⁾. Queda por decir que la circunstancia de que el hecho de que el Proyecto no se someta a aprobación como "libro cerrado", sino que se vaya a constituir una Comisión en el seno del Senado, opción sorprendente en razón de la magnitud de la obra, da una nueva oportunidad al Parlamento argentino de volver atrás sobre algunas cuestiones, por ejemplo, retomando el articulado referido a los derechos de incidencia colectiva que fuera suprimido del Anteproyecto.

(107) En cuanto a los aspectos que al ley debería tratar, además de los puntos suprimidos del Anteproyecto, puede verse OTEIZA E., *Ibid.*



Novedades

Novedades Legislativas

Comentarios sobre la Ley Nacional de Tierras Rurales

por **GONZALO M. NAZAR DE LA VEGA**⁽¹⁾

I | Introducción

Con el paso de los siglos, los hechos nos han demostrado que existen muy pocos temas que despierten tantas controversias y conflictos como la posesión o titularidad de las tierras rurales. En nuestro país, históricamente, ésta ha consistido en una de las principales formas de acumulación de riqueza individual y, asimismo, se ha constituido en un factor importante de propulsión de la economía de nuestra Nación en su conjunto.

En ese marco, la ley 26.737⁽²⁾, formalmente conocida como “Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales” (en adelante Ley de Tierras Rurales o LT) tiene por objetivo primordial la protección de la tierra como recurso natural y estratégico del Estado nacional.

El presente trabajo tiene en miras analizar y señalar algunas particularidades de la relación existente entre la nueva Ley de Tierras Rurales y nuestro

.....

(1) Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, con posgrado en Propiedad Intelectual del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Universidad de Buenos Aires. Ex becario de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO). Ex asesor jurídico del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), actual asesor jurídico de la Dirección de Asistencia Técnica y Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) BO 28/12/2011. Sancionada el 22/12/2011, promulgada el 27/12/2011.

derecho de fondo, principalmente, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones que se suscitan entre particulares.

De esta manera, se considerarán las generalidades de la ley, poniendo de manifiesto los supuestos en los que ésta encuentra su aplicación y efectos.

Particularmente, se harán consideraciones respecto de la calificación de la sociedad extranjera y se procurará encuadrar correctamente las cuestiones limitativas en lo que hace al dominio.

Por último, se observarán las sanciones que acarrea el incumplimiento de las obligaciones que la nueva legislación impone.

2 | Fundamentos

La sanción de la Ley de Tierras significa un avance en la defensa de los intereses nacionales, sociales y económicos, ya que supone el dictado de una legislación tuitiva, con el objetivo de impedir que se produzcan procesos que, de ser librados a la dinámica de los mercados, podrían comprometer la soberanía nacional, la biodiversidad, los recursos naturales y la seguridad agroalimentaria.

Asimismo, busca regular determinados aspectos de aquella particular situación que se presenta cuando ciertos intereses privados son delimitados en aras de la protección de intereses superiores, como son los mencionados.

Por otra parte, debe entenderse que las decisiones del Estado nacional sobre la titularidad y uso de las tierras rurales se encuentran en el marco del derecho a la libre determinación de los pueblos, a la independencia económica y a la fijación de las formas de explotación y distribución de lo producido con sus riquezas y recursos naturales, tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22 CN)⁽³⁾.

(3) Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Extraordinarias 2011, orden del día N° 9. Comisiones de Legislación General, de Asuntos Constitucionales y de Agricultura y de Ganadería. Impreso el día 14 de diciembre de 2011. Término del artículo 113: 23 de diciembre de 2011. Pp. 20/21.

3 | Ley de Tierras Rurales

La Ley de Tierras Rurales es una norma de orden público⁽⁴⁾ y tiene como principales objetivos los siguientes: determinar la correcta y actual titularidad catastral, dominial y de hecho, de las tierras rurales de nuestro país⁽⁵⁾; a su vez, regular y fijar límites a la titularidad o posesión que detenten personas físicas o jurídicas extranjeras respecto de nuestras tierras rurales.

Resulta menester advertir que la Ley de Tierras sólo regula las situaciones de “posesión”⁽⁶⁾ y “dominio”⁽⁷⁾ sobre las tierras rurales, mas no contempla la situación de la “tenencia”⁽⁸⁾, por lo cual ésta no deberá considerarse a los fines de las restricciones mencionadas en los acápites anteriores.

3.1 | Restricciones establecidas en la norma

La norma establece límites a la titularidad del dominio o posesión de las tierras rurales de nuestro país, que pasamos a mencionar a continuación.

(4) El art. 1º, párr. 1, de la ley 26.737 indica que “la presente ley rige en todo el territorio de la Nación Argentina, con carácter de orden público”.

(5) El art. 1º, párr. 2, de la ley 26.737 define que “a los efectos de la presente ley se entenderá por tierras rurales a todo predio ubicado fuera del ejido urbano, independientemente de su localización o destino”.

(6) Cabe recordar que la posesión (art. 2351 CC) se presenta como un poder físico, de hecho, ejercido voluntariamente sobre una cosa (*corpus*) (CSJN, 04/05/1993, La Rivadavia S.A. (en liquidación) c/ E.N, L. 462, XXI), con ánimo de dueño (*animus domini*), o más estrictamente, sin reconocer en los hechos una potestad o señorío superior excluyente o incompatible con el detentado por el poseedor (KIPER, CLAUDIO, *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, tomo I, p. 148).

(7) El dominio (2506 CC), por su parte, es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona. Es el derecho real que vislumbra el máximo sometimiento del que una cosa puede ser objeto por parte de una persona, y correlativamente el mayor, más extenso y más completo poder que el titular puede tener sobre la misma cosa (KIPER, CLAUDIO. op. cit., p. 618.)

(8) A diferencia de la posesión, en la tenencia, la cosa se encuentra sometida a un poder “de hecho” de una persona que tiene la posibilidad de disponer físicamente de ella pero, a la vez, reconoce en otro una potestad o señorío superior, es decir, no hay *animus domini*. El tenedor posee en nombre de otro (arts. 2462, inc. 1 y 2 CC) y es representante de la posesión que otro ejerce (art. 2352 *in fine* CC) (KIPER, CLAUDIO. op. cit., p. 162).

Se establece que la posesión o tenencia de tierras rurales por parte de personas extranjeras no debe superar el quince por ciento (15%) de todo el territorio nacional⁽⁹⁾.

Dentro de ese quince por ciento (15%) mencionado, sólo hasta el treinta por ciento (30%) puede estar en manos de personas extranjeras de una misma nacionalidad⁽¹⁰⁾.

Otra restricción, es la que fija en un máximo de mil hectáreas (1000 ha) la extensión de tierras que podrá encontrarse en poder de un mismo titular "extranjero". Esta dimensión, por su parte, se tomará respecto de una "zona núcleo", determinada y de acuerdo con el art. 10 del decreto 274/2012⁽¹¹⁾, reglamentario de la Ley de Tierras Rurales.

Coherentemente con el interés nacional, se prohíbe la titularidad extranjera en zonas que contengan o sean ribereñas de cuerpos de agua permanente.

La misma prohibición cabe respecto de los inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de fronteras.

3.2 | Personas alcanzadas por las restricciones

En el art. 3 de la ley que se comenta, se define a las personas físicas o jurídicas que serán consideradas "extranjeras" y solamente a los efectos de su aplicación:

i) **Personas físicas.** Se consideran personas físicas "extranjeras" aquellas que detentan nacionalidad extranjera, tengan o no su domicilio real en territorio argentino⁽¹²⁾. Al respecto, el art. 4 exceptúa de la aplicación de la norma a las personas físicas extranjeras que cuenten con diez (10) años de residencia continua en el país; tengan hijos argentinos y demuestren resi-

(9) Art. 8, ley 26.737.

(10) Art. 9, ley 26.737.

(11) BO 29/02/2012.

(12) Art. 3, inc. a), ley 26.737.

dencia continua y comprobada en el país de cinco (5) años; se encuentren unidas en matrimonio con ciudadano argentino o argentina con cinco (5) años de anterioridad a la constitución o transmisión de los derechos pertinentes y demuestren residencia continua por un término igual.

ii) **Personas jurídicas.** En cuanto a las personas jurídicas, son consideradas "extranjeras" cuando cumplen con determinadas formalidades que se mencionan expresamente en el art. 3, inc. b). En ésta, se incluye a las personas jurídicas según el marco previsto en el art. 32 CC, constituidas conforme las leyes societarias de la Nación Argentina o del extranjero, cuyo capital social, en proporción superior al cincuenta y uno por ciento (51%), o en proporción necesaria para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, sea de titularidad de personas físicas o jurídicas extranjeras. Se incluyen en este punto a:

- Personas jurídicas, cualquiera sea su tipo, controladas en más del veinticinco por ciento (25%) por una persona jurídica extranjera o que tenga los votos necesarios para formar la voluntad social⁽¹³⁾.
- Aquellas personas físicas o jurídicas extranjeras que, sin acreditar formalmente calidad de socios, actúan en una sociedad como si lo fuere⁽¹⁴⁾.
- Las sociedades que hayan emitido obligaciones negociables o debentures convertibles en acciones en un porcentaje superior al veinticinco por ciento (25%), que les permitan formar la voluntad mayoritaria, y ésta se trate de personas físicas o jurídicas extranjeras⁽¹⁵⁾.
- Cuando se transfiera la propiedad en virtud de un contrato de fideicomiso cuyos beneficiarios sean personas físicas o jurídicas extranjeras en más del veinticinco por ciento (25%).
- Sociedades accidentales, agrupaciones de colaboración empresaria, uniones transitorias de empresas y cualquier otras formas de colaboración, cuando participen en ella personas físicas o jurídicas extranjeras.

(13) Esta restricción tiene una relación directa con la noción de "control" en los términos del art. 33 de la Ley de Sociedades.

(14) En este punto encontramos una directiva relacionada con el concepto de "socio aparente", en los términos del art. 34 de Ley de Sociedades.

(15) El artículo 3 *in fine* del decreto N° 274/2012, reglamentario de la Ley de Tierras dispone que "la limitación legal se verificará al momento del ejercicio de la opción de conversión de las obligaciones negociables o debentures en acciones".

iii) **Personas jurídicas de derecho público de nacionalidad extranjera.** La norma en estos casos no especifica cuestión alguna acerca del domicilio. Es por eso que se entiende extensiva a todas, sin importar si cuentan con domicilio real en el país o no.

iv) **Simple asociaciones** en los términos del art. 46 CC⁽¹⁶⁾ o sociedades de hecho.

4 | La sociedad extranjera y el acto aislado

La Ley de Sociedades 19.550 establece que se considerará sociedad extranjera aquella que se constituya fuera del país⁽¹⁷⁾. Es decir, esta norma no determina dicha calidad en razón de la nacionalidad de los accionistas.

Por su parte, la Ley de Tierras Rurales define la titularidad extranjera, principalmente, atendiendo a la nacionalidad de los accionistas⁽¹⁸⁾.

Una primera interpretación puede llevarnos a la desacertada conclusión de que las restricciones antes referidas solamente alcanzarían a la sociedad considerada "extranjera" en los términos de la Ley de Tierras.

Sin embargo, estimamos que los límites deberían ser aplicados tanto a la sociedad constituida en el extranjero (conforme Ley de Sociedades), así como a aquellas sociedades extranjeras contempladas en la Ley de Tierras Rurales.

Es importante tener en cuenta que, en el derecho societario regulado en diferentes países se han tomado disímiles criterios para otorgar "nacionalidad" a las personas jurídicas. Así, en los países en que se reconoce nacionalidad a las sociedades, se han utilizado como criterios los siguientes: el lugar de constitución de la sociedad, el lugar de la sede social, el lugar

.....
(16) El art. 46 CC indica que "Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto (...)".

(17) Sección XV, Capítulo I, titulado "De la sociedad constituida en el extranjero" (arts. 118/124).

(18) En el mencionado art. 3, inc. b).

del centro principal de explotación de sus negocios, la nacionalidad de los socios o de los integrantes del directorio, entre otros⁽¹⁹⁾.

El legislador, al momento de definir a las sociedades alcanzadas por la norma, estimó que, a los fines de su correcto cumplimiento, no era suficiente el criterio establecido en la Ley de Sociedades 19.550. Es por eso que se tuvieron en cuenta, complementariamente, algunos de los criterios señalados en el párrafo anterior.

Asimismo, también se realizaron numerosas remisiones, no sólo a la Ley de Sociedades Comerciales, sino también a otros cuerpos normativos.

La solución expuesta sería más acorde con la finalidad que tuvo en miras el legislador al momento de creación de la norma.

La Ley de Sociedades Comerciales establece que las sociedades constituidas en el extranjero se hallan habilitadas para realizar en el país actos aislados. Si bien la ley no define a los actos que son considerados aislados, se los ha entendido como aquellos cuya realización no requiere para su ejecución la designación de un representante permanente o la instalación de una sucursal, agencia o asiento de sus negocios⁽²⁰⁾.

De igual modo, la interpretación de un acto aislado debe ser restrictiva y excepcional, reservándose para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia y que, en definitiva, se caracterizan por lo esporádico y accidental⁽²¹⁾.

Es por ello que, particularmente en lo que a la adquisición de inmuebles (urbanos o rurales) respecta, se va abriendo paso en la doctrina la opinión de que no puede ser considerada como "acto aislado"⁽²²⁾. Por su parte, la

.....

(19) ROVIRA, ALFREDO L. *Sociedades extranjeras. Análisis del Régimen Legal Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 23/29.

(20) NISSEN, RICARDO, en Depalma, Rodolfo, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, tomo 2, p. 318.

(21) Zaldivar, Benseñor y Perez Lozano, citados en NISSEN, RICARDO, op. cit., p. 318.

(22) DRUCAROFF AGUIAR, ALEJANDRO y DRUCAROFF, SIMÓN, *Abuso de los actos aislados*, comentario al fallo: "Inspección General de Justicia c. Frinet S.A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, *Revista Jurídica La Ley*, 2007-F, p.223.

jurisprudencia sostuvo que no corresponde calificar de acto aislado a la actuación de una sociedad extranjera que implique un determinado grado de permanencia en Argentina, como lo es la adquisición de inmuebles, máxime cuando la compra no es efectuada con el propósito de reventa inmediata⁽²³⁾.

Estas afirmaciones de la doctrina y la jurisprudencia nacional tienen mayor razón de ser cuando nos referimos a las tierras rurales. Es decir, si se estima que la adquisición de un inmueble urbano en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es un "acto aislado", mucho menos lo será la adquisición de un inmueble rural, a la luz de los intereses protegidos.

5 | Restricciones y límites al dominio de tierras rurales⁽²⁴⁾

Como es sabido, la organización social y política de un pueblo gira en torno de las relaciones jurídicas que habitualmente se entablan entre las personas y las cosas.

A lo largo de la historia, hemos transitado desde la concepción del derecho de dominio como absoluto e ilimitado —como lo era en Roma— hasta la noción vigente en nuestra actualidad, época en la que aceptamos la fijación de límites y restricciones a este derecho, al punto de no reconocerlo sino como relativo y limitado.

Así, las restricciones al dominio privado surgieron como una consecuencia lógica y necesaria de la noción de Estado social de derecho que pondera una razonable preeminencia de los intereses sociales por sobre los individuales.

El dominio es el derecho real más completo y de mayor extensión, el cual concibe, a su vez, el ejercicio de otros numerosos derechos, entre ellos, el significativo poder de disposición.

(23) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala F, "Rolyfar SA c/ Confecciones Poza SACI-FI s/ Ejecución hipotecaria", 05/06/2003, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-D, p. 533.

(24) Es importante aclarar que en lo que al Código Civil respecta, el legislador ha utilizado indistintamente los términos "restricciones" y "límites", sin perjuicio de que en el ámbito del derecho administrativo, la expresión "limitación" es más amplia que la noción de "restricción".

Más corresponde destacar que toda limitación a este principio fundamental configura una excepción que, por su parte, debe ser autorizada por ley y estar fundada en una razón jurídica, social y económica suficiente.

Por su parte, el legislador en el art. 2611 CC establece que “las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”.

Así es que las restricciones al dominio que se enumeran en el Código Civil son las que tienen en mira regular el interés privado, como pueden ser las relaciones de vecindad⁽²⁵⁾.

No obstante, existen otro tipo de restricciones, las administrativas, que son las que tienen en mira regular lo relativo al interés público y, sin perjuicio de ser extrañas al Código Civil, igualmente configuran restricciones al dominio.

De esta manera, encontramos en nuestro derecho nacional numerosos institutos que admiten restricciones a la libre disposición del dominio, tales como: las medidas cautelares dispuestas en los códigos procesales; las afectaciones del dominio con fines tuitivos, como ser el régimen del bien de familia (ley 14.394); la pre-horizontalidad de la ley 19.724.

En las provincias, también los encontramos en las leyes de colonización y arraigo que tienen como principal objetivo evitar la especulación sobre las tierras otorgadas por la autoridad estatal⁽²⁶⁾.

También podemos encontrar restricciones con una finalidad social, como en el caso de los grupos indígenas desprotegidos, la inenajenabilidad de la propiedad comunitaria indígena (art. 75, inc. 17 CN y el art. 12, inc. b, de la ley 23.302).

.....

(25) Así lo explica Vélez Sarsfield en la nota al art. 2611: “las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este Título”.

(26) Así encontramos en la Provincia de Mendoza la Ley Provincial de Colonización 4711; en la Provincia de Jujuy la Ley de Tierras Fiscales 3169/74; y, en la Provincia de Misiones la Ley de Regularización de Ocupación de Tierras 480; entre otras.

En otros supuestos, la limitación es establecida en favor del transmitente o de terceros, como es la cláusula de no enajenar a persona determinada por razones de competencia (art. 1364 CC), o para asegurar el cumplimiento de la voluntad del constituyente del fideicomiso en el interés de los beneficiarios (art. 17, ley 24.441)⁽²⁷⁾.

Así, también contamos con el decreto-ley 15.385/44⁽²⁸⁾, ley 12.913⁽²⁹⁾, la ley 23.554⁽³⁰⁾ de Defensa Nacional, el decreto 887/84⁽³¹⁾ y diversas resoluciones de la Superintendencia Nacional de Fronteras, que también imponen restricciones a la facultad dispositiva de los inmuebles ubicados en la Zona de Seguridad de Fronteras, cuando el acto se realiza en favor de personas jurídicas y físicas extranjeras. La legislación impone la obligación de solicitar la previa conformidad de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad. Más aun, en el caso de inmuebles rurales, exige la presentación de un proyecto de inversión por el adquirente⁽³²⁾.

Ahora bien, como hemos mencionado en primer lugar, la Ley de Tierras Rurales tiene por fin principal regular y restringir razonablemente la potestad jurídica de disposición de un inmueble rural respecto de personas físicas o jurídicas extranjeras, fundada en razones de soberanía nacional, aseguramiento de la biodiversidad, protección de los recursos naturales y seguridad agroalimentaria, es decir, de intereses públicos.

(27) Para una enumeración más amplia de restricciones de naturaleza administrativa al dominio, consultar: ZANNONI, EDUARDO (dir) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*; Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, tomo 11, pp. 17/18, de donde se han extraído estos ejemplos.

(28) BO 25/04/45.

(29) BO 03/06/47.

(30) BO 05/05/88.

(31) BO 06/06/94.

(32) La resolución N° 205/95 de la Comisión Nacional de las Zonas de Seguridad de Frontera establece los requisitos que en zonas rurales son exigibles para la adquisición de inmuebles en zonas de seguridad. Para ello, se tiene en cuenta si se trata de personas físicas o jurídicas, y si son nacionales o extranjeras. En el caso de las primeras, si son nativas o por naturalización, y en las extranjeras, si tienen o no radicación permanente. En las personas jurídicas, establece su extranjería no sólo por su lugar de constitución, sino cuando los propietarios de las acciones sean extranjeros y detenten la mayoría del paquete accionario. IÑIGUEZ, MARCELO D., "Compraventa de inmuebles en zona de seguridad y áreas de fronteras", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, vol.1, pp. 155/ 168.

De ello se desprende que la nueva legislación propone restricciones y limitaciones al poder jurídico de disposición de una cosa, con miras a la preservación de intereses superiores.

6 | La principal obligación impuesta por la Ley de Tierras Rurales: el certificado de habilitación. Consecuencias de su incumplimiento

El certificado de habilitación emitido por el Registro Nacional de Tierras Rurales⁽³³⁾ consiste en un requisito de cumplimiento obligatorio, como paso previo y necesario a la adquisición de tierras rurales por parte de personas extranjeras.

En el presente punto se analizarán las sanciones que caben ante su omisión y los efectos de la misma.

6.1 | Sanción

La exigencia de certificado de habilitación previo hace a la validez del acto jurídico y, como ya se precisó, está fundada en razones de orden público. Es por ello que el acto que carezca de este requisito debe ser considerado nulo y, dado el motivo de la prohibición, de nulidad absoluta.

Así también lo indica el art. 7 de la ley que se comenta, estableciendo que “todos los actos jurídicos que se celebren en violación a lo establecido en la presente ley serán de nulidad total, absoluta e insanable, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes quienes hicieran entrega de las tierras u otorgaren instrumentos públicos o privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos”.

.....
(33) Organismo creado en la misma ley 26.737. El art. 14, inc. c) de dicha ley dispone que será función del Registro Nacional de Tierras Rurales “Expedir los certificados de habilitación de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos por esta ley...”.

Concordantemente con lo mencionado en los párrafos precedentes, es necesario y prudente que el escribano que intervenga en una operación inmobiliaria de esta clase solicite el correspondiente certificado de habilitación previo, atento a que su omisión torna los actos ilícitos e insubsanables.

6.2 | Efectos

En el entendimiento de que el acto jurídico celebrado sin el certificado de habilitación previo del Registro Nacional de Tierras Rurales es nulo de nulidad absoluta, es necesario analizar el supuesto en que el acto igualmente se celebrara, se hiciera la tradición de la cosa y sea inscripto en el Registro de Propiedad Inmueble.

Es en ese análisis en el que se distinguen dos situaciones. Una es la que se plantea entre las partes y, la otra, es la que se sucede frente a terceros.

6.2.1. Efectos entre las partes

El efecto principal entre las partes es la obligación de restituirse mutuamente lo entregado en virtud del acto nulo, como lo indican expresamente los arts. 1050 y concordantes del Código Civil⁽³⁴⁾.

Una situación particular que se puede dar entre las partes es la del adquirente que todavía no ha procedido a la devolución del inmueble rural. En este caso el adquirente resulta ser poseedor del inmueble rural, ya que adquirió la posesión por la tradición que indican los arts. 2377 y siguientes del Código Civil. Esa misma posesión debe ser considerada ilegítima por falta de título, siendo de aplicación el art. 2355 CC. Para dilucidar si dicha posesión es de buena o mala fe, habrá que estudiar las circunstancias del caso en particular y los motivos por los que no se ha solicitado el correspondiente certificado de habilitación en el Registro de Tierras Rurales. Cuando las partes sabían o pudieron saber que el inmueble era considerado por la norma como tierra rural, habrá error de derecho inexcusable

(34) CASTEX, ARAUZ, "Derecho Civil Parte General", Buenos Aires, Ed. Empresa Técnico Jurídica Argentina, 1965, tomo II, pp. 433/ 434.

y la posesión debe ser calificada de mala fe⁽³⁵⁾. Por otro lado, cuando el error haya consistido en estimar que el inmueble no era considerado rural en los términos de la normativa correspondiente, y fuese excusable⁽³⁶⁾, y no quedase duda alguna del poseedor⁽³⁷⁾, la posesión debe ser calificada como ilegítima pero de buena fe⁽³⁸⁾.

6.2.2. Efectos frente a terceros

En lo que se refiere a los efectos frente a terceros, cabe analizar sus implicancias sobre el trámite de inscripción del instrumento en el Registro de la Propiedad Inmueble. En este aspecto, en primer lugar consideramos que siendo un acto calificado por la norma como nulo, de nulidad absoluta y manifiesta, el documento presentado sin el certificado de habilitación del Registro Nacional de Tierras Rurales debe ser devuelto sin inscribir por aplicación de los arts. 8 y 9, inciso a) de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801⁽³⁹⁾. De esta manera, cuando el registrador se encuentre frente a estos casos, tendrá que rechazar los documentos presentados. Al respecto, se ha señalado que si bien es cierto que las nulidades absolutas y manifiestas que son susceptibles de generar el rechazo de inscripción por parte del Registro de Propiedad Inmueble deben surgir del propio documento presentado, no lo es menos que el registrador está facultado para adentrarse en el negocio respectivo con el fin de calificar su validez⁽⁴⁰⁾.

A pesar de ello, puede suceder que, por error o inadvertencia, el instrumento del acto jurídico nulo igualmente sea inscripto. Frente a terceros, dicha situación estaría encuadrada en lo que la norma establece como

.....

(35) De acuerdo a los art. 2356 y 4007 CC.

(36) Art. 929 CC.

(37) Art. 4006 CC.

(38) Art. 2356 CC.

(39) Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801, "Art.8.- El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos" y "Art. 9.- Si observare el documento, el Registro procederá de la siguiente manera: rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta...".

(40) ANDORNO LUIS O. y MARCOLIN DE ANDORNO. MARTA, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, p. 178.

inexactitud registral, que consiste en “todo desacuerdo que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción exista entre lo registrado y la realidad jurídico extraregstral”⁽⁴¹⁾. En las constancias del Registro figuraría como titular quien lo adquirió mediante un acto nulo de nulidad absoluta, cuando en la realidad “extraregstral”, seguirá siendo titular quien pretendió transmitir. Es así desde que los actos nulos de nulidad absoluta y manifiesta se estiman nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada, como indica el art. 1038 del Código Civil. Por ello, la situación descripta no debería producir efectos frente a terceros porque la inscripción del acto no convalida al mismo, siendo un caso de inexactitud registral.

6.2.3. Subsanación

Los actos de nulidad absoluta, por no haber solicitado el certificado de habilitación al Registro Nacional de Tierras Rurales, no son susceptibles de confirmación, como lo marca el art. 7 de la Ley de Tierras Rurales y el art. 1047 *in fine* del Código Civil⁽⁴²⁾. Así, se entiende que, con la finalidad de resguardar los intereses colectivos, las partes no pueden sanear un acto inválido⁽⁴³⁾.

7 | Conclusión

En el presente trabajo, se ha procurado comentar ciertas cuestiones que se presentan entre la nueva Ley de Tierras Rurales y nuestro derecho de fondo, especialmente, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones entre los particulares.

De este modo, se han especificado los supuestos en los que se aplican las restricciones que la nueva ley contempla.

.....

(41) Art. 34 de la ley 17.801. Se debe tener en cuenta que estamos ante un supuesto de inexactitud registral negativa. Ésta se da en los casos en el que sobra alguno de los derechos que manifiesta el Registro de la Propiedad Inmueble por falsedad, nulidad o error sustancial de su respectivo título. En DE REINA TARTIERE, GABRIEL, *Registro de la Propiedad Inmueble. Ley 17.801*, colección La Ley Comentada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1999, p. 116.

(42) El art. 1047 *in fine* CC indica claramente que “la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

(43) BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) y ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, tomo 4, p. 718.

En cuanto a las personas jurídicas alcanzadas por las restricciones que propone la normativa, se llega a la conclusión en la que el derecho societario debe ser considerado complementario a la nueva normativa.

Desde otro ángulo, se estudiaron las sanciones al incumplimiento de las obligaciones impuestas por la norma. En este aspecto, se analizaron las consecuencias entre las partes, así como frente a terceros.

Finalmente, consideramos menester poner de resalto y recordar que la nueva legislación forma parte de un grupo de normas de excepción, que importan una restricción al derecho real de dominio, haciendo prevalecer el interés público por sobre el interés privado. Esta premisa, que no puede ser desechada al momento de analizar una norma de este tenor, es fundamental y hace a la esencia y conservación del Estado Social de derecho.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- AGUIAR, HENOCH, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Bs. As., TEA, 1950, tomo II, vol. 1.
- AIZENBERG, MARISA, “Los Derechos del paciente. Análisis de la Ley N° 26.529”, en *Revista de CEDIQUIFA*. Ver texto en: www.cedi.org.ar
- ALTERINI, ATILIO, *Responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, 1970.
- ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “El abuso de derecho. Estudio de Derecho Comparado”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-B-1101.
- ANDORNO, LUÍS, “Abuso del derecho”, en *Zeus*, Rosario, D-21, 1979, tomo 16.
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed., Bs. As., La Ley, 2006.
- BARROS, ENRIQUE, “Lo público y lo privado en el Derecho”, en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, n° 81, Centro de Estudios Públicos, 2001.
- BERROCAL LANZAROT, ANA I., “El ‘apoderamiento o mandato preventivo’ como medida de protección de las personas mayores”, en *Informes Portal Mayores*, n° 78, Madrid, Portal Mayores, 2008. Ver texto en: <http://www.imersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>
- BIBLIONI, JUAN A., *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Biblioni*, Bs. As., Kraft, 1939, tomo I.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *RDF* 1999-15-9.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, DIEGO (ed.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006.
- BOBBIO, NORBERTO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n°5, 1988-1989.
- BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código civil. Abuso del derecho”, en *ED* 29, p. 723.
- BRANDI TAIANA, MARITEL, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho español y argentino*, Bs. As., Astrea.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ta Ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1989.
- BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., *Manual de Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Ed. Ábaco, 1979.
- CALVO SOTELO, JOSÉ, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suarez, 1917.
- CARRANZA, JORGE A., “Abuso del derecho”, en *JA* 1969-3.
- CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ta ed., 3ra reimp., Bs. As., Hammurabi, 2004.
- CASTIGLIONE, JOSÉ F.L., “El abuso del derecho”, en *JA* 15, p. 45 (sección doctrina).
- CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO, *Tratado de Direito privado*, 4ta Ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1998, tomo 53.

- CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 8va ed., San Pablo, Editora Atlas, 2008.
- CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Ed. Platense, 1976, tomo IV.
- CELADE - DIVISIÓN POBLACIÓN DE LA CEPAL, “El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe” (LC/L.2987/REV1), Santiago de Chile, 2009.
- CIFUENTES, SANTOS, “Bases para una teoría de los derechos personalísimos”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Bs. As., Hammurabi, 2001.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ra ed., Bs. As., Astrea, 2008.
- CIURO CALDANI, MIGUEL, “Comparación iusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 25, 1994.
- CONDORELLI, EPIFANIO, *El abuso del derecho*, La Plata, LEP, 1971.
- DABOVE, MARÍA I., “Informe referido al derecho de la ancianidad en el bicentenario argentino (1810-2010)”, en *Revista Investigación y Docencia*.
- DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en *JA* 2000-4, p. 1024.
- DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, 11ra. ed. (revisada, actualizada y ampliada de acuerdo al Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias), Río de Janeiro, Renovar, 2006.
- DE LORENZO, MIGUEL F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-E, p. 1258.
- DIEZ PICASO y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. 5ta. ed., Madrid, Ed. Civitas, 1996, Vol. I, “Introducción teoría del contrato”.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones*, Bs. As., Depalma, 1994, t. I.
- ESPINOSA TORRES, P, “Grupos vulnerables y cambio social”, en *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas Cámara de Diputados, año IX, núm. 72, mayo-junio 2000.
- FERNÁNDEZ, SILVIA, “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *RDF*, n°52.
- FERNÁNDEZ, SILVIA y KREBS, GUILLERMINA, “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? Necesidad de graduación de la capacidad civil”, en *RDF* n°51, p. 149.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Abuso del Derecho*, Bs. As., Astrea, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “El derecho a la identidad personal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-D.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “¿Qué es ser ‘persona’ para el Derecho?”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Bs. As., Hammurabi, 2001.
- FLEITAS, ABEL, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Bs. As., Facultad de Derecho, Universidad de Bs. As., 1944.

- FONTANARROSA, RODOLFO, *Derecho Comercial Argentino, parte general*, Bs. As., Ed. Víctor de Zavalía, 1979.
- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Blasco Gasco, Francisco de P. y Prats Alben-tosa, Lorenzo (trads.), Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GANC, DIANA B., “Calificación y sanción de la conducta abusiva”, en *JA* 2001-I-966.
- GARO, FRANCISCO, *Derecho Comercial, parte general*, Bs. As., Ed. Depalma, 1955.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Córdoba, julio-agosto 1942.
- GONEM MACHELLO, G., “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20/06/2008.
- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, tomo III.
- GROVER, ANAND, “Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, AGONU, 04/07/2011.
- HATTENHAUER, HANS, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, 1ra ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1987.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR H., “Abuso del derecho y derecho subjetivo”, en *ED*, n° 118.
- HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS R., *El costo de los derechos – Por qué la libertad depende de los impuestos*, 1ra ed., Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011.
- HUENCHUAN, SANDRA y MORLACHETTI, ALEJANDRO, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Revista Notas de Población*, n° 81, Santiago de Chile, CEPAL, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Artículo 1071”, en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 1ra reimpresión, Bs. As., Ed. Astrea.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16 (“Abuso del derecho”), Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- LAQUIS, MANUEL, “Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión, Abuso del derecho, Imprevisión)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-D-914.
- LATHROP FABIOLA, “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile”, en *RDF*, n°49.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, en *Revista Jurídica La Ley*, 1999-D.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, “La técnica legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998”, en Javier H. Wajntraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coords.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.
- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, “Protección jurídica de la propia voz”, en Darío Graziabile (coord.), *Protección jurídica de la persona*, libro homenaje al Doctor Julio Cesar Rivera, La Ley, 2010.

- LEOFANTI, MARÍA A., *Abuso del Derecho*, Bs. As., Abeledo, 1945.
- LEOFANTI, MARÍA A., “Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, n° 12-13.
- LEÓN, PEDRO, “La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVIII, n° 5 y 6.
- LEÓN, PEDRO, “Voz, abuso del derecho” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bs. As., Alcala S.A., 1954, tomo I-A.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica de las personas mayores”, en *Actualidad Civil*, n° 19, 1-15/11/04, Bs. As., La Ley, 2004, t. 2.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la nación argentina*, Universidad de Tucumán, 1968.
- LLAMBÍAS, JORGE J., “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, en *JA*, 1969.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 19 ed. (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, tomo II.
- LLAMBÍAS, JORGE J. y RAFFO BENEGAS, PATRICIO, en Jorge J. Llambías (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1979.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, en *RDF* n° 51.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- LORENZETTI, RICARDO, “Nuevas fronteras del abuso de derecho”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-593.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS, *Derecho Civil. Obligaciones*, Luís Andorno (trad.), Bs. As., Zava-lía Ed., 2006, tomo II.
- MEGÍAS, JOSÉ J., “El subjetivismo jurídico y el Derecho romano en los textos romanos”, en *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.
- MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en *RDF*, n° 31, 2005-103.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUÍS, *El abuso del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ver texto en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>
- MOLINA, JUAN C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1969.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Artículo 1071” (comentario), en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2005, tomo 3 A.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, n° 16, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- MUÑOZ TORTOSA, JUAN, *Personas mayores y malos tratos*, Madrid, Pirámide, 2004.

- NISSEN, RICARDO, Curso de Derecho Societario, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001.
- OMS, “A life course perspective of maintaining independence in older age”, Ginebra, 1999.
- OMS, “II Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento”, Madrid, 2002.
- ONU, OBSERVACIÓN GENERAL “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4, 11/03/2000.
- ORTIZ Y BUSTOS, BELISARIO M., “Acerca del abuso del derecho”, en *Prudentia Iuris* IX, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Bs. As., Abril, 1983.
- PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008.
- PELÉ, ANTONIO, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 1, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre-enero de 2004.
- PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: desjudicialización de la tutela?”, en *Revista Jurídica La Ley*, año XXVIII, n° 6665, 06/03/2007.
- PÉREZ CONTRERAS, M. MONTSERRAT, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el derecho cubano?”, en *RDF*, 2009-III.
- PIAGGI, ANA, *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal*, Bs. As., Ed. Depalma, 1997.
- PICASSO, SEBASTIÁN, “Nuevas fronteras del derecho a la imagen”, *JA* 2005-II-1251.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, La Habana, Cultural S.A., 1946, tomo 6.
- PRATES, TITO, *Abuso de Derecho*, en *JA* tomo 50-1, Sección doctrina.
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, Bs. As., La Ley, 2010.
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2011, tomo III.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Astrea, 2000.
- RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos 1995.
- RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Bs. As., Ad hoc, 2008.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, Bs. As., Ed. Legis, 2006.
- RIVERA, JULIO C., “Los derechos personalísimos en el Proyecto de reformas al Código Civil”, en Javier H. Wajtraub, Sebastián Picasso y Juan M. Alterini (coords.), *Instituciones de derecho privado moderno*, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.
- ROCCA, IVAL, “Abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley* 104.
- RUBIO, RAMONA, “Concepto, tipos, incidencia y factores de riesgo del maltrato institucional de

- personas mayores”, en Isabel Iborra Marmolejo, *Violencia contra las personas mayores*, Barcelona, Ariel, 2005.
- SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contra ‘jóvenes’ y ‘viejos’. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.
- SALVAT, RAYMUNDO M., “Teoría del abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley*, tomo, 6, Sección doctrina.
- SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Bs. As., LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2006.
- SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho civil*, Bs. As., Depalma, 1947, tomo I, Vol. 2.
- TAIANA DE BRANDI NELLY y BRANDI TAIANA MARITEL, “La modificación de la ley 26.529”, en Graciela Medina (dir), *Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte Digna*, Bs. As., La Ley.
- TIERNEY, BRIAN, “The idea of natural rights-origins and persistence”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, Vol. 2, spring, Northwestern University School of Law, 2004.
- TOBIAS, JOSÉ W., “Debilitamientos decisionales. Vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en *RDFyP*, La Ley, año 2, n° 1, 2010.
- TOBIÁS, JOSÉ W., *Derecho de las personas – Instituciones de derecho civil. Parte general*, 1ra ed., Bs. As., La Ley, 2009.
- TOBIÁS, JOSÉ W. y GOLDENBERG, ISIDORO, “Abuso de posición dominante”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1002.
- VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO, “Comentario al artículo 1089 del Código Civil”, en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ra. ed., 2da reimp., Bs. As., Hammurabi, 2007, tomo 3.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.
- VENINI, JUAN C., “El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces”, en *JA*, 1980-3.
- VERGARA, LEANDRO, “La finalidad en los contratos de fertilización asistida. Nociones de Concepción, Embrión y Pre-embrión. Lectura crítica de una sentencia que autoriza el implante contra la voluntad de unos de los dadores del material genético”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1, 26/10/2011.
- VERÓN, ALBERTO, *Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. Astrea, 2007.
- VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El derecho subjetivo”, en *Derecho Privado*, Oscar J. Ameal (dir.) y Dora M. Gesualdi (coord.), libro homenaje a Alberto J. Bueres, Bs. As., Hammurabi, 2001.
- VIGO, RODOLFO L., “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, n° 16 (“Abuso del derecho”), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- VILLEY, MICHEL, “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- WARAT, LUIS A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

ZALDÍVAR, ENRIQUE, “Sociedades Comerciales: notas sobre el proyecto de reforma legislativa del 26 de septiembre de 1991”, en *Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, Sociedades Comerciales*, Jaime Anaya y Héctor Alegría (dirs.), Bs. As., Ed. La Ley, 2008.

ZALDÍVAR, ENRIQUE ET AL, *Cuadernos de Derecho Societario*, Bs. As. Ed. Abeledo Perrot, 1978.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Tratado de daños a las personas – Daños a la dignidad*, Bs. As., Astrea, 2011, tomo 1 y 2.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 4.

Índice Temático

A

- ABUSO DEL DERECHO** P. 16, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 230, 231, 233, 234, 235, 236
- cláusula abusiva P. 231, 233
- cláusula prohibitiva del abuso del derecho P. 220
- situación jurídica abusiva P. 217, 232
- ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE** P. 22, 218, 232, 233
- ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN** P. 69, 87, 95, 96, 97
- ANCIANIDAD** P. 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 154, 155, 156, 159, 161, 162
- estadios del envejecimiento P. 149
- derechos de los ancianos P. 140
- protección jurídica integral de las personas de edad P. 162
- AUTODETERMINACIÓN** P. 43, 49, 52, 58, 123, 156, 162
- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD** P. 9, 15, 66, 68, 80, 89, 94, 121, 155
- autonomía progresiva P. 126, 129, 136, 161

C

- CAPACIDAD DE LAS PERSONAS** P. 24, 65, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 88, 91, 92, 93, 98, 99, 101, 102, 103, 106, 107, 109, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 122, 123, 124, 126, 131, 134, 135, 140, 141, 142, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 158, 159, 160, 161, 162, 197, 274
- capacidad de derecho P. 24, 70, 124
- capacidad de hecho P. 71, 77, 78, 92
- declaración de incapacidad P. 73, 96, 115, 154
- designación del propio curador P. 69, 70, 89, 90, 94, 96, 106, 108, 111, 112
- mandato de autoprotección P. 69, 105, 106, 112

previsión de la propia incapacidad P. 66, 68, 69, 70, 81, 88, 103, 109, 117, 118

proceso de incapacidad P. 101, 105, 107, 108

representación de los incapaces P. 73, 77, 78

sistema de protección de los incapaces P. 70

CONCEPCIÓN DE LA PERSONA P. 16, 24, 25, 33, 34, 38, 42, 144, 155, 169, 178, 219

existencia de la persona desde la concepción P. 24, 25, 28, 34, 35, 42

nacimiento con vida P. 33, 34

CONSENTIMIENTO INFORMADO P. 51, 70, 108, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 132, 142, 155, 156, 157, 162

derecho al consentimiento informado P. 132

imposibilidad de brindar el consentimiento informado P. 157

CONTRATO DE ADHESIÓN P. 198

CONTRATO DE ARBITRAJE P. 199

D

DERECHO A LA IDENTIDAD P. 58

DERECHO A LA IMAGEN P. 53

consentimiento para la captación o reproducción de la imagen P. 55

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA P. 47, 61

DERECHO A LA INTIMIDAD P. 48

derecho a la intimidad personal y familiar P. 50

intimidad corporal P. 50

DERECHO AL HONOR P. 56

DERECHO A MORIR P. 132, 158

DERECHOS ADQUIRIDOS P. 6, 7, 9, 12

- DERECHO A LA INTEGRIDAD ESPIRITUAL** P. 47
- DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA** P. 218, 234, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 278, 279, 280
- acciones de clase P. 250, 256, 257, 261
- clasificación de derechos colectivos P. 279
- procesos colectivos P. 242, 249, 255, 256, 257, 259, 260, 270, 275, 276, 278, 280
- protección de los derechos de incidencia colectiva P. 251
- DERECHOS DEL CONSUMIDOR** P. 20, 22
- contrato de consumo P. 17, 18, 198
- defensa del consumidor P. 17, 195, 248, 256, 266, 268, 269
- Ley de Defensa del Consumidor P. 18, 19, 20, 21, 242, 268
- leyes protectorias del consumidor P. 17
- relación de consumo P. 17, 20
- DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES** P. 120
- aptitud físico psíquica de los jóvenes P. 136
- decisión autónoma por parte de niños y adolescentes P. 130
- ejercicio de los derechos por la persona menor de edad P. 126
- igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes P. 137
- salud de los adolescentes P. 119, 121
- DERECHOS INDIVIDUALES** P. 145, 218, 234, 244, 246, 254, 256, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 270, 273, 275, 276, 277, 279
- DERECHOS PERSONALÍSIMOS** P. 39, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 58, 59, 61, 62, 126, 132, 142, 146, 154, 155, 156, 244
- clasificación de los derechos personalísimos P. 47
- reconocimiento de los derechos personalísimos P. 46
- regulación de los derechos personalísimos P. 59, 62
- DIGNIDAD DE LA PERSONA** P. 44, 46, 51, 61, 155
- E**
- EMBRIÓN** P. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 42
- embrión no implantado P. 30, 31, 37
- ESTATUTO DEL COMERCIANTE** P. 196, 197
- F**
- FERTILIZACIÓN ASISTIDA. Véase REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**
- I**
- INTERESES DIFUSOS. Véase DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA**
- M**
- MUERTE DE LA PERSONA** P. 35
- ausencia y presunción de fallecimiento P. 35
- comprobación de la muerte P. 35
- N**
- NORMA IMPERATIVA** P. 8, 9, 16, 17
- NORMA SUPLETORIA** P. 15
- O**
- ORDEN PÚBLICO** P. 7, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 68, 79, 80, 81, 86, 88, 89, 90, 109, 151, 287, 295
- leyes de orden público P. 9, 10, 12

P

PACIENTE P. 34, 51, 52, 70, 92, 108, 122, 123, 124, 128, 132, 136, 138, 155, 156, 157, 158, 159, 162

autodeterminación del paciente P. 162

derechos de los pacientes P. 51

PERSONA P. 7, 8, 23, 24,

25, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,

46, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 65, 68, 69, 70,

71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92,

93, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109,

110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 125, 126, 129, 130,

131, 140, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154,

155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 173, 177, 179, 181, 200,

201, 202, 203, 207, 223, 229, 259, 271, 275, 289, 294

concepto de persona P. 29

PRINCIPIO DE BUENA FE P. 218

obligación de ejercer los derechos de buena fe P. 219

principio de legalidad P. 87, 211, 215, 222

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. Véase DERECHOS DEL CONSUMIDOR

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL P. 39

PUBLICIDAD DE LAS LEYES P. 4

R

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA P. 25, 26, 33, 36, 42

inseminación artificial P. 27

técnicas de reproducción humana asistida P. 25, 42

retroactividad de la ley P. 12

irretroactividad de las leyes P. 7, 13, 21

límite a la retroactividad de las leyes P. 12

S

SEGURIDAD JURÍDICA P. 62, 190, 214, 222

SOCIEDAD UNIPERSONAL P. 165, 168,

171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 182, 183, 185, 186, 191,

193, 194, 200, 201, 202, 203, 205, 206

empresa individual de responsabilidad limitada P. 171, 172, 200, 201, 202

limitación de la responsabilidad del único socio P. 191

regulación de la sociedad unipersonal P. 168, 173

Sociedad Anónima Unipersonal P. 182,

190, 191

T

TIERRAS RURALES P. 285, 286, 287, 288,

292, 295

certificado de habilitación P. 295, 296, 297, 298

dominio de tierras rurales P. 292

Ley de Tierras Rurales P. 285, 287, 288,

290, 294, 295, 298

Registro Nacional de Tierras Rurales P. 295, 296, 297, 298

titularidad de las tierras rurales P. 285

V

VIDA DE LA PERSONA P. 18, 21,

24, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 43, 46, 47, 48, 50, 53, 56, 58, 61,

62, 66, 67, 69, 71, 73, 91, 92, 94, 123, 125, 128, 129, 132, 133,

135, 138, 141, 142, 144, 148, 151, 155, 156, 159, 160, 161,

201, 228, 229, 236, 247

existencia de la vida P. 24

fin de la vida P. 23, 132

nacimiento con vida P. 33, 34

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en octubre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar