

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretario
Andrés Heim

CONSEJO DE REDACCIÓN – 2011

Director

Lautaro Furfaro

Subdirector

Alejandro Ezequiel Coto

Secretaria de Redacción

Sebastián Axel Green Martínez
Celeste Salomé Novelli

Tutores

Ariel Sebastián Garín
Malena Rocío Maceira

Redactores

Pablo Sebastián Carducci
Leandro Ferreyra
Carlos Adrián Garaventa
Juan Manuel Galindo Roldán
Santiago Lucas Peña
Ezequiel Horacio Monti
María Luz Silveira
Julio Francisco Villarreal

Colaboradores

Federico Matías Apostolidis
Jonathan Matías Brodsky
Magdalena Bulit Goñi
Victor Lisandro Elías
Milton Fellay
Guillermo Ferraioli
Marco Alejandro Tomás Fuscaldo
Cecilia Gebruers
Ernesto Eusebio Gómez Zamacola
Patricio Grané
Marcos Kotlik
Luisa Loeffel Reis
Mauro Magneschi
Soledad Manín
Noelia Verónica Matalone
Leandro Nicolás Mazza
Julián Kon Yung Park
Tomás Francisco Pomar
Antonio Ribichini
Paula Constanza Scianca Luxen
Delfina María Vildósola

CONSEJO DE REDACCIÓN – 2012

Director

Alejandro Ezequiel Coto

Subdirector

Jonathan Matías Brodsky

Secretario de Redacción

Julián Kon Yung Park

Tutores

Enzo Esteban Donato Brun
Juan Manuel Galindo Roldán
Ariel Sebastián Garín

Redactores

Carlos Adrián Garaventa
María Luz Silveira

Colaboradores

Lucía Beatriz Bellocchio
Magdalena Bulit Goñi
Augusto Demacópulo
Victor Lisandro Elías
Milton Fellay
Patricio Nahuel Giralt
Patricio Grané
Patricio Enrique Kenny
Mauro Magneschi
Leandro Nicolás Mazza
Federico Eduardo Olivera
Federico Santiago Piroli
María de los Ángeles Ramallo
Antonio Ribichini
Delfina María Vildósola

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES
Y
ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico
Marcelo Raffin
Aníbal D' Auría
Atilio Alterini
José Casás
Mario Villar
Sandra Negro
Marisa Herrera

Todos los derechos reservados
Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN 0024-0079

Ninguno de los artículos de esta obra puede ser reproducido o transmitido en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Para la reproducción con fines académicos de los artículos de esta revista es necesario solicitar autorización al autor y al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Asimismo se debe hacer referencia a la fuente, volumen, número de página del artículo, año de publicación, lugar y editorial.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial.....	13
----------------	----

LECCIONES

Martín Aldax. <i>Aplicación de la regla “compensatio lucri cum damno” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura</i>	19
Liliana Abreut de Begher. <i>La propiedad comunitaria indígena</i>	55
Alberto J. Bueres. <i>Obligaciones “propter rem” y sus relaciones con otras figuras</i>	99
Luciana B. Scotti. <i>La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada desde el derecho internacional privado</i>	129
María V. Famá. <i>El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación</i>	171
Martín E. Paolantonio. <i>Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de código civil</i>	197

ENSAYOS

Jonathan M. Brodsky y Alejandro E. Coto. <i>El daño directo en la ley de defensa del consumidor</i>	219
---	-----

IX CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE DERECHO CIVIL

Guido L. Croxatto. <i>La salud mental (en la argentina): dos paradigmas en pugna</i>	255
Jonathan M. Brodsky. <i>Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores</i>	277

TRADUCCIONES Y AFINES

María S. Manin y Carlos A. Garaventa. *Krell V. Henry*, audiencia ante la Court of Appeal [of England and Wales, civil division], 11 de agosto de 1903 ([1903] 2 K. B. 740).....301

Carlos A. Garaventa y María S. Manin. *Sobre los orígenes de la doctrina de la frustración del fin del contrato: comentario al fallo Krell V. Henry*315

ENTREVISTA

Dra. Marisa Herrera327

¿Cómo Publicar y Participar en Lecciones y Ensayos?341

EDITORIAL

*“Change is the law of life.
And those who look only to the past or present
are certain to miss the future”*

JOHN FITZGERALD KENNEDY

El Código Civil de la Nación entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Dieciocho años le demandó a nuestra Nación la sanción de este código de fondo para el derecho común, ya contemplado por el artículo 64, inciso 11, de la Constitución Nacional de 1853.

Otro era aquel mundo, ese de entonces. A fines del siglo XIX todavía no había comenzado la Segunda Revolución Industrial en Europa, mientras que en la actualidad algunos sostienen que nos encontraríamos en la Tercera. Resulta superfluo señalar cada uno de los avances técnicos que hoy le permiten a (una porción de la) humanidad vivir en condiciones materiales mejores.

Esta redefinición en las posibilidades de realización individual y colectiva a través de la técnica aplicada ha importado innumerables cambios en materia de valores, intereses y la forma en que se los jerarquizó en los últimos ciento cuarenta años. Aún más cuando se trata de una historia tan llena de urgencias e imprevisiones como la nuestra.

Mucho antes de que todo esto ocurriera, VÉLEZ SANSFIELD redactaba un código de más de cuatro mil artículos destinado a regular el universo de relaciones del derecho común. Sin las facilidades que hoy nos suponen los ordenadores e Internet, el *tempo* de su obra se marcaba por la llegada al Puerto de las fuentes provenientes del extranjero y la costura de las famosas *notas* con aguja e hilo.

Pero no son las nutridas –y no pocas veces contradictorias– fuentes ni la considerable extensión del Código las que ameritan un homenaje. Tampoco lo son las dificultades de semejante empresa, inclusive, al día de hoy. En absoluto. LECCIONES Y ENSAYOS no celebra la cifra ni la hazaña personal del Codificador, sino la trascendencia jurídica de una obra que ha regulado general e integralmente nuestro derecho común durante casi siglo y medio. De aquí que a fines del 2010 hayamos decidido tomado como *leitmotif* de esta nueva edición al centésimo cuadragésimo aniversario de la entrada en vigencia del Código Civil de la Nación.

Obviamente, esta epopeya jurídica sostenida a lo largo de las páginas de nuestra historia no se ha dado sin sufrir las transformaciones que el implacable paso de los años a todo le imprime.

De esta manera, tras exiguos veinte años de su entrada en vigor, se instituyó el matrimonio civil y se permitió casarse a quienes no profesaran el catolicismo

(Ley 2.393); en 1926, se amplió considerablemente la capacidad de la mujer casada, viuda y divorciada (Ley 11.357); y en 1948, se incorporó la adopción que, por una cuestión de época, difícilmente podría haber contemplado el codificador como fuente de filiación (Ley 13.252). Asimismo, en ese año se previó la propiedad horizontal, cuya prohibición había sido expresamente dispuesta por Vélez en un contexto habitacional (urbano) ciertamente distinto (Ley 13.512). En 1954, además de reformarse importantes aspectos de la capacidad para contraer matrimonio, la ausencia simple y aquella con presunción de fallecimiento, se incorporó la especial protección del “bien de familia” frente a ejecuciones por deudas posteriores a su constitución (Ley 14.394); mientras que en 1968 tuvo lugar la más importante reforma del Código, que aunque solo alteró doscientos de sus artículos, significó un giro copernicano en algunos de sus principios rectores (Ley 17.711). Diecisiete años más tarde, se terminó de igualar a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y se avanzó en el campo de la patria potestad (Ley 23.264). En 1987, finalmente se admitió el divorcio vincular (Ley 23.515); y en 1993 se consagró el esencial resguardo de los derechos de los consumidores en un mundo globalizado y empresario (Ley 24.240). Ya más reciente, a fines de 2009, se fijó la mayoría de edad a los 18 años (Ley 26.579); y, por último, a mediados de 2010 se permitió la unión en matrimonio –con idéntica denominación, relevancia jurídica y efectos– de personas del mismo sexo (Ley 26.618).

Ante nosotros, la evidencia de que las reformas introducidas se debaten entre importantes, necesarias e inevitables. No obstante, la Ley 340 mantuvo su identidad como la universalidad jurídica que constituye, más allá de los cambios en su articulado y los intentos de innovación legislativa.¹

Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia diaria nos expone demuestra (con progresiva gravedad) el desfase entre nuestra realidad y la que inspiró al Codificador. De aquí a que las críticas sobre sus preceptos crezcan en relevancia y que estos embates tengan su fundamento, aunque frecuentemente adolezcan de la falacia anacrónica: esa por la cual se confunde la valoración de una obra fuera de su tiempo con la necesidad de sincronizar los valores de la sociedad actual con su norma.²

1. Baste mencionar aquí a los casos más tradicionales y al más reciente, el Biliboni (1926) y el dirigido por Alterini (1998), respectivamente, que –a pesar de sus innegables méritos– nunca devinieron derecho positivo.

2. Esta misma circunstancia es advertida entre los considerandos del decreto N° 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, donde se señala “[q]ue el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar 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 ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”.

La proyección de un número temático siempre presenta el desafío de definir un objetivo editorial significante, puesto que de otro modo el tema conductor quedaría relegado a ser un mero criterio aglutinante. Así es que el número 90 de LECCIONES Y ENSAYOS aspira a honrar a esta obra monumental del pasado sin desconocer las necesidades jurídicas del presente, para así pensar los desafíos y proyecciones que nos depara el futuro.

En el ínterin de nuestra empresa, lo impensado: el Poder Ejecutivo Nacional emitió el decreto 191/2011 por el cual se resolvió la creación de la Comisión para la elaboración del “Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”. Igualmente imposible era imaginar que en el plazo previsto –trescientos sesenta y cinco días–, la Comisión elevaría el Anteproyecto encomendado. Finalmente, tampoco podíamos vaticinar, aunque celebramos que así haya ocurrido, que una edición simplemente conmemorativa importara, en definitiva, nuestra participación en el más ambicioso, actual, rico y complejo debate legislativo en mucho tiempo.

Ahora bien, los problemas pendientes de nuestro corpus *iuris civile* ya eran conocidos antes del Proyecto. Y es así que quien recorra estas páginas encontrará abordajes a las distintas temáticas que componen el Derecho Civil en esta hora. Se estudia a la persona humana desde la óptica de la salud mental (CROXATTO), y a la filiación por técnicas de reproducción asistida en punto a la ponderación de derechos fundamentales (FAMÁ). En el Derecho de Obligaciones, aparecen tratadas aquellas contraídas en moneda extranjera (PAOLANTONIO), las *propter rem* (BUERES) y la regla *compensatio lucri cum damno* (ALDAX). Se analiza a su vez la teoría de la frustración del fin del contrato (GARAVENTA Y MANÍN), y la contratación electrónica desde el Derecho Internacional Privado (SCOTTI). Asimismo, en materia de los Derechos Reales, se estudia la propiedad comunitaria indígena (ABREUT DE BEGHER) y abordamos el Derecho de Familia con una entrevista a una de las colaboradoras de la Comisión de Reforma, donde se refiere a sus distintas instituciones (HERRERA). Todo ello, escrito antes de la realización del Proyecto de Reforma pero actualizado con posterioridad a su presentación.

Para cerrar, una nueva apertura. LECCIONES Y ENSAYOS es la única publicación regular de la Universidad de Buenos Aires dirigida por estudiantes, así también la más antigua de la Facultad de Derecho. Desde 1956, es la realización de la visión de un hombre –Prof. Ignacio WINIZKY– que creyó en el futuro: la juventud.³

3. En palabras del Fundador, “*Lecciones y Ensayos en manos de los alumnos –entiéndase bien, de todos los alumnos–, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina*”, en Revista *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N° 1, 1956, p. 5, ISSN 0024-00791.

Estimado lector, cuando lea cómo recordamos el pasado, discutimos el presente y pensamos el futuro, sepa que aquella esperanza también es la nuestra. Esto es LECCIONES Y ENSAYOS.

LECCIONES

APLICACIÓN DE LA REGLA “*COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*” EN LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE LA CHANCE DE AYUDA ECONÓMICA FUTURA

MARTÍN ALDAX*

Resumen: El trabajo demuestra que para determinar la indemnización material por el fallecimiento de un hijo, debe descontarse a la suma otorgada en concepto de pérdida de la chance de ayuda económica futura, las erogaciones dejadas de realizar por los progenitores en beneficio del menor como consecuencia de la muerte.

Se encuentra dividido en dos capítulos y una conclusión.

En el primer capítulo comprende una breve reseña histórica de la institución, ubica la cuestión dentro de la teoría general del Derecho de daños. Se define la *compensatio lucri cum damno* y cada uno de los conceptos que la componen, estudiando las generalidades de la institución.

En el segundo capítulo se estudia el supuesto específico de compensación en el caso de pérdida de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres, con los gastos y erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor y de las personas por nacer, realizando un análisis de los conceptos, verificando los beneficios computables y sus requisitos.

Por último en la conclusión con la que se demuestra la hipótesis de trabajo planteada.

Palabras clave: Compensación del daño con el lucro – Compensación de beneficios – Pérdida de la chance – Daño – Daño material – Muerte del menor de edad – Pérdida de la chance de ayuda económica futura – Muerte de la persona por nacer – *Compensatio lucri cum damno*.

Abstract: This work shows that in order to establish the money damages resulting from the death of a child, the expenditures that the parents will not incur in the benefit of the minor –as a consequence of the latter’s death– must be deducted from the lost-expectation damages related to future economic help.

There are two chapters and a conclusion.

The first chapter, which includes a brief historical review of the legal notion, explains the topic in connection with the general theory of Law of Torts. *Compensatio lucri cum damno* is defined, as well as all the notions included therein, by analyzing the general aspects of the legal notion.

*Abogado (UM), especialista en Derecho de Daños (UBA).

The second chapter considers the specific case of damages in the event of loss of future economic help from the dead child to the parents, as well as the expenditures that the parents will not need to incur in favor of the minor or unborn child. These notions are analyzed, and the computable benefits and their requirements are determined.

Lastly, the thesis of the work is proved in the conclusion.

Key words: Compensation of damage and profits – compensation of benefits – lost-expectation damages – damage – monetary damage – death of minor – lost expectation of future economic help – death of unborn child – *compensatio lucri cum damno*.

“Justicia es ánimo constante de dar a cada uno lo que le pertenece por el derecho civil. Injusticia es quitar a alguno con pretexto de derecho aquello que le corresponde, según la verdadera interpretación de las leyes”

SPINOZA BARUCH, Tratado Teológico - Político.¹

INTRODUCCIÓN:

Este trabajo tiene por objeto demostrar que para determinar la indemnización material por el fallecimiento de un hijo, debe descontarse a la suma otorgada en concepto de pérdida de la chance de ayuda económica futura, las erogaciones dejadas de realizar por los progenitores en beneficio del menor como consecuencia de la muerte.

El Dr. Zannoni, en una nota de su obra *El daño en la responsabilidad civil*, efectúa el siguiente planteo: “¿Y qué ocurriría si el demandado, es decir el responsable por el hecho ilícito que produjo la muerte del niño, a la reclamación por el daño consistente en la pérdida de chances, opusiera como defensa la *compensatio lucri cum damno* a realizarse por la circunstancia de que los padres, a partir de la muerte de su hijo, se verán liberados de realizar los gastos que, en caso de vivir él, deberían haber continuado solventando?”²

1. SPINOZA, Baruch, *Tractatus Theologico - Politicus*, s.l., s.f. (Traducción: GALVAN, Enrique Tierno, *Tratado Teológico - Político*, Res Pública Clásicos del Pensamiento Político Social, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1966, p. 64).

2. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, p. 151, nota 51.

Esperamos a lo largo de este trabajo responder satisfactoriamente este interrogante, y con tal finalidad, formulamos la hipótesis de trabajo que a continuación exponemos:

“Los gastos dejados de realizar por los padres como consecuencia del fallecimiento del hijo menor de edad, deben ser compensados con el daño patrimonial generado por pérdida de la chance de ayuda económica futura del menor hacia sus progenitores”.

Habitualmente leemos en revistas de jurisprudencia fallos en los cuales se otorgan indemnizaciones por pérdida de la chance de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres y en raras ocasiones se aplica sobre esta indemnización la regla de la *compensatio lucri cum damno*, pese a que a nuestro entender más allá de la razonable pérdida de los progenitores, existe un “*lucro*”, configurado en forma de evitación de gastos.

Cabe que realicemos una aclaración, debido a que trataremos indemnizaciones generadas a partir del fallecimiento de menores de edad, cuestión extremadamente delicada. Por ello cuando nos referimos a enriquecimiento lo hacemos en el sentido patrimonial, ya que indudablemente el dolor de los padres por el deceso de su hijo es el mayor que una persona puede sufrir; sin embargo, para compensar ese dolor existe la reparación específica del daño moral. Ahora bien, para reparar el perjuicio material debemos dejar de lado ese dolor y estudiar solo cuál fue el menoscabo económico efectivamente sufrido. Pues no podemos agregar ingredientes morales o sancionatorios contra el victimario, ya que estaríamos generando indudablemente un enriquecimiento sin causa, situación repudiada por nuestro Derecho.

A fin de demostrar la hipótesis planteada, dividiremos el trabajo en dos capítulos, más la conclusión final.

En el primer capítulo haremos una reseña histórica de la institución, ubicando la cuestión dentro de la teoría general del Derecho de daños. Definiremos de manera sucinta los conceptos utilizados, estudiaremos las generalidades de la *compensatio lucri cum damno*. También analizaremos las opiniones doctrinarias; finalmente examinaremos los efectos generados con la inclusión del “daño punitivo” en el Derecho nacional, sobre la regla investigada.

En el segundo capítulo estudiaremos el supuesto específico de compensación en el caso de pérdida de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres, con los gastos y erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor y de las personas por nacer, realizando un necesario análisis de los conceptos, verificando cuáles beneficios serían computables y sus requisitos. Luego estudiaremos los elementos de valoración para la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno*, las reglas procesales.

Por último expondremos las conclusiones, y en caso que corresponda, demostraremos la hipótesis planteada.

Advertimos que a lo largo de este trabajo utilizaremos las expresiones *compensatio lucri cum damno*, compensación de beneficios y compensación del daño con el lucro, como sinónimos.

CAPÍTULO PRIMERO:

Reseña Histórica

La mayoría de los autores señala como la fuente de mayor importancia de la “*compensatio lucri cum damno*” al autor Hans Fischer,³ quien tuvo como pilar de sus estudios diferentes monografías de otros autores alemanes como Eichoff, Oertmann, Walsmann.

Sin embargo, si bien el doctrinario alemán estudió profundamente la cuestión, la institución tuvo su génesis bastante más atrás en el tiempo, aunque de modo tangencial fue tratada por el Derecho Romano.

Así pues, Pomponio expuso que “*Si administraras los negocios de un ausente, y este lo ignorase, debes responder por culpa y por dolo. Pero Próculo dice, que a veces debes responder también del caso fortuito, por ejemplo, si a nombre del ausente hicieras un negocio nuevo que él no hubiere acostumbrado a hacer, como comprando esclavos novicios, o emprendiendo alguna negociación. Porque si de esto hubiera resultado una pérdida, será de tu cuenta, pero la ganancia para el ausente, mas si en unas cosas se hubiere realizado ganancia, y en otras pérdida, el ausente debe compensar el beneficio con el daño*”.⁴

3. FISCHER, HANS, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B. Vol. V, Traducido por W. Roses, 1928. En esta obra el autor dedica un capítulo al estudio de la compensación de beneficios, donde analiza con profundidad la cuestión, su utilidad y aplicación de la institución en el derecho vigente de la época.

4. POMPONIO, Digesto, Libro 3, Título 5, Ley 11, “*Si negocia absentis et ignoratis geras, et culpan, et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine Rius geras, veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineudo. Nam si quid damnun ex ea re seciti, fiero. Te sequetur lucrum vero absentem, quod si in quibusdam lucrum Factum fuerit, in quibusdam damnun, absens pesare lucrum cum damno debet*”. JUSTINIANO, Cuerpo Del derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino. Barcelona, Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra, Jaime Molinas, Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.

Pese a que el ejemplo de Pomponio resulta discutible, comprobamos que no escapaba del conocimiento de los juristas romanos, si bien de un modo embrionario, lo que hoy denominamos *compensatio lucri cum damno*.

En el párrafo anterior mencionábamos que el ejemplo resultaba discutible, ello toda vez que no existe una real coincidencia entre el hecho generador del daño y el de la ganancia. En los capítulos venideros analizaremos con mayor rigor los requisitos de esta regla; para adelantarnos digamos que es esencial que las consecuencias del hecho ilícito sean simultáneamente beneficiosas y perjudiciales, extremo que no se cumple en el ejemplo dado por el jurista romano.

Nótese que Pomponio parte de una gestión de negocios, cuya finalidad es obtener ganancias para el ausente. A su vez, si el gestor actúa con negligencia debe responder por las consecuencias perjudiciales generadas por su accionar. En el ejemplo en análisis ante una gestión negligente se genera un daño, pero no un beneficio, razón por la cual no existe relación de causalidad entre el hecho y la ganancia. Esta última nace a partir de otros negocios realizados por el gerente y por tal motivo no puede ser compensada con el daño. También Ulpiano se expresó sobre esta cuestión: “... si un socio hubiese hecho con negligencia algunas cosas en la sociedad, pero en las más hubiese fomentado la sociedad, no se compensa el beneficio con la negligencia, como escribió Marcelo en el libro sexto del digesto”.⁵

Sobre este particular Fischer explica, avalando la opinión brindada por Ulpiano, que la conducta general del socio produce beneficios o daños, pero si este actúa negligentemente “La aplicación de las normas sobre indemnización no puede colocar al causante del daño en situación más favorable a la que, según el primer texto, ocuparía un socius, si no incurriese en una conducta general que le obliga a indemnizar los daños inferidos”.⁶

Dicho de otro modo, aquí tampoco existe relación de causalidad entre el actuar negligente y el beneficio generado, imposibilitando así la utilización de la *compensatio lucri cum damno*.

En Argentina, diversos autores han trabajado sobre el tema. Cabe mencionar entre ellos a Orgaz, quien le dedica un capítulo de su obra *El daño resarcible*;⁷ Aguiar, que lo trata en su obra *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*;⁸ Zavala de González, quien también analiza la cuestión en un capítulo de su obra

5. “It ideo, si socius quaedam negligenter in societate egrisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur pendium cum negligentia, ut marcellus libro sexto digestrorum scripsit”. ULPIANO, Digesto, Libro 17, Título II, Ley 26, JUSTINIANO, Cuerpo Del derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino. Barcelona, Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra. Jaime Molinas, Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.

6. FISCHER, *op. cit.*, p. 197.

7. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (actos ilícitos)*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992.

8. AGUILAR, Enoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1990.

Resarcimiento de daños,⁹ López Herrera, que estudió el tema en su *Teoría general de la responsabilidad civil*;¹⁰ y por último Tale, autor de un extenso y completo artículo.¹¹

Concepto

Definiremos a la *compensatio lucri cum damno*, como la regla que indica que al momento de realizar la valuación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias beneficiosas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral¹².

Orgaz expresaba que *“La apreciación del daño en cada caso concreto (...) exige la determinación atenta, no solo de las consecuencias perjudiciales que han derivado del acto ilícito, sino, también, de las beneficiosas que eventualmente hayan podido surgir del mismo acto. Esta confrontación de unas con otras y de la cual ha de surgir, como residuo, el daño efectivo o la ausencia de daño, se designa habitualmente con el nombre de “compensación de beneficios”*”.¹³

Como se puede apreciar en nuestra definición, colocamos a la compensación de beneficios, dentro de la misma valuación del daño, a diferencia de Fischer y Tale, quienes ubican a la cuestión en la teoría del daño, específicamente dentro de los requisitos del daño resarcible.¹⁴

9. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B.

10. LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. Lexis Nº 7004/002162.

11. TALE, Camilo, “La regla “compensatio damni cum lucro” en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2, Eximentes de responsabilidad - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 19/09/2006.

12. Se falló que: *“La apreciación del daño en cada caso exige la determinación prolija, no solo de las consecuencias perjudiciales, sino también de las beneficiosas que eventualmente hayan podido surgir del mismo acto (incumplimiento o acto ilícito), de cuya confrontación, habitualmente designada compensatio lucri cum damno, habrá de resultar la existencia de daño efectivo, o incluso, la ausencia de daño”*. CNAC, sala A, 11/11/1994, La Cañada S. A. c. Marathon Petroleum Argentina Ltda.

“Conforme con la doctrina de la “compensatio lucro cum damno” el beneficio derivado del mismo hecho que causa el daño debe descontarse o compensarse con la indemnización que cupiere, pues el damnificado no debe lucrar a expensas del responsable”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 21/02/1985, Forte, M. D. y otra c. Lucasa Construcciones, S. A., La Ley 1985-B, 475.

13. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (actos ilícitos)*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992. p. 186.

14. Anteriormente ya hemos citado que Fischer expresaba sobre esta cuestión que *“No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias perjudiciales derivadas de un hecho supera*

A los efectos prácticos, la diferencia de ubicar la cuestión en uno u otro lugar, es básicamente la posibilidad de los jueces de aplicar esta regla de oficio.

Si la *compensatio lucri cum damno* es tratada como un capítulo de los requisitos del daño resarcible, los jueces deberían aplicarla de oficio, sin importar si fue pedida por alguna de las partes, ya que el magistrado es el encargado de verificar que el daño cumple todos los requisitos necesarios para ser indemnizado.

Tal como más adelante explicaremos, nos enrolamos en la postura que mantiene que la *compensatio lucri cum damno* debe ser aplicada a pedido de parte, ya que al igual que el daño debe ser expresamente peticionado, y el juez no puede condenar al autor del hecho ilícito a resarcir un daño no pedido por la víctima, tampoco puede ordenar descuentos sobre el monto del daño, imputando beneficios que no fueron opuestos como defensa y probados en juicio.

De modo que una vez que se peticionó y se probó la existencia del beneficio, el juez deberá realizar la valuación del daño descontando los beneficios generados en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho, pudiendo recurrir en su caso a las amplias facultades que habitualmente los Códigos procesales le otorgan a los magistrados (vgr. artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Razón de ser de la *compensatio lucri cum damno*.

Hecha la definición debemos ahora indagar sobre los fundamentos de esta regla. En este aspecto recurrimos a uno de los principios rectores en materia de Derecho de daños continental, el principio de la reparación integral, el cual indica que se debe colocar a la víctima en la situación idéntica o al menos lo más similar posible, a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso.¹⁵

Al indemnizar a la víctima no se la debe ni empobrecer, ni enriquecer. Es por ello, que cuando a partir de un hecho se generen de modo simultáneo beneficios y perjuicios, y estos cumplan con los requisitos de causalidad que estudiaremos, deben ser *compensados* a fin de lograr una reparación justa.

En este sentido existe entre los autores una opinión concordante y generalizada: “... *No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias*

aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce” FISCHER, Hans, op. cit., p. 185. A su vez TALE, manifiesta que “... el tema que estudiamos en el presente artículo se ubica, dentro de la sistemática de la responsabilidad civil, en la teoría del daño, y más precisamente, en el capítulo acerca de los requisitos del daño resarcible”, TALE, Camilo, op. cit., p. 294.

15. Código Civil Argentino, artículo 1083: *El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior; excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.*

perjudiciales derivadas de un hecho supera aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce. ...” “... La compensación de beneficios propiense impedir que aquél (el acreedor) se lucre indebidamente...”¹⁶

De modo que la razón de ser de esta regla, y consecuentemente su importancia, es evitar que la víctima se enriquezca sin causa y dar así efectivo cumplimiento a la manda del principio de la reparación integral.

Definición de los elementos que integran la compensatio lucri cum damno:

A continuación definiremos, uno a uno, los conceptos clave englobados en la definición dada:

Daño:

En primer lugar, siguiendo a Zannoni definimos al daño como el menoscabo sufrido por un persona como consecuencia de un determinado evento, en cualquiera de sus esferas, aún cuando la lesión haya recaído sobre un interés simple.¹⁷

Aclaremos que los daños compensables deben ser patrimoniales, o sea cualquier menoscabo, lesión o agravio al patrimonio, entendido como el conjunto de bienes de una persona.

Un determinado hecho podría generar distintas consecuencias de índole moral dependiendo de la persona; suponemos que un acto ilícito no podría generar consecuencias antagónicas en la faz sentimental de un mismo individuo.¹⁸

Podría un determinado hecho generar consecuencias distintas en diferentes personas a nivel moral o extrapatrimonial, pero en estos casos habrá mayor o menor daño, y no consecuencias beneficiosas y perjudiciales posibles de confrontar. Esto

16. FISCHER, Hans, *op. cit.*, p. 185.

17. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, pp. 1-57.

18. Para ampliar compulsar MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, “La “compensatio lucri cum damno”: la denominada teoría del descuento”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 10-JUL-06, Vol. 2005, pp. 149-160. Quienes expresan que: “Atendiendo a la naturaleza de las consecuencias perjudiciales compensables, la computación solo puede tener lugar, pues, en el ámbito de la compensación perfecta. Esto es, cuando se trata de consecuencias de índole estrictamente patrimonial, cuya reparación se sujeta al principio de la equivalencia, entrando en juego el principio del non bis in ídem. Pero, en cambio, cuando se trata de las consecuencias dañosas de índoles estrictamente personal, es decir, de los daños morales, no sujetos al principio de equivalencia, sino al de la compensación imperfecta, que implica una reparación (económica) que no se corresponde con un daño estrictamente mensurable, debe negarse la computación de beneficios”.

lo decimos independientemente de la existencia de una matriz objetiva, más allá de las diferentes interpretaciones y de las múltiples subjetividades humanas.

Beneficio:

Definiremos al beneficio, como cualquier ventaja material lícita obtenida por la víctima a causa del hecho que puso en funcionamiento la maquinaria de la responsabilidad civil.

Las ventajas pueden verse traducidas tanto en ingresos directos de dinero o bien en una evitación de gastos.

Los beneficios deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales, y tal como explicaremos luego, deben encontrarse en relación adecuada de causalidad con el mismo hecho que produjo los daños.

Compensación:

No debemos entender la compensación como el “*Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras...*”.¹⁹

Ni tampoco como es regulada por el artículo 818 y siguientes del Código Civil²⁰, dado que en ninguno de los ejemplos que analizaremos veremos obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor. Si estas existieran no podríamos hablar de la *compensatio lucri cum damno*, sino de una verdadera compensación en el sentido estrictamente técnico obligacional.

Lo que llamamos *compensatio lucri cum damno*, es en realidad la forma de obtener una la valuación exacta del daño efectivamente sufrido. Orgaz hablaba de una “*designación algo equívoca y que suele determinar desinteligencias, pero que, bien entendida, ofrece las ventajas de ser expresiva y tradicional*”.²¹

Tengamos en cuenta que, aunque resulta obvio, si el acreedor no reclamase la reparación de los perjuicios sufridos, el deudor tampoco podría reclamar por el enriquecimiento obtenido por el acreedor como consecuencia de los beneficios generados a partir del hecho ilícito.

19. Definición del la Vigésimo segunda edición del diccionario de la Real Academia Española versión digital obtenida de www.rae.es.

20. Art. 818 Código Civil: La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir.

21. ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 186.

No hay dos acciones distintas y diferenciadas, existe solo una en la que se debe valorar adecuadamente el daño efectivamente sufrido.

Con el mismo fundamento, la víctima no tendría que indemnizar al autor del hecho ilícito en el supuesto de que los lucros sean mayores que el perjuicio sufrido, en este caso simplemente no habrá daño sufrido porque su valuación sería equivalente a cero, o bien negativa.²²

Relación de Causalidad:

Otro concepto que surge de la definición como un requisito tácito y a la vez fundamental es la relación de causalidad.

Bustamante Alsina, entiende que se trata del “*vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa*”, de modo que “*el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción*”.²³

En primer lugar, tal como anticipábamos, aclaremos que tanto los beneficios como los perjuicios deben ser causados por el mismo hecho ilícito.²⁴

Luego, ese hecho ilícito debe ser la causa tanto de los beneficios como de los perjuicios y no una mera condición u ocasión para que estos se produzcan. Por ello nuestra crítica se dirige a quienes ubican el nacimiento del lucro dentro del mismo daño.²⁵

Zavala de González enseña que “*el hecho fuente de la responsabilidad ha de ser causa tanto de los desmedros como de las ventajas computables. Cuando estas no reconocen en el suceso su verdadero factor eficiente, sino que él ha representado*

22. De manera coincidente se dijo que: “*La compensación puede implicar que el daño neto se reduzca y hasta que desaparezca, pero atinadamente se niega que la víctima del daño deba indemnizar al autor en el caso de que el lucro haya resultado superior al perjuicio*”. ALTERINI, Jorge Horacio, “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, Academia Nacional De Derecho, 2008 (octubre), La Ley, 29/07/2009, p. 1.

23. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Lexis N° 1.123/002124.

24. Así han resuelto nuestros tribunales al fallar: “*Para que sea admisible la compensatio lucri cum damno se requiere que el perjuicio provenga del mismo acto ilícito que causó el perjuicio*”. Cám. 1° Apelaciones Bahía Blanca, 4/11/1969, en LL, pp. 137-610.

25. Nos parece erróneo ubicar el nacimiento del beneficio en el daño y no en el hecho mismo, sin embargo se dijo que: “*El daño puede ser causa de beneficios o lucros, los cuales se derivan del perjuicio...*” VICENTE DOMINGO, Elena “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en LLAMAS POMBO Eugenio (coord.), *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, España, La Ley Actualidad, 2006, pp. 931-932. Creemos que si tomásemos como correcto el concepto realizado por el autor en cita, se tendrían que incluir, dentro de los beneficios *compensables*, lucros eventuales, que no guardan una adecuada relación de causalidad con el hecho ilícito.

solo una condición o antecedente ocasional, la víctima tiene derecho a conservar esos beneficios y a que no se deduzcan del monto indemnizatorio".²⁶

Sentado esto, concluimos que el beneficio y el daño, a fin de ser confrontados, deben encontrarse en idéntica relación de causalidad.

En cuanto a las consecuencias que deben ser computadas, entendemos que el criterio correcto es darle idéntico tratamiento al que se efectúa con el daño,²⁷ computando solamente las consecuencias beneficiosas que cumplan los requisitos establecidos por la ley para el daño. Siguiendo los lineamientos de nuestro Código Civil, deben ser descontados solo hasta los beneficios que resultaron consecuencias mediatas del hecho cuando se trate de responsabilidad aquiliana, e inmediatas en los casos de responsabilidad contractual, sin perjuicio de que esta diferencia en la práctica tiende a desaparecer.²⁸

En este aspecto, De Cupis expresaba: "*No hay razón para que se fije un límite a la relevancia jurídica de la causa respecto del daño y no se fije también un límite con relación al lucro, ya que lo equitativo es precisamente lo contrario, que el mismo límite subsista para ambos*".²⁹

Intentos legislativos

Existió un intento de legislar expresamente la regla *compensatio lucri cum damno*. El artículo 1641 del proyecto del código civil de 1998 disponía que: "*Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad: ...; b) Si el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor; ...*".³⁰

26. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *op. cit.*, p. 490.

27. Orgaz, enseñaba que: "*En términos más breves, la conexión causal que debe existir entre el acto ilícito y el daño indemnizable debe asimismo existir entre aquél y el beneficio a compensar*". ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 188.

28. Artículos 520, 521, 903, 904, 905 y 906 del Código Civil.

29. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición Italiana y estudio preliminar por MARTÍNEZ SARRIÓN, ÁNGEL, Barcelona, Bosch Casa Editoria S.A., 1975.

30. Artículo 1641.- Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad:

a) Si el deudor obró sin dolo y su responsabilidad no está comprendida en los artículos 1662, 1663 y 1665. A tal efecto debe atender a su situación patrimonial y, en su caso, a la circunstancia de que el damnificado haya percibido la indemnización proveniente de un seguro personal.

b) Si el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor.

c) En la responsabilidad por hechos involuntarios.

d) En los demás casos en que lo dispone la ley.

Sin duda, la redacción del artículo proyectado es errónea y así lo expresó la Dra. Zavala de González: “*Estimamos que dicha expresión es técnicamente equivocada: la responsabilidad existe o no; lo que puede atenuarse es su extensión, como cuando se reduce el alcance de la indemnización dineraria de modo que resulte inferior a la entidad del daño causado adecuadamente*”.³¹

Estamos de acuerdo con Zavala de González, si del hecho ilícito se generan además de perjuicios, beneficios en favor de la víctima, no resulta motivo suficiente para atenuar la responsabilidad del autor; en su caso deberá tener que pagar un resarcimiento menor, pero su responsabilidad en la causación del hecho seguirá siendo la misma.

Más allá de la observación realizada por la autora en cita, la norma otorga la posibilidad de que los jueces, por razones de equidad, puedan aplicar o no la regla en análisis. El fundamento de esta institución es el principio de la reparación integral, por lo que no puede ser optativo para los magistrados el descuento de los beneficios. Si a pedido de parte se prueba que además de los daños existieron ventajas para la víctima, si esas ventajas cumplen con los requisitos ya estudiados deben ser compensadas con los perjuicios.³²

En este sentido agregamos que tampoco es optativo para los jueces conceder o no un daño a la víctima si esta prueba su existencia, y los requisitos para ser indemnizable.

Por otra parte, consideramos que no hay necesidad de darle un tratamiento legal explícito a la compensación de beneficios ya que siempre tendrá su basamento en el principio de la reparación integral.³³ Pese a ello, creemos que si fuese legislada expresamente, su redacción podría ser más feliz.

Nuevos elementos de debate a partir de la inclusión del “daño punitivo” en el Sistema Legal Argentino.

El Dr. Tale en su artículo “*La regla “Compensatio Damni cum Lucro” en la responsabilidad civil*”, realiza la siguiente aclaración: “...*analizaremos los diversos*

31. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998. En materia de responsabilidad”, Buenos Aires, La Ley 1999-C, p. 877.

32. En igual sentido se expide Tale al escribir: “*La norma se expresa de modo facultativo, o así puede interpretarse, mientras que la compensatio lucri cum damno, cuando es procedente, es de aplicación obligatoria*”, TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 296.

33. “*Esto explica que el Código no tenga, ni necesite, en realidad, tener precepto general alguno que autorice esta compensación o deducción: como se ha dicho exactamente, la compensatio lucri cum damno, en sentido estricto, puede derivarse, y se ha derivado siempre, del concepto de daño, sin necesidad de precepto positivo especial*”, ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 187, quien a su vez cita a FISCHER, *op. cit.*, p. 186.

supuestos dentro del marco de la doctrina que concibe que la responsabilidad civil tiene fin exclusivamente resarcitorio del daño, que es la concepción predominante desde hace tiempo (aunque no es unánime) entre los juristas y tribunales del país. Diferentes serían algunas de las conclusiones si se admitiera una naturaleza mixta de las condenas de reparación civil, esto es, si reconocieran para la institución al mismo tiempo la finalidad indemnizatoria (...) y una finalidad punitiva”.³⁴

A partir de este *disparador* surgen dos interrogantes ¿En la actualidad se podría admitir una naturaleza mixta en las condenas de reparación civil? ¿Se vería afectada la *compensatio lucri cum damno* si se incluye el llamado daño punitivo en la legislación nacional?

El autor en cita agrega tres supuestos en los que considera que la finalidad exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad civil parece insuficiente para fundar todas las situaciones que comprende la institución. Entre ellos menciona los casos en los cuales sería adecuado que la ley argentina instituyera los *punitive damages*.

En cuanto al primer interrogante adelantamos que a nuestro entender el único fin de la responsabilidad civil es la reparación de los daños causados. Esto lo decimos so pena de que posiblemente el deber de reparar acarree otras consecuencias, como la prevención general del daño, pero esta generación de reacciones distintas a la reparación del daño en nada cambian su finalidad.

No podemos admitir que exista una *naturaleza mixta* (resarcitoria y punitiva) en la reparación civil, principalmente porque el monto indemnizatorio no se determina por la gravedad del hecho y/o por la intención o conducta del autor, sino por el daño efectivamente sufrido por la víctima.

En esta línea argumentativa se expresaron la mayoría de los autores,³⁵ entre ellos el Dr. Llamas Pombo con la claridad que lo caracteriza: “*Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos. El fundamental, que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño*”. Agregando luego que “*No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto*

34. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 289.

35. PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos””, Buenos Aires, La Ley 2007-F, 1154, manifiesta que: “*Queda claro, pues, que poco o nada hay de sancionatorio en nuestro derecho de daños. Por el contrario, sabido es que rige en él una regla de oro que resulta ser exactamente contraria a los principios que informan los punitive damages: el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el perjuicio causado. La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito; cualquier desembolso efectuado por encima de ese límite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado*”.

*preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil”.*³⁶

Asimismo se argumentó que “*Es verdad que la función punitiva estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas... En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador*”.³⁷

El Dr. Bustamante Alsina, entre otros,³⁸ también desecha la posibilidad de que el daño moral tenga funciones punitivas, al expresar que: “*Tratándose del daño moral, la mayoría de la doctrina afirma que la reparación del daño extrapatrimonial no difiere de la reparación del daño material y que aquél como este no son sino especies del daño. La sanción en ambos casos cumple una función resarcitoria y no constituye una sanción ejemplar o represiva. Reparar el daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones o compensaciones equivalentes a las que ella ha perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función de equivalencia que en los daños materiales, pero en modo alguno es una pena privada*”.³⁹

De modo que descartamos de plano una doble naturaleza de la responsabilidad civil.

Ahora bien, zanjada esta cuestión, queda pendiente analizar si la inclusión del daño punitivo en la legislación nacional, y sobre todo a partir de la incorporación

36. LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, Vol. 2002, p. 186.

37. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 1999, p. 44.

38. El maestro MOSSET ITURRASPE, deja en claro su punto de vista al expresar “*Nos resistimos a admitir que la reparación del daño moral (arts. 522 y 1078) constituya una sanción represiva; pensamos que, no obstante la particularidad del deber jurídico infringido, la indemnización en dinero responde a una idea de equivalencia y que la sanción es, por tanto, resarcitoria por analogía*” MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 02-06-1998, t. 1, p. 359.

En este sentido también se expidió la Dra. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. 2-B.

39. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, Buenos Aires, La Ley 1994-B, 860, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. III, p. 267.

del artículo 52 bis en Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361, podría generar una modificación en la regla de la compensación de beneficios.

Y adelantamos nuevamente que la respuesta será negativa.

Sin la intención de estudiar en profundidad la institución del daño punitivo, diremos que esta sanción excede la reparación del daño. Se trata de una pena impuesta al autor de un ilícito, y que no necesariamente debe guardar relación con el perjuicio infringido a la víctima, con independencia de que posiblemente sea esta quien reciba las sumas de dinero a las cuales fue condenado a pagar el *dañador* en tal concepto.⁴⁰

Estamos en presencia de una verdadera sanción, completamente distinta de las indemnizaciones cuya finalidad es reparar el daño causado y nada más. En el supuesto de la multa civil ni siquiera se busca reparar el daño, sino castigar al autor del ilícito para así desalentar que cometa hechos de similares características en el futuro.

De modo que son dos sistemas con fines bien diferenciados, por un lado el sistema que se rige por el principio de la reparación integral y por el otro lado un sistema punitivo que busca castigar, y así prevenir determinados hechos en un futuro.

Estos sistemas pueden convivir, ello lo decimos independientemente de las objeciones que tenemos contra la instauración del daño punitivo en el Derecho nacional⁴¹. Incluir un sistema punitivo en nuestro ámbito no significa que el principio de la reparación integral quede obsoleto. Este se mantendrá vigente siempre y cuando se trate de indemnizaciones cuyo objeto sea volver las cosas al estado en el que se encuentran con anterioridad al hecho ilícito.

Por lo dicho, y aún en el supuesto de que se incorpore a nivel general en la legislación nacional el daño punitivo, siempre coexistirá con el sistema de la reparación integral, y los jueces civiles tendrán entonces una doble función: por un lado colocar en un estado de indemnidad a la víctima y por el otro sancionar al autor del ilícito.

La Ley 24.240 ha incorporado esta institución en el Derecho nacional, a través del artículo 52 bis incorporado por la Ley 26.361, que dispone: “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del*

40. Así se falló que: “*Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado*”. CAp. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 27/05/2009, Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina, La Ley 08/06/2009, 08/06/2009, 11, La Ley 2009-C, 647.

41. En este sentido coincidimos con Picasso, quien reflexiona que “*Los “daños punitivos” parten, entonces de una base extraña, y hasta opuesta, a la que sustenta actualmente el sistema argentino de reparación de daños*”. PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos”, Buenos Aires, La Ley 2007-F, 1154.

consumidor; la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor; sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".⁴²

En lo que aquí nos importa, ya el mismo artículo dispone que más allá de la aplicación de la multa civil existirán otras indemnizaciones, dejando en claro que la condena sancionatoria es una indemnización distinta a las que se rigen por el principio de la reparación integral.

Entonces queda claro que se tratan de dos sistemas distintos, que conviven en un mismo orden jurídico. En consecuencia, y en lo que a la *compensatio lucri cum damno* respecta, su aplicación no variará en relación a la reparación específica del daño concierne.

Por tales motivos, las conclusiones a las que arribamos respecto de la regla en análisis en nada se modificarán en lo referente a la reparación. Claro está que sería ilógico aplicar esta regla sobre una multa civil, porque su finalidad no es restablecer las cosas al estado anterior, sino todo lo contrario, castigar para poder en un futuro modificar conductas, y así de un particular e indirecto modo prevenir los ilícitos.

42. Artículo 52bis, Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361.

CAPITULO SEGUNDO:

Definiciones:

Iniciaremos este capítulo con la definición del concepto “pérdida de la chance”, primero de modo general, luego en la especie aquí estudiada, para finalmente analizar la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* sobre el mencionado rubro indemnizatorio.

Pérdida de la chance:

Sobre la pérdida de la chance se expresó que: “*Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento [...] habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*”.⁴³

Por su parte Zannoni afirma que “*Las chances, en cambio, traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza de que gozaba el damnificado de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser más o menos dificultoso estimar su medida porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad la probabilidad, la posibilidad, y no el beneficio esperado, como tal*”.⁴⁴

De modo que estamos frente a una reparación no de la pérdida de una ganancia concreta, sino de la frustración de la posibilidad de obtener en el futuro un beneficio.

43. CASEAUX, Pedro Néstor, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de Chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, La Plata, 1981, p. 23 y ss., N° 10.

44. ZANNONI, Eduardo A., “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 06/2008, p. 92.

El quid de la cuestión radica en desentrañar cuáles eran las posibilidades de que la ganancia esperada se concrete, o dicho de otro modo habrá que evaluar los pro y los contras de concreción del potencial beneficio.⁴⁵

En los casos de pérdida de la chance desconocemos el resultado final, ya que un determinado hecho suspendió el curso de los acontecimientos, siendo imposible en consecuencia saber a ciencia cierta si, ante la ausencia del hecho dañador, la ganancia esperada se hubiera efectivizado, ya que si tuviésemos ese conocimiento no tendríamos que hablar de chances, sino de lucro cesante, o daño emergente según el caso.

Por otra parte, tenemos conocimiento de la existencia de una posibilidad más o menos cierta y sería de que el beneficio esperado se hiciera efectivo, y en torno a ese grado de conocimiento corresponderá otorgar esta indemnización.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el cálculo de este daño resultará harto complicado. Ya que en base al monto de la ganancia esperada, se indemnizará no por el total, sino de acuerdo a las posibilidades de que la ganancia, de no ser por el hecho ilícito, se hubiese efectivizado.

Pérdida de la chance de ayuda económica futura.

Mayoritariamente tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la vida humana carece de un valor por sí misma.

Pues bien, siendo que la vida humana no posee un valor en sí misma ¿cuál es la pérdida material que sufren los padres como consecuencia de la muerte de un hijo menor de edad?, sobre todo considerando que se trata de una persona económicamente improductiva.

Y aquí es donde entra en juego la frustración de las posibilidades de que los progenitores reciban en un futuro una ayuda económica por parte del hijo, como daño reparable.

La SCBA falló que “*En caso de muerte de un hijo menor lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; esa indemnización cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor hubiera representado una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que puede calificarse de cierto y no eventual*”.⁴⁶

45. TRIGO REPRESAS, Félix A., “La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008, p. 63.

46. SCBA Ac. 36773, Ac. 52947, Ac. 83961.

Resulta completamente legítimo y lógico que los padres tengan la esperanza de que en un futuro, cuando arriben a la vejez, reciban la colaboración de sus hijos, tanto en las tareas cotidianas (ayuda en la realización de tareas hogareñas, realización de trámites, ser acompañados al hospital),⁴⁷ como también ayuda económica de forma directa.

Y ante el fallecimiento del hijo esa esperanza se desvanece, es por ello que la frustración de la posibilidad de recibir ayuda debe ser saneada, ya que se trata de un daño cierto y con posibilidades serias y no conjeturales de concreción en un futuro.

Claro que no podrá ser reparada como una ganancia concreta, sino en base a las chances de obtener ese beneficio.

Si bien para la mayoría de los casos es complicado calcular este perjuicio, en los casos de pérdida de la chance de ayuda económica futura por el fallecimiento de hijos menores de edad, la dificultad se potencia. Ello debido a que el hecho que puso fin a la vida del menor, y el momento en que se esperaba recibir el beneficio, pueden estar separados por décadas, lo que ocasiona infinidad de incertidumbres, debido a las muchas variables involucradas (edad del menor; desarrollo sano y saludable; crecimiento económico, profesional, social; problemas familiares que lo alejen definitivamente de sus padres; posibilidades de otros accidentes que le hubieran impedido llegar a la edad suficiente para ayudar a sus progenitores; etc.). Todas estas variables finalmente determinarían las probabilidades de obtención de la ayuda.

A ello debe agregarse que tampoco tenemos conocimiento exacto de cuál hubiese sido el beneficio material. De lo único que estamos bastante seguros es que si los progenitores llegaban a la vejez, y su hijo aún seguía con vida, muy probablemente los hubiese ayudado económicamente de forma directa e indirecta.

Y en base a este conocimiento generalmente se ordena el resarcimiento del daño por pérdida de la chance de ayuda económica futura.

Independientemente de la bondad que pudiera esperarse del hijo, también existe una obligación legal con base en el artículo 266 del Código Civil que regula: *“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes”*.

47. En este sentido ZAVALA DE GONZÁLEZ expresa que: *“...la asistencia material que a su turno pueden brindar los hijos a quienes les dieron la vida, se ciñe a erogaciones efectivas; al contrario, se expresa también y fundamentalmente a través de tiempo y dedicación en innumerables actos cotidianos (compañía en la enfermedad, vigilancia del bienestar; pago de impuestos u otras cuestiones...)... En suma, los padres tiene la expectativa de “acompañamiento” por los hijos, desde luego afectivo, pero también en orden a la seguridad económica e integral”*. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 254.

De modo que la esperanza de los padres de recibir ayuda por parte de sus hijos en la ancianidad es más que un simple interés, tiene su base en un interés legítimo. En caso de necesidad de los progenitores, el hijo estaría obligado por ley a colaborar con ellos.

Debido al alto grado de probabilidad, y ante la dificultad probatoria, consideramos, con fundamento en la estadística y la experiencia que este tipo de daños deben ser presumidos. Ello independientemente de los elementos de prueba dirigidos a acreditar la mayor cuantía del perjuicio, ya que este “*es tanto más serio cuando el hijo ya había demostrado excelentes aptitudes y cualidades, inclusive en su cabal integración dentro del grupo familiar*”,⁴⁸ o bien su menor cuantía vgr. que el menor fallecido tenga hermanos que puedan ayudar a sus padres;⁴⁹ tenga deficiencias intelectuales o físicas; o la posibilidad de compensar los gastos dejados de realizar por los progenitores como consecuencia de la muerte.

Similar pérdida de oportunidades se genera a partir de la muerte del hijo concebido. Considerando que la existencia humana comienza a partir de la concepción en el seno materno, el aborto causará las mismas consecuencias que el fallecimiento de un menor de corta edad,⁵⁰ aunque en este aspecto la doctrina no es unánime.⁵¹

48. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 272.

49. En este sentido se resolvió que: “*En autos la determinación del quantum resarcitorio (arts. 1083, 1085, CCiv. y art. 165, CPCC. Bs. As.) queda conformado no solo por la escasa edad del menor, lo cual aleja temporariamente la probabilidad del menoscabo, a la condición socio-económica de sus padres y la existencia de otros hijos, familia de condición humilde –demanda a fs.13 vta.–...*” CCiv. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, 13/03/2007, Benítez, Jerónimo y otro v. Clínica San Carlos S.A., del voto del Dr. Victorio, Abeledo Perrot online - Lexis N° 70042342.

50. Se falló que: “*La muerte de una persona por nacer, resulta indemnizable dentro del concepto del daño material, como frustración de la “chance” de ayuda futura que podría representar para sus padres*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 20/03/2009, N. d. M. S. C. y otro c. Solidez S.R.L. y otros, La Ley Online; “*La circunstancia de que la víctima del accidente –en el caso, cayó al asfalto cuando el chofer del colectivo reinició intempestivamente la marcha– no presente incapacidad alguna no es óbice para otorgarle una reparación en concepto de daño material consistente en la pérdida de la “chance” de sostén económico futuro y ayuda por parte de su hijo, derivada de la pérdida de su embarazo, valorando para ello que tenía tres meses de gestación al momento del hecho y que posee otros hijos, quienes seguramente contribuirán con ella en su vejez con su asistencia moral y material*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 30/12/2008, Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata S.A, La Ley Online; “*La muerte del hijo por nacer es indemnizable como daño material, a título de frustración de la “chance” de ayuda futura que los padres podían legítimamente esperar*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 19/03/1999, B., E. A. c. Sanatorio Morano, La Ley Online.

51. En contra se expresó que: “*También en el caso del aborto accidental habría un daño patrimonial expresado en la pérdida de chances: la eventual ayuda que, alguna vez, ese ser, nacido y adulto, podría prestar a sus progenitores. No hace falta, creemos, un análisis detenido para advertir que esa expectativa (si la hay), no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva*”. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, p. 154.

En este último supuesto, las probabilidades de que la ayuda futura se concrete disminuye y lo mismo sucede con el monto del resarcimiento.⁵²

Compensación de la pérdida de la chance de ayuda económica futura con los gastos dejados de realizar a raíz del fallecimiento de un menor.

Como ya hemos anticipado en la introducción, el objeto de este trabajo es comprobar que para realizar una correcta valuación del daño material sufrido por los padres como consecuencia de la muerte del hijo menor de edad, debemos descontar de la indemnización por la pérdida de la chance de ayuda económica futura, los gastos dejados de realizar por los progenitores en beneficio del menor.

En el punto anterior expusimos cuáles serían los beneficios perdidos por los padres, pues entonces de modo preliminar tendremos que determinar cuáles son las erogaciones dejadas de realizar por estos, para luego verificar si cumplen los requisitos para la aplicación de la *compensatio lucri cum damno*.

En este aspecto diremos que, al igual que los padres esperan en su ancianidad el cuidado, ayuda, sostenimiento y apoyo de sus hijos ya mayores, los hijos en su minoridad deben ser cuidados, mantenidos y ayudados por los padres.

Claro está que, independientemente de las obligaciones legales, tanto los padres como los hijos por lo general se ayudan mutuamente de manera voluntaria, la cual suele generar alegría y satisfacción en el seno familiar. Sin embargo, ya hemos visto en el título anterior, que la frustración de la ayuda material a causa de la muerte debe ser resarcida a título de pérdida de la chance. Consecuentemente resulta razonable descontar del perjuicio económico sufrido las erogaciones que los padres gustosamente realizaban y que como causa de la muerte de su pequeño dejaron de efectuar. Porque lo que se debe indemnizar es el daño **material** efectivamente sufrido por los padres, evitando modificar injustificadamente la situación patrimonial de las víctimas.

No caben dudas de que ningún padre cambiaría el dinero que dejó de gastar y todo el dinero que alguna vez pudiera tener, por salvar la vida de su hijo, pero sabido es que la muerte es irreversible, y sobre lo que aquí estamos trabajando es sobre un daño material, que no tiene relación alguna con el dolor sufrido, sino solamente con el dinero que se perdió como causa del hecho ilícito.

Ahora bien, ¿Cuáles son los gastos ahorrados por los padres?

52. Para ampliar esta cuestión ver: PÉREZ, Alicia Bibiana, “Daño Resarcible por la vida del “naciturus”, Buenos Aires, La Ley, 1994-B-368, Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales, t. II, p. 1199, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 294 en adelante.

Interminable es la lista de los gastos que los padres habitualmente realizan en beneficio de sus hijos, y que como consecuencia de su muerte repentinamente dejan de efectuar. A continuación daremos algunos ejemplos de distintas cuestiones sobre las que realizan erogaciones:

- Alimentación.
- Vestimenta.
- Educación formal (lo que incluirá también los gastos escolares).
- Transporte.
- Trámites realizados en beneficio del menor.
- Acompañamiento a citas médicas.
- Pago de obra social, o sistema de medicina prepaga.

Más adelante veremos cuáles deben ser los requisitos que tienen que cumplirse para que esos gastos puedan ser descontados, ya que no podríamos computar gastos eventuales, por ello hacemos hincapié en que las erogaciones deben ser habituales.

En la doctrina nacional se levantaron voces a favor y en contra de la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* sobre la pérdida de la chance de ayuda económica futura.

En este aspecto Tale manifestó que: “...lo justo es deducir, de acuerdo con la edad del hijo al momento de su deceso, y otras circunstancias, los gastos que la continuación de su existencia habría causado todavía a sus padres... el daño futuro, y de la especie de la pérdida de “chance” que es para los progenitores la pérdida de la probable ayuda económica que el hijo les daría durante la vejez de aquéllos, se compensa con aquel ahorro real. Y ello es tanto más procedente cuanto que los gastos eran actuales y con certeza iban a continuar en el futuro próximo, mientras que las subvenciones del hijo solo son probables y sujetas a diversas circunstancias imponderables en el presente”.⁵³

En contra, Zavala de González expresó: “Si bien es cierto que con la muerte del hijo los padres quedan liberados de una carga económica, no lo es menos la pérdida de la “chance” de ayuda futura” “Por tanto, aquel ahorro de gastos no es compensable con el daño representado por la pérdida de esta “chance”, ni cabe la exclusión o disminución del monto indemnizatorio por aquel motivo”... “De aceptarse que la liberación del deber alimentario hacia el hijo obsta o restringe la indemnización por la “chance” frustrada de los padres, se llegaría al absurdo de que, a raíz del homicidio, el responsable vendría a lucrar con los gastos de crianza

53. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 377.

y educación que hubieran tenido que efectuarse en el futuro de no haber fallecido la víctima”.⁵⁴

No compartimos la opinión emitida por la prestigiosa autora. En primer lugar porque reconoce la existencia de los gastos dejados de realizar, luego siendo un daño patrimonial el que se intenta indemnizar es lógico que esas erogaciones sean compensadas con las pérdidas sufridas, salvo claro está que no cuenten con los requisitos necesarios para que este descuento pueda efectuarse.

La Dra. Zavala de González, no hace mención alguna a la falta de requisitos para que se produzca la compensación, solamente expresa que el responsable de la muerte del menor vendría a lucrar con los gastos de crianza y educación. Y realmente a primera vista coincidiríamos con esa reflexión; sin dudas estamos ante un supuesto de daño extremadamente delicado, se trata de reparar el perjuicio sufrido como consecuencia de la muerte de un hijo, y parecería injusto realizar el descuento de los gastos dejados de efectuar.

Pero profundizando la cuestión concluimos que se trata de un daño material, y en este caso solamente importará cuál es la merma patrimonial que han sufrido efectivamente los padres. Agregamos que, basándonos en el fundamento expuesto por la autora en cita resultaría inaplicable la regla *compensatio lucri cum damno*, ya que siempre el responsable lucraría beneficios adquiridos por las víctimas (o con gastos dejados de realizar, como en el supuesto de estudio), independientemente de la gravedad del hecho que haya cometido.

En estos casos la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* se asemeja a la teoría de la diferencia, consistente en la comparación del patrimonio de la víctima antes del hecho ilícito, y con posterioridad a este, estimando así el daño en base a la disminución del patrimonio. Decimos esto sin perjuicio de la imposibilidad de aplicar esta teoría en nuestro Derecho, ya que no se cumplirían los requisitos necesarios, sobre todo en lo que a la relación de causalidad respecta, situación sí contemplada en la regla aquí estudiada.⁵⁵

Por otra parte, reforzando nuestra opinión, destacamos que tanto la pérdida de la chance de ayuda económica futura, como la evitación de gastos como causa de la muerte, son derechos subjetivos, ya que tanto los padres en la ancianidad, como los hijos en la minoridad los podrían haber exigido judicialmente, debido a que ambas obligaciones emanan de los artículos 265 y 266 del Código Civil. De modo que nos encontramos frente a derechos de similares características y tratamiento legal.

Agreguemos en este aspecto que la muerte del menor se encuentra en adecuada relación de causalidad con las erogaciones dejadas de realizar, ya que desde el

54. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 264.

55. Para profundizar esta cuestión ver MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, *op. cit.*

mismo momento del fallecimiento desaparecen los gastos que la existencia del niño demandaba, y es entonces que a partir de ese doloroso instante los padres *quedan liberados de la carga de su manutención*.⁵⁶

Asimismo, tal como afirmaba Tale, las erogaciones dejadas de realizar por los padres a la época del hecho ilícito ya se estaban efectuando, pudiendo consecuentemente determinar de una manera más exacta cuál es su monto, mientras que en el caso de la pérdida de la chance, estamos hablando de probables beneficios a recibir, y en un futuro lejano, lo que nos impide tener la certeza absoluta tanto de su existencia, como de su contenido económico.

Resumiendo, mientras que las erogaciones dejadas de realizar son consecuencias cercanas temporalmente, la pérdida de la posibilidad de obtener los beneficios es más lejana, lo que genera indudablemente una menor certeza sobre su concreción.

Requisitos necesarios de las erogaciones dejadas de realizar para la aplicación de la compensatio lucri cum damno:

Como primer aspecto, los gastos dejados de realizar, tal como expusimos en el capítulo I, deben provenir del mismo hecho, o sea deben ser causados por la muerte del menor. Bajo ningún punto de vista podrían computarse gastos que sean consecuencias de hechos distintos.

Asimismo, los gastos deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales. Por ejemplo, no podrían ser computados obsequios o donaciones que los progenitores tenían pensado entregarle al menor. Y solo podrían compensarse gastos cotidianos, que de acuerdo al estándar de vida familiar, se hubieran realizado en beneficio del menor hasta que este hubiera adquirido la mayoría de edad. Ya que pasado ese tiempo no estarían obligados a efectuar gasto alguno, salvo estado de necesidad, y en este caso no correspondería la compensación por la falta absoluta de certeza.

Con la finalidad de determinar qué gastos podrían ser computados, proponemos como regla que solo sean compensadas aquellas erogaciones provenientes de la obligación estipulada por el artículo 267 del Código Civil,⁵⁷ o sea la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad; y solamente por el término al que hace referencia el artículo 265 del mismo cuerpo, hasta la mayoría de edad.

56. Desde ya que es un hecho aberrante y que genera el más profundo de los dolores, pero también es una realidad.

57. Artículo 267 del Código Civil: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.

Creemos que este marco legal le otorga mayor exactitud a la cuestión, y el legislador nos da una pauta concreta a la cual podemos recurrir para efectuar la pretendida compensación.

Elementos de valoración:

Distintos elementos y circunstancias deben valorarse a fin de realizar la *compensación* de la manera más exacta posible.

Edad del menor al momento del fallecimiento:

El primero de los elementos a tener en cuenta es la edad del menor al momento del fallecimiento.

Mientras más cerca de la mayoría de edad se encuentre menores serán los gastos que podrán ser computados, y también mayores serán las posibilidades de que los padres, de no ser por el hecho ilícito, hubieran recibido la ayuda económica deseada.⁵⁸ Resultando más elevado el monto de la indemnización.

Asimismo, a mayor edad del hijo, superior será el aporte por él efectuado al hogar familiar, e inferiores los gastos realizados por los progenitores en su beneficio. Cuando hablamos de aporte por parte del hijo, no lo hacemos solamente en el sentido de ingresos económicos directos que podría generar un menor adulto, sino también a la ayuda en las tareas hogareñas, que de no ser por el socorro del menor se tendría que recurrir al auxilio de un tercero distinto a la familia, con la correspondiente carga de onerosidad.⁵⁹

Por el contrario, a menor edad al momento del fallecimiento, mayores serán las erogaciones a realizar por los padres, más prolongadas en el tiempo, e inferior el aporte prestado por parte del hijo. También, como ya hemos anticipado, disminuyen las probabilidades de que el hijo pueda ayudar en un futuro económicamente a sus ascendientes. Todas estas circunstancias nos llevan a concluir que la indemnización

58. Así se decidió que: “*atendiendo a la escasa edad del fallecido, las erogaciones que hubieran tenido que afrontar los padres para criarlo hasta su madurez hubieran ascendido a una suma considerable -lo que ahora no deben afrontar- y como todavía falta mucho tiempo para que se concrete la eventual ayuda económica y, que también el hijo probablemente hubiera formado su propio hogar, estimo que es prudente la indemnización otorgada por el a quo en el presente rubro (conf. causa “Parra”, de este tribunal de fecha 23/6/1998)”* C. Civ. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, 13/03/2007, Benítez, Jerónimo y otro v. Clínica San Carlos S.A., Abeledo Perrot online - Lexis N° 70042342.

59. Pueden tratarse de tareas de limpieza, o mantenimiento del hogar familiar, que en caso de que no sean realizadas por el menor se tendría que recurrir a una empleada doméstica, o un plomero. También puede tratarse de simples mandados o diligencias, que insumirían tiempo de los adultos.

por la pérdida de la chance de ayuda económica futura en estos casos será reducida, o bien nula, ya que podría ocurrir que la valuación sea equivalente a cero.

Situación económica de la familia:

Influirá considerablemente en el descuento de las erogaciones a realizarse, la situación económica de la familia al momento de deceso del infante.

Lo expresado tiene su fundamento en distintas razones, a saber:

Como primer aspecto, destacamos que si se trata del fallecimiento de un menor proveniente de una familia cuyos ingresos materiales son holgados, resulta lógico suponer que su costo de vida es mayor, y naturalmente más elevados los desembolsos efectuados en beneficio del menor, resultando así que los *lucros a compensarse* sean superiores.

Un menor que proviene de una familia de ingresos altos, habitualmente realiza actividades mucho más costosas que las de un niño de una familia de clase baja u obrera. Asimismo, es posible que la persona que mejor se encuentra de fortuna asista a establecimientos educativos privados, se encuentre beneficiado con un sistema de medicina prepaga, entre otras cosas, que obviamente generan un gasto cotidiano superior al de un infante que asiste a una escuela y hospitales públicos.

También en estos casos suele ser más reducida la ayuda económica que en un futuro debiera prestar el menor, debido a que generalmente las familias de elevados ingresos pueden generar ahorros suficientes para lograr un porvenir más seguro en términos económicos, y así poder solventarse sin la ayuda de los descendientes.

Todo esto genera como resultado que el monto de la indemnización por pérdida de la chance de ayuda económica futura sea inferior. Ello no solamente en razón de los mayores gastos que deben solventar los adultos durante la niñez, sino también debido a la probabilidad de que reciban una ayuda económica inferior en el futuro, el juego de estas circunstancias genera como consecuencia una indemnización considerablemente menor.

Por el contrario, cuando se trata de menores provenientes de familias de escasos recursos la indemnización por pérdida de la chance debe ser mayor, ya que en primer lugar los padres generalmente realizan menores erogaciones en la crianza, educación, alimentación y salud del menor, entre otras cosas, ya que muchas de estos gastos corren en algunas ocasiones por cuenta del Estado (educación, salud pública, y esparcimiento).

Como segundo aspecto, se debe considerar que en las familias humildes, desde pequeños los niños ayudan a sus ascendientes, es más en muchas ocasiones salen a trabajar junto a los padres, y en otras realizan tareas en el hogar.

Por estas razones, los gastos realizados en su beneficio son inferiores.

Asimismo, también resultará mayor el aporte económico que en un futuro hubiera podido hacer el hijo en ayuda de sus padres. En este sentido existe coincidencia

a nivel jurisprudencial, así se resolvió que: “*También la sala ha entendido que corresponde admitir el resarcimiento por el daño material consistente en la pérdida de la asistencia económica de la víctima a sus progenitores para lo cual debe tenerse en cuenta la frustración de la ayuda en su vejez, de indudable gravitación en familias de escasos recursos...*”.⁶⁰

Y no solamente pueden ser mayores los aportes, sino también que pueden ser más tempranos en el tiempo, en este sentido se decidió que “*Precisamente ante la escasez de recursos, tales situaciones llevan ordinariamente a que la contribución de los hijos en el mantenimiento del hogar aparezca más tempranamente, porque se ven obligados antes a trabajar a fin de alcanzar ingresos mínimos para la subsistencia del grupo familiar, y colaborar así con los progenitores (CNCiv., sala C, abril 24/1997, “Morra de Lujan, Sandra Mabel y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros s/daños y perjuicios”)*”.⁶¹

Reglas procesales:

Aplicación de oficio o a pedido de parte.

En el primer capítulo explicábamos que la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* debía ser dispuesta por el juez, siempre y cuando medie pedido de parte. Resulta incorrecta su aplicación de oficio, ya que dentro de la teoría general del Derecho de daños la regla se encuentra ubicada en el capítulo de la valuación del daño, y no dentro de sus requisitos.

No caben dudas de que si la cuestión estuviese dentro de los requisitos del daño, los magistrados deberían aplicar la regla de oficio,⁶² ya que el juzgador

60. CNCiv., sala C, marzo 22/1990, ED, 25/07/90, fallo 42.521; id. sala C, noviembre 2/1993, “Millicay Josefá Mercedes c. Leotta Alfredo Osvaldo y otro s/daños y perjuicios”, L. 133.126. En este mismo sentido se falló que “*La menor edad del fallecido no permite excluir la posibilidad de otorgar una indemnización a sus padres, pues es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del C. Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde*”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/04/1999, Villalba, Julio Martín y otra c. Provincia de Santiago del Estero y otro, La Ley Online; Fallos Corte: 322:621.

61. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 14/03/2003, R., R. O. y otro c. N., R. L. y otro, La Ley 2003-D, 831.

62. Así se expuso que: “*Dado que está implícita en el concepto mismo de daño la necesaria deducción del beneficio cuando este ha resultado del mismo hecho que ha causado aquél, entonces los jueces deben hacer dicha resta de oficio*”. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 303. También Fischer concluye “*Más aún: como el 287 Cód. Proc. Civ. deja a las partes el cuidado de probar los daños producidos, el juez –si así*

tiene el deber de verificar y determinar si el daño cuenta con todas las condiciones necesarias para ser indemnizado. Mas la situación toma un giro copernicano si cambiamos su ubicación, colocándola en el capítulo correspondiente a la valuación del daño, ya que en este caso el juez podrá valorar el perjuicio en base a las peticiones y argumentos de las partes, y los elementos de prueba aportados, limitándose a ellos, evitando así violar el principio de congruencia.

Por otra parte, si admitiéramos la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* de oficio, se estaría colocando en una mejor condición al deudor, ya que por un lado se exige que la víctima realice el reclamo de cada uno de los daños por los que desea ser resarcido, debido a que jamás un magistrado ordenaría la reparación de un daño no pedido. Ergo, si se permite el descuento de un beneficio recibido por la víctima, sin la debida imputación por parte del responsable del hecho ilícito, este último estaría aventajando a su contrario, ya que sin su intervención se disminuiría el monto de condena por el cual debiera responder.

Modo de oponer y probar los gastos dejados de realizar por los progenitores:

Creemos que el modo correcto de requerir la computación de los beneficios, es oponer la compensación del lucro con el daño como defensa de fondo en la contestación de demanda, más precisamente inserta dentro de la impugnación de la liquidación de daños reclamados por la víctima, tratando de precisar con la mayor exactitud posible qué gastos dejados de realizar deben ser los compensados, y procurando acreditar que dichos *lucros* se encuentran en relación causal adecuada con el hecho ilícito.

Claro está que ante la dificultad de obtención de pruebas concretas el Juez podrá recurrir a las facultades otorgadas por los Códigos Procesales, para determinar el monto de los *lucros* obtenidos por las víctimas. Sin embargo el demandado deberá aportar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance.

En cuanto a este último aspecto, mucha de la prueba podrá ser obtenida del beneficio de litigar sin gastos si lo hubiere, extrayendo de allí situación económica familiar, y así deducir de los ingresos, las erogaciones realizadas en provecho del menor fallecido.

Cuando no se haya iniciado beneficio de litigar sin gastos junto con la demanda, habrá que requerir como documentación en poder de la contraria los recibos de haberes de los padres, o bien solicitar pruebas periciales dirigidas a determinar los ingresos familiares.

lo exigen las circunstancias del caso concreto— deberá indagar de oficio la existencia y cuantía de los lucra”. FISCHER, Hans, *op. cit.*, p. 192.

También se podrá aportar como prueba pedidos de informes a organismos oficiales buscando acreditar el estado patrimonial de los demandantes y toda la prueba tendiente a conocer su situación económico-patrimonial.

Análisis de jurisprudencia:

Del análisis de un total de 40 fallos dictados en materia de indemnizaciones otorgadas en favor de los padres por pérdida de la chance de ayuda económica futura del hijo menor fallecido, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Solo el 10% de las sentencias compulsadas reconoce la posibilidad de compensación entre los gastos dejados de efectuar por los padres y el daño generado por la pérdida de la chance. Un 5% rechaza el rubro de pérdida de la chance por razones distintas a las aquí estudiadas, y el 85% restante otorga el daño por pérdida de la chance de ayuda económica futura sin computar los gastos dejados de realizar por los padres.



En la inmensa mayoría de los precedentes jurisprudenciales no se dispuso la aplicación de la *compensatio lucri cum damno*. De ello se desprende que abogamos

por una interpretación considerablemente minoritaria a nivel jurisprudencial. Independientemente del análisis individual de sentencias que consideramos de mayor relevancia, adelantamos que en las conclusiones expondremos los motivos por los cuales creemos que nuestra posición es minoritaria.

CONCLUSIONES:

Hemos intentado a lo largo de este trabajo demostrar que a la indemnización por pérdida de la chance de ayuda económica futura debe descontarse los gastos ahorrados por los padres como consecuencia de la muerte del hijo. Para ello partimos del estudio general de la compensación de beneficios, donde analizamos su historia, concepto, elementos que la componen, fundamento, características, los intentos legislativos y finalizando el primer capítulo comprobamos la vigencia de la regla pese a la inclusión del daño punitivo.

De la primera parte del trabajo destacamos:

- La ubicación en la que colocamos a la compensación del daño con el lucro en la teoría general del Derecho de daños, y las variantes generadas a partir de esa ubicación.
- En efecto, si la regla es tratada dentro de los requisitos del daño, los jueces podrían aplicarla de oficio, sin importar la petición realizada por la parte. En cambio, al situar la cuestión dentro de la valuación del daño, esa posibilidad se desvanece, siendo entonces necesario que medie pedido de parte.
- Consideramos atinadas las conclusiones arribadas en cuanto a la no modificación de la regla con la inclusión del daño punitivo en la legislación patria. Incluimos en este sentido la posición tomada respecto de la finalidad de la reparación civil y la imposibilidad de contemplar modificaciones en la compensación de beneficios en base a su finalidad únicamente resarcitoria.
- También, y coincidiendo con la doctrina mayoritaria, concluimos que el fundamento de la *compensatio lucri cum damno*, es el principio de la reparación integral. Las consecuencias que de ello se derivan, entre ellas la falta de necesidad de otorgarle un tratamiento legislativo expreso.
- En base fundamentalmente a este último punto, nos planteamos la posibilidad de aplicar la regla sobre la indemnización de la pérdida de la chance tratada, y a esa empresa destinamos el segundo capítulo de la investigación, cuyas conclusiones a continuación serán expuestas.

Con la anuncia del lector, reiteramos que las cuestiones tratadas en el segundo capítulo resultan delicadísimas. No hace falta realizar una investigación para

concluir que la muerte de un hijo menor de edad es el hecho más grave que una persona puede sufrir. Por ello constantemente repetimos que trabajaríamos solamente sobre el daño patrimonial que ese deceso genera, porque no caben dudas que el dolor por la muerte de un hijo es inconsolable, y como tal no sería susceptible de compensación alguna.

Teniendo en cuenta entonces que trabajamos sobre un daño patrimonial, jamás podría ser tratado como un complemento del daño moral, fundamentalmente porque para ello existen las reparaciones específicamente extrapatrimoniales.

En base a ese aspecto, y en consideración de que el principio de la reparación integral manda colocar al damnificado en la misma situación a la que se encontraba con anterioridad al hecho ilícito, comenzamos a plantearnos la posibilidad de descontar del daño sufrido las erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor como consecuencia de su muerte.

Por ello, definimos qué gastos ahorrados podían ser computados, y propusimos como regla la aplicación de los artículos 265 y 267 del Código Civil Argentino, siempre basándonos en que debe haber certeza sobre la existencia del gasto que se propone descontar, el que además debe ser serio, normal y habitual.

A lo largo de toda la investigación no encontramos objeciones serias en contra de realizar el referido descuento de los gastos, siempre fundándolo en el principio de la reparación integral.

Cuando se efectúa la valuación del daño sin confrontar los perjuicios (pérdida de la chance) con los beneficios (erogaciones dejadas de efectuar), se genera un enriquecimiento sin causa en favor de las víctimas, ya que su situación patrimonial es modificada favorablemente como consecuencia del hecho ilícito. Nuevamente reiteramos que este descuento debe ser solicitado por las partes.

En este aspecto el principio de la reparación integral nos otorga el fundamento adecuado, resarcir el daño sufrido colocando a la víctima en la misma situación a la que se encontraba con anterioridad al hecho, o sea no empobrecerla, pero tampoco enriquecerla.

También nos planteábamos los motivos por los cuales la compensación propuesta no se veía reflejada mayoritariamente en la jurisprudencia, ya que solo el 10% de los fallos analizados contemplaba esta posibilidad. Creemos que esta situación es producto de la falta de planteo de la defensa aquí estudiada por parte de los operadores jurídicos, lo que refuerza el fundamento de que la *compensatio lucri cum damno* debe ser planteada por las partes.

En rarísimas ocasiones, se oponen este tipo de defensa en las contestaciones de demanda, este motivo es una de las causales por las cuales los Tribunales no ordenan el descuento. Y en cierta forma coincide con nuestra posición en cuanto a que la regla de la *compensatio lucri cum damno* no podría ser aplicada de oficio.

Aclaremos, que consideramos que la pérdida de la chance de ayuda económica futura como daño patrimonial es indemnizable, pero creemos que al momento

de realizar la valuación deben contemplarse los gastos dejados de realizar, a fin de arribar al monto real del perjuicio económico sufrido, y así dar cumplimiento al principio de la reparación integral.

Por último, cabe que agreguemos nuestro completo desacuerdo con los montos otorgados en concepto de daño moral por la muerte de un hijo. En la gran mayoría de los precedentes judiciales aquí estudiados estas soluciones se repitieron, las indemnizaciones otorgadas por tal concepto resultan reducidas.

Así, como consideramos que al momento de valorar la pérdida de la chance de ayuda económica futura debe descontarse los gastos dejados de realizar por los padres, creemos necesario que las indemnizaciones por daño moral por la muerte de hijos menores de edad sean más elevadas.

Finalmente, en base a todos los fundamentos expuestos consideramos demostrada nuestra hipótesis de trabajo planteada inicialmente.

BIBLIOGRAFÍA:

Técnica:

ECO, Umberto, *Come si fu una tesi di laurea*, Tascabili Bompiani, 1977 (Versión castellana de BARANDA, Lucía y CLAVERÍA IBÁÑEZ, Alberto, Edición 22, Barcelona, España, Editorial Gedisa S.A., 1998).

PÉREZ ÁLVAREZ, Sergio, “*Metodología para la elaboración de monografías y tesis*”, SF, Buenos Aires, EUDABA – CEA.

Temática:

Obras consultadas:

AGUILAR, Enoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1990.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Lexis N° 1123/002124.

DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición Italiana y estudio preliminar por MARTÍNEZ SARRION, Barcelona, Ángel, Bosch Casa Editoria S.A., 1975.

- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 1999.
- FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B. Vol. V, Traducido por W. Roses, 1928.
- JUSTINIANO, *Cuerpo Del derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino. S.I., Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra. Barcelona, Jaime Molinas Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, Lexis N° 7004/002162.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 02-06-1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni S.C.C. Editores, 16-05-1986, Segunda Edición Actualizada.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, S.d., 1992.
- SPINOZA, Baruch, *Tractatus Theologico - Politicus*, s.l., s.f. (Traducción: GALVAN, Enrique Tierno, *Tratado Teológico* - Editorial Tecnos S.A., 1966, p. 64)
- ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987.
- ZAVALA DE GÓNZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

Artículos consultados:

- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Sobre algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI*, 1501, Buenos Aires, La Ley 1999-D, 1059.
- ALTERINI, Jorge Horacio, “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, Academia Nacional De Derecho, 2008 (octubre), La Ley 29/07/2009, 1.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley 1994-B, 860, t. III, p. 267.
- CASEAUX, Pedro Néstor, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de Chance”, en AA. VV., *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 23ss., N° 10.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El daño resarcible y la pérdida de la chance”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2004-I-217. Comentario a Fallo.

- CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, “Seguro. Resarcimiento por hurto del automotor e inejecución contractual sobreviviente”, Buenos Aires, 1997, La Ley 1997-C, 209. Comentario a fallo.
- GALDÓS, Jorge Mario, “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2005-3, Determinación judicial del daño - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 28/02/2006.
- GUARNIERI, Ruth. H., “Algunas consideraciones sobre la cuantificación del daño”, La Plata, UNLP, 2008-38, 39.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, Vol.: 2002, pp. 181-196.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo”, Buenos Aires, La Ley, 1979-C, p. 852.
- LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, “La “compensatio lucri cum damno”: la denominada teoría del descuento”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 10-JUL-06, Vol. 2005, pp. 149-160
- MÜLLER, Enrique, “La frustración de la chance de ayuda económica promovida por los padres ante la muerte de un hijo, personas por nacer, menor impúber, menor adulto” en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- PÉREZ, Alicia Bibiana, “Daño Resarcible por la vida del “naciturus”, Buenos Aires, La Ley, 1994-B-368, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales*, t. II, p. 1199.
- PIEDECASAS, Miguel A., “La pérdida de chance en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos””, Buenos Aires, 2007, La Ley 2007-f, p. 1154.
- “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Buenos Aires, 2008, La Ley, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123.
- TALE, Camilo, “La regla “compensatio damni cum lucro” en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2, Eximentes de responsabilidad - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 19/09/2006.
- TAVANO, María Josefina, “La indemnización del daño material y moral cuando se trata de la vida de un menor”, Buenos Aires, Doctrina Judicial, 15/11/2006, 787. Comentario a fallo.

- TRIGO REPRESAS, Félix A., “La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses”, Buenos Aires, La Ley 1997-F, 914. Comentario a fallo.
- VICENTE DOMINGO, Elena, “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en AA. VV., *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Coord. por LLAMAS POMBO, Eugenio, Vol. 2, España, La Ley Actualidad, 2006, pp. 931-939.
- VISINTINI, Giovanna, “Daño a la persona”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires 2005, 223, Buenos Aires, La Ley.
- ZANNONI, Eduardo A., “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008.
- ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, “Algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998. En materia de responsabilidad”, Buenos Aires, La Ley 1999-C, p. 877.

Otras fuentes de información consultadas:

La Ley Online, www.laleyonline.com.ar

Abeledo Perrot Online, www.abeledoperrot.com.ar

Microjuris, www.microjuris.com.ar

Dialnet, Universidad de La Rioja, España, www.dialnet.unirioja.es

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA*

LILIANA ABREUT DE BEGHER**

Resumen: El reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y su tratamiento en la legislación argentina ha sufrido, a principios del siglo XX, un cambio rotundo. El presente trabajo se propondrá analizar dicho cambio, retomando la normativa del siglo XIX y comparándola con la actual.

Al tocarse el tema desde una visión histórica, la autora realiza un recorrido por las distintas etapas de la historia argentina, cuyos cambios en mentalidad se encuentran plasmados en el derecho constitucional. Se analizarán, entonces, las Constituciones del siglo XIX, destacándose su modelo jurídico monocultural, para llegar, luego, a la Constitución de 1994, que implicará un cambio en dicho modelo, un pasaje a uno pluricultural.

Por otro lado, se discutirá si el derecho de la propiedad indígena, puede ser colocado dentro de la órbita del derecho privado, y se analizarán las características propias y distintivas de este nuevo derecho real.

Palabras clave: propiedad indígena – pluralidad cultural – derecho comunitario.

Abstract: The recognition of aboriginal rights and its legal treatment in Argentina went through a big change in the early 20th century. This article explains this change and compares the regulation in the 19th century with its regulation nowadays.

From a historical perspective, the author analyzes the different periods of Argentinian history, its changes in mentality and their effects in constitutional law. Describing the written constitutions of the 19th century, emphasis is given to the monocultural model, which changed with the Constitution of 1994 into a multicultural model.

* Abogada (UBA) y Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Profesora Adjunta de Elementos de Derechos Reales (Facultad de Derecho - UBA). Juez de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Docente-investigadora y autora de numerosas publicaciones en el área de su especialidad.

** Este artículo fue escrito hace más de dos años, en 2010. La Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, integrado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, ha presentado su obra en abril de 2012. Entre las modificaciones más importantes que podemos mencionar, se encuentra el reconocimiento de la comunidad indígena como un sujeto de derecho privado y la regulación como un nuevo derecho real a la propiedad comunitaria indígena, bajo los parámetros jurídicos que veníamos proponiendo, y que se desarrollan en el presente trabajo. Tal circunstancia hace que resulte innecesario actualizar el presente, debido a que mantiene absoluta vigencia. Solamente he procedido a incorporar la redacción del articulado propuesto para ilustrar al lector sobre este instituto legal.

Furthermore, it is questioned if the treatment of the aboriginal property corresponds to private law, and the distinct characteristics of this new “*rights in rem*” will be analyzed.

Key words: aboriginal property – cultural pluralism – community rights.

I- EL AFIANZAMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD INDÍGENA.

Nos encuentra el bicentenario de nuestro primer gobierno patrio transitando un camino de verdadero respeto de la diversidad cultural y, con ella, sus costumbres y especial modo de relacionarse con sus tierras que tienen los pobladores ancestrales de nuestro país.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena de los pobladores originarios de nuestro territorio se fue afianzando, en cierto modo, motorizado por las decisiones judiciales nacionales y provinciales que fueron marcando el rumbo correcto sobre el derecho a la posesión y propiedad de las comunidades indígenas de acuerdo a la manda contenida en el art. 75 inc. 17 de nuestra Constitución Nacional.¹

A ello coadyuvaron las sentencias de la CIDH y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,² que establecieron las líneas de interpretación de los Tratados internacionales, en nuestro caso, con rango constitucional

1. Ver ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral “Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?”, aprobada en noviembre de 2007, UMSA, Buenos Aires, Argentina. Tutora de tesis, Dra. Highton de Nolasco, Elena. Copia inédita en la Biblioteca de esa Facultad, donde se desarrolla en la extensa tesis el derecho real de propiedad indígena, con sus antecedentes históricos, filosóficos y jurídicos, con estudio de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como de tribunales supranacionales; además de la delineación completa de sus caracteres, modos de constitución y extinción, y sus restricciones a la disposición jurídica. Un compendio de próxima aparición está en HIGHTON-BUERES, *Código Civil Argentino. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, en comentario Ley 26.160, sobre “Comunidades indígenas”, con desarrollo del derecho real de propiedad indígena. Y también misma autora, *Propiedad indígena*, con la colaboración de AGUILAR, KOZAK, KINGSTON, QUIROGA Y ZIMMERMAN, La Ley-UBA, Buenos Aires, 2010.

2. Ver informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe anual de 1984 contra Nicaragua sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito; Caso 7964, Res 26/84; Informe Anual N° 1984/85 contra Brasil, Caso 7615, Res. 12/85 sobre los Yanomami; Informe N°90/91, Caso 11.713 “Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet Riachito”, Paraguay, 29/09/1999; Informe N°11/03, Petición 0326/01 “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet, Paraguay; y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (N° 79) (2001) y Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” sentencia de 17 de junio de 2005 Corte I.D.H., Serie C N° 125 (2005) (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

(conf. art. 75 inc. 22 CN; Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Adla, XLIV-B, 1250), los cuales estamos obligados a respetarlos y cumplirlos.³

En líneas generales podemos sintetizar el pensamiento del Alto Tribunal Internacional, orientado puntualmente a fijar la obligación de los Estados Nacionales a ejecutar las prácticas legislativas y/o administrativas y/o judiciales para el cumplimiento de la delimitación, marcación y titulación de tierras ancestrales a favor de las comunidades aborígenes, tal como marca el Convenio internacional.

Muchos países americanos se encuentran inmersos en estas cuestiones,⁴ y algunos han desarrollado todo un sistema jurídico-procesal para encauzar y dar

3. Otros tratados internacionales con rango constitucional con normativa referida al tema: Declaración Universal de los Derechos del Hombre: art. 1; art. 7; art. 17. Adoptada por la Res.217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10/12/1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 26 y 27. Adoptada por la Res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y aprobada por la República Argentina según Ley 23.313, publicada en el B.O. el 13/5/1986, conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 3; art. 5 inc. 2. Adoptada por la Res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19/12/1966, y aprobadas por la República Argentina según Ley 23.313.

4. Ver a modo de ejemplo entre las distintas Constituciones Nacionales Americanas: **Colombia** reconoce la existencia política de “*territorios indígenas*” (art. 286 CN), y que los “*resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable*” (art. 329). Los territorios tienen representación ante el Congreso por medio de sus representantes, conformados según sus usos y costumbres de sus comunidades (art. 330). **Ecuador** reconoce como derecho colectivo a los pueblos indígenas el de la propiedad, y establece el derecho a conservarlas, y declara la imprescriptibilidad de las tierras comunitarias, que serán “*inalienables, inembargables e indivisibles*”, manteniendo la posesión ancestral de las mismas y se fija como meta la adjudicación gratuita para mantenerla (art. 84). **Guatemala** reconoce los diferentes grupos étnicos, entre los cuales figuran los grupos indígenas (art. 66), y establece la protección de sus tierras y cooperativas agrícolas indígenas: “*Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectivas de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de la protección especial del Estado*” (art. 67); proveyendo el Estado tierras estatales para las comunidades que las necesiten para su desarrollo (art. 68). **Méjico** define a las comunidades indígenas integrantes de un pueblo indígena “*aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres*”, dentro de un marco de autonomía que asegure la unidad nacional (art. 2, del Título Primero, Capítulo I) y de respeto a la integridad de las tierras de los grupos indígenas, como la personalidad jurídica de los núcleos de poblaciones ejidales y comunales (art. 27). **Nicaragua** reconoce la naturaleza multiétnica del pueblo de Nicaragua (art. 8); y las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica, como el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales (arts. 89 y 180). **Paraguay** reconoce a los pueblos indígenas, y las define como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (art. 62), y recepta el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra “*en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni ser arrendadas; asimismo están exentas de tributo*” (art. 64). **Perú** fija

soluciones a los litigios que se presentan ante los reclamos de los pobladores originarios integrados en comunidades indígenas.

Por ello, a modo de colaboración, resulta de interés analizar desde una visión histórica la relación de hecho de los pobladores con sus tierras comunitarias, para comprender entonces la dimensión y alcance que tiene la propiedad indígena como relación de derecho, que se aleja de la propiedad individual, napoleónica, para tener un contenido diferente, al ser comunitaria, con perfiles propios.

II- UNA VISIÓN HISTÓRICA.

Desde la época de la colonización española hasta fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la relación del Estado con los aborígenes fue una relación que pasó por varias fases, desde una paternalista hasta la de choque frontal, apreciándose una relación asimétrica entre los indios y el “hombre civilizado” o europeo.⁵

Los pobladores originarios de nuestro país fueron muchas veces apartados de la “civilización”, o sea, sacados de sus territorios ancestrales, y otras, confinados a pequeñas porciones de tierra, ya sea en reducciones o misiones, o tan solo, fuera del “mundo occidental”; mientras que a su vez, los “asimilados” –en términos presentes transculturizados–, fueron casi exterminados en las guerras por la independencia.

en orden a las comunidades campesinas y las “nativas” el respeto a su identidad cultural, que tienen existencia legal y son personas jurídicas, autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, y agrega que “*La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el art. anterior...*” (art. 89).

5. HALE, Charles señaló que “(...) Después de la conquista militar del “desierto” (es decir, la frontera india) en 1879, los indios argentinos quedaron regionalmente aislados en el sur y en el noroeste, y los intelectuales y dirigentes de la era positivista apenas le prestaron atención (...)”, en *Ideas políticas y sociales en América Latina, 1870-1930*, cit. por MASES, Enrique, Hugo, en *Estado y cuestión indígena* Buenos Aires, Prometeo Libros, 2002, p. 11, nota 1. OLIVEROS, Marta Norma, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, Buenos Aires, 1967, quien dijo que la Corona de Castilla había definido al indio como un ser libre pero incapaz relativo de hecho, y lo había encuadrado en la categoría jurídica de los “miserables”. Ese régimen fue derogado a principios de la época patria y reemplazado por el del derecho común de la población. Así se dejó un régimen especial, y se lo sometió al mismo tratamiento jurídico que el resto de la población libre, o “blanca” o de “raíces europeas”. El sistema basado en la desigualdad jurídica del indio, se lo reemplazó entonces por otro que no atendía las diferencias culturales que separaban a ambas poblaciones. Ver obra clásica de DE LAS CASAS, Bartolomé, “Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias” en *10 Obras Completas*, Ramón Hernández y Lorenzo Galmes Ed., 1992. También estudiosos modernos TRAVIESO, Juan A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas; Condición jurídica de los indios”, en *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-1031.

En un análisis retrospectivo, observamos que distintos documentos de principios del siglo XIX proclamaron la igualdad del indio con el blanco;⁷ sin embargo, ello no acontecía en la vida real. Inclusive durante el periodo de la organización nacional se hacía una distinción especial entre los indios sometidos, amparados en el precepto constitucional que declara la igualdad de derechos de todos los hombres, y los rebeldes, que no estaban sujetos a las leyes de la Nación.⁸

Las Constituciones argentinas reflejaron también el pensamiento jurídico y el sentir de su época.

7. El Decreto de la Junta Provisional del 1 de setiembre de 1811 estableció la extinción del tributo que los indios pagaban antes a la Corona de España, y luego a la Provincias Unidas, disponiéndose la impresión de ejemplares suficientes en idioma castellano y quechua. Justificaba entre sus argumentos que *“Nada se ha mirado con más horror desde los primeros momentos de la instalación del actual gobierno como el estado miserable y abatido de la desgraciada raza de los indios. Estos nuestros hermanos, que son ciertamente los hijos primogénitos de la América, eran los que más excluidos se lloraban de todos lo bienes, y ventajas que tan liberalmente había franqueado a su suelo patrio la misma naturaleza; y hechos víctimas desgraciadas de la ambición, no solo han estado sepultados en la esclavitud más ignominiosa, sino que desde ella misma debían saciar con su sudor la codicia, y el lujo de sus opresores. Tan humillante suerte no podía dexar de interesar la sensibilidad de un gobierno, empeñado en cimentar la verdadera felicidad general de la patria... Penetrados de estos principios los individuos todos del gobierno, y deseosos de adoptar las medias capaces de reintegrarlos en sus primitivos derechos, les declararon desde luego la igualdad que le correspondía con los demás clases del estado; se incorporaron sus cuerpos a los de los españoles americanos, que se hallaban levantados en esta capital para sostenerlos; se mandó que se le hiciese lo mismo en todas las provincias reunidas al sistema, y que se les considerase tan capaces de optar todos los grados, ocupaciones, y puestos, que han hecho el patrimonio de los españoles, como cualquiera otro de sus habitantes; y que se promoviese por todos los caminos su ilustración, su comercio, su libertad; para destruir y aniquilar en la mayor parte de ellos las tristes ideas... Faltaba sin embargo el último golpe a la pesada cadena que arrastraban en la extinción del tributo. Él se pagaba a la Corona de España, como un signo de la conquista, y debiendo olvidarse día tan aciago...la Junta ha resuelto: Lo 1º Que desde hoy en adelante para siempre queda extinguido el tributo, que pagaban los indios a la Corona de España, en todo el distrito de las provincias unidas al actual gobierno del Río de la Plata, y que en adelante se le reuniesen, y confederasen baxo los sagrados principios de la inauguración”*. La Asamblea General Constituyente del año XIII lo ratificó el 12 de marzo de 1813, y declaró a semejanza del decreto de las Cortes de Cádiz del 9 de noviembre de 1812, que *“derogada la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios bajo todo respecto y sin exceptuar aun el que prestan a las iglesias y sus párrocos o ministro, siendo la voluntad de esta soberana corporación el que del mismo modo se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan”*.

8. Un ejemplo del caso durante los primeros años del Gobierno Patrio, lo vemos en el reglamento dictado por Manuel Belgrano para el gobierno de los pueblos de Misiones donde declaraba a los indios libres e iguales, los habilitaba para todos los empleos, y los liberaba del tributo y de todo impuesto por diez años. Conf. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, Buenos Aires, 1937, p. 24; LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, IV, Buenos Aires, IV, Buenos Aires, 1948, pp. 96-7.

En la Constitución de 1819 se estableció que “*siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del estado*” (art. 128).⁹ No obstante, a pesar de considerársele capaz al indígena, lo cierto es que era discriminado por su cultura distinta a la de raíces europeas.

La Constitución de 1826 fue más allá que su predecesora, al disponer que los derechos de la ciudadanía quedaban suspendidos “por no saber leer ni escribir”, lo cual en los hechos abarcaba a la mayoría de los indígenas, quienes no podían cumplir con ese mandato constitucional por no entender, ni escribir, en la lengua castellana.

El reconocimiento de la igualdad del indio a nivel constitucional era más declarativo que efectivo, pues se lo consideraba un ser incapaz, que debía colocarse bajo el amparo de un protector.¹⁰

Finalmente, la Constitución Nacional de 1853 contenía en el artículo 67, inciso 15, una disposición muy cuestionable si la analizamos desde nuestra visión actual: “*Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*”. Dominaba en ella una clara norma discriminatoria. En ese entonces, la geopolítica argentina giraba en torno de la seguridad de las fronteras, del sometimiento de los indios, ubicación de tropas, misiones, reducciones y colonias.¹¹ No había espacio para mayores

9. En realidad había un trasfondo político fundado en necesidades militares, pues se pretendía atraer a los indios a la causa revolucionaria, ver BIEDMA, José J., *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios*, Buenos Aires, 1975, pp. 151-2.

10. BAYLE, Constantino, “El protector de los indios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 1945, pp. 1-180.

11. TRAVIESO, Juan A., *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, J.A., 1996-III-1031.

reconocimientos,¹² y en general las leyes dictadas durante ese periodo hacían una clara referencia a la asimilación del indígena.¹³

Recién a fines del Siglo XX, en razón de un profundo cambio filosófico jurídico, la atención recayó sobre ellos en tanto personas, con derechos humanos iguales al resto de los habitantes de nuestro país y, además, con el reconocimiento al derecho de propiedad comunitaria sobre sus territorios ancestrales de acuerdo a su condición de pueblos originarios del continente americano.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ocupó del tema indígena, siendo reflejo de ello el Convenio N° 107 del año 1957.¹⁴ Posteriormente, dentro

12. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, par. 45 a 60 y 138 a 144. Este autor había expresado que los indígenas eran salvajes preocupados por adorar al sol, a los árboles, a las bestias, y que quemaban hombres en sacrificio. MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1917, pp. 329-30, dijo que no cabía dudar que los indios sometidos se encontraban amparados por el precepto constitucional que declara la igualdad de derechos. En cuanto a los rebeldes, su opinión era que no estaban sujetos a las leyes de la Nación, y por lo tanto, tampoco a ese precepto. El periódico *El Nacional*, en su ejemplar del 30 de noviembre de 1878, planteaba la necesidad de proceder a la disolución de las distintas comunidades indígenas, internando y distribuyendo a sus integrantes tal cual lo estaba haciendo el gobierno nacional. Señalaba “*ha sido desde tiempo inmemorial seguido por los colonizadores; y sus efectos son las poblaciones de nuestras ciudades y campos cuyos habitantes conservan aún el color trigueño de la raza de su origen. Por pequeña que sea una tribu, desde que está reunida, conserva y guarda sus tradiciones y su lengua. La escuela, los oficios, son imposibles en esa aglomeración de salvajes hostiles a la sociedad basada en el trabajo; la ración ha de continuar, como carga sobre el gobierno; ración improductiva de todo resultado*”. El matutino *La Prensa* del 3 de diciembre de 1878, sostenía que se combatía al indio no para exterminarlo sino para desalojarlo del territorio que ocupaba y desarmarle su brazo para aventar cualquier peligro. Pero una vez que el indígena caía prisionero, advertía, era necesario auxiliarlo porque carecía de los medios indispensables para poder manejarse por sí mismo en el seno de la vida civilizada.

13. Ley 215 (1867) de “Frontera contra los indios” trasladó la frontera interior sobre la ribera del río Neuquén. Se dispuso que a las tribus existentes en esa porción del territorio argentino se les concedería lo necesario para su existencia fija y pacífica, y se previó la entrega de terrenos conforme se fijaría por medio de tratados o “arreglos” con los indios.

14. **Convenio N°107 de la OIT relativo a la Protección e integración de las Poblaciones Indígenas y de otra Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países independientes**, (1957), ratificado por Argentina el 18/1/1960 y denunciado el 3/7/2000, en virtud de la ratificación del Convenio N°169. Art. 3 “*Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan*”. Art. 4 “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá: a- tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico. b- tener presente el peligro que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente y con el consentimiento de los grupos interesados*”. Art. 7 “*1. Al definir los derechos y las obligaciones de las poblaciones en cuestión*

de esa organización convocada en Ginebra por el Consejo de la Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en 1989, se revió el Convenio de la OIT N° 107 a través del Convenio N° 169, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, donde se adoptó el criterio de auto reconocimiento de la calidad de indígena y su pertenencia a los grupos étnicos (art. 2). Principalmente se tuvo en consideración el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación; debiendo los Estados al aplicar la legislación nacional respetar a esos pueblos originarios, en esencia, sus costumbres o su derecho consuetudinario (arts. 3, 4, 5, 6 y 8).

III. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

1. Durante la presidencia de Nicolás Avellaneda (1874-1880), la dirigencia política era consciente que el problema del indio y de la frontera interior en el sur del territorio no podía dejarse para una resolución futura.

Según la cosmovisión de Avellaneda, la crisis económica que padecía el país era consecuencia de los límites productivos a que se había llegado, especialmente los agropecuarios, que llevaba a un desequilibrio entre producción y consumo. El programa que sostuvo Avellaneda junto a su ministro de Guerra y Marina, el Dr. Adolfo Alsina, significó un cambio importante en el tratamiento de la cuestión indígena, a la vez que se diferenciaba nítidamente de las líneas de acción seguidas por los gobiernos que le precedieron.¹⁵ El gobierno nacional le confirió a la cuestión de

se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario. 2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando estas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”. Art. 11 “Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. Art. 12 “1-No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país, o a la salud de dichas poblaciones. 2-Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir las tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro...”. Art. 13 “a-Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo, económico y social. 2-Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan”.

15. La Ley N° 817 del 6 de octubre de 1876 de “Inmigración y colonización”, conocida como “Ley Avellaneda”, contemplaba la creación de misiones para el establecimiento de tribus indígenas. Según

la frontera un lugar preferencial: “*la cuestión fronteras, es la primera cuestión para todos y hablamos incesantemente de ella aunque no la nombremos*”.¹⁶

Se cambió la guerra ofensiva, a través de expediciones punitorias contra las tolderías indígenas, por la de ocupación del territorio indio. Se decidió la ocupación de las tierras existentes entre la línea de frontera y las márgenes del río Negro. El indígena dejó de ser el enemigo principal y su lugar fue ocupado por el propio desierto.

Expuso Alsina refiriéndose a la guerra que era “*contra el desierto para poblarlo y no contra el indio para exterminarlo*”.¹⁷ Esta afirmación resume el pensamiento de ese tiempo con respecto al problema del indio y las tierras en el sur de nuestro país.¹⁸

El plan contemplaba como uno de los principales objetivos la convivencia y asimilación del aborigen. Alsina estaba convencido que, en la medida en que a las tribus, que en ese momento se mantenían belicosas y totalmente refractarias a la autoridad del gobierno, se les cumpliera con lo estipulado en los tratados de paz firmados, y además, tuvieran la posibilidad de palpar los beneficios materiales que

esta ley, el Poder Ejecutivo debía procurar “*por todos los medios posibles el establecimiento en las secciones, de las tribus indígenas, creando misiones para traerlos gradualmente a la vida civilizada, auxiliándolas en la forma que crea más conveniente y estableciéndolas por familias en lotes de cien hectáreas*”(conf. art. 100). En su debate parlamentario se dijo que aún cuando no se reconociera al indio como hombre civilizado, debía reconocérsele el derecho de propiedad a la tierra en que ha nacido y habita. La Ley N° 1744 del 2 de noviembre de 1885 autorizaba gastos para el sostenimiento de indios y auxiliares. En el respectivo debate en la sede del Congreso Nacional se estableció frente a la exclusión del indígena de sus tierras, que ello importaba en definitiva un despojo, y que aquéllas le eran necesarias para su subsistencia. Ver diario *La Tribuna Nacional* del 9/7/1885 que se hace eco de los argumentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional en su exposición de motivos referida al Proyecto de colonización y repartos de tierras a los indígenas.

16. Ver BARROS, Alvaro, *Indios, Fronteras y Seguridad Interior*, Ed. de Pedro Weimberg, Buenos Aires, Solar-Hachette, 1975.

17. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Diario de Sesiones, 1875, p. 817.

18. La ocupación progresiva del espacio indígena no preveía directamente una política de aniquilamiento. Sin embargo en 1863, el presidente Mitre, en un mensaje al Congreso Nacional a propósito de la política de exterminio llevada adelante contra los indígenas, decía lo siguiente: “...lanzados allá, a las vastas soledades de la Pampa, donde no se conocía la huella del cristiano fuertes divisiones, que buscando a los salvajes en su misma guarida les han hecho sentir el poder de nuestras armas, diezmándolos y llevando el terror y la muerte donde más seguro se creían (...)”, en Congreso Nacional, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1863, p. 9. En general la legislación nacional del siglo XIX no protegió los derechos de los pueblos indígenas. Existieron leyes aisladas de colonización y repartos de tierras, pero no de efectivo reconocimiento del derecho de propiedad indígena sobre sus territorios. La idea de colonización contenía en forma tácita la premisa de “poblar el país”, no de devolver a los pueblos originarios sus tierras ancestrales.

les podía brindar la civilización, el sometimiento de estas sería inevitable y su incorporación a la vida civilizada solo cuestión de tiempo.¹⁹

El desierto aparece como el principal enemigo del desarrollo y de la marcha hacia el progreso general del país y, por lo tanto, era necesaria su ocupación, como una prioridad impostergable y una condición básica para el definitivo sometimiento indígena.^{20 21}

2. Con el transcurso de los decenios –ya entrado el siglo XX– la desaparición de las fronteras interiores en el sur del país y la ocupación efectiva del territorio dio

19. Congreso Nacional, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1863.

20. Ver BARROS, Alvaro, *Indios, fronteras y seguridad interior*, Buenos Aires, 1875, p. 138. Avellaneda dijo “(...) No suprimiremos el indio sino suprimiendo el desierto que lo engendra. No se extirpa el fruto sino extirpando de raíz el árbol que lo produce. De lo contrario se emprende una obra que necesita recomenzarse en cada estación. Las fronteras habrán desaparecido cuando dejemos de ser dueños del suelo por herencia del rey de España, y lo seamos por la población que lo fecunda y por el trabajo que lo apropia (...). (...) Somos pocos y necesitamos ser muchos, sufrimos el mal del desierto y debemos aprender a sojuzgarlo (...)”.

21. Durante el largo periodo que abarcó desde el Descubrimiento de América (1492), hasta nuestra Organización Nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, los vínculos que nacieron con los pueblos originarios de estas tierras, muchas veces se plasmaron en Acuerdos o Tratados, productos de las relaciones diplomáticas con las naciones indígenas libres, o sea, aquéllas no sometidas al vasallaje que se imponía con el rigor de la espada. LEVAGGI, Abelardo, *Paz en la frontera*, Buenos Aires, UMSA, 2000, p. 19, indica que “*Ante la imposibilidad práctica...de someter a las comunidades libres al Derecho general, la Corona castellana y los gobiernos argentinos, sin renunciar a su objetivo último de dominación sobre la totalidad del territorio, más posponiéndolo, recurrieron a un Derecho especial, “ad hoc”, de naturaleza sinalagmática, basado en el derecho de gentes, que se adecuó al tipo de relaciones al que estaba destinado, y que tuvo en el tratado su instrumento fundamental*”. Esos Tratados celebrados con los pueblos indígenas, sirvieron muchas veces para poner fin a un conflicto armado o militar, y otras para prevenirlo. Era una incertidumbre saber los verdaderos alcances y efectos de los tratados, al no tener el Estado un conocimiento efectivo de la cultura de las comunidades indígenas con las cuales los celebraban. En general, los documentos que corresponden al periodo nacional, forman parte de la historia militar argentina. Muchos de esos tratados fueron orales, otros escritos, y se utilizó para nombrarlos distintas palabras: tratado, capitulación, concordia, artículos, paces, pactos, arreglos, convenios, aún cuando no son exactamente sinónimos (ver Archivos del Comando General del Ejército. Dirección de Estudios Históricos: Campaña contra los indios: Frontera Sur, cajas 1 a 10. Frontera Sur, cajas 1 a 45; citado por LEVAGGI, en *Paz en la Frontera*).

por finalizada una larga etapa de enfrentamiento directo entre indios y blancos y dejó a los primeros fuera de sus “territorios originarios”.^{22 23}

22. No se utilizó el sistema de reservaciones, adoptado ante las mismas circunstancias por el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, atento su escaso éxito y costo excesivo, sino que se optó por el método de distribución; es decir el traslado, desmembramiento y posterior reparto de las familias indígenas en diferentes destinos lejos de la frontera. Ver Mensaje del Presidente de la Nación Dr. Nicolás Avellaneda al abrir las sesiones del Congreso Nacional en mayo de 1879, en MABRAGAÑA, H, *Los Mensajes*, Comisión Nacional del Centenario, Buenos Aires, 1910, t. III, pp. 24 y 25. La Ley 3092, promulgada el 24/8/1894, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional para conceder la propiedad de tierras al Cacique Manuel Namuncurá y a familias de su tribu, en la margen derecha del Río Negro. La Ley 3154, de fecha 30/9/1894, también autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a entregar en propiedad a caciques indígenas y su familia, seis leguas en la Pampa Central, argumentándose que “*es un deber, por lo menos de compensación a estos dueños de la tierra, conceder un lugar para que vivan independientes con sus familias*”. En idéntico trámite la Ley 3814 del 26/9/1899, entregaba doce leguas en el Territorio de Chubut a un cacique y su tribu, las cuales no podían ser enajenadas por el término de cinco años a partir del otorgamiento de la escritura. La Ley 4167, del año 1903, sobre tierras fiscales, mantuvo el criterio de la “Ley Avellaneda”. En su art. 17 fijó que el Poder Ejecutivo fomentaría “*la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones, y suministrándoles tierras y elementos de trabajo*”. Por Decreto del Poder Ejecutivo del 21/9/1916 se creó la “Comisión honoraria de reducciones de indios”.

23. Se dictaron leyes para disolver las comunidades de tierras que tenían los indios. El individualismo, de la mano de la Ilustración, que identificaba el derecho de propiedad con la propiedad individual, apuntaba a la extinción de las comunidades y a la división de la tierra entre los comuneros bajo la forma de la propiedad individual, la única que consideraban que merecía el amparo de la ley. Existieron leyes de gobiernos provinciales (ej. en Corrientes y Córdoba), que declaraban extinguidas las comunidades indígenas, y las concedían a cada familia originaria. Ver fallo CSJN 19-29, del 21/04/1877, in re “La Provincia de Jujuy c/ D. Fernando Campero; s/ reivindicación”, donde la Provincia de Jujuy inició un juicio contra Fernando Campero por la reivindicación de los territorios de Cochinoca y Casabindo, quien las poseía en calidad de heredero de un encomendero. El Alto Tribunal hizo lugar a la demanda, por entender que esas tierras eran de propiedad del Estado Provincial, aún cuando reconoció la posesión de los indios sujetos a reducciones. Dijo que la encomienda no era un derecho real, sino personal, y que frente a la desaparición de esta, los bienes quedaban automáticamente dentro del patrimonio del Estado Provincial, por herencia de la Corona española a la Nación, y de esta a las Provincias. “. Expresó que **“Por las leyes de encomiendas, la posesión de la tierra en que ellas estaban situadas pertenecía a los indios encomendados, y el dominio directo a la Corona, siendo del encomendero únicamente la administración y beneficio”** y que “*en una encomienda dada a perpetuidad, era subentendido que dicha concesión debía durar lo que durase el sistema de encomiendas, el cual como toda institución de derecho público, está sujeta a las necesidades de los tiempos y las nuevas exigencias*”. El Tribunal destacó que el nuevo régimen político que se le había dado a la República, en virtud del cual todos los hombres eran reconocidos iguales, y con los mismos derechos y deberes ante la ley, hizo cesar por consecuencia el pupilaje a que estaban sujetos por las antiguas leyes de encomiendas los indios reducidos y civilizados, y que forman parte del Pueblo de la Nación. Fundó su decisorio en el código civil sancionado en 1869, con desconocimiento del sistema jurídico no formal de los indígenas, y que los derechos sobre las tierras derivaban de la Corona de España, que luego de la Independencia pasaron al Estado Nacional, teniendo la provincia el dominio y jurisdicción sobre dichos territorios.

Al ser desplazados de sus espacios en la época de la conquista del desierto, cuando luego pretendieron recuperarlos, se enfrentaron al desconocimiento de sus derechos por ignorancia de las Instituciones Civiles propias del Derecho romano-germánico. En efecto, “nuestro ordenamiento jurídico” no respetaba “su derecho”, con especiales características, y que básicamente contrariaba sus propios intereses.²⁴ Se les aplicó a los indígenas en forma directa las leyes nacionales aún cuando desconocían la lengua española y, más aún, su idiosincrasia y las instituciones jurídicas occidentales.

Desde esa óptica, observamos que la Constitución Nacional de 1853 ofrece un modelo jurídico monocultural, con pretensiones de asimilación del indígena al modelo cultural occidental.²⁵

En la cosmovisión de los pueblos originarios siempre se dijo que la tierra no pertenecía al indio, sino que el indio pertenecía a la tierra. Existió la ocupación de ellas en forma colectiva –vgr. posesión– a favor de la comunidad, además de otras formas de relación posesoria de las cuales se sirvió conjuntamente con su grupo de pertenencia, o sea la tribu o comunidad indígena –ej. territorios de invernada y veraneada para sus rebaños; territorios de caza; servidumbres de paso; etc.–.

Recién a partir del neoconstitucionalismo se giró hacia un modelo jurídico pluricultural y esto hizo que la condición del indígena se revirtiera. A fines del siglo XX las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos aborígenes y es cuando comienza a brotar la necesidad de reconocer su especial derecho de propiedad sobre sus territorios ancestrales,^{26 27} proceso que culmina en nuestro país con la reforma constitucional

24. Ver Sesiones del HC de la Nación, sesión N° 24, 1885, discurso del diputado Darquier.

25. BADENI, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc. 1997, p. 72 y ss.

26. Conf. LEVAGGI, Abelardo, *Tratamiento legal y jurisprudencial del aborígen en el siglo XIX*, p. 258, quien dijo que la ficción de igualdad tuvo consecuencias negativas para la propiedad indígena, dado que era habitual la declaración de sus tierras como baldías, su incorporación al dominio fiscal, y su posterior entrega, en donación o arriendo a terceros, por no comprenderse la forma particular de relación que existía entre el indio y su tierra. Ver también ITURBIDE, Gabriela y ABREUT, Liliana, *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena. Periodo 1863-1930*, en *La Ley on line*, donde se expresa que los continuos debates en el Congreso Nacional, y las opiniones de ese momento presentes en la prensa respecto de las iniciativas oficiales acerca del destino final de los indios sometidos, atestiguan que el pensamiento social tenía su mirada puesta en el problema indígena y en sus posibles soluciones, pero sin reconocer sus derechos sobre las tierras ancestrales, y su forma particular de posesión y propiedad.

27. La población indígena que habitaba el “desierto” en el momento de ponerse en marcha la ofensiva final del General Roca es un interrogante difícil de responder. Los diferentes autores que se refieren a esta cuestión ofrecen cifras parciales y a la vez contradictorias. El propio ministro de Guerra en su intervención en el parlamento en ocasión de defender el proyecto de traslación de la frontera ubica

de 1994, al reconocer la propiedad y posesión de sus tierras a las comunidades indígenas registradas.

El reconocimiento de la multiétnicidad y respeto de la cultura indígena contenido en la Carta Magna reformada tuvo lugar no solamente en nuestro país, sino también en el resto del continente y se evidencia en las Constituciones de los diferentes países latinoamericanos.

Se vislumbra un constitucionalismo que podríamos llamar “comunitario”, que superó el reconocimiento de los derechos individuales del siglo XVIII y XIX, como los sociales de la primera parte del siglo XX, para reconocer los derechos en cabeza de los pobladores originarios del continente americano, en tanto sus características propias hacen que deban ser respetados en su identidad cultural y social, como también en la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan.²⁸

3. El art. 75 inc. 17 C.N. contiene una manda operativa que consagra el derecho real de propiedad indígena que la distingue de la propiedad individual reconocida en los códigos del siglo XIX. La reforma constitucional de 1994 desterró la cláusula que lesionaba los legítimos derechos de esta minoría.²⁹ La tipifica como inalienable, intransmisible, imprescriptible, no susceptible de gravámenes o embargos, indivisible y la coloca en cabeza de la “comunidad indígena”.³⁰

El actual artículo 75, inciso 17, dispone: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería

la población indígena en cerca de 20.000 personas aproximadamente. Por lo tanto, sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo a las distintas fuentes consultadas, podemos decir que, sin contar a los naturales que se ubican en la Tierra del Fuego, entre 20.000 y 25.000 indígenas están asentados más allá de la línea de fronteras al finalizar la década del 70. De esta cantidad, de acuerdo a las informaciones oficiales y a las proporcionadas por los medios periodísticos podemos calcular que en el período de la confrontación militar, es decir entre 1878 y 1885, entre 15.000 y 18.000 de estos indígenas quedaron bajo la tutela oficial. (ver MASES, *Estado y cuestión indígena...*, cit., p.12).

28. BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”, en *La Ley* 1996-B, sec. doctrina. p. 1206. Sostiene este autor que “el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, son dos aspectos del derecho a la igualdad, porque nada hay más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento– configura la identidad de una o más personas, en relación con el resto de las que no comparten aquella diferencia y esa identidad”.

29. Sobre la marginalidad del indígena en el derecho argentino, ver HIGHTON, Elena en “Camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, N° 7, 1994, p. 279.

30. Casi todas las modificaciones de las Constituciones latinoamericanas del siglo XX están inspiradas en el Convenio de la OIT N° 169 –y su antecedente el N° 107– donde en líneas generales se reconoce la preexistencia cultural, y se proclama que ninguna de las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos, reconociendo las formas comunales de la propiedad indígena.

jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Por su parte el inc. 19 de dicha norma completa el nuevo panorama al indicar respecto del “Desarrollo humano” que debe:

“Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y la circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Se dijo para justificar la reforma constitucional que la indicación del trato pacífico de los indios resultaba *“anacrónico, por cuanto no se pueden establecer distinciones raciales, ni de ninguna clase entre los habitantes del país”*.³¹

31. Anteproyecto de Reforma de la Constitución Nacional, p. 34. La Ley 24.071 (1992) que aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N° 169) de 1989 en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (y ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000), revisa el anterior convenio de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (N° 157), aprobado por la Ley nacional 14.932 (B. O. 29/12/1959). El Convenio N° 169 celebrado en Ginebra en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 1989, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* consta de 44 artículos, separados en 10 Partes. En la Segunda Parte titulada “Tierras” establece no solo la obligación de los gobiernos de respetar la *“importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, que ocupan u utilizan de alguna otra manera, y en particular de los aspectos colectivos de esa relación”* (conf. art. 13.1), sino que se especifica que el término **“tierras”** debe **incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera** (conf. art. 13.2). El art. 14 expresa que: **1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de**

Fue un importante cambio conceptual el pasar de la **segregación** (pues el trato pacífico suponía un estado de guerra con la población indígena ubicada detrás de la frontera interior) y la **asimilación** (convertirlos al catolicismo e inculcarles las costumbres europeas) al verdadero **respeto de la existencia de esta minoría de argentinos**, con rasgos diferentes dignos de respeto (vgr. lengua; tierras comunitarias; etc.).

La reforma constitucional de 1994 superó la posición etnocéntrica del positivismo decimonónico al reconocer los derechos individuales de los indígenas y también los de su comunidad, como su preexistencia al Estado Nacional.^{32 33}

En el debate parlamentario del año 1994, correspondiente a la reforma constitucional, la convencional Figueroa dijo que *“las Constituciones provinciales coinciden en reconocer al aborígen su identidad étnica y cultural que resulta del hecho de constituir grupos culturales anteriores a la creación del Estado argentino. En todas ellas se reconoce a los aborígenes como grupos culturales con características y modalidades propias que deben ser respetadas y estimuladas. Asimismo se les reconoce el derecho a la tierra y el de vivir en comunidad a fin de que puedan así transmitir su cultura y conservar su memoria colectiva”*. Muchos convencionales prestaron su apoyo al proyecto, como el Diputado Varese, Alvarez, Pando, Vega de Terrones, Stephan, Cullen, Caballero Martín, Avelin de Ginester, De Sanctis, Roulet, por considerar que *“con la sanción del dictamen subsanaremos una deuda*

propiedad y posesión. 3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para **solucionar las reivindicaciones de tierras** formuladas por los pueblos interesados (la letra en negrita me pertenece). Recordemos también que una ley posterior, la Ley 24.309 estableció la Declaración de la necesidad de la reforma en la Constitución (ver Boletín Oficial del 31-XII-1993 N° 27.798), y en su art. 3 pto. LL, instituyó la necesidad de adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, con alusión al art. 67 inc. 15, hoy derogado.*

32. ROSATTI, *Status constitucional de los pueblos indígenas*, en “La reforma de la Constitución”, autores varios, p. 200. Ver también la interesante postura de BIDART CAMPOS, Germán J, “¿Un federalismo cultural?”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004, N° III, p. 30, donde postula *“...obviando detalles, afirmamos con fuerte convicción que el reconocimiento de los pueblos indígenas en el art. 75 inc. 17 se ofrece como la mejor expresión de una hospitalidad que la cultura común de nuestra sociedad otorga a la cultura aborígen, con cuantos contenidos esta cultura alberga. Hay que leer el inc. 17 y con la letra, y todo lo que ella sugiere más allá de lo escrito, darse cuenta de que la cultura indígena como cultura preexistente brinda espacio a una autonomía que, osadamente, nos incita a imaginar una especie de descentralización de base indigenista. ¿Por qué, entonces, no habríamos de abandonar la monocentricidad como monopolio estatal de las fuentes del derecho y, en su lugar, reconocer al derecho indígena con su propia fuente histórico-tradicional-cultural?*

33. ALTABE, Ricardo; BRAUNSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge A. “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en *ED* 164-1193.

histórica que tenemos con las comunidades indígenas, que constituyen una raíz del país que no debemos olvidar..."³⁴

Así, observamos que tanto nuestra Carta Magna como el resto de las modificaciones de las Constituciones latinoamericanas del siglo XX implicaron, en líneas generales, la coronación del pluralismo étnico –mencionado también como multiétnicidad, pluriétnicidad, o simple respeto de la biodiversidad–.³⁵

34. Convención Nacional Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, p. 4062 y ss. No solo es interesante el debate por la aprobación unánime de la modificación de la norma constitucional, sino también las inserciones que tuvo el mismo correspondiente a los convencionales Díaz, Figueroa, Rocha de Feldman, Lipszyc y Vallejos que ilustran desde el aspecto histórico hasta el jurídico. La importancia de la norma se vislumbraba en el seno de la Comisión N°5 de la Convención Constituyente de 1994, cuando en el Dictamen de Comisión se sugirió que la cláusula indígena remitida a la Comisión N°1 (de Redacción), se incorporara como artículo nuevo del Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Carta Magna.

35. BIDART CAMPOS, Germán, "Los derechos de los pueblos indígenas argentino", *La Ley*, 1996-B, sec. doctrina, p. 1205, sostiene que "En definitiva, es cierto que no estamos habituados a acoger las diferencias que el pluralismo social obliga a admitir. Nos gusta la uniformidad de una legislación que no contemple idiosincrasias razonables, como son los pueblos indígenas, a los que la Constitución les reconoce preexistencia respecto de todos los demás grupos sociales posteriores. Esto es historia pura porque ¿quién habría de negar que cuando llegó la colonización española al cono sur de América ya aquí estaban asentados e instalados los pueblos indígenas que hoy bautizamos con el ulterior adjetivo de "argentinos"? Si desde entonces se hubiera hecho práctica mucho de lo que la evangelización propugnaba y defendía, todo lo que desde 1994 aparece en el art. 17 seguramente se habría cumplido desde cinco siglos antes. ¿Es demasiado tarde reconocerlo y repararlo, a tenor de las valoraciones sociales humanitarias que hoy impregnan al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos? El refrán nos recordaría que más vale tarde que nunca. Por esos, otra vez: ¡en buena hora!". Ver mismo autor, "La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?", en *Revista jurídica La Ley*, del 1/6/2004, p. 1, que dice: "Así como en nuestro federalismo tenemos pluralidad de derechos administrativos y procesales locales –no son los únicos ejemplos– en la descentralización política de base nacional los diversos grupos nacionales que componen la población sin invitados por el estado –dice Dabin– a regular ellos mismos las cuestiones de orden nacional propias de cada grupo. Cuando en lugar de grupos nacionales afrontamos la diversidad de pueblos indígenas, cuya preexistencia reconoce el art. 75 inc. 17 de la Constitución, quizá podemos imaginar algo muy parecido a la descentralización política de base nacional explicada por Dabin(1). ¿Por qué no sería viable que, sobre la base de la autonomía que al margen de la estructura del poder hemos descubierto en el espacio de la sociedad civil, esa misma estructura de poder hiciera ingresar al ordenamiento jurídico estatal el derecho consuetudinario indígena de cada una de las comunidades existentes en nuestra sociedad? ¿No sería un buen buceo en el rico espíritu del inc. 17 citado, el que nos hiciera detectar qué cuestiones y materias tienen una particular fisonomía que es propia de cada grupo y que, por ende, han de derivarse a la regulación pluralista del derecho indígena? ¿Se rompería la unidad igualitaria de la ley? Para nada, porque es hora de que a la igualdad coordinemos con el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, y que a la democracia le asignemos un contenido de pluralismo auténtico". (1) cita de BIDART CAMPOS en la cual hace referencia a DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, traducción de GONZÁLEZ URIBE, Héctor y TORAL MORENO, Jesús, México, Jus, 1946, p. 313 y ss., especialmente a partir de pp. 332-6.

La situación que plantea este nuevo escenario aún no tiene un final definitivo porque todavía quedan interrogantes sobre su implementación, a pesar de que se perfila la idea que planteamos desde un principio: que la propiedad indígena es un nuevo derecho real, con características propias, diferenciado del resto de los derechos reales previsto hasta ese entonces por el sistema jurídico argentino.³⁶

La Ley Nacional 26.160 de Emergencia Indígena (2006) declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes por el término de cuatro años. Ordena la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras (arts. 1 y 2). En cuanto a la posesión indica que debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada, comprometiéndose el Estado por el término de tres años a través del INAI a realizar un relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas para promover las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales. Por Ley 26.554, publicada en el B.O.: 11/12/2009, se prorroga el plazo establecido en el artículo 2º de la Ley 26.160 hasta el 23 de noviembre de 2013.

Observamos el largo camino transitado por los pueblos originarios para el reconocimiento de sus derechos, desde la época de la colonización española hasta nuestros días.³⁷ Desde el corrimiento del mapa, la ocupación de tierras fiscales del

36. ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral *Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?*, aprobada en noviembre de 2007, Buenos Aires, UMSA.

37. Repasemos que por vía de la reforma del art. 75 inc. 22, al sentarse como principio general que los tratados internacionales y concordatos tienen alcurmia supra-legal, se ha atribuido jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos Humanos; Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanas o degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A esta lista se han añadido con posterioridad al año 1994, la Convención Interamericana sobre la Desaparición forzada de Personas (ratificada por Ley 24.820) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ratificada por Ley 25.778). Estos instrumentos se encuentran conectados en forma directa o indirecta con la cuestión indígena y el reconocimiento de sus derechos, en tanto, seres diferentes y con distinta cosmovisión social y cultural.

territorio nacional, el asentamiento de colonias indígenas o la entrega de tierras fiscales para su uso colectivo y/o usufructo vitalicio, hasta la consagración de su propiedad comunitaria en el art. 75 inc. 17 de la CN, pasaron siglos.³⁸

La forma en que las comunidades indígenas se relacionan entre sí y frente a terceros será considerado en este trabajo, apuntando en particular a los aspectos colectivos de esa relación directa e inmediata con la tierra, a la luz de las nuevas disposiciones legales.³⁹

4. Cuando nos referimos a los derechos de los indígenas debemos partir del concepto de “derecho” como el orden social justo,⁴⁰ o sea, el derecho en sentido objetivo y la posibilidad que ese derecho haga nacer el derecho subjetivo.

El derecho objetivo según Gatti, mejor dicho el derecho desde el punto de vista objetivo, “*sería el ordenamiento jurídico, es decir el conjunto de normas o*

38. Ver Proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, Expte. N° 1.113-D-2010 presentado por la diputada Silvia Beatriz Vazquez, que define en el art. 4 a la comunidad indígena como persona jurídica de carácter público, incorporándola al art. 33 del C.C., y que consagra en el Art. 6 la “propiedad comunitaria indígena” como derecho real de origen constitucional.

39. BRONSTEIN, Arturo, “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, en *Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 14 y ss., cit. por ITURRASPE, Francisco, *Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originadas en la Constitución venezolana de 1999*, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, DF, del 12 al 15 de febrero de 2002. Bronstein manifiesta que “*El derecho al territorio colectivo, como una entidad distinta de la tierra, dentro del cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida conforme a sus tradiciones y valores, también forma parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Antiguamente llamados “reservas” (término que los indígenas rechazan, por su connotación de encierro), el territorio es definido por el Convenio 169 como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”. Ver página web en www.indigenas.oit.or.cr/bronste.

40. RENARD, Georges, *El derecho, la justicia y la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones Desclee, de Brouwer, versión castellana del Dr. CUNCHILLÓS MANTEROLA, Santiago, 1947, quien dijo “*El derecho positivo es una aproximación a la justicia, un orden superior*” (p. 75). “*El progreso del derecho positivo es una invasión progresiva del campo de la moral social*” (p. 85); y “*En tanto que el derecho positivo se apropia las sugerencias del derecho natural, no las adapta solamente a las condiciones concretas de un medio determinado; añade la coerción pública, es decir, la propia del régimen de Estado*” (p. 88); para BORDA, *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 1996, t. I, N° 1, p. 11: el derecho es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia; para SALVAT, *Derecho Civil, Parte General*, 6ta. ed. 1940, N° 1 y 4: el derecho en sentido objetivo es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trata de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos. En sentido subjetivo significa que le permite realizar determinados actos, y agrega que “*en cualquier sentido que empleamos la palabra, ella designa siempre un fenómeno social*” (p. 2).

sistema de preceptos reguladores de la conducta humana, emanados del Estado, e impuestos por este mediante su poder coactivo".⁴¹

Para Ihering, el derecho desde el punto de vista subjetivo reside en la utilidad que brinda al hombre, de ahí su conocida definición según la cual "*los derechos son intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad del goce*".⁴² Y explica que "*dos elementos constituyen el principio del derecho; uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho, acción de la justicia. Este es el fruto y aquél la envoltura ó cáscara protectora. Por sí mismo, el Estado no crea más que un estado de hecho útil o de goce (interés de hecho) que cualquiera, a su antojo, tienen el medio o puede impunemente, a cada instante, destruir o cambiar. Esta situación viene a ser no menos precaria, menos inestable, que cuando la ley viene a protegerla. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*".

Entonces, es dable concebir al derecho subjetivo como "*La prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos*"⁴³ y, dentro de esta línea, debemos ubicar el derecho de los aborígenes sobre sus tierras ancestrales, reconocido hoy por el plexo normativo constitucional en el art. 75 inc. 17.

5. No existe un concepto claro e inequívoco del vocablo indígena. Las clasificaciones son casi siempre realizadas bajo criterios externos, impuestos y utilizados por técnicos, académicos, y autoridades, generalmente no indígenas, por lo que resulta más adecuada aquella sustentada en la autodefinición. El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas ha reclamado ese derecho, y actualmente es considerado dentro de la categoría de los derechos humanos.⁴⁴

41. GAFFI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 13.

42. IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Española de PRÍNCIPE Y SATORRES, Enrique, 1904 TIV, pár., p. 364/5. Aclara que "*Utilidad, bien, valor, goce, interés, tal es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento sometido a nuestro estudio. El derecho no aplica a esas ideas una medida exclusivamente económica, tal como el dinero o el valor pecuniario. Existen otros intereses además de la fortuna que deben garantizarse al hombre. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuya valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia; porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio*".

43. SPOTA, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, Vol. I. N° 46.

44. Ver pág. web: www.argentinaplural.com.ar, *Pueblos Indígenas Argentinos*, del 10/7/2005. Convenio 169 de la OIT, art. 3 que sostiene que: *Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos, ni discriminación. Este convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107) de la OIT.*

Sin embargo, existen distintas razones que nos llevan a la conclusión de que los términos “pueblo” o “comunidad indígena”, a la luz de la actual normativa, no justifican su utilización como sinónimos y con contenido análogo, en tanto se advierte que algunas veces el sentido que se le otorgó en cada caso fue distinto, en una gradación de género a especie. Para pueblo: asignación del “todo”, y para comunidad: como parte integrante de ese todo.

La existencia de diferentes comunidades ubicadas en zonas geográficas esparcidas, con un tronco común o pertenencia a un pueblo o nación aborigen, explica el fundamento de la distinción.

Sabemos que el concepto de **comunidad** es más acotado frente al genérico de **pueblo o nación indígena**, en tanto se entiende aquélla como unidad económica solidaria fundada en vínculos étnico-socio-culturales e, incluso, parenterales. **Pueblo indígena** es el conjunto de comunidades que pertenecen a un mismo antepasado común, mientras que **comunidad indígena** se refiere al conjunto de personas y/o familias que habitan un mismo lugar y tienen a su vez una raíz común y participan de la misma cultura,⁴⁵ y son ellas quienes pueden ser las titulares del derecho real de propiedad indígena.⁴⁶

45. HIGHTON, Elena, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, Buenos Aires, Rubinal Culzoni, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. TVII. Derecho Privado en la Reforma Constitucional, 1994. Sostuvo que “*La base sobre la que descansaba la sociedad de los pueblos andinos americanos era el ayllu, núcleo agrario y territorial formado por varios grupos de familias. Y el ayllu, según la organización aymara o la incásica, no es sino la gens primitiva de las poblaciones del centro del continente sudamericano. Importa una relación familiar o de grupo, en razón del parentesco consanguíneo, unidad económica y religiosa. Los ayllus, congregándose, mezclándose, formaron comunidades territoriales y pueblos. La organización se hizo sobre la base de alianzas y la unidad ayllu comenzó a agrupar alrededor de cien familias, y había miles de ayllus en toda Sudamérica, reconocidos en diferentes lenguas, con diferentes términos, pero como una unidad, como una célula; después venía la alianza de ayllus para formar naciones, y así sucesivamente. En distintos territorios aparece la forma típica de la gens, ya que el callpulli azteca, núcleo inicial de la organización social, es semejante al ayllu en su estructura de clan y como forma comunitaria de tenencia de la tierra*” ... “*La tierra no se divide por sucesión del jefe o representante de la familia. Ella pasa a uno solo de los miembros, mientras que los otros reciben su parcela por una u otra distribución. De ahí que la gran familia se subdivide, pero la propiedad no*”.

46. Los derechos humanos son preexistentes a la ley positiva, porque la persona tiene una dimensión jurídica natural. MATHIEU, Vitorio, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en DIEMER A., HERSCH, J. y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO; Barcelona, 1985, se sostiene que los derechos humanos exigen, como hipótesis necesaria, aceptar que el hombre es sujeto de derechos. Dentro de esta línea argumental, deben ser analizados los derechos de los indígenas en tanto derechos humanos, y como tales, su derecho a la propiedad dentro de su particular cosmovisión. Ello, sumado al proceso de globalización, e incidencia del derecho internacional sobre el interno en relación al reconocimiento de los derechos esenciales del hombre con fundamento en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, en tanto se dispone el reconocimiento de la aplicación de tratados internacionales con jerarquía constitucional, completan el

Los tribunales argentinos hasta la sanción de la Ley 23.302 y la reforma constitucional de 1994, dejaban desamparados a los indígenas y sus comunidades, desconociendo su derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras porque ese derecho no existía en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷. No se les reconocía efectos jurídicos

cuadro de situación actual. Es paradigma de lo expuesto el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos in re “**Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua**”. **Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (N° 79) (2001)**, donde se hizo lugar a la presentación de la comunidad aborígena. El estado nicaragüense el 13/3/1996 había otorgado una concesión por 30 años a la empresa “Solcarsa” para el manejo y aprovechamiento forestal en un área de aproximadamente 62.000 hectáreas ubicadas en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN), para realizar allí, en tierras que habían pertenecido a la Comunidad Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de la Comunidad. El reclamo se centraba en que el Estado no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad de Awas Tingni, ni de otras comunidades aborígenes y que no había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de aquella comunidad sobre las tierras. La Corte que admitió la demanda realizó una *interpretación evolutiva* de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, conforme el art. 21 de la CADH en tanto protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (pár. 148). Dijo “*La relación con la tierra para las comunidades no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar el legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras* (pár. 149) y que “*el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata, puesto que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de la tierra obtuvieran el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro* (pár. 151). Dispuso que el Gobierno debía en su derecho interno adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres, de aquéllas (punto resolutivo 3). Ver también otra caso más reciente, **Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” sentencia de 17 de junio de 2005 Corte I.D.H., Serie C N° 125 (2005) (Fondo, Reparaciones y Costas)**, donde se fijó que “*el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con el formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado*”. Pues, “*La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la **propiedad** comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados*”. (conf. párr. 82).

47. Un análisis descriptivo de la especial relación del indígena con la tierra, lo vemos en el centenario fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Guari y otros c/Provincia de Jujuy” del año 1929, cuanto explicó que “*había una especie de comunismo de aldea en el dominio útil, diverso en sus*

a la posesión ancestral de sus tierras. A partir de 1985 y, en especial, luego de la reforma de la Ley Fundamental en 1994, se produjo un cambio categórico al reconocer características propias a la posesión y propiedad de las tierras que ocupan originariamente. En líneas generales podemos decir que se reconoció la personería jurídica de las comunidades indígenas; se aplicó el principio “*in dubio pro indígena*”; se reconoció el derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales y se ordenó su registración en el Registro de la Propiedad Inmueble, con las restricciones propias de este derecho, mediante su anotación marginal. Esa registración se ordenó libre de gravámenes.

Hoy en día, la jurisprudencia nacional y provincial más reciente se orienta al efectivo reconocimiento de los derechos de los indígenas y registra la plena operatividad del plexo normativo constitucional indígena.

En cuanto al reconocimiento judicial de la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales, algunos tribunales nacionales hicieron su construcción jurídica considerando plenamente operativa la cláusula constitucional, aún cuando recurrieron en forma subsidiaria, o tal vez por analogía, a la normas del dominio del Código Civil, además de aplicar la Ley 23.302.

formas en cuanto a la planta habitada, a la marca arable, y al campo de pastoreo...delineándose, al fin, una más acentuada vinculación individual, o por lo menos familiar, en cuanto a la casa y a la porción arable”, pero “jamás hubo propiedad en el sentido que las leyes romanas, españolas y argentinas tuvieron siempre”, viendo en ello una especie de simple “usufructuaria”. Dijo el Tribunal que “el inca transportaba frecuentemente grandes núcleos de población de extremo a extremo del imperio, y que el reparto y asignación de parcelas cultivables era periódicamente renovado en su nombre, se concluye que no hubo en el antiguo Perú y sus dependencias otro propietario territorial efectivo que el inca y que las comunidades indígenas solo tenían sobre la tercera parte, una especie de dominio útil o usufructo”. Y, lapidariamente remarca que nuestro régimen civil no reconoce otra propiedad comunitaria que la que se constituye por contrato, por actos de última voluntad o por precepto legal (art. 2675 C. Civil), y que ninguna ley ha dado carácter de tal a las tierras de los aborígenes; además de ser contrario al espíritu de nuestra legislación, la indivisión forzosa y permanente que resultaría de la propiedad indígena (conf. art. 2692 y 2694, y cc con los arts. 2612, 2613 y 2614 del cuerpo legal), desechando la personería de las comunidades aborígenes, por “no ser de existencia necesaria, ni posible”.

IV. EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD INDÍGENA.

1. Análisis desde el punto de vista del derecho constitucional y desde el punto de vista del derecho civil.

Reflexionamos que el concepto de propiedad indígena puede ser analizado desde un punto de vista constitucional y, también, por otro lado, desde un punto de vista del derecho privado y, en ambos casos, orientados a la protección de la comunidad indígena.

El derecho de propiedad está garantizado expresamente en nuestra Constitución Nacional en el art. 17 que, en la parte pertinente, dice *“La propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”*.

La inviolabilidad de la propiedad y su garantía emanada de la Constitución se constata uniformemente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por consiguiente, de la conjunción armónica del art. 75 inc. 17 y 19, con el art. 17 de la Carta Magna, aunados a los Tratados internacionales con rango constitucional, consideramos a la propiedad indígena como una “especie de propiedad” que puede ser analizada desde un punto de vista constitucional como un derecho humano que tienen los integrantes de las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales y que también puede serlo desde un punto de vista del derecho civil, como un derecho subjetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce este derecho especial de propiedad sobre sus tierras.

2. Derecho que se encuentra dentro del ámbito del Derecho Privado.

Es toda una cuestión discernir si el derecho de propiedad sobre las tierras que ocupan y sobre las cuales se les reconocen su ocupación ancestral forman parte del dominio público del Estado o, por el contrario, deben estar dentro del dominio privado, lo cual incidirá en su encasillamiento –según la postura que se adopte– dentro de la esfera del derecho público –administrativo– o, por el contrario, del derecho privado –civil–.

El constitucionalista Humberto Quiroga Lavié postula la aplicación a la “propiedad comunitaria” del régimen del dominio público establecido por el derecho administrativo al ser *“dado en concesión de uso y usufructo a las comunidades que posean esas tierras. Si bien la Constitución habla de propiedad, al tratarse de una propiedad fuera del comercio, porque las tierras no pueden ser enajenadas ni transmitidas, se convierte en dominio público dado en concesión de uso y usufructo”*

de carácter perpetuo” y se le aplican “*las normas del derecho administrativo contenidas en el Código Civil (arts. 2339 a 2342)*”.⁴⁸

Sustenta este autor el encasillamiento de la propiedad indígena dentro del dominio público por entender que los inmuebles sobre el cual se ejerce el derecho son inenajenables e imprescriptibles y únicamente dados en “concesión o uso”. Tales circunstancias hacen que se encuentren bajo la égida del derecho administrativo y no del derecho privado.

Con todo, de la lectura de los fallos nacionales y provinciales dictados a partir de la reforma constitucional de 1994,⁴⁹ mostramos que se coloca a la propiedad

48. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavalia, 3ra. edición.2000, p. 429.

49. En el fallo dictado por el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro, in re “CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro; s/Amparo” del 16/08/2005 en su parte dispositiva el Tribunal resolvió “*Ordenar la cumplimiento en el plazo de 60 días de las siguientes obligaciones constitucionales y legales:...a cargo de la Dirección de Tierras y Colonización en coordinación con el CODECI: de iniciar las siguientes tareas conforme al inc. 17 del art. 75 de la CN, las leyes nacional N° 23.302, Provinciales N° 2287 y N° 2553 y el Decreto N° 310/98: a) identificación a los actuales pobladores de la RESERVA LIPETREN; b) determinación periférica, mensura y deslindes de la superficie de la Ley N° 694 y las tierras aptas aledañas que se requieran para la ampliación en función de las necesidades de las Comunidades reconocidas que allí pueblan; c) establecer y proyectar la situación dominial y los criterios de ejecución ya sean colectivos o individuales según resulte de la amplia y adecuada información, consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en el presente decisorio*”. En la sentencia dictada por el Juez a cargo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 de Bariloche, Pcia. de Río Negro el 12/8/2004 estableció que el “derecho a la propiedad comunitaria y ancestral” de las tierras que tradicionalmente ocupaban la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao, en el fallo “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Hermida y otro; s/desalojo” “... **reconocido por el constituyente es plenamente operativo... Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa. De todos modos, se ha señalado que la ratificación mediante la Ley 24.701 del Convenio 169 de la OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional**”. Indica que “*Es altamente improbable que los integrantes de la comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos...*”. “...*los demandados tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena*”. Con relación al título explica que no debe ser entendido en sentido instrumental o formal, como documento probatorio del dominio, sino “*como causa legítima de trasmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etc.)...aquí la causa legítima*”. La sentencia del Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, por sentencia dictada el 18/8/2004 autos “Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva” Expte. 7250/1, sostuvo frente a la prescripción adquisitiva planteada por la Comunidad Mapuche de Huayquillan que “*La Carta Magna reconoce a los indígenas, entre otros, el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75 inc. 17 CN), lo cual podría entenderse como un régimen especial sin suficientes precisiones con respecto a las normas del Código Civil. En verdad se trata del texto de un inciso sin suficiente aplicación sociológica y con escasa doctrina judicial, lo que no implica que el mismo no deba ser aplicado en toda*

indígena dentro de la órbita del derecho privado al disponer los jueces en sus respectivos fallos el reconocimiento de esta propiedad comunitaria conforme el mandato constitucional y ordenar su inscripción registral en los Registros de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción respectiva, por considerarlo un derecho absoluto, oponible *erga omnes*, con contenido patrimonial.⁵⁰

Las comunidades indígenas son las titulares del derecho real de propiedad indígena –vgr. sujetos de derecho– que se ejerce sobre inmuebles que no forman parte del dominio público –vgr. su objeto–, por lo que hace que se ubique este nuevo derecho dentro de la órbita del Derecho Privado en función de la legislación especial que lo creó, la calidad de su titular y el objeto del derecho, como el interés que este derecho busca proteger.⁵¹

su extensión por mandato del principio de supremacía constitucional consagrado por los arts. 31 del mismo instrumento y 63 de la Constitución de la Provincia del Neuquén. “Sin perjuicio de ello, la accionante también ha acreditado los requisitos exigidos por el Código Civil a efectos de que prospere la demanda promovida. En estos actuados, el accionante ha invocado que durante mucho más que el lapso legal ejecutó actos posesorios sobre el inmueble en cuestión, aptos para los fines pretendidos, ofreciendo para la acreditación de tal extremo prueba documental, informativa y testimonial (arts. 2384 y 2453 del Código Civil)”. En este decisorio se hace lugar a la demanda por prescripción adquisitiva larga (conf. art. 4.015 C.C.), disponiendo la inscripción de la titularidad del dominio de las tierras que ocupaban ancestralmente en cabeza de la comunidad actora. En la parte dispositiva el juez de la causa falló “Haciendo lugar a la demanda promovida por la Comunidad Mapuche Hayquillan, y por los fundamentos considerados en los apartados I y II del presente, **declaro adquirido el dominio por la actora respecto del inmueble denominado catastralmente ...inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula N°..., Loncopue. Todo ello según las medidas y linderos que constan en el plano de mensura, registrado ante la Dirección Provincial de Catastro con fecha...” [...] “Firme la presente y previo a acompañarse certificado de dominio y abonar la tasa de justicia toda vez que el accionante ha mejorado de fortuna mediante esta resolución, **procédase a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad Inmueble y a la cancelación de la anterior inscripción registral...**”. Reconoce este fallo la propiedad indígena con características similares a la propiedad individual del código civil (art. 2.506), aún cuando se la coloca en cabeza de una comunidad aborígen registrada, y la operatividad de la cláusula constitucional, pero termina fundando el fallo en las normas del Código Civil. Ver el Dial-AA23AD.**

50. Teniendo en cuenta especialmente la Ley marco 23.302, y la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, los planes de regularización dominial en curso en las distintas provincias argentinas, como a nivel nacional ante el INAI; las leyes provinciales y nacionales que tuvieron por objeto la expropiación y adjudicación de bienes a las comunidades indígenas, e inclusive su adjudicación directa en el caso de tierras que formaban parte del dominio privado del Estado; como la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales, afirmamos que el derecho de propiedad indígena únicamente puede ser ubicado dentro de la órbita del derecho privado, y no del derecho administrativo. No es óbice a este encasillamiento, que en algunos casos los inmuebles del dominio privado del Estado (art. 2342) sean desafectados, para proceder luego a su posterior donación a una comunidad indígena (conf. arts. 8, 9, 10 y 11 Ley 23.302).

51. Resulta oportuno incorporar a este trabajo la nueva regulación proyectada en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en lo que se refiere a las comunidades indígenas y su personería jurídica.

La regulación de este derecho dentro de la órbita del Derecho Privado permite un mayor resguardo de la seguridad jurídica de los interesados. Justamente, el reconocimiento dentro de la esfera del derecho privado de la propiedad indígena –al recaer sobre cosas pertenecientes al dominio privado–, hace que las comunidades indígenas únicamente puedan ser privadas de sus tierras en virtud de una sentencia dictada por un juez, fundada en una ley que las hubiera declarado previamente de utilidad pública, y previa indemnización.⁵² Y esa fue la intención del legislador al reconocer este derecho de propiedad especial. Negarles este carácter, podría hacerlos incurrir en una discriminación inversa.^{53 54}

Artículo 18.- **Derechos de las comunidades indígenas.** Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.

Artículo 148.- **Personas jurídicas privadas.** Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las mutuales;
- f) las cooperativas;
- g) el consorcio de propiedad horizontal;

h) las comunidades indígenas;

i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento.

52. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4º ed. actualizada, t. IV, p. 185, quien desarrolla el tema de la expropiación por causa de utilidad pública.

53. La Corte de Justicia de Salta trató el tema de la aplicación y respeto del derecho constitucional indígena en el caso sobre violación “C. c/ Ruiz, Fabián” del 29/9/2006. Es interesante la postura de la Ministro Garros Martínez, al sostener que el respeto a los derechos culturales indígenas no puede resultar en una violación de otros derechos humanos también con status constitucional. Si bien la temática del fallo es diferente, su extrapolación en cuanto alude al choque de culturas, es justamente el meollo de la situación.

54. El reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales por parte de los indígenas sobre inmuebles del dominio público del Estado, ya sea en reservas, o dadas en concesión o uso, o dentro de las tierras fiscales, no impidió el permanente avasallamiento de sus derechos, e incluso anulación de ellos, desde la colonización hasta la sanción de la Ley 23.302. Bielsa, *Derecho Administrativo*, Depalma, t. III, sostiene que la concesión de “uso especial o diferencial”, son solo concesiones temporáneas del dominio público: “*Es evidente que la desafectación de la cosa respecto al uso público, o sea, la facultad de modificar su destino, es el mayor acto de disposición; pero, aparte de ello –que es materia de la autoridad legislativa–, el Poder administrador puede reglar las cosas de dominio público sometida al uso público, con el objeto de permitir o conceder sobre ella un uso especial, siempre que este no importe prácticamente una*

El hecho de que recaiga sobre el bien una grave restricción a la disposición jurídica como consecuencia de la imposibilidad de enajenación dispuesta en la Constitución Nacional⁵⁵ (conf. arts. 2336, 2337, y 2338 C. Civil), la cual entendemos como una prohibición absoluta, no hace que se encuentre fuera del comercio y no obsta al encuadre legal dentro del ámbito del derecho privado.⁵⁶

Recordemos al maestro Allende en su obra clásica *“Panorama sobre los derechos reales”* que a pesar de que indica que *“toda definición es peligrosa sin necesidad de restringir el principio al Derecho Civil. Pero sin embargo es necesario hacerlo, lo que exige a veces la ciencia y siempre la enseñanza”* abarca en su definición todos los aspectos característicos de los derechos reales que: *“El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario el mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius persequendi y al ius preferendi”*.⁵⁷

Aclara que el vocablo de absoluto tiene, además del significado que se desarrolla en uno de sus capítulos relacionado con la oponibilidad del derecho, otro vinculado con el contenido de las facultades del derecho de propiedad.

Sostiene que *“De tal manera que el dominio por ser un derecho real es absoluto (oponibilidad) y como tal, atendiendo a las facultades que otorga –las máximas que se pueden tener sobre una cosa– también se dice que es absoluto”* (conf. art. 2503 C. Civil). Y señala cinco distintos sentidos del término absoluto: *“1° relacionado con la oponibilidad del derecho; 2° Relacionado con el contenido del derecho; 3° Como sinónimo de derecho personalísimo o innato; 4° Como sinónimo de*

desnaturalización del uso general de la cosa” (p. 426). Nos recuerda que el principio general que indica que *“el dominio público no es susceptible de utilización privada (concesión de uso o permiso de uso) cuando esta degrada o afecta al uso público en general”*, o sea, a *contrario sensu* es posible si con *“esta utilización...no se afecta el uso de la superficie de ese dominio”*. Preceptos claramente aplicables a la propiedad indígena, y que abona la postura que no se ubica dentro del dominio del Estado, tanto público, como privado.

55. El inc. 17 del art. 75 en la parte pertinente dispone *“...ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”*.

56. Sobre este tópico nos explayaremos en los puntos siguientes. CIFUENTES, *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 160/1 nos ilustra sobre la inalienabilidad absoluta y relativa, y brinda como ejemplo de inalienabilidad absoluta, además de los bienes del dominio público del Estado, el caso del derecho real de uso y habitación (art. 1.449 C. Civil).

57. ALLENDE, Guillermo, *Panorama de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 19.

*derecho “incausado” dentro de la teoría del abuso del derecho y 5° Como sinónimo de leyes de orden público”.*⁵⁸

Los juristas están contestes en que el orden público juega un papel preponderante dentro de la órbita de los derechos reales pues, en materia de derechos reales, la libertad individual sufre una serie restricción, al no permitir la ley establecer otros derechos reales que los expresamente previstos. La principal consecuencia en los derechos reales radica en el “*numerus clausus*”. El art. 2.502 dispone que “*Los derechos reales solo pueden ser creados por ley*”, concretando en esta disposición legal el número cerrado, de manera que la autonomía de la voluntad no desempeña respecto a este aspecto, papel alguno.

Indica Gatti que el sistema del *numerus clausus* consiste “*en que la ley (y solo ella) organiza los derechos reales y lo hace en número limitado, fijando el contenido de cada uno de ellos y dándoles además un nombre; es decir, que lo que la ley crea es el “concepto” de cada derecho real (o sea los distintos “tipos posibles de derechos reales”;* y como es sabido, todo concepto implica abstracción. En ese sentido, “*sistema de numerus clausus*”, “*sistema de creación legal de los derechos reales*” y “*tipicidad de los derechos reales*”, son expresiones equivalentes”.⁵⁹

Sostiene ese autor que “*la presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no es exclusiva. Entendemos que son exclusivamente de orden público las normas que hacen a la esencia del derecho real, que llamaremos estatutarias; encuadran aquí las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales y los alcances de su contenido (esencia). Las normas reglamentarias atinentes a los derechos reales no son de orden público*”.⁶⁰

En la nota al art. 2.828 Vélez –tomada casi textualmente de Aubry et Rau⁶¹ tuvo ocasión de expresar su claro pensamiento al respecto al decir: “*Los actos y contratos de particulares no podrían derogar las disposiciones del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*”. No solamente la creación, sino también su modificación está prohibida por el artículo, como resulta de la segunda parte de la disposición legal precitada: “*o modificarse los que por este código se*

58. ALLENDE, Guillermo, ídem, p. 19 nota N° 6.

59. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 122.

60. GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H. en *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 74.

61. AUBRY ET RAU, *Cours de droit francais d'après la methode de Zacharie*, cinquième édition, tome deuxième, París, 1897, “Des droits réels. De la propriété”, pár. 228 nota 4, en p. 666: “*La nature des droits réels en général, et spécialement celle de l'usufruit, est fixée par la loi, et ne dépend pas de la volonté des particuliers*.art. 543.Proudhon, I, 309”..

reconocen...”; aún cuando no todas las normas que legislan sobre los derechos reales son de orden público, dado que la voluntad individual puede llegar a modificar en algunos casos esos derechos reales (ej: arts. 2.862; 2.878; 2.952; 3.019; 3.247).

Mientras en el régimen de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, en el de los derechos reales se encuentra dominado por el principio del orden público, dejando apenas un estrecho margen para la voluntad de los particulares.⁶²

Podemos decir que la enumeración de los derechos reales contenida en el código civil es taxativa, sin perjuicio que pueden crearse por ley otros derechos además de los expresamente reconocidos en el art. 2503 del C. Civil; pues ello no conspira contra el “*numerus clausus*” de nuestro ordenamiento jurídico. Vemos como la Ley 13.512 consagró el derecho real de propiedad horizontal y la Ley de 25.509 el de superficie forestal –inclusive agregó el inc. 8 al art. 2.503⁶³ y, conforme ese entendimiento, opinamos que la propiedad indígena quedó consagrada por vía constitucional.⁶⁴

62. VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de Derechos Reales*, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 21: “*La voluntad en la creación de los derechos reales*”. Dijeron “*A primera vista parece arbitrario que la legislación ponga coto a la libertad individual en lo que atañe a la creación de los derechos reales. Si la propiedad se caracteriza por el poder absoluto de disposición ¿Por qué ha de estar ceñido el propietario entre los moldes rígidos de la ley, cuando su acto de disposición haya de traducirse en la creación de derechos reales? La respuesta está en la historia*”. “*La historia de la organización social y política de los pueblos se vincula profundamente a los regímenes de la propiedad, sobre todo de la propiedad inmueble*”. A continuación desarrollan las razones históricas, especialmente lo acontecido en la Edad Media, y a partir de la Revolución Francesa. Ver su relación con la nota al art. 2828 “*la naturaleza de los derechos reales en general...está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*”.

63. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 130. Sostiene este autor que “*Pareciera que una enumeración así ubicada, es decir, inmediatamente después de consagrado el principio del numerus clausus, no debiera dar lugar a la menor duda acerca de su carácter taxativo; sin embargo la generalidad de nuestra doctrina, hasta hace pocos años, se ha pronunciado por su carácter simplemente enunciativo y no limitativo, pero lo ha hecho aplicado un criterio equivocado para distinguir lo taxativo o limitativo de los simplemente enunciativo o ejemplificativo, ya que no es admisible negar lo primero y afirmar lo segundo, por el hecho, principalmente, de que puedan existir otros derechos reales fuera del código civil o porque el legislador puede crear nuevos derechos reales*”.

64. LAFAILLE, H. *Tratado de los derechos reales*, Cía. Argentina de Editores SRL, 1943, N° 26, p. 31, sostiene al referirse a los derechos reales, en especial a su fundamento e importancia que “*La distribución y la explotación de los bienes envuelven problemas económicos de la mayor trascendencia, trátense de muebles o de inmuebles. Acerca de estos últimos principalmente, se han trasladado al orden público y social...*”. Expresa que “*El legislador ha debido pues, desde muy temprano, vigilar estas relaciones jurídicas, a fin de encauzarlas, de crear o adaptar figuras adecuadas y de protegerlas con defensas suficientes...En mayor o menor grado, se observa en nuestros días un marcado avance del derecho constitucional sobre el civil y el privado en sus ramas...Es que tales conflictos hacen a la enteraña misma de las sociedades, a cuanto integra el concepto de orden público. Por ello, cada nación se ha*

La propiedad indígena es el poder jurídico real que tiene la comunidad indígena sobre su propiedad ancestral, que tiene carácter patrimonial y está regulado principalmente por normas de orden público y, por consiguiente, es de contenido primordialmente institucional.⁶⁵ No afecta esta noción el que no sea disponible y es inalienable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

Acorde a su marco legal, la propiedad indígena es un derecho absoluto con contenido patrimonial, las normas que lo regulan son sustancialmente de orden público, establecen entre la comunidad aborigen (sujeto activo) y sus tierras (el objeto, conf. art. 2.311 C. Civil) una relación directa e inmediata que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario el mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación, una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*.

Enquadramos el derecho que los indígenas tienen *sobre sus tierras* o *a sus tierras*, dentro del ámbito de los derechos reales por entender que ese fue el fin que persiguió el legislador al darle tipicidad mediante la sanción de la Ley 23.302 y luego ampliar su ámbito al consagrarlo en la norma del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional (conf. reforma del año 1994) de acuerdo, asimismo, a la interpretación que los jueces efectuaron en los casos que debieron expedirse frente a este nuevo derecho.

La propiedad indígena fue creada por ley, es oponible *erga omnes*, tiene un carácter absoluto, su tipo legal está perfectamente delineado por la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17 y la Ley 23.302 y crea entre la comunidad aborigen y su objeto sobre el que recae, una relación directa e inmediata (principio de inmediatez, por el cual esta obtiene directamente un beneficio, sin que medie actuación de persona alguna). Su objeto no es el cumplimiento de una prestación (conf. art. 497 C. Civil) sino que es la cosa sobre la cual se ejerce (vgr. las tierras poseídas por los indígenas, principio de inherencia a la cosa).

reservado celosamente reglamentar los derechos reales, sobre todo en materia de inmuebles (art. 10 C. Civil)." conf. pár.28, p. 32. Arguye que en el ámbito de los derechos reales existen "*limitaciones en la libertad individual*", y que "*Es fácil observar, a partir de las primeras legislaciones, que el poder público adopta en cuanto a la propiedad y sus derivados, un actitud enteramente distinta a la que aparece en otras ramas de los derechos patrimoniales. La iniciativa privada se anula casi por completo, para ser substituida por los cánones de la ley. Este criterio inspira, con intensidad diversa, las normas positivas en la materia –y la mayor parte de los códigos no autorizan otros derechos reales, fuera de los reconocidos por el legislador. Vélez no obstante su acendrado individualismo, profesa dicho sistema, que consagra sin lugar a dudas, la primera parte del art. 2502"* (p. 33).

65. GATTI, Edmundo, ALTERINI, Jorge, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 65. Incorpora la noción ya explicitada del derecho real, entendido como un poder jurídico real.

3. Caracteres del derecho real de propiedad indígena.

1- La reforma constitucional de 1994, al elevar al rango constitucional el reconocimiento por nuestro derecho positivo de la “propiedad indígena” (conf. art. 75 inc. 17) la hace surgir como un instituto diferente a la propiedad individual, o sea al derecho real de dominio consagrado en el art. 2.506 del Código de fondo.

La Ley 23.302 da el soporte legal inicial a este nuevo derecho, que luego tuvo consagración con la reforma de la Carta Magna, sin modificar en forma expresa disposiciones del Código sustancial.

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires, en el año 2003, en el punto VI de las Conclusiones correspondientes a la Comisión N° 4 de Derechos Reales se consignó que “*La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente*”.

Sobre ese dictamen, nos obligamos a señalar que aún cuando se dijo que era inconveniente su inclusión en el Código Civil, razonamos que ello no enerva el hecho de que la propiedad indígena sea un nuevo derecho real con rasgos peculiares propios dentro del ámbito del derecho privado, en tanto fue creado por ley de acuerdo a la directiva del art. 2.502 C. Civil. Y también debemos expresar que, aún cuando es plenamente operativa la manda constitucional, sería deseable una legislación complementaria que permita en forma más orgánica su cumplimiento, dado que las leyes de emergencia que suspendieron los desalojos de las comunidades indígenas hasta el año 2013 apuntan, justamente, a ese vacío, en especial respecto a la demarcación y titulación de las tierras a favor de las comunidades indígenas registradas. La simple letra de la Carta Magna y de la Ley 23.302 –puntapié legislativo inicial al reconocimiento de este derecho–, como los Tratados Internacionales con rango constitucional, no alcanzan a delinear en forma completa su marco jurídico; por ello, debe complementarse con el resto de la legislación en lo que fuere pertinente, o sea, la teoría general de los derechos reales, cuidando de respetar su esencia jurídica.

3. Derecho real de propiedad comunitaria indígena.

3.a). Sujeto.

La Ley 23.302 en su art. 7 ordenaba la “adjudicación en propiedad” a las comunidades indígenas de tierras aptas y suficientes para su explotación económica, llámese agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades

de cada comunidad. Según se interpreta de su lectura, la adjudicación puede ser: en propiedad individual ó en propiedad colectiva.⁶⁶ Esa norma perdió vigencia frente a la actual norma constitucional que solamente prevé la propiedad comunitaria aborigen, pues el inc. 17 del art. 75 indica como atribución del Congreso Nacional “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas... reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras partas y suficientes para el desarrollo humano; ninguno de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos...*”, pero no hace referencia alguna a la propiedad indígena individual.

Así, el nuevo derecho real es la propiedad indígena en cabeza de una comunidad aborigen y no de una sola persona, aún cuando sea aborigen, pues razonamos que este último caso forma parte del derecho común previsto en el Código Civil al tratar el dominio, con su amparo constitucional en el art. 17, incluido dentro del derecho a una vivienda digna aplicable a todos los habitantes de nuestro país.

La tipicidad del nuevo derecho real surge de su consagración en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17, fijando sus caracteres (conf. art. 2.502 C. Civil). El mismo integra el número cerrado, vgr. *numerus clausus*, fijado por el legislador en nuestro ordenamiento, a pesar de que no fue enumerado dentro de los incisos del art. 2503 del C. Civil (conf. art. 2.502 C. Civil). No es un derecho prohibido por Vélez Sársfield en el Código Civil y tampoco entra en colisión con las normas de orden público que gobiernan los derechos reales.

Observamos que el sujeto de la propiedad indígena, o sea su titular, únicamente puede ser la comunidad indígena registrada, por haberse dispuesto expresamente ese requisito en el plexo normativo indígena.

Si la comunidad indígena se encuentra registrada, ya sea en los términos de la Ley 23.302 o por vía administrativa en algún registro provincial o comunal, la propiedad que detenta una comunidad aborigen goza de características propias. En el supuesto de no estar registrada la comunidad puede en cualquier tiempo proceder a su registración, cumpliendo con los requisitos legales impuestos por la autoridad de aplicación, por cuanto su registración es declarativa y no constitutiva; sin embargo, es un requisito previo y necesario para el reconocimiento del derecho real de propiedad indígena. De este modo si no existe la registración de la comunidad indígena, no puede haber propiedad comunitaria.

La comunidad indígena registrada es el único titular del derecho y no existe en esa figura un condominio entre sus integrantes (conf. no hay cotitulares de este

66. De acuerdo al art. 7 se indica que “...*La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares...*”.

derecho en los términos del art. 2.673). Ellos no son titulares de ninguna cuota parte, dado que la totalidad del derecho recae sobre la comunidad como un todo, al ser esta una persona jurídica.

A la propiedad indígena no se le pueden aplicar las reglas del condominio de tipo romano, pues este violentaría las características especiales de este tipo de propiedad. Aún cuando entendiésemos que existen condóminos, no podría haber partes ideales en cabeza de los indígenas y no podrían aplicarse las reglas del derecho sucesorio, pues es una única propiedad en cabeza de la comunidad indígena, de acuerdo al plexo normativo constitucional indígena y, de conformidad a los usos y costumbres indígenas, destinada a existir más allá de la vida de cada uno de sus integrantes. No podrían enajenar libremente su parte indivisa (art. 2.677), los acreedores de los condóminos no podrían embargar la cuota parte de los comuneros y provocar la venta forzosa de su parte indivisa (art. 2.677); y no podrían liberarse mediante el abandono a contribuir a los gastos de conservación y reparación de la cosa común (art. 2.685). Estas características especiales alejan a la propiedad indígena del derecho real de condominio, y tipifican al nuevo derecho.

3.b) Objeto

El objeto de este derecho es un inmueble rural.

El precepto constitucional contenido en el art. 75 inc. 17 dispone que las tierras de las comunidades indígenas no serán **“susceptibles de gravámenes o embargos”** de acuerdo a lo ya dispuesto con anterioridad en la Ley 23.302, lo cual debe interpretarse como una prohibición absoluta de la constitución de derechos reales de garantía sobre la propiedad indígena, debido a que podría llevar a la ejecución forzada del inmueble y, en definitiva, a la extinción del derecho real de propiedad indígena.

Sin embargo, entendemos que la expresión “no es susceptible de gravámenes” no contiene, en principio, a los derechos reales de disfrute, por cuanto podrían ser constituidos sobre las tierras ancestrales siempre y cuando no desnaturalicen o vacíen de contenido a la propiedad indígena.

En cuanto al usufructo y la superficie forestal sobre la propiedad indígena, estos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena podrían llevar a la imposibilidad de uso o explotación en forma total por parte de la comunidad titular de la propiedad comunitaria y ello conspiraría contra su esencia. De todas formas, no existiría inconveniente para la constitución de los derechos reales de uso, habitación y servidumbres, siempre que no implicara vaciar de contenido este derecho (vgr. que su constitución igualmente permita el ejercicio de las facultades materiales contenidas en el mismo por parte de la comunidad aborigen).

Asimismo, la prohibición de gravar la propiedad indígena tampoco impediría la existencia de relaciones jurídicas internas dentro de la comunidad, como externas con terceras personas, bajo sus propias condiciones; o sea, según sus usos y costumbres (por ej: derecho de caza, de pesca, de pastoreo; etc.), de acuerdo al amparo constitucional del art. 75 inc. 19, en cuanto se refiere a la preservación de la identidad cultural.

3.c) Modos de constitución y de extinción del derecho.

Cabe recordar respecto de los derechos reales que sus modos de adquisición son los hechos o actos jurídicos a los que la ley confiere la virtualidad de conducir a la adquisición del derecho real.⁶⁷ Los modos de adquirir un derecho real son los diferentes hechos jurídicos susceptibles de producir la adquisición o modificación de un derecho real o los actos jurídicos que tengan por fin inmediato producir este efecto, o sea, en general, hechos a los que la ley les reconoce la virtud de originar el derecho real. En algunos casos es necesaria una doble causa a fin de que se pueda arribar a la adquisición o modificación del derecho real. Es decir, además de la causa próxima, el modo, se requiere una causa remota, antecedente de la anterior, que es el título.

Se puede distinguir entre el título, o sea el hecho o el acto que produce la adquisición del derecho, y el modo, que es la razón de ser del desplazamiento de aquél.

Conforme a la teoría del título y modo para la adquisición derivada por actos entre vivos de derecho reales que se ejercen por la posesión, no basta el título, o sea el acto jurídico obligacional, sino que además es necesario el modo.

El título es el acto jurídico que tiene por fin transmitir el dominio, pero la transmisión solo queda consumada cuando se cumple con el modo que, conforme a nuestro ordenamiento, solo es posible con la tradición.⁶⁸

67. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapión*, Segunda parte, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 2. "Uno de los elementos de todo derecho es la causa en el sentido de causa-fuente. Todo derecho nace de un hecho, todo derecho tiene su origen en un hecho generador". GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 251.

68. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 257 dice que "...la teoría del título y el modo suficiente, tiene aplicación, no solo para la adquisición del dominio, sino para la de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, pero, solo juega cuando el modo de adquisición o constitución del derecho real, es la tradición. La Tradición es el único modo suficiente". "Por consiguiente de los siete modos de adquisición del dominio que enumera el art. 2.524 del C.Civil, solo corresponde hablar del título y el modo, con relación al 4º, es decir, a la tradición. No, en cambio, con respecto a los modos originarios, como son la apropiación, la especificación, la accesión

Observamos que la norma constitucional, al crear el derecho de propiedad comunitaria indígena, hace que el título en estos casos se encuentre constituido por la disposición de la ley, en tanto se orienta al reconocimiento de la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales que ocupan las comunidades indígenas registradas. Estas, que ya tenían la posesión, necesitaron de una ley para que se les reconociera su derecho real, o sea, el título en este supuesto es la ley. Dicho en otras palabras, la ley funciona como fuente mediata del nacimiento del derecho real de propiedad indígena, en razón de la posesión ancestral que detentan las comunidades indígenas.

En la clasificación de los modos de adquisición del dominio, consideramos originario, cuando se adquiere el derecho con independencia de un derecho anterior de otra persona; no hay antecesor conocido, es decir que el derecho nace para el titular libre de todas las cargas o limitaciones que pudieran haberlo afectado en algún momento.⁶⁹

Son modos originarios: la apropiación, la especificación o transformación, la accesión y la percepción de frutos. Alguna parte de la doctrina incluye en esta clase a la usucapión.

Los modos derivados se apoyan en el derecho de otra persona, pues hay un titular anterior que pierde el derecho y un titular actual que como consecuencia de la transmisión, lo recibe con todas las cargas, limitaciones y restricciones que lo afectaban. Ellos son la tradición y la sucesión *mortis causa*. Suponen la sucesión en la titularidad del derecho real: el adquirente es el sucesor y aquél sobre quien se apoya el derecho, el autor o causante.

En referencia a la enumeración efectuada por Vélez en el art. 2.524 respecto de los modos de adquirir el dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario, y prescripción—considerada incompleta por no contemplar el caso del art. 2.412, los tesoros y la expropiación—⁷⁰ apreciamos que el último supuesto ha suscitado controversia para determinar su encasillamiento dentro de los modos originarios o derivados para

y la percepción de frutos, ni tampoco por lo que hace a la prescripción (adquisitiva), que algunos consideran modo originario, otros, derivados, y otros, un modo que queda fuera de la clasificación de originarios y derivados”.

69. AREAN, Beatriz en HIGHTON, Elena- BUERES, Alberto, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5, p. 363 en comentario art. 2524.

70. Ver sobre el tema LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, N° 568, p. 446; LAQUIS, Manuel Antonio, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1979, Vol. II, p. 420.

adquirir el dominio. Para Robert Pothier,⁷¹ Demolombe,⁷² la adquisición del dominio por medio de la usucapción es un modo derivado; mientras que para Lafaille,⁷³ Borda,⁷⁴ Highton,⁷⁵ y Laquis⁷⁶ (para este autor, circunscripto a la prescripción larga), entre otros, es un modo originario.

Para nosotros, la adquisición de la propiedad indígena únicamente puede ser originaria y nunca derivada, pues nace en forma totalmente independiente de su antecesor, quien era un titular dominial en los términos de los arts. 2506, 2508 y cc del C. Civil. El nacimiento de la propiedad indígena es totalmente diferente al derecho real que podía existir con anterioridad a su reconocimiento y no deriva del mismo.

La posesión ancestral de los pueblos indígenas siempre es anterior al reconocimiento por nuestro derecho positivo, o sea su derecho a la posesión de sus tierras, como el derecho real que se reconozca sobre las mismas consagrado por nuestra Constitución Nacional, se encuentra apoyado en esa relación fáctica y hará que el derecho que nazca (o, más precisamente, se reconozca) sea siempre originario y nunca derivado.

Tampoco hay resquicio de duda sobre la posibilidad de adquirir este derecho por medio de la usucapción, tal como fue receptada en la jurisprudencia de diferentes tribunales argentinos y será originaria, dado que no se apoyará en el derecho de su antecesor.⁷⁷

71. POTHIER, *Tratados de la Posesión y Prescripción*, traducidos por Deó, Manuel, anotados y concordados con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República Argentina, Guatemala, México y Uruguay por DE MOLINS, Antonio Elías, Barcelona, Librería de Juan Llordachs, 1880, t. V, artículo preliminar, p. 5 y ss.

72. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, Vol.2 p. 137 cita a pie de página N° 539 con referencia a Demolombe. Ver a este autor en *Cours de Code Napoléon, Traité Des Successions*, Tome Premier, Libre Troisième “Des différentes manières dont on acquiert la propriété”, parágrafo 6, p. 9 y 10 quien indica expresamente “*Mais de ce que l'article 712 déclare seulement que la propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription, el n'en faut certes pas conclure qu'il présente ces deux modes d'acquérir comme originaires; car la prescription, qui faut passer la propriété de l'un à l'autre, est évidemment un mode dérivé...*”

73. LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 446.

74. BORDA, G.A., *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992, 4° ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 258. Ver desarrollo de este autor sobre este tema.

75. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 138.

76. LAQUIS, *op. cit.*

77. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992, 4ta. ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 258, en cuanto indica que la adquisición del dominio es un modo originario en tanto “...el adquirente no recibe el derecho de su antecesor de tal manera que el dominio de uno y el otro están disociados. Esta consideración es válida aún en la usucapción breve, en la que exige el justo título, porque no es el justo título la causa de la adquisición del dominio sino la prueba de la buena fe”. Ver postura en contrario, respecto de la usucapción breve de Laquis, *op. cit.*, p. 431.

Como paradigma del caso vemos el fallo judicial “Comunidad Mapuche Huayquillan c/ Brescia, Celso y otro; s/prescripción adquisitiva” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, de la V Circunscripción de la Provincia de Neuquén” de fecha 18/8/2004, donde se reconoció el derecho a la adquisición de las tierras ancestrales que ocupaba la comunidad aborigen en función de su posesión *animus domini* por mucho más tiempo que el fijado por el código de fondo. Existió en esa decisión judicial una simbiosis entre el sistema jurídico nacional vigente y los usos y costumbres indígenas al evaluarse la especial forma de poseer de los aborígenes y su posesión ancestral, a la luz de la normativa de nuestro derecho positivo, consagrando la propiedad indígena como un derecho real bajo la operatividad de la cláusula contenida en el art. 75 inc. 17 Constitución Nacional.

El reconocimiento efectuado por el Estado Nacional, Provincial o Municipal de la propiedad indígena, fundado en el hecho de la posesión ancestral de las comunidades indígenas, es un modo de constitución originario del derecho y no requiere de tradición.

El ejercicio de este derecho por medio de la posesión no siempre se manifiesta en similares términos que los indicados en forma enunciativa en el Art. 2384 del Código Civil.⁷⁸ Los actos posesorios de la comunidad indígena pueden manifestarse en forma diferente a la cultura occidental, teniendo en cuenta que pueden existir tierras que no ocupan con exclusividad, como es el caso de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes (conf. art. 14 inc. 1, Convenio N° 169 OIT).⁷⁹

78. BRONSTEIN, Arturo S. “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, publicado en la página web de la OIT, Sección Equipo Técnico Multidisciplinario “Para la cultura indígena la tierra ancestral es la fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por esos mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos. Sin duda la mayor oposición que puede existir entre la cultura jurídica europea y la indígena es la manera como una y otra abordan el tema de la tenencia de la tierra. Si en la primera la tierra pertenece a la persona en la segunda es la persona o con mayor propiedad el grupo étnico que en cierto sentido pertenecen a la tierra. De ahí que, si para la primera un conflicto en torno de la tierra se limita a la disputa por un terreno, grande o pequeño y más o menos explotable, para la segunda puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia. Sin embargo, el orden jurídico dimanante de las constituciones decimonónicas jamás tomó en consideración esta diferencia de concepciones, limitándose a afirmar el derecho irrestricto de propiedad individual con respecto a aquellas tierras que tenían un dueño registrado como tal, y confiando al Estado la propiedad de las tierras baldías. De ahí que la exigencia de que las tierras y el territorio ancestrales sean objeto de un trato jurídico conforme a los valores de los pueblos indígenas, y por ende diferente del que prescribe el Código Civil, figura y ha figurado desde siempre en el centro de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas”.

79. ALTERINI, Jorge H, COMA, Pablo M y VÁZQUEZ, Gabriela, *Propiedad Indígena*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, p. 107 sustenta que “En el código civil Argentino no son posibles las servidumbres a favor de una persona, si esta no es titular de un fundo dominante, pues solo reconoce

Es un derecho real sobre cosa propia y que se ejerce por la posesión a través de los integrantes de la comunidad aborígen. Es un derecho real con los caracteres esenciales de exclusivo, perpetuo, y absoluto.

La propiedad indígena es inembargable y no puede estar sujeta a gravámenes. Al disponerse la inenajenabilidad absoluta y permanente de la propiedad indígena, se encuentran derogados a los efectos de este instituto, las restricciones contenidas en el Código Civil para el resto de los derechos reales sobre cosa propia, contenidas en los arts. 2.612, 2.613, 1.364, 3.732 y 3.781. La inenajenabilidad perpetua de origen legal de la propiedad indígena, o sea, su intransmisibilidad absoluta, lleva a su imprescriptibilidad y hace que no pueda asimilarse este derecho al derecho real de dominio.

El derecho real de propiedad indígena puede ser constituido por acto entre vivos, como por disposición de última voluntad, mediante la adjudicación a título gratuito por el Estado Nacional, Provincial o Municipal dentro de la órbita de la Ley 23.302 o, conforme otras causas fuentes como en el resto de los derechos reales (vgr. donación, compraventa) e inclusive por usucapión, siempre y cuando se encuentre en cabeza de una comunidad aborígen registrada tal como lo reconoce la Constitución Nacional al consagrar “la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan” las comunidades aborígenes de la Argentina.

La adjudicación en propiedad de tierras públicas por el Estado a título gratuito equivale a una donación, que no hace que el derecho sea revocable, por ende imperfecto, por cuanto su extinción por cancelación de la inscripción de la comunidad debido a su abandono definitivo o muerte de todos sus componentes, son causales de extinción absoluta del derecho de propiedad indígena y no de mutación de su titular.

La publicidad registral es aplicable a la propiedad indígena, como medio de hacer valer frente a terceros su derecho (por aplicación del art. 2.505 del C. Civil y

como tales a las servidumbres que involucran a dos inmuebles (argumento arts. 2.973 y 2.974 Código Civil). Como Vélez Sársfield lo recuerda en la nota al art. 2.972, las servidumbres que benefician a personas, sin que deba existir un fundo dominante, fueron admitidas en la historia del derecho “por ejemplo el derecho de cazar o pescar”. Precisamente la Convención parece reconocer a favor de los pueblos nómades o de agricultores itinerantes, por lo menos, una suerte de servidumbre sin fundo dominante, sin perjuicio de que pueda llegar a admitirse un disfrute a la manera del uso o del usufructo, pero sin que le sea aplicable ningún límite temporal, ni siquiera para el usufructo, que sí puede tener como sujeto a una persona jurídica, el de 20 años previsto por el art. 2.920 del C. Civil. El límite temporal sería incompatible con la peculiar naturaleza de la propiedad indígena”. Compartimos su postura, pero no coincidimos con su conclusión en cuanto considera “La alternativa antecedente revela una de las tantas inconveniencias que resultarían de una absorción de la propiedad indígena en el derecho privado común” porque a luz de la jurisprudencia que ha interpretado el tema, por entenderse este como un nuevo derecho dentro de la esfera del derecho privado, con características propias, autónomo, diferente al dominio y al condominio.

las directivas específicas de la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble); tendrá efectos declarativos y no constitutivos del derecho real de propiedad indígena, pues nace extra registralmente.

Esta propiedad comunitaria no puede extinguirse por las causales normales de extinción de los demás derechos reales sobre cosa propia, pues tiene causales especiales. No pueden existir causales de extinción relativa, dado que únicamente se extingue en forma absoluta por: la muerte de todos sus integrantes, el abandono definitivo del predio por parte de todos ellos y la cancelación de inscripción de la comunidad indígena en los Registros especiales creados a tal fin, que se produce como consecuencia de la existencia de alguna de las causales ya enumeradas. El abandono o renuncia de derechos efectuada por alguno de los integrantes de la comunidad no afecta el derecho real de propiedad indígena, en tanto este se encuentra en cabeza de la comunidad indígena registrada como sujeto de derecho, diferenciado de sus integrantes.

El abandono definitivo del inmueble por parte de toda la comunidad, en el supuesto de la adjudicación a título gratuito por el Estado, hace que este pueda pedir la reversión de la propiedad. En los demás supuestos, se aplican los principios generales del derecho y la propiedad también revierte al Estado en función de la aplicación de los arts. 3.588 y 2.342 inc. 2 C. Civil.

La falta de explotación del inmueble por la comunidad no deviene en una causal de extinción del derecho de propiedad indígena. Pero, cuando el modo de constitución de este derecho fue por la adjudicación a título gratuito por el Estado, sea Nacional, Provincial o Municipal y se produce un abandono del predio en forma total y permanente por parte de la comunidad aborígen, tomado el concepto “falta de explotación” únicamente en ese sentido, o sea que no es más habitado por los indígenas, el Estado podría pedir la reversión del derecho real sobre el bien conforme a un procedimiento especial previsto en la Ley 23.302. Fuera del marco de esta ley, la reversión únicamente sería una consecuencia de la soberanía del Estado y su dominio eminente, al no haber titular que la explote, ya sea por muerte de toda la comunidad o abandono efectuado por sus integrantes.

No es posible la ejecución de la propiedad indígena al disponer art. 75 inc. 17, que es una propiedad intransmisible y no susceptible de embargos. Ergo, no es posible arribar a una ejecución forzada del inmueble.

La comunidad tiene el *ius utendi, fruendi y abutendi*, pero este último en forma restringida. Esta particularidad marca otra diferencia con el derecho real de dominio, en el cual, justamente, uno de los dogmas aplicables al mismo es que no puede impedirse más allá de cierto estricto límite temporal la libre circulación de los bienes dado que el dominio es esencialmente transmisible. Por el contrario, la propiedad indígena es esencialmente intransmisible. Y, en el supuesto de procederse a la enajenación de la propiedad indígena, tal acto jurídico sería nulo, de nulidad

absoluta por imperativo legal contenido en la Constitución Nacional. Por ello, a los efectos de este derecho, no resulta aplicable la normativa contenida en los arts. 2.612, 3.732 y 3.781 C. Civil.

Esta clara delimitación que realizamos del contenido y confines del derecho real de propiedad indígena es nuestra humilde contribución a los festejos del Bicentenario de la República Argentina, en pos de la grandeza de un país que siempre acogió en su seno a diferentes grupos humanos que quisieron vivir bajo su protección y que ahora rescata de la indiferencia a los pueblos originarios.⁸⁰

80. Es pertinente incorporar al presente trabajo el articulado propuesto por la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, presentado en abril de 2012. Sigue los lineamientos señalados en este trabajo, producto de la investigación que desarrollé cuando presenté mi tesis doctoral “La propiedad indígena”, UMSA, 2007, y conforme a las propuestas que acerqué a la Comisión.

De la propiedad comunitaria indígena

Artículo 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

Artículo 2029.- **Titular.** El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.

Artículo 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.** La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

Artículo 2031.- **Modos de constitución.** La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria;
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.

Artículo 2032.- **Caracteres.** La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

Artículo 2033.- **Facultades.** La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados

BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral “Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?”, aprobada en noviembre de 2007, UMSA, Buenos Aires, Argentina, Tutora de tesis, Dra. Highton de Nolasco, Elena, Copia inédita en la Biblioteca de esa Facultad.
- ALLENDE, GUILLERMO, *Panorama de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- ALTABE, RICARDO; BRAUNSTEIN, JOSÉ, y GONZÁLEZ, JORGE A., “Derechos indígenas en la argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en ED 164-1193.
- ALTERINI, JORGE H.; COMA, PABLO M y VÁZQUEZ, GABRIELA, *Propiedad Indígena*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.
- AUBRY, CHARLES y RAU, CHARLES, *Cours de droit francais d’après la methode de Zacharie*, quinta edición, París, 1897.
- BADENI, GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997.
- BARROS, ALVARO, *Indios, Fronteras y Seguridad Interior*, Ed. de Pedro Weimberg, Buenos Aires, Solar-Hachette, 1975.
- BAYLE, CONSTANTINO, “El protector de los indios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 1945.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?”, en Revista jurídica *La Ley*, del 1/6/2004.
- “Los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”, en *La Ley* 1996-B.
- “¿Un federalismo cultural?”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004.
- BIEDMA, JOSÉ J., *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios*, Buenos Aires, 1975.

para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

Artículo 2034.- **Prohibiciones.** La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

Artículo 2035.- **Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta.**

El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

Artículo 2036.- **Normas supletorias.** En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

- BORDA, GUILLERMO, *Derecho Civil, Parte General*, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 1996.
- *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992.
- BRONSTEIN, ARTURO, “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, en *Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- BUERES, ALBERTO J. (dir.) y HIGHTON, ELENA I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CIFUENTES, SANTIAGO, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- DABIN, JEAN, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, traducción de González Uribe, Héctor y Toral Moreno, Jesús, México, Jus, 1946.
- DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ, “Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias” en *10 Obras Completas*, Ramón Hernández y Lorenzo Galmes (eds.), Madrid, Alianza, 1992.
- HIGHTON, ELENA, “Camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994”, en Revista de *Derecho Privado y Comunitario* (Santa Fé), Rubinzal-Culzoni, N° 7, 1994.
- *Dominio y usucapión*, Segunda parte, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en Revista de *Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinal Culzoni.
- *Propiedad indígena*, con la colaboración de Aguilar, Kozak, Kingston, Quiroga y Zimmerman, Buenos Aires, La Ley-UBA, 2010.
- HIGHTON, ELENA y BUERES, ALBERTO, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires Hammurabi, 1997, t. 5.
- GATTI, EDMUNDO, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.
- GATTI, EDMUNDO y ALTERINI, JORGE H. en *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- IHERING, RUDOLF, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Española de Príncipe y Satorres, Enrique, 1904 TIV.
- ITURRASPE, FRANCISCO, *Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originadas en la Constitución venezolana de 1999*, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, DF, del 12 al 15 de febrero de 2002.
- ITURBIDE, GABRIELA y ABREUT, LILIANA, *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena*. Periodo 1863-1930, en *La Ley on line*.

- LAFAILLE, HÉCTOR, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores SRL, 1943.
- LEVAGGI, ABELARDO, *Paz en la frontera*, Buenos Aires, UMSA, 2000.
- LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, IV, Buenos Aires, IV, Buenos Aires, 1948.
- MABRAGAÑA, H, *Los Mensajes*, Buenos Aires, Comisión Nacional del Centenario, 1910.
- MASES, ENRIQUE HUGO, en *Estado y cuestión indígena*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2002.
- MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ta.ed. actualizada.
- MATHIEU, VITORIO, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en Diemer A., Hersch, J. y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal/UNESCO, 1985.
- MONTES DE OCA, MANUEL A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1917.
- OLIVEROS, MARTA NORMA, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 18, Buenos Aires, 1967.
- POTHIER, *Tratados de la Posesión y Prescripción, traducidos por Deó, Manuel, anotados y concordados con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República Argentina, Guatemala, México y Uruguay* por De Molins, Antonio Elías, Barcelona, Librería de Juan Llordachs, 1880.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavallía, 3ra.edición, 2000.
- RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. I.
- Renard, Georges, *El derecho, la justicia y la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones Desclee, de Brouwer, versión castellana del Dr. Cunchillós Manterola, Santiago, 1947.
- SPOTA, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General.
- TRAVIESO, JUAN A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas”, en *JA* 1996-III-1031.
- VALDÉS, HORACIO y ORCHANSKY, BENITO, *Lecciones de Derechos Reales*, Buenos Aires, Lerner, 1969.

OBLIGACIONES "PROPTER REM" Y SUS RELACIONES CON OTRAS FIGURAS

ALBERTO J. BUERES*

Resumen:

En el marco de la división tradicional del Derecho Privado en derechos personales y reales, el presente ensayo parte de la distinción de los institutos del *ius ad rem*, el *ius in re* y el *ius in persona* para determinar sincrónica y conceptualmente a las obligaciones *propter rem*. Tras definirlos, el autor recorre las distintas tesis de la doctrina y nuestros tribunales respecto de la naturaleza jurídica y situación de estas obligaciones en nuestro Derecho Civil.

Abstract:

Regarding the traditional division of Private Law into real property and personal law, this essay distinguishes between *ius ad rem*, *ius in re* and *ius in persona* to conceptually and synchronically determine obligations *propter rem*. After defining them, the author considers the different thesis about the situation and juridical nature of these obligations in Argentinean Civil Law sustained by distincted authors on legal writing and The Courts.

Palabras clave:

Derecho privado – derecho civil – derecho real – derecho personal – *ius ad rem* – *ius in re* – *ius in persona* – derechos reales *in faciendo* – cargas reales – obligaciones *propter rem*.

Key words:

Private Law – Civil Law – Real Property Law – Personal Law – *Ius ad rem* – *Ius in re* – *Ius in persona* – Real Property Responsibility – Obligations *Propter Rem*.

1. En el derecho argentino, cuando menos, más allá de la existencia de algunas opiniones matizadas, el dualismo derecho real y derecho personal mantiene su pureza en plenitud, sin interferencias que permitan desnaturalizar sus esencias y sin híbridos que hagan poner en duda la diáfana autonomía de cada categoría. A pesar de que se esbozan diversos criterios en torno a la génesis del distingo entre derechos reales y derechos personales, en general se considera que la escisión no aparece con

* Profesor Emérito (UBA).

nitidez en Roma, sino que fue formulada por los glosadores sobre la base de las acciones reales y personales romanas. No es fácil precisar cuáles pueden haber sido los derechos reales en Roma, puesto que el concepto mismo de ellos no estuvo arraigado con firmeza en la tradición jurídica romana. De todas maneras, si la noción de derecho real se enlaza con los institutos protegidos por la *vindicatio* o, en general, por las acciones reales, destaca la propiedad como figura singular y esencial. En cambio, los derechos personales han tenido un intenso y constante desarrollo, de donde hasta podría afirmarse que el derecho romano fue preferentemente obligacionista. Comoquiera que sea, junto con el dominio también fueron contempladas algunas servidumbres, entre las cuales se ubicó el usufructo durante el período bizantino. Tal vez quepa añadir, para cerrar este elenco liminar, que entre las formas de propiedad se conoció el derecho de superficie. No obstante, la situación varió mucho durante el derecho intermedio, dado que la multiplicación de vínculos feudales y cuasifeudales (dominio directo, dominio útil, situaciones enfiteúticas, etc.) generó un pluralismo de relaciones jurídicas que fueron concebidas como reales.¹

2. En general, la doctrina sostiene que en el derecho romano fue rechazada la categoría de los derechos *in faciendo*, con fundamento en el principio referente a las servidumbres –extraído de las fuentes– *servitus in faciendo consistere nequit*.² En un primer momento, POMPONIO enunció el principio *ut aliquid patiatur aut non faciat* (D, 8. 1. 15. 1, Libro III, *ad Sabinum*). Y de ahí derivaron *quae in patiendo consistunt* (el propietario del fundo sirviente debe sufrir –o tolerar– que otros hagan) y *quae in non faciendo consistunt* (cuando debe abstenerse de hacer). Este proceso evolutivo dio lugar a la susodicha regla *servitus in faciendo consistere nequit*.³

De todos modos, y a la vista de la excepción al mencionado principio, conformada por la presencia de servidumbres *oneris ferendi* –que impusieron una prestación de hacer (*reficere parietem*)–, se supuso que a pesar de que en la tradición romana no existieran servidumbres *in faciendo* (excepto la *oneris ferendi*), en verdad hubo algunas figuras de derechos reales *in faciendo*.⁴ En el derecho germano

1. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1978, t. II, pp. 68 y siguientes.

2. Edmundo GATTI y Jorge H. ALTERINI, consideran que la propia expresión derechos reales *in faciendo* entraña un contrasentido, debido a que ella implicaría un derecho real con el contenido de un derecho personal. Los romanos advirtieron la incoherencia y sentaron el principio mencionado en el texto (*El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, pp. 65 y 66).

3. CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentario del Código Civil*, Presidente y coordinador: Ignacio Gil de la Cuesta, Barcelona, Bosch, 2000, t. 3, arts. 532 y 533 –C. Civil español–, p. 682.

4. RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus, Centro de Enseñanza, traducida por J. R. Xirau, 1928, p. 298. Comp. el *quid medium* al cual alude Romualdo TRIFONE –*Oneri reali. Storia del Diritto. Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, t. XI, p. 927– en relación con la mezcla de elementos entre los derechos reales y personales.

primitivo, la diferencia entre derechos reales y obligaciones tiene contornos borrosos –hasta tal punto que algún opinante dejó traslucir que no existió-. En cualquier caso, en Alemania el derecho real absorbió casi totalmente al derecho personal (este era por aquel entonces un poder del acreedor sobre la persona del deudor).⁵ Durante la Edad Media, las ideas romanistas comenzaron a influir en las tudescas y esto creó un panorama confuso marcado por la inflación de los derechos reales y por la progresiva aparición de categorías intermedias o indefinidas como el *ius ad rem*. Al margen, en el derecho alemán se afianzaron los derechos reales *in faciendo* (se ha señalado que esta terminología fue acuñada por FADDA y BENSA), entre los cuales tienen particular relieve las *reallasten* (o cargas reales) visualizadas como derechos reales por aquel entonces –e inclusive en la actualidad al tenor de lo que surge de los arts. 1105 a 1112 y 1191 a 1203 del B.G.B.–, que contemplan las cargas reales (2da. Parte, Título XXI, Capítulo III). La exagerada devoción por los derechos reales *in faciendo* determinó que parte de la doctrina desechara la categoría de las obligaciones *propter rem*, pues se estimó que estas involucraban un concepto descaminado (o desmañado) para disfrazar auténticos derechos reales *in faciendo*.⁶

Ya hemos de ver que las obligaciones *propter rem* existen como tales (como obligaciones), que la misma naturaleza poseían las antiguas cargas reales –que hoy no tienen lugar en tal acepción en Italia y en la Argentina– y que no son de recibo en

5. POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano*, Roma, Athenaum, 1915, t. I, pp. 61 y 62 y sus referencias a las opiniones de Heusler, sobre todo. Cfr. también RIGAUD, *ob. cit.*, p. 56.

6. RIGAUD, *ob. cit.*, p. 306. Díez-Picazo señala que muchas veces los derechos reales *in faciendo* fueron considerados derechos reales en consonancia con la tradición germánica. Ciertos juristas italianos y aun alemanes creyeron que eran obligaciones nacidas de una situación de hecho (*zustandobligationem*). Otros separaron las *reallasten* (derechos reales) de las obligaciones que se relacionaban con ella –ciertas prestaciones que debían pagarse-. Y también se ensayaron posiciones eclécticas que ubicaron el instituto entre el derecho real y la obligación. Por otro lado, el autor, al hacer alusión a los derechos reales *in faciendo* (como las *reallasten*), refiere que en el derecho hispano parecen adoptar un esquema semejante los censos reservativo y consignativo –arts. 1606 y ss.– (*ob. y t. cit.*, pp. 51 y 52). Asimismo, José Castán Tobeñas dice que, aunque en general el contenido del derecho real es solo negativo, dado que impone a los terceros unos deberes de no hacer o de sufrir (un “*pati*”), sin embargo hay quien piensa que existen derechos reales que dan lugar a obligaciones de hacer, como las servidumbres positivas –art. 533– y las cargas reales (censos, foros, *rabassa morta*, etc.), que imponen al dueño del fundo la obligación de pagar un canon o prestación periódica (art. 1604 y concordantes). Luego, Castán agrega que estas figuras generan dudas, pues un sector de la opinión las capta como derechos reales *in faciendo*, mientras que otros autores entienden que promedian obligaciones comunes o *propter rem* –se observan imprecisiones y discordancias, señalamos por nuestra parte– (*Tratado de Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, t. II, Derecho de cosas, Vol. Iro, pp. 53 y 54). Sobre estas digresiones de Castán son interesantes las observaciones críticas de Díez-Picazo (*ob. y t. cit.*, pp. 53 y 54). En nuestro derecho, puede consultarse un extenso estudio, aunque por momentos un tanto oscuro, sobre las *reallasten* y, en general, en lo hace al análisis efectuado *ut supra*, en GOROSTIAGA, Norberto, *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1941, p. 570 y siguientes).

nuestro derecho, sin que se nos escape que hay alguna doctrina minoritaria de signo contrario, que acepta derechos reales *in faciendo*.

3. Por lo que respecta al *ius ad rem*, se estima que no fue concebido como categoría particular por los glosadores, puesto que ellos distinguieron el derecho real que recae de forma directa sobre la cosa (*ius in re*) y la *obligatio* que es el correlato crédito-deuda entre personas (*dare, facere, restituere*). El primero origina una acción personal (*actio in rem*), mientras que la segunda habilita una acción personal (*actio in persona*). Las acciones mixtas *in rem scriptae* fueron introducidas por los posglosadores (ya volveremos sobre estas últimas cuestiones con mayores detalles).⁷ Ciertamente, el *ius ad rem* es elaborado por los canonistas (el precursor habría sido el Papa Inocencio IV –Sinibaldo dei Fieschi–), y luego fue recogido por el derecho feudal que viene a ubicarlo a mitad de camino entre el *ius in re* y el *ius in persona*.⁸ En el derecho canónico todo oficio eclesiástico se encuentra unido a un beneficio (conjunto de bienes cuyas rentas deben asegurar la subsistencia del titular). El beneficiario poseía un *ius ad rem* que le permitía hacerse de los frutos para cumplir el ministerio que le había sido confiado. Se trataba de un derecho real *sui generis* (o imperfecto), no asimilable a la propiedad, al usufructo, a la enfiteusis o al feudo. El beneficiario contaba con una acción real y hasta podía hacer valer su prerrogativa por medio de las vías petitoria y posesoria.

Este derecho real *sui generis* perduraba durante el tiempo que el beneficiario se hallaba en una situación interina respecto de su cargo; y cuando advenía la colación –a veces precedida de complicados trámites– el *ius ad rem* (derecho real imperfecto o acaso expectativa de derecho real) se transformaba en un verdadero *ius in re*.

La categoría del *ius ad rem* se utilizó en el derecho feudal para referirla al vasallo al cual todavía no se había otorgado la posesión real de los bienes del feudo (*ius in re*), pero entre tanto el susodicho vasallo ostentaba la investidura formal o simbólica (*ius ad rem*). Asimismo, los códigos consuetudinarios franceses de los siglos XIV y XV aplicaron el *ius ad rem* al usufructo y el *ius in re* a la propiedad.

7. Al parecer los glosadores no crearon la expresión *ius in re*, sino que esta aparece en las fuentes romanas –un texto de Gayo que está en el Digesto–, aunque se la refería al usufructo, a la hipoteca y a las servidumbres y no a la propiedad –que constituía el *ius plenum in re comparalia*–. Los glosadores generalizaron el *ius in re* y englobaron en él la propiedad, sin defecto de que algunos autores hayan considerado que esa actitud generalizadora tiene lugar a finales del siglo XI o principios del XII en el *Corpus legum sive Brachylogus juris civilis*, que fue un manual jurídico con el cual se quiso hacer una imitación de las Institutas de Justiniano, redactado en Francia o Italia –no es seguro– (RIGAUD, *ob. cit.*, pp. 57 a 64, en especial. Ver también, GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 30 y 31, quienes dicen –con apoyo en los estudios de algunos romanistas– que la expresión *ius in re* contenida en las fuentes romanas concierne a la cosa sobre la cual se tiene el “derecho” y no al “derecho sobre la cosa”).

8. El enigma sobre la génesis de estas figuras llegó a hacer pensar a Mitteis que en el derecho romano se conoció excepcionalmente el *ius ad rem* como figura intermedia entre el *ius in re* y el *ius in persona*.

Por otro lado, los civilistas recogieron estas ideas de los derechos canónico y feudal, para fortalecer la posición del adquirente de una cosa cierta. Consecuentemente, por ejemplo, el comprador que todavía no había obtenido la *datio rei*, tenía un *ius ad rem* que le acordaba un derecho de preferencia con respecto a los adquirentes posteriores, aun cuando estos hubiesen recibido la posesión, excepto que en dicho supuesto existiera el título oneroso y la buena fe.⁹

Posteriormente, y ya en tiempos del *usus modernus* durante el último tramo del derecho común, POTHIER y sus contemporáneos vinculan el *ius ad rem* con el derecho de crédito, mientras que el *ius in re* es relacionado con el derecho real (sin que cupiera espacio para ningún *tertium quid*), criterio este que es admitido en el derecho moderno por una significativa corriente de opinión.¹⁰

No obstante, en nuestro medio una calificada doctrina prefiere emplear la expresión *ius ad rem* para relacionarla con las obligaciones de dar y con las de hacer para entregar una cosa,¹¹ aunque esta conclusión no deja de suscitar cavilaciones, pues se centra en la literalidad del vocablo cosa, siendo que, por ejemplo, ya en la clásica definición de obligación de las Institutas de JUSTINIANO (I. 3. 13. Proemio), atribuida a FLORENTINO –que fue un glosador de GAYO– con algunas resistencias,¹² el "... *alicuius solvendae rei*..." fue traducido como pagar alguna cosa o, más extensamente, como pagar algo (dar, hacer o no hacer) a otro, a resultas del "... *quod necessitate astringimur*...".

4. Las obligaciones *propter rem* ("junto a la cosa", en la literal traducción latina) también son llamadas obligaciones reales, *rei coharens*, ambulatorias, *ob rem*, etc.¹³ En cualquier caso, parece a todas luces erróneo identificar en el léxico la obligación *propter rem* y los derechos reales *in faciendo* –en tanto y en cuanto estos fueran aceptados–.¹⁴ Tampoco corresponde llamar carga real a la obligación *propter*

9. RIGAUD, *ob. cit.*, p. 57 y siguientes.

10. VITTORIO POLACCO expresa que el *ius ad rem* fue recibido por el derecho prusiano pero no pasó al derecho alemán (*ob. y t. cits.*, pp. 61 y 62). Dicho *ius ad rem* –considerado de tal modo– era una especie de derecho real establecido por medio de un acuerdo de voluntades –criterio repudiado por Vélez Sársfield en el art. 577, C. Civil– (BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. 1, pp. 60 y 61).

11. BOFFI BOGGERO, *ob. y t. cits.*, pp. 60 y 61.

12. Según algunos romanistas la definición aludida estaría influida por ideas o manifestaciones de Pomponio, Juliano, Modestino, Ulpiano y otros.

13. SIERRA PÉREZ, Isabel, *Obligaciones propter rem: los gastos comunes en la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 19 a 21; WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I, pp. 97 y 98.

14. Cabe advertir que los derechos reales *in faciendo* –cuando se admiten– generan prestaciones que, al margen de las teorías realistas, son consideradas, dentro de la perspectiva del derecho personal, como

rem, pues aquélla, en la acepción obligacionista clásica –normalmente descartada en nuestro país– difiere de esta. Por último, resulta hartamente equívoco individualizar las obligaciones con el léxico obligaciones *in rem scriptae*, ya que esta expresión es empleada en numerosas y equívocas acepciones.

La anfibología que reina en la materia, por caso se evidencia en el pensamiento de DE RUGGIERO, quien, sin hacer discriminaciones sistémicas, menciona la acción noxal, las acciones *in rem scriptae*, la obligación de pagar el canon enfiteútico, la superficie y el *solarium*, los impuestos, el diezmo, la obligación de pagar el muro en las servidumbres *oneris ferendi* o la de contribuir a los gastos del fundo sirviente, las *reallasten* y la obligación *propter rem*, dentro del género de las obligaciones ambulatorias.¹⁵ Como puede apreciarse, en el elenco de DE RUGGIERO quedan fusionadas obligaciones comunes, obligaciones *propter rem*, cargas reales –captadas con sentidos realistas, obligacionistas o mixtos- y tal vez otras figuras. Sin duda que la situación desoladora en la que se vio inmerso el autor italiano lo llevó a afirmar que renunciaba a la sistematización de la categoría que nos ocupa.¹⁶

5. Es difícil encorsetar en una definición todas las características que presenta la obligación *propter rem*, en razón de que algunas de ellas son contingentes y, además, del siempre latente principio "*omnis definitione periculoso est, rarum est enim ut subverti possit*" (Digesto, Tit. 17, frag. 202).

Con tales aclaraciones, podemos señalar que la obligación *propter rem* es una relación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, con la particularidad de que la calidad de deudor (o acreedor) está ligada a una relación de señorío (propiedad u otros derechos reales, posesión –que según las miras será un hecho o un derecho real– y hasta tenencia), de suerte tal que la obligación (crédito-deuda) se transmite a medida que se produce un cambio en la titularidad de la

obligaciones *propter rem* o como obligaciones comunes –e inclusive, en este último caso, se permite la liberación por el abandono (al menos algunas veces)–.

15. La expresión obligaciones ambulatorias es adjudicada en ocasiones a Ferrini –por el propio De Ruggiero y otros-, mientras que de acuerdo con otra opinión, Ferrini acuñó la terminología obligaciones reales (LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, Barcelona, Bosch, 1994, Vol. 2, p. 33). Por lo demás, algunos autores separan la obligación *propter rem* de la obligación ambulatoria y otros opinantes refieren que las obligaciones no son ambulatorias en sí mismas, sino que tal calidad debe predicarse de la posibilidad de surgimiento de tales relaciones obligatorias (ver SIERRA PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 20 y 21 y sus referencias a las ideas de DIEZ-PICAZO y BIGLIAZZI). Tampoco falta alguna opinión sin rumbo que conecta la obligación *propter rem* con la obligación que nace cuando se viola un derecho real –esta es un lógico corolario de la oponibilidad (y defensa) *erga omnes* del derecho real– (Ver, DE CASTRO VITORES, Germán, *La obligación real en el derecho de bienes*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España– Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 48).

16. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Reus, traducción de Ramón SERRANO SUÑER y José SANTA CRUZ Teijeiro, 1977, t. II, Vol. 1, p. 75 y siguientes.

susodicha relación de señorío. Las dos relaciones signadas por la obligación *propter rem* y el derecho real son distintas, pero la primera es accesoria del último.¹⁷

No se trata de una figura intermedia colocada entre el derecho real y la obligación (menos por supuesto constituye un derecho real), sino que es una auténtica obligación.¹⁸

En la obligación *propter rem* hay dos sujetos (acreedor y deudor) –correlato crédito-deuda o poder-deber–, un plan de prestación (conducta del *solvens* para dar satisfacción al interés del *accipiens*) y, en fin, una responsabilidad patrimonial del obligado. El abandono es un requisito que se verifica con cierta frecuencia en la obligación real (no siempre, ni mucho menos), pero ello no conmueve la relación obligacional ya que al cabo se trata de un supuesto de deuda con cobertura limitada previsto en materia de obligaciones para determinados casos, aunque todavía cabría discurrir en torno a si el abandono es parte de la responsabilidad (cuando hay mora), pago, una suerte de *datio in solutum* u otra figura –ya volveremos sobre este punto–.¹⁹

La obligación *propter rem* es una categoría legal y cerrada (*numerus clausus*). El propietario o poseedor es sujeto de deberes mientras se encuentre en esa posición y quienquiera que lo suceda viene a resultar obligado sin que promedie ningún acuerdo que determine la sucesión.²⁰ El fundamento básico del descarte de la autonomía privada descansa en la protección de los terceros.²¹ Por ende, las prestaciones *propter rem* (de dar, hacer o no hacer) son adeudadas por estar el sujeto conectado con la cosa por una relación *lato sensu*: dominio, nuda propiedad, usufructo, etc., y aun posesión y tenencia²² Al margen, se dice que dichas obligaciones tienen lugar

17. BALBI, Giovanni, *Obbligazione reale, Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI, N° 6, p. 670; DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Torino, Utet., 1970, pp. 9 y 10; POLACCO, *ob. y t. cits.*, pp. 57 y 58.

18. En este sentido: GIORGIANNI, Michele, *Obbligazione (Diritto Privato), Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, XI, p. 589; RESCIGNO, Pietro, *Obbligazioni (Diritto Privato)*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, 1979, XXIX, p. 146; BALBI, *ob. cit.*, p. 666 y ss.; Distaso, *ob. cit.*, N° 6, pp. 9 y 10; Polacco, *ob. y t. cits.*, pp. 57 a 59; GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 108. El último autor citado dice que las obligaciones *propter rem* –emanadas de normas fundamentales de orden público– tienen por objeto establecer límites y restricciones a los derechos reales. En definitiva, contribuyen de forma negativa a fijar el contenido de los referidos derechos reales (*ibidem*, pp. 110 y 111). En contra: GRECO, Roberto, *Enajenación de cosa hipotecada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967, p. 225; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Introducción al estudio de las obligaciones “propter rem”, en *JA*, 1960-II-Doctrina, pp. 40 a 46.

19. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, Madrid, Civitas, 1993, t. II, pp. 81 y 82.

20. BRECCIA, Umberto, *Obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 127; BALBI, *ob. cit.*, p. 670, N° 1.

21. BRECCIA, *ob. cit.*, p. 127.

22. BALBI, *ob. cit.*, p. 670 N° 6–; Alterini, Jorge H., “Responsabilidad por expensas en la propiedad horizontal”, en *La responsabilidad, Libro homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Directores:

“por razón de la cosa” –exigencia esta que debe captarse en una dimensión amplia y flexible– (infra, ap. 18).

Asimismo, es característica esencial la transmisión de la obligación por el ambular de la cosa –valga la expresión–, pues el crédito y la deuda nacen *propter* (“junto a” la cosa –o según otro significado “en razón” de la cosa–) y se extinguen cuando esta pasa a otro adquirente. Si la deuda (o el crédito) están conectados a la propiedad o posesión y esta cesa por el traspaso o endoso de la cosa, el deudor transmitente o abdicante se libera por ausencia de causa fuente²³ y la deuda (o el crédito) pasa al *novus dominus*.

Esto tiene lugar en línea de principio, ya que la liberación no siempre se produce por el abandono. No debe soslayarse que el deudor *propter rem* responde con todos sus bienes (garantía flotante) y no solo con la cosa, aunque esto último bien puede acontecer cuando una norma lo establezca,²⁴ como sucede en el caso del art. 8 de la Ley 13. 512 (propiedad horizontal).

El abandono es contingente no obstante que se presente a menudo en las *propter rem*, y se trata –como dijimos– de un caso de deuda con cobertura limitada. Los efectos generales de la responsabilidad no son siempre uniformes y esto no conmueve la estructura institucional de la relación obligatoria. Por cierto que existen controversias sobre las posibilidades de liberación del obligado en relación con las prestaciones insolutas durante su propiedad o posesión, pues, por caso, ALSINA ATIENZA conceptúa que si dichas prestaciones corresponden a beneficios o ventajas ya gozados por el transmitente el abandono carece de virtualidad liberatoria,²⁵ sin defecto de que el abandono extinga las prestaciones futuras.

En rigor, en algunas *propter rem* el abandono libera –y a veces solo en ciertos aspectos–. Pero ello no puede oscurecer la regla de la responsabilidad universal del

Atilio Anibal ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 67, y su voto como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el fallo plenario “Dodero, Hipólito c/ Consorcio de propietarios Neuquén”, ED, 73-281.

23. GRECO, *ob. cit.*, p. 222.

24. WAYAR, *ob. y t. cits.*, p. 101. Comp. Jorge H. ALTERINI, quien señala que la responsabilidad universal del deudor propietario o poseedor de la cosa se relaciona con las deudas originadas durante su relación real y con las deudas que recibió de su antecesor. Esto no excluye que, en ocasiones, se limite la responsabilidad en algún caso concreto, como el del art. 17 de la Ley 13.512, que autoriza al titular de la cosa a liberarse por medio del abandono de las deudas anteriores a su relación de señorío –voto fallo plenario citado–. En igual sentido: LAMBOIS, Susana, *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: Alberto J. BUERES, Coordinación: Elena I. HIGHTON, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. V, comentario Ley 13.512 –art. 17–, quien dice que el actual propietario responde con la cosa por deudas anteriores y el antiguo propietario responde con todo su patrimonio por las obligaciones surgidas durante su relación real.

25. ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Diferencias entre la deuda *propter rem* y el tercer poseedor de una cosa hipotecada”, en *JA*, 1960- IV- 86; Greco, *ob. cit.*, pp. 226 y 227.

deudor. El abandono es un medio atípico para satisfacer el interés del acreedor, ya que no es la posibilidad que brinda a este el cumplimiento de la obligación originaria o la ejecución forzosa –en especie o a base de la *aestimatio rei debita*– (art. 505, aps. 1ro a 3ro, C. Civil),²⁶ sino acaso una suerte de *datio in solutum* legal (al menos a veces).²⁷

6. Es menester diferenciar las verdaderas obligaciones *propter rem* de otras múltiples obligaciones que solo pueden tener una falsa apariencia de aquéllas –lo cual alguna vez llevó a confundirlas–. Por ejemplo, los deberes del dueño o guardián *ex art.* 1113, párrafo 2do o del dueño o guardián de un animal doméstico o feroz (art. 1124), pues en estos casos solo hay un contacto entre el sujeto y la cosa necesarios para la determinación del deudor u obligado, pero no existe el ambular imprescindible en todas las obligaciones *propter rem* y, asimismo, el abandono de la cosa no libera a estos responsables –más allá de que tal requisito sea frecuente pero no esencial en las citadas *propter rem*–.²⁸

7. Entre el deber (o, más específicamente, la obligación) y la libertad, alguna doctrina situó la carga. De tal forma se alude a esta figura cuando se explica la naturaleza jurídica de la obligación con criterios objetivistas (realistas, diríamos), que estiman que el objeto de ella es el bien o la cosa (*il bene dovuto*). Bajo esta luz, el deudor tiene una alternativa con dos opciones: 1) pagar la prestación, y 2) experimentar las consecuencias de los deberes de agresión del acreedor sobre el patrimonio (del deudor) por intermedio de los órganos del Estado.

En definitiva, el deudor debe soportar “la carga” inherente a la expropiación de un bien o de unos bienes. Por este camino, la responsabilidad queda diluida pues se llega a la afirmación extrema de que el deudor tiene un deber libre (que entonces –acotamos– es un no deber). Según esta teoría existen normas jurídicas absolutas cuya infracción trae aparejada una sanción, y normas finales –como las relativas al deber libre o carga, según las precisiones de lenguaje–, que simplemente imponen

26. BUERES, Alberto J., “Culpa y riesgo, en Creación de riesgo”, I., en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-3, p. 43 y siguientes.

27. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cit.*, p. 114 y ss., quien refiere que si el abandono es abdicativo –transmisivo– hay pago pues se está frente a una obligación alternativa y el mencionado abandono entra *in facultate solutionis*. En cambio, si el abandono es liberatorio se rige por las reglas de la condición y no hay pago. El autor también alude al abandono hipotecario –que en el punto analizado queda fuera de cuestión–, pues si bien no excluye la conexión con la cosa, prepara la vía para su extinción por la sustitución de ella mediante el dinero (la responsabilidad es *intra rem*, a diferencia de lo que ocurre en el abandono abdicativo que es *extra rem*).

28. BALBI, *ob. cit.*, pp. 66 y 667, quien incluye las obligaciones del dueño o poseedor de no infringir el *alterum non laedere* (arts. 2043 y 2051, C. Civil italiano), la obligación de pagar los impuestos, la de exhibir la cosa –asunto este que ha dividido a la doctrina argentina– y la del *novus dominus* de respetar el derecho del locatario (arts. 1559 y 1602 del mismo Código).

al sujeto un comportamiento para conseguir un resultado ventajoso o para evitar un resultado desfavorable (de no observarse el comportamiento).²⁹

En un sentido próximo al enunciado pero con más fineza en los conceptos, se estima que la carga consiste en un comportamiento que debe observar el deudor si quiere satisfacer un interés propio (o, en otros términos, para poder ejercer un derecho). La falta de realización de la carga no incide sobre la realización de las expectativas ajenas sino que afecta al propio interesado en concretar dicha carga (por ejemplo, el *onus probandi incumbit actori reus in exceptione fit non actor*).³⁰

En algunas ocasiones, se alude a la expresión cargas reales que figura en el art. 292, C. Civil, con referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos menores; y también la idea se expande sin mayores precisiones a los impuestos. Esta última postura, tal vez, constituye un resabio, para el derecho argentino al menos, de la concepción tradicional germana de las *reallasten* (el canon enfiteúutico, los censos reservativo y consignativo, los diezmos dominicales y sacramentales, etc.). Actualmente, los diezmos desaparecen, la enfiteusis fue proscripta por el Codificador (ver la nota al art. 2.503) y el resto de las figuras son desconocidas en el tráfico actual.³¹

8. Las cargas que ahora nos interesan, inclusive en sus aspectos evolutivos, son las cargas reales, de las cuales se dijo que son prestaciones positivas debidas por el propietario o poseedor de un fundo en cuanto inviste tal carácter (servicios, obras, entrega de una cierta cantidad de frutos extraídos del fundo, entrega de dinero, etc.).

Con agudeza se observó que en la obligación *propter rem*, la prestación del deudor se implica en función de un más ordenado y sistemático ejercicio del derecho de propiedad. En tanto que en la carga real la prestación se relaciona con

29. GIORGIANNI, *ob. cit.*, pp. 583 y 584, quien diferencia la obligación (*la obbligazione*) o, más ampliamente, el género del deber jurídico (*gli obblighi*), de la carga, la condición potestativa y la sujeción.

30. RESCIGNO, *ob. cit.*, N° 8, pp. 141 y 142, autor que suministra otros ejemplos y engloba en las cargas algunos supuestos que generan perplejidad por lo que respecta a su correcto emplazamiento, tales como los deberes de información y diligencia en la etapa preliminar a la formación del contrato (art. 1338, C. Civil italiano). No obstante, el autor afirma que la noción de carga, en este caso, más que responder al primer significado establecido, tal vez concerniría a la contraposición entre la carga y la obligación en sentido propio y, bajo esta óptica, puede aceptarse como apropiado el uso del vocablo autorresponsabilidad, en el cual quedan inmersos los deberes enunciados y las consecuencias de su trasgresión. Sobre la noción de carga y sus plurales acepciones, también puede consultarse: DíEZ-PICAZO, *ob. y t. cit.*, pp. 109 a 114 y LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cit.*, pp. 54 y 55.

31. WAYAR, *ob. y t. cit.*, pp. 102 a 104, quien agrega que alguna doctrina aceptó las rentas reales en nuestro derecho, con fundamento en lo disciplinado por el art. 2614 (censos o rentas). El autor no analiza la tesis pero expresa que de ser admisible esas rentas reales constituirían derechos reales y no obligaciones —*cf.*, asimismo, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, "Las rentas reales", en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, N° 2, p. 142—.

la propiedad o posesión tan solo con el fin de conceder al acreedor un medio más eficaz para asegurar el cumplimiento y no para una mejor utilización del fundo.³²

En Alemania —y en Suiza— la carga real fue y sigue considerándose un derecho real *in faciendo* (ya nos referimos a las *reallasten*). Pero, en rigor de verdad, tal carga real, que en la acepción que estamos analizando no existe en nuestro medio, constituía una verdadera obligación con la particularidad de que el crédito estaba garantizado con la cosa. La carga real no importa un derecho real de goce sobre la cosa, sino que el deudor (sujeto pasivo) es deudor de una prestación, sin perjuicio de que lo sea en cuanto propietario o poseedor del fundo. En verdad, falta un poder del acreedor inmediato sobre la cosa, aunque esto no puede hacer perder de vista la existencia de la garantía real que tiene dicho sujeto y que sirve para distinguir la carga real de la obligación *propter rem*. En el supuesto de la carga real, si el deudor incumple sus deberes el acreedor puede dirigirse contra el fundo para satisfacer su interés, aunque en el tiempo que transcurra para ello cambie el propietario o poseedor del fundo (*res non persona debet*). Por lo demás, el acreedor goza de una prelación con respecto a otros acreedores del deudor.

En resumidas cuentas, el elemento real, por así denominarlo, se resuelve en una preferencia emanada de una garantía parecida a la hipoteca, aunque por cierto no sea una hipoteca, y de que en la carga real esté ausente la forma y la inscripción. En cualquier caso, insistimos, la carga real es una obligación, pues el elemento real es solo una garantía específica de dicha relación jurídica, hasta tal punto que si el *solvens* no cumple responde con todo su patrimonio en la medida en que la deuda exceda el valor del gravamen real.³³

A la vista de lo expuesto y dentro de la anarquía que reina por la multiplicidad de opiniones matizadas, podemos apuntar que la carga real es una obligación de satisfacer unas prestaciones periódicas positivas por parte del propietario o poseedor actual o futuro del fundo, siendo deudor al vencimiento del plazo de pago quien invista en tal momento ese carácter (propietario o poseedor). El propietario o poseedor actual no es deudor de las prestaciones vencidas cuando él no se encontraba en dicho posicionamiento (propietario o poseedor).³⁴

32. BALBI, *ob. cit.*, p. 667; DISTASO, *ob. cit.*, N° 8, p. 16.

33. DISTASO, *ob. cit.*, N° 8, pp. 14-15.

34. BALBI, *ob. cit.*, p. 668. En líneas generales se admite este criterio, en el sentido de que el sucesor en la posesión no es responsable por las deudas insolutas de sus antecesores, pero sobre este punto hay incertidumbre dado que una doctrina minoritaria piensa lo contrario —con lo cual en este aspecto se aproximan mucho las cargas reales a las obligaciones *propter rem* —*cf.*: POLACCO, *ob. y t. cits.*, p. 61—.

Desde otro punto de vista, el propietario o poseedor del fundo puede ejercitar el abandono de este, pero sigue obligado en lo que hace al remanente de las prestaciones devengadas durante su posición de propietario o poseedor.³⁵

Además, la carga real es una figura que surge de la ley en cuanto a su constitución y queda sustraída por completo al *dominium privatorum*.³⁶ En los derechos italiano y argentino, las cargas reales concebidas del modo expuesto, han desaparecido de la ley o del tráfico, de donde cabe concluir que se trata de una categoría histórica.

9. En nuestra doctrina, hoy día puede considerarse hegemónica la idea de que la carga real constituye el aspecto pasivo de un derecho real sobre cosa ajena. No hay derechos reales *in faciendo*, sino que el titular de un bien gravado con un derecho real debe soportar una disminución normal en el contenido de su prerrogativa jurídica (v. gr. el tercer poseedor). En este sentido, Edmundo GATTI señala que la carga real designa el aspecto pasivo de los *iura in re aliena*, con respecto a la cosa gravada y al dominio sobre ella (y por tanto a su titular) que, en virtud de ese gravamen, resulta disminuido en su contenido normal. No es más que el deber pasivamente universal, pero tan solo cuando él constituye una situación que es correlato de un derecho real sobre cosa ajena y en torno al dueño de ella (y sus herederos) —no involucra de forma generalizada a los terceros que deben respetar el derecho ajeno, pues el deber genérico de estos no sufre modificación alguna en su amplitud y contenido por la presencia del gravamen—.³⁷ Esto nos conduce a contrastar la servidumbre negativa con la obligación de no hacer. Hay autores que no hacen diferencias entre ambas, pero otros sostienen con razón un temperamento opuesto —cuyo desarrollo *in extenso* excede el límite de este trabajo—. Solo diremos, en síntesis, que en el sentido correcto se afirmó que el titular de un derecho real de servidumbre, desde el punto de vista activo, no posee un crédito sino que está asistido por un *ius prohibendi* (algo similar al “poder estricto” —al cual hemos aludido— del deber pasivamente universal). También se enfatizó en que hay una diversa configuración entre

35. BALBI, *ob. cit.*, p. 668.

36. Véase: TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1955, pp. 475-476 y 514-515), quien tiene una visión de las cargas reales y de las *propter rem*, que, comparativamente, no siempre resulta coincidente con lo que exponemos en el texto sobre los efectos de ambas.

37. GATTI, *ob. cit.*, pp. 104-105. En el mismo sentido, pueden consultarse: HIGHTON, Elena I., *Obligaciones "propter rem" y cargas reales, en Derecho Privado, Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 884-885; ALTERINI, Jorge H., su voto en el fallo plenario citado; Wayar, *ob. y t. cit.*, pp. 104-105. También Emilio BETTI concuerda en lo esencial con esta manera de pensar, cuando dice que en el derecho real la limitación del sujeto pasivo es la consecuencia del derecho real del titular. El interés que funda el contenido del derecho real no puede nunca —como tal— tener por objeto un comportamiento ajeno (*Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, traducción José Luis DE LOS MOZOS, 1969, t. I, pp. 10 y 11).

los dos comportamientos exigibles: un no poder en la servidumbre negativa y un no deber en la obligación de no hacer. En rigor, la abstención del dueño del fundo sirviente importa una situación (o situación de deber) de respetar el derecho real. Vale decir, que se trata de una carga que, aunque esté particularizada en lo fáctico, no se diferencia en lo esencial del deber pasivamente universal que recae sobre todos los integrantes del grupo social con respecto a los derechos ajenos. El propietario del fundo dominante agota el interés protegido por el ordenamiento al concederle el derecho real de servidumbre, sin que interese para nada la conducta abstencionista del titular del fundo sirviente, ni la conducta de respeto del resto de los miembros de la comunidad. En tal inteligencia, se expresó que de la trasgresión al derecho real de servidumbre nace el derecho a exigir el respeto de aquél (el trasgredido).³⁸

10. Comúnmente, se entendió que las cargas reales clásicas, contempladas con enfoque obligacionista, conferirían al acreedor una acción real sobre la cosa gravada. Por otro lado, al tenor de lo expuesto por la opinión probablemente más autorizada,

38. Ricardo de Ángel Yagüez advierte las dificultades de distinguir la servidumbre negativa de de la obligación de hacer. Un problema inicial es el de desentrañar cuál ha sido el alcance que las partes atribuyeron a sus declaraciones y, a falta de una manifestación expresa (o clara), se entenderá que hay una simple obligación. No hay duda que determinar cuando existe una u otra figura evidencian en un plano superior las dificultades para diferenciar los derechos reales de los derechos de crédito. Hay autores, alineados en un posición extrema, que entienden que las servidumbres negativas son siempre obligaciones. Esto es corolario de las posturas radicales que niegan la distinción entre derechos reales y obligaciones y admiten por excepción que el único derecho real es la propiedad. Otros juristas, aun aceptando la dicotomía derecho real- obligación –matizada– refieren que ella no puede ser aplicada a los deberes de no hacer, los cuales –por ende– tienen que emplazarse en el campo de las obligaciones. Como quiera sea, de Ángel Yagüez acepta que, en sede teórica y con esfuerzo, la servidumbre negativa como derecho real implica “un deber” de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fundo sirviente. Este “deber” se transmite con la cosa a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los instrumentos necesarios de publicidad). Además, por definición es perpetuo. Por el contrario, la obligación negativa deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a menos que haya una transmisión convencional del crédito o la deuda) y tiene una duración limitada –que en el derecho español, a falta de acuerdo entre las partes, la establece el juez–. No obstante, el autor relativiza la exigencia de la limitación temporal en la obligación de no hacer, pese a no desconocer que el sistema patrimonial es reacio a admitir vinculaciones personales de prolongada duración (o permanentes). Pero al cabo concluye por admitir que es posible establecer la perpetuidad de ciertas obligaciones de hacer (no todas), pues si *mutatis mutandi* la servidumbre negativa tiene esa característica, no hay razones para desautorizarla, por lo menos en ciertos casos, en las susodichas obligaciones de no hacer. Esto revela que el autor aproxima peligrosamente ambas figuras, y agrega que si la proscripción de las vinculaciones perpetuas tiene raíces en argumentos socio-económicos, no se advierte que esos argumentos puedan quedar desvirtuados sobre la base de una sutileza técnica (“*es que este no es un derecho de crédito, es un derecho real*”). En resumidas cuentas, de Ángel Yagüez considera que una obligación de no edificar puede tener una duración perpetua, ya que dicho deber “*tiene el mismo contenido si es fruto de una obligación en sentido estricto o si es producto de un gravamen real*”, en DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Servidumbres negativas y obligaciones de no hacer”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, mayo-junio 1976, N° 514, pp. 621-647.

se advierte que el acreedor puede solicitar la ejecución del fundo dirigiéndose contra quienquiera fuese propietario o poseedor actual, a pesar de que este no tuviera todavía deuda propia alguna (está muy claro que en tal caso la acción se debería entablar para obtener el cobro de las deudas contraídas por propietarios o poseedores anteriores). *¿Quid iuris?*: ¿en las cargas reales el acreedor estaría asistido de una acción mixta, habida cuenta de que, bajo la óptica enunciada, se las ubica entre las obligaciones? Las acciones mixtas quizás tienen origen en las Institutas de Justiniano (1. 4. 6. 20) –“*quedam actiones mixtam causam obtinere videntur in rem quam in personam*”– (por caso, las acciones divisorias entre las que se cuentan la partición de herencia, el deslinde, la división de la cosa común, etc.). La idea pasó al antiguo derecho francés, donde BEAMANOIR creyó que las acciones mixtas eran acciones personales y reales mezcladas, y LOYSEAU, quien supuso que se trataba de acciones personales *in rem scriptae*, como las dimanantes de las obligaciones *propter rem*. A su vez, Pothier sostuvo que había acciones reales que se transformaban en mixtas a consecuencia de la unión accidental del elemento real con una prestación (entrega de frutos, reembolso de gastos). Por tanto, a estas alturas de la evolución histórica de la figura, se amplió su campo, en origen reservado para las acciones divisorias.³⁹ En el derecho moderno las acciones mixtas parecen haber perdido todo terreno (o al menos gran parte de él). Con frecuencia, se expresa que la acción personal deriva de un derecho personal y la acción real de un derecho real –ya que la acción no tiene sustantividad y autonomía en relación con derecho que tipifica y condiciona tal acción–.⁴⁰ En materia de hipoteca, según un criterio hay dos acciones: una personal derivada del crédito y otra real surgida de la hipoteca (garantía que accede al crédito). El acreedor, a su arbitrio, está habilitado para ejercer las acciones conjuntamente o por separado. La acción personal solo puede intentarse contra el deudor, mientras que la acción real puede dirigirse contra este y contra cualquiera que fuese propietario o poseedor (el manido supuesto del tercer poseedor).⁴¹ Desde otra perspectiva, hay quien sugiere que el acreedor debe proponer la acción centrándola en el bien hipotecado con preferencia sobre el resto de los bienes. El deudor tiene un deber al cual se liga por correlato un derecho a que la ejecución se haga efectiva sobre la cosa gravada; y solo podrán agredirse otros bienes del patrimonio de promediar insolvencia. Tal vez la primera tesis tenga en cuenta que en materia hipotecaria hay dos derechos implicados y yuxtapuestos: el crédito y la hipoteca (y esto tiene cierta lógica pensamos nosotros). De todos modos, se ha entendido que el derecho real de hipoteca genera una acción real (la hipotecaria). De ahí que se siga

39. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, pp. 42-43.

40. Acerca del origen de las *actio in rem* y *actio in personam* y *actio realis* y *actio personalis*, ver GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 20-21.

41. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, pp. 43-44, y sus referencias a las posturas de Enrique Lalaguna y Ramón Roca Sastre.

que la acción real, más que derivar de un derecho real, es la que tiende a proteger un interés consistente en la dominación total y parcial de la cosa. La acción real es *in rem*, puesto que con ella se persigue un objeto concreto y aislado con independencia del resto del patrimonio: la cosa es el *quid* de la acción real y la persona pasa a un segundo plano.⁴² ¿Qué relación tiene este desarrollo ideológico con el asunto de las antiguas cargas reales que venimos examinando? Pues la relación obedece a que en la carga real el gravamen pesa sobre el fundo (o sobre la cosa) y se asemeja mucho a la hipoteca –como manifestamos–. Y esto no configura ningún obstáculo para que la carga real sea una obligación, cuyo tramo de responsabilidad, dentro de la estructura institucional de la relación jurídica (el *haftung* de los alemanes) esté reforzada por una garantía sobre el bien. En el derecho argentino, y en lo que hace a la hipoteca que accede a un crédito, algunos autores estiman que existe una acción personal. En cambio, otros refieren que hay una acción personal cuando el acreedor dirige su pretensión contra el deudor y una acción real en supuesto que la cosa fue enajenada y salió del patrimonio del deudor (el tercer poseedor que tiene una carga real y no es deudor) –sin defecto de que, en este último caso, el acreedor pueda promover la acción personal contra el deudor del crédito (quien transmitió la cosa)–. Por último, de acuerdo con un tercer criterio la acción hipotecaria es real en cualquier supuesto.⁴³ En síntesis, más allá de que se diga que el acreedor de una carga real tiene una acción real, personal, mudable o de cualquier naturaleza, el carácter accesorio del gravamen que pesa sobre el bien, la presencia de todos los elementos externos de las relaciones obligatorias y de la estructura institucional de ellas (deuda y responsabilidad), son decisivos para concluir que dichas cargas reales, de tener existencia en la actualidad en otros sistemas jurídicos, pues en el derecho argentino no existen, serían auténticas obligaciones.⁴⁴

11. Hemos afirmado que el dualismo derecho real y derecho personal es absolutamente claro, y si penetramos en las entrañas de las categorías no parecen tener cabida las figuras mixtas, eclécticas, intermedias, etc., que puedan conmovir la neta separación apuntada. De este modo, el derecho real supone la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa (*recta via*), que permite al titular de la prerrogativa jurídica satisfacer su interés (vale decir, obtener la utilidad que le proporciona la cosa), sin intervención de ninguna otra persona. El derecho personal

42. DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, p. 45.

43. HIGHTON, Elena I., *Juicio hipotecario*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I, pp. 56-76, lugar en el cual la autora expone las diversas teorías enunciadas en el texto y adhiere al criterio invariable de la acción real.

44. En sentido similar, ver DE LOS MOZOS, José Luis, *Prólogo a la obra de Germán De Castro Vitores, La obligación real en el derecho de bienes*, cit., p. 36, aunque con aclaraciones que se conectan con las opiniones de Emilio Betti y Luigi Mengoni –entre otros–.

o, con más precisión, la obligación, es una relación que acuerda al acreedor un poder para exigir la cooperación del deudor a través de la conducta de este para satisfacer el interés de aquél. En la obligación promedia una conexión de alteridad (supone un vínculo entre dos sujetos –acreedor y deudor–).⁴⁵ En nuestro medio, la opinión dominante entiende que no hay derechos reales *in faciendo*, expresión esta que encierra un contrasentido.⁴⁶ El principio romano *servitus in faciendo consistere nequit* fue consagrado por el Codificador en el art. 3010, y ni siquiera admitió las servidumbres *oneris ferendi* (cfr. art. 3022 en concordancia con los arts. 3023 y 3042). En verdad, la abstención del dueño del fundo sirviente conforma una situación –se habla también de un deber (no obligacional, cuadra entender)– que impone respetar el derecho real concreto del dueño del fundo dominante, que, a salvo dichas particularidades específicas, llega a difuminarse en el deber pasivamente universal que pesa sobre todos los integrantes de la comunidad. En todo caso, la trasgresión al derecho real hace nacer el derecho a exigir su respeto (“*la posición de deudor con referencia a los derechos reales, no puede presentarse más que cuando ellos son violados...*” decía Freitas en la nota al art. 868 del Esboço). Y con respecto a las servidumbres *oneris ferendi*, es evidente que si ellas son estipuladas consistirán en una obligación común, cuyos efectos relativos se han de establecer entre acreedor y deudor y sus sucesores (arts. 503 y 1195), no obstante que este tipo de obligaciones comunes u ordinarias tiene una particularidad, pues el abandono del fundo libera al deudor (art. 3023).⁴⁷

12. El art. 497 establece que “*A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales*”.

La doctrina clásica se apoyó en este texto y en algunos otros argumentos, para sostener que el Codificador rechazó la categoría de las *propter rem* (o cuando menos que la confinó para contemplar hipótesis de excepción). No obstante, del precepto –cuya redacción es técnicamente desafortunada– no resulta nada que autorice a formar esa convicción. Por de pronto, hay en él una afirmación doctrinal sin alcance normativo. Además, cuando en la nota puesta al pie del artículo se menciona la división entre obligaciones personales y reales, que, según VÉLEZ SÁRSFIELD, surgiría del Código Civil francés, lo cierto es que la aludida “realidad” es explicada sobre la figura del tercer poseedor. Y está muy claro que la doctrina actual –absolutamente

45. En ocasiones y en contra de lo expresado en el texto, se ha dicho que puede aceptarse una distinción práctica entre los derechos reales y personales, pero en el plano teórico es posible constatar un fracaso doctrinal en el intento de establecer la diferencia (SIERRA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 59).

46. *Supra*, nota N° 1.

47. GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 67-68. Comp. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, cit., t. I, pp. 35 y 123, quien deja traslucir que en el derecho patrio aun cuando no hubiera servidumbres *in faciendo* existen derechos reales *in faciendo*.

mayoritaria— considera que este no es un deudor (común o *propter rem*), sino que es un sujeto que debe sufrir los efectos del *ius persecuendi* (o *droit de suite*) que fluyen del derecho real de hipoteca que grava la cosa adquirida (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*—art. 3270—). El tercer poseedor tiene la carga de soportar los efectos de dicho derecho real.⁴⁸ Las citas de TOULLIER y ZACHARIAE sobre el particular son estériles. En verdad, TOULLIER dividió las obligaciones en tres categorías, a saber: a) Obligaciones puramente personales (se verifican por el correlato crédito-deuda y hay responsabilidad personal *extra rem*. b) Obligaciones puramente reales (el “obligado” es un bien—expresión traslaticia esta sin duda— y la persona solo está “obligada” a causa de ese bien, de forma tal que si se desprende de dicho bien, este sigue “obligado” y la persona liberada—responsabilidad *intra rem*—; por ejemplo, el caso del tercer poseedor—creemos que en este supuesto no hay “obligaciones”, sino cargas reales en sentido de “gravámenes” reales—. En el art. 3266, entre otros, el Codificador emplea la palabra “obligaciones” en la segunda parte y con respecto al sucesor particular en forma errónea, como lo hace Toullier (la primera parte del precepto aplica al sucesor universal la directiva general del art. 3417).⁴⁹ c) Obligaciones personales y reales (en este caso aparecen dos “obligaciones” juntas, una es personal y otra real—el crédito garantizado con hipoteca—. LÓPEZ DE ZAVALÍA dice que TOULLIER fue criticado en exceso, ya que si bien en parte su teoría es vulnerable, otras críticas fueron injustas y, por consecuencia, sus impugnantes—a veces—cayeron en peores yerros (estimamos que el razonamiento vale para ZACHARIAE). El Codificador acertó en el art. 497, fuera de las groseras imperfecciones de técnica, en afirmar que a todo derecho personal (crédito) corresponde una “obligación” personal (deuda), lo cual importa que en el derecho real ha de buscarse en vano una “obligación” (deuda) como contrapartida. López de Zavalia expresa que, en el lado interno, como la Excalibur que estaba encajado en la piedra el derecho real encaja en una cosa, y la sujeción que por vía refleja se presenta en una persona, no es una obligación en sentido técnico sino una sujeción real. El error de VÉLEZ SÁRSFIELD ha sido el de querer explicar la sujeción real mediante el deber general de abstención, lo cual equivale a negar la existencia de una sujeción real, ya que esta es una situación diferenciada y no es la que se limita a reproducir lo indiferenciado del deber general. El caso de la hipoteca, mencionado por el Codificador en la nota al art. 497, constituye una carga (gravamen) y aunque no sea una “obligación” es algo diferente del deber general de abstención. Por ende, el error de

48. GRECO, *ob. cit.*, p. 210 y siguientes. El autor aclara que el deudor con el abandono renuncia a la propiedad pero goza del remanente que se obtenga en la subasta del bien tras ser satisfecho el crédito hipotecario. En cambio, en la obligación *propter rem* la renuncia a la propiedad, posesión, etc., es total (*ibidem*, p 226 y 227).

49. Ver sobre esto: ALTERINI, su voto en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, citado, ED, 73- 282 y 283.

TOULLIER puede ser "expurgado" –"sin enviar al autor a la hoguera"–, si se entiende que la palabra "obligación" es empleada incorrectamente y se la reemplaza por el vocablo "sujeción" (o "situación pasiva"). Con esto se salva la clasificación de obligaciones de TOULLIER, como se salvaría VÉLEZ SÁRSFIELD, con igual comprensión, en la medida en que utiliza mal la palabra "obligación" en los arts. 2419, 3266 y otros. De donde, la obligación *propter rem* debe ubicarse en la especie que TOULLIER denomina **obligaciones puramente personales –y creemos que esto último es completamente correcto–**.⁵⁰ La observación de LÓPEZ DE ZAVALÍA es cierta, pues las obligaciones puramente personales de TOULLIER contienen una responsabilidad personal del deudor (*extra rem*) y las llamadas por este último autor "obligaciones" puramente reales, en rigor son cargas reales con responsabilidad circunscripta a la cosa (*intra rem*) –*idem*, ZACHARIAE–. Esta idea es reforzada por el propio TOULLIER cuando conceptúa que en las servidumbres "la obligación" (*rectius*: el gravamen) es siempre real; la cosa es la que debe y no la persona –*praedium, non persona servit*–. Quizás HIGHTON incluye a TOULLIER (y a ZACHARIAE) entre los adversarios de las ideas de VÉLEZ, pues la autora, al igual que GATTI, estiman, por ejemplo, que el art. 3266 consagra las obligaciones *propter rem* y las cargas reales⁵¹ –aunque los mencionados HIGHTON y GATTI defienden con firmeza la dualidad pura derecho real-derecho personal–. En cambio, no se advierten mayores diferencias entre lo que exponen TOULLIER y ZACHARIAE y el pensamiento de VÉLEZ SÁRSFIELD, si partimos de la base de que el art. 3266, por lo que respecta al sucesor particular, alude a las cargas reales y no a las obligaciones *propter rem*. En cualquier caso, las referencias a TOULLIER y a ZACHARIAE, son infértiles como dijimos, pues por un lado, estos juristas no contradicen la esencia rescatable del art. 497 (contraposición crédito-deuda). Y, por otro lado, el tercer poseedor y el deudor hipotecario tienen una sujeción real particular (o "diferenciada" en el decir de LÓPEZ DE ZAVALÍA) y no una "obligación". Y esta sujeción se asimila, sin defecto de distinguírsela por su especificidad, al deber general de abstención que pesa sobre todos los miembros del grupo social.⁵² El Codificador reafirma estos razonamientos cuando asienta que "*el derecho puede ser real como la hipoteca, pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligación accesorio. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga y pasa a otro poseedor, este se halla en la misma posición respecto del acreedor que tiene un derecho real, que cualquier otra persona a quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posición de deudor*". En definitiva, aquí se señala –con lamentable redacción– que el deudor hipotecario tiene una sujeción (gravamen) y que su posición,

50. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, cit., t. I, p. 99 y ss., nota N° 20.

51. HIGHTON, *Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., pp. 839-845.

52. GATTI, *ob. cit.*, pp. 104-105.

no obstante ser específica, es semejante a la sujeción genérica que ostentan los que tienen de forma abstracta el deber de abstención. Luego, y al hilo de lo expuesto, el Codificador basándose en MARCADÉ reitera que la situación del tercer poseedor, más allá de los aspectos concretos derivados de su carga, no difiere mayormente del deber pasivamente universal de respetar los derechos ajenos (oponibilidad *erga omnes*).

Por último, con mención de ORTOLAN, en la nota se trasluce el propósito de VÉLEZ SÁRSFIELD de afianzar la dicotomía derecho real y derecho personal sin interferencia de ninguna índole. En realidad, hay coincidencias en que el art. 497 fue inspirado por los arts. 868 y 869 del *Esboço* de FREITAS, quien en ambos preceptos detalla con más amplitud la síntesis que VÉLEZ SÁRSFIELD realiza en el referido art. 497. El sentido de las normas, en última instancia, es el de reafirmar que en los derechos reales no hay posición de "deudor" excepto cuando ellos son violados –nota al art. 868, in fine, del *Esboço*–.⁵³ De cualquier manera, estimamos que la redacción del art. 497 resulta técnicamente objetable, pues confunde el crédito y la deuda con la obligación como totalidad. En todo caso, debió expresar que a todo crédito corresponde una deuda, y que no hay poder surgido de un derecho real que tenga por correlato un deber de prestación (obligacional, se entiende). Como se advierte, el principio, que no excluye la libre posibilidad de aceptar obligaciones *propter rem* y que bien mirado ni siquiera alude a ellas, es útil para rechazar los monismos obligacionistas y realistas que pretendieron, fallidamente, refundir las categorías de los derechos reales y las obligaciones (criterios unificadores que se insinuaron antes y después de entrar en vigencia nuestro Código Civil) –sin defecto de quienes hoy día hablan de derechos reales *in faciendo*, de que la servidumbre negativa es una obligación, de que la propiedad es el único derecho real inatacable dado que en los demás aparecen "prestaciones", etc.–. Por lo que se refiere a las teorías monistas obligacionistas ellas parten de la concepción kantiana en torno a que las relaciones jurídicas se establecen entre personas.⁵⁴ Por tanto, se predica que en el derecho

53. Para profundizar en los antecedentes del art. 497 puede consultarse la ilustrada nota de Elena I. HIGHTON (*Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., pp. 839-844).

54. SIERRA PÉREZ, basada en las fuentes, dice que Kant separa dos planos del conocimiento: el de la razón pura y el de la razón práctica. En el primero, las cosas son dadas y en el segundo son impuestas. La razón pura actúa en el mundo de lo que debe conocerse y la razón práctica en la esfera de lo que debe realizarse. La razón pura versa sobre nuestro conocimiento (cosa o persona). Ese conocimiento debe reunir una serie de requisitos, pues si no concurren hay imposibilidad de llegar al conocimiento "nouménico" y resta entonces el "fenoménico" de la cosa que nos es dada sin actividad nuestra. La razón práctica se presenta como un programa a satisfacer (la relación supone algo que se debe realizar, no algo que se debe conocer). Para el uso trascendente de la razón práctica, el objeto sigue sometido a una serie de limitaciones que le son características, pero el sujeto no, ya que se evade de la causalidad y del mundo fenoménico sobre la base de la libertad. Por tanto, de las cosas no puede derivar nada que trascienda al plano "nouménico" en relación con el hombre. De las personas sí, su libertad, entendida como un

real al poder que asiste al titular se opone el deber general de abstención pasivamente universal. Las influencias de KANT en numerosos autores (IHERING, MERKEL, DENBURG, THON, WINDSCHEID, etc.) se concretan en ROGUIN, PLANIOL y MICHÁS –discípulo de PLANIOL–, quien en su tesis doctoral denominó a la figura en cuestión –según parece– “obligación pasivamente universal”. En definitiva, es el principio general del derecho *alterum non laedere* trasuntado como deber de abstención. Sin embargo, hoy día nadie pone en duda que ese deber de respetar los derechos ajenos en general (reales, personalísimos, obligaciones, etc.) no constituye una obligación en sentido técnico, dado que ni siquiera tiene por correlato un derecho subjetivo. El titular de un derecho, cualquiera sea su especie, está asistido de un “poder estricto”, como lo llamó SANTI ROMANO, pero no posee un verdadero derecho subjetivo; de donde es falso que todo deber tenga por correlato un derecho y de que todo derecho tenga por correlato un deber.⁵⁵ En cuanto hace al monismo realista, cuadra destacar que no tuvo una definición científica cabal y concreta, puesto que se fundó en la afirmación de que el objeto de la obligación era el conjunto de bienes que forman el patrimonio del deudor o la cosa que es objeto de la prestación (con total olvido de que también existen prestaciones de hacer). Tal vez las ideas fueron llevadas hasta un límite extremo por Rosario NICOLÒ, con su teoría del bien debido (*il bene dovuto*) formulada en 1936. De acuerdo con ella el vínculo jurídico debe disociarse: por un lado hay un derecho de crédito y por otro existe un deber del obligado. Ambos fenómenos tienen objetos diferentes, pues mientras la prestación viene a ser el objeto del deber del *solvens*, el bien debido constituye el objeto del derecho del *accipiens*. De ahí se atisba que el derecho de este es una “facultad” que se ejercita *recta via*, una especie de *ius in re* o algo similar. Se concede preeminencia al “deber tener” por sobre el “deber prestar”. A partir de esta premisa dogmática, que en su hora tuvo muchos seguidores (ANDREOLI, SATTÀ, ROCCO, BARBERO, CARNELUTTI, MESSINEO, HARTMANN –este último con una compleja visión propia–), la esencia de la obligación se explica con un enfoque objetivista. Y por este camino se desemboca fatalmente en la teoría del deber libre (BINDER, BRUNETTI) –a la cual ya nos referimos

elemento “nouménico”, eterno, intemporal y ajeno a la causalidad. Por esto en la órbita de la razón pura cabe un entroncarse del “noumeno” de una relación jurídica. Lo que no resulta posible es una relación entre persona y cosa, puesto que de las cosas únicamente es posible su conocimiento “fenoménico”. Sin dos sujetos libres y “voluntarios” no cabe una relación de ningún tipo en el plano “nouménico” y una relación fenoménica no puede ser jurídica, pues el derecho se ubica en el plano “nouménico”, junto con la moral, quedando sustraído al tiempo, al espacio y a la causalidad (*ob. cit.*, pp. 46-47).

55. Para una ampliación de argumentos sobre este asunto, véase BUERES, Alberto J., *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A, comentario art. 1066, p. 37, y en *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 510-511. Y también SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ejea, traducción SENTIS MELENDO, Santiago, 1964, pp. 103-109, en especial; BUSTO LAGO, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 106-107.

(*supra*, ap. 7) o en la postura que mira la obligación como una verdadera relación de patrimonios.⁵⁶ Por otro lado, es interesante puntualizar que la noción de deber fue afianzada por KANT—quien paradójicamente y conforme señalamos se interpone de rondón para permitir la defensa del monismo obligacionista—, con influencias de THOMASIO. La cultura jurídica siempre se había afirmado en el mandato (o el poder) y la sanción. Es más, en el derecho subjetivo fue acentuado el poder por el positivismo del siglo XIX, en correspondencia con las ideas liberales e individualistas y con las del capitalismo burgués, que buscaban asentar sobre una estructura jurídica sólida la dominación económica. El ordenamiento tiene la función de distribuir el poder jurídico, en cuanto con ello traducirá el poder económico.⁵⁷ Por tal razón, Adolfo DI MAJO refiere que las teorías realistas fundamentaron la pretendida unificación en el modelo dominativo (*oggetuale*), pues el derecho real supone un poder del titular sobre la cosa, mientras que en la obligación hay un poder sobre la persona—centrado en actos de ella (SAVIGNY)— o bien, en un paso más adelante en el *iter* hacia la asimilación de categorías, el acreedor ostenta una especie rudimentaria de *ius in re* sobre la cosa o el bien⁵⁸

13. Por lo que se refiere a las obligaciones *propter rem* en el derecho argentino, no es propósito de este trabajo abordar *in extenso* (y en detalle), todas las normas que autorizan la aceptación de la categoría (o que consagran supuestos de obligaciones *propter rem*). Basta con señalar de un modo genérico lo que surge del contenido de los arts. 2416, 2417, 2418, 2514 y 2620, 2615, 2624, 2626, 2629, 2722, 2726, 2736, 2846, 2881, 2893, 2894, 2906, 3163, 3225, 3258, 3259, 3260, etc.⁵⁹ Hay autores que confieren importancia trascendente al art. 3266 para acoger las obligaciones *propter rem* en nuestro derecho.⁶⁰ En cambio, otros rechazan la propuesta de que la norma se refiera a las susodichas obligaciones. Se dice que el art. 3266 no implica

56. Hemos analizado estas cuestiones con más detalle y abundancia de citas bibliográficas en diversas ocasiones. Ver, por ejemplo, nuestra obra *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, p. 152 y siguientes.

57. DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 75; BUERES, *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, cit., t. 3- A, p. 38.

58. DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja- Branca, a cura di Francesco Galgano*, Bologna - Soc. Foro Italiano, Roma, Nicola Zanichelli, 1988, pp. 96-100, en especial.

59. Véanse, HIGHTON, *Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., p. 848 y ss. —y referencias que hace la autora a las restricciones en el derecho público—; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., "Introducción al estudio de las obligaciones "*propter rem*"", en *JA*, 1960-II-Doctrina, p. 40 y ss., y "Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino", en *JA*, 1964-IV-Doctrina, p. 38 y siguientes.

60. GATTI, *ob. cit.*, p. 110, quien señala que el art. 3266 comprende las obligaciones *propter rem* y las cargas reales.

las obligaciones *propter rem*, puesto que en estas la responsabilidad del deudor es ilimitada, mientras que en el deber (no obligacional) del sucesor *ex art. 3266* la responsabilidad está circunscripta a la cosa.⁶¹ Nos parece que esta última posición es más convincente, aunque de todos modos puede suceder que un deudor *propter rem* pueda limitar su responsabilidad a la cosa (por ejemplo, el art. 17, Ley 13.512, en la propiedad horizontal, establece que el adquirente de una unidad responde por las obligaciones de pagar expensas comunes anteriores a su titularidad, con el alcance del art. 3266).

14. A nuestro juicio, las obligaciones *propter rem* existen más allá de la interpretación que se haga del art. 497, el cual, según hemos visto, no se relaciona con este tipo de deberes jurídicos, pues una cosa es que el interés del titular de un derecho real se satisfaga mediante el pago de una prestación obligatoria, posibilidad esta que no es de recibo en el derecho nacional y, otra cosa, por cierto que muy distinta, es que unas relaciones reales se yuxtapongan con unas relaciones obligatorias, de forma autónoma, siendo que en tales casos estas podrán ser *propter rem* y en otros obligaciones simples o comunes –cuyos efectos en relación con los sucesores particulares quedarán disciplinados por los arts. 503 y 1195 (efecto relativo de los negocios jurídicos y de las obligaciones que aquéllos hacen nacer)–. No creemos que a estas alturas de la evolución de los estudios y de las ideas, resultado de lo cual comienzan a esfumarse los híbridos y los eclecticismos que pretendieron romper la diáfana separación entre derecho real y derecho personal, sea decisivo examinar con pertinaz afán exegético los pensamientos de ZACHARIAE, TOULLIER, AUBRY Y RAU, etc., embebidos muchas veces de los desechos del *ius ad rem* canónico y feudal y de la admisión lisa y llana de los derechos reales *in faciendo*. Máxime que esta tarea deviene infértil si interpretamos las normas jurídicas sobre la base de sus fines inmanentes, más allá de la *mens legislatoris* y, *a fortiori*, más allá del sentir de algunos juristas que pudieron ser tenidos en cuenta por el Codificador en actitud diríamos que doctrinal e, inclusive, contrapuesta al sentir de otros pensadores –también leídos por VÉLEZ SÁRSFIELD– como FREITAS y MARCADÉ. En definitiva, los principios aludidos responden a exigencias de la vida social que da pie estos complejos

61. Alterini, su voto en el fallo plenario citado. En sentido análogo: ALSINA ATIENZA, “Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino”, cit., N° 10, texto y nota 7; Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, p. 30. ALTERINI refiere que el art. 3266 contempla diversos supuestos de reipersecución: a) la venta de cosa ajena permite al verdadero propietario ejercer el derecho de persecución; b) el caso del tercer poseedor (o más extensamente la reipersecución en los derechos sobre cosa ajena), y c) la reipersecución originada en algunos derechos personales –la nulidad posibilita el derecho de persecución contra determinados sucesores particulares (arts. 1051 y 2413)–. Y también las acciones revocatoria y de simulación.

entramados formados por relaciones reales y relaciones obligatorias, sin que ellas se confundan en absoluto ni resignen sus auténticas estructuras y esencias.⁶²

15. Hemos visto que el abandono es un requisito que se presenta con frecuencia en las obligaciones *propter rem*, lo cual en buen romance significa que no siempre tal abandono alcanza para liberar al deudor (responsable universal, se comprende).⁶³ En el caso de la deuda por expensas comunes en la propiedad horizontal, ningún propietario podrá liberarse por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, ni por el abandono del piso o departamento que la pertenece. A su vez, la obligación que pesa sobre los copropietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de los respectivos pisos o departamentos "en la extensión del art. 3266", aun con respecto a las deudas devengadas antes de su adquisición (arts. 8 y 17, Ley 13.512). Vale decir, que al adquirente de una unidad responde por las obligaciones anteriores a su relación real con la cosa transmitida. La imposibilidad de hacer abandono del bien –por lo menos con alcance liberatorio– hizo dudar a algunos autores acerca del carácter de *propter rem* de estos deberes jurídicos, aunque la opinión prevaleciente estima que, efectivamente, poseen tal naturaleza.⁶⁴ En otro orden de ideas, se afirmó que, en línea de principio, el deudor *propter rem* se libera de sus obligaciones (pasadas o futuras) con el abandono. Sin embargo, también se precisó que el abandono exime al deudor de las deudas futuras pero no de las pasadas si estas han sido correlativas a la obtención de una ventaja o beneficio ya gozado.⁶⁵ Tampoco

62. Comp. DE CASTRO VITORES, *ob. cit.*, pp. 37-58, en especial, quien pese a concordar en lo sustancial con estas ideas, proporciona matices personales de signo contrario; tal el caso de la servidumbre negativa que siendo un derecho real tiene por núcleo central –y por excepción– una obligación *propter rem*, pues esta sería una relación obligatoria elevada a la categoría de relación real. *Infra*, nota N° 2. Es claro que por este camino y por la admisión de ciertos reales *in faciendo*, en su acepción real –las prestaciones forman parte del contenido del derecho real–, se llega a esfumar la distinción entre derechos reales y obligaciones y a suponer que ella puede perdurar por razones prácticas e históricas, más no dogmáticas (*supra*, nota N° 44, opinión de SIERRA PÉREZ).

63. Jorge H. ALTERINI, refiriéndose al art. 8 de la Ley 13.512 *in fine* –en la propiedad horizontal– señala que la ley no impide al consorte hacer abandono de la cosa, sino que, en realidad, lo que está vedado es la liberación como consecuencia del acto.

64. CNCiv., en pleno, *in re*: "Servicios Eficientes S. A. c/ Yabra, Roberto s/ ejecución hipotecaria, 18/2/1999, ED, 183-96 y siguientes.

65. ALSINA ATIENZA, *Diferencias entre la deuda "propter rem" y el deber del tercer poseedor de una cosa hipotecada*, cit, p. 86. Se trata de una regla impuesta por la equidad. Por su lado, Jorge H. Alterini critica esta conclusión y dice que por este camino queda minimizada la importancia de las obligaciones *propter rem*, pues la liberación solo implicaría las deudas anteriores a la relación con la cosa pero no a las posteriores (La responsabilidad, cit., pp. 672-674). Ver también LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cit.*, p. 107; HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 405. Esta autora añade, al comentar el art. 8 in fine de la Ley 13.512, que, en consonancia con dicha

hay uniformidad con respecto a la oportunidad en que debe hacerse efectivo el abandono, dado que hay quien piensa que solo procede cuando la obligación no fue incumplida, en tanto que otros conceptúan que el acto liberatorio es igualmente eficaz después de la mora del deudor (con lo cual en este último caso no renacería la responsabilidad universal del deudor).⁶⁶

16. Acerca de los impuestos, tasas o contribuciones inmobiliarias, ante todo se trata de relaciones obligatorias y no de cargas reales –en el sentido que nosotros adjudicamos a estas– (pese a que algunos autores argentinos todavía siguen calificando de tal modo a las aludidas obligaciones). Esta categoría, mientras la ley no disponga lo contrario, no puede encasillarse en el cuadro de las *propter rem*. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en tiempos en que formaba parte de ella como magistrado, ha decidido que las deudas analizadas están fuera de los supuestos del art. 3266, y que no son obligaciones reales, puesto que no están previstas de forma expresa como tales en nuestro ordenamiento –el fallo da a entender que la norma citada comprende las obligaciones

norma, el art. 18 estatuye que a los efectos de dicha ley queda derogado el art. 2685, in fine, C. Civil, inherente al derecho de abandono de la propiedad por parte del condómino a fin de liberarse de la obligación de sufragar los gastos de conservación o reparación de la cosa común. Sin embargo, no fueron derogados los arts. 2515, última parte, y 2608. Rigen entonces los principios generales, pues los modos de extinción del dominio legislados en el Código Civil se extienden al resto de los derechos reales. En la propiedad horizontal, el titular puede renunciar a su derecho real, vale decir, que puede abandonar la cosa, pero ello no lo libera de la deuda pendiente por expensas comunes. Recién quedará liberado cuando el abandono de haga oponible a terceros (art. 2505). Ernesto C. WAYAR sintetiza sus ideas del modo que exponemos en lo que sigue: a) El abandono libera al deudor antes y después de la mora. b) En supuesto de incumplimiento el principio general es el de la responsabilidad ilimitada. c) Para que el obligado pueda liberarse o limitar su responsabilidad al valor de la cosa debe promediar una autorización legal. Es indudable que esta no existe en todos los casos de obligaciones *propter rem*. d) La responsabilidad ilimitada adviene cuando el deudor no cumple, vale decir, cuando se resiste a pagar no obstante mantener el contacto con la cosa. El abandono no significa de suyo incumplimiento (si es oportuno pensamos nosotros), más allá de que el deudor limite su “responsabilidad” (*sic*) al valor de la cosa. En tales condiciones, si se verifica el referido abandono –que no importa incumplir–, el deber de prestación se traslada a otro deudor (el nuevo poseedor de la cosa); o bien la cosa abandonada queda en el dominio del acreedor, en cuyo caso la obligación se habrá extinguido por confusión; pero en ninguna de estas situaciones hay incumplimiento, dado que inclusive se ha sostenido que el abandono es semejante a la dación en pago (WAYAR, *ob. y t. cits.*, pp. 100-102). De cualquier forma, estimamos que si el abandono se produce después de la mora –admitida esta posibilidad– no parece de recibo que pueda hablarse de pago o dación en pago, pese a que en los hechos todo se reduzca al valor de la cosa, pues, en todo caso, ha de existir una responsabilidad –que supone deuda, desde luego– con cobertura limitada.

66. Díez-PICAZO, *ob. y t. cits.*, p. 59 reproduce la opinión de Francisco HERNÁNDEZ GIL, “Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962, p. 850 y ss. en el sentido que el abandono libera antes de producirse el incumplimiento; luego del él renace la responsabilidad ilimitada del deudor y sus herederos.

propter rem y las cargas reales, estas en su correcta acepción. Por el contrario, la Ley 22.427 (arts. 2 y 5), que tiene carácter local (es cierto), ha determinado que se las considere como simples obligaciones.⁶⁷ Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mencionada dictó un fallo plenario el 18 de febrero de 1999 en la causa “Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto s/ ejecución hipotecaria”, y la mayoría –que integramos– dispuso que el adquirente en subasta pública de un inmueble en propiedad horizontal no debe afrontar las deudas pendientes por impuestos, tasas y contribuciones cuando se realizó la tradición posesoria del bien (se trata de obligaciones comunes, arts. 503 y 1195, C. Civil). Al margen, el Tribunal estimó que no cabe adoptar una solución análoga en relación con las deudas de expensas comunes, dado que son obligaciones *propter rem* que pasan al adquirente de la cosa.⁶⁸

17. Ha suscitado cavilaciones en el derecho comparado y en el nuestro la explicación de la naturaleza jurídica del derecho del locatario. Por de pronto VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota al art. 1498 afirma que es un derecho personal y critica con énfasis a TROPLONG, en razón de que este cree que se trata de un derecho real.⁶⁹ En apretada síntesis, se entendió que promedia un derecho personal y que hay un contrato tácito entre el enajenante y el adquirente, no obstante que el primero no se libera si no hay conformidad del inquilino (a falta de esta existe una delegación acumulativa no novatoria –o imperfecta, como frecuentemente suele decirse– (arts. 814 y 815). También muchas veces se echó mano a las denominadas obligaciones *in rem scriptae*, las cuales, del mismo modo que las acciones homónimas, se aplican a múltiples situaciones de un modo sistémico arbitrario (hay casi tantas opiniones como opinantes). Dentro de esta posición Edmundo Gatti refiere que la obligación

67. CNCiv., Sala D., “Nuevo Banco Santander c/ Tingolay”, 15/7/1997, en LL, 1998-C-185 y ss. y, en igual sentido, LAMBOIS, Susana, “Las deudas fiscales respecto del inmueble subastado judicialmente”, en *Revista del Notariado*, N° 845, p. 406 y ss., quien analiza la cuestión de las deudas mediando una subasta pública, aunque el planteo no puede cambiar si la transmisión se opera por un medio distinto.

68. CNCiv., en pleno, proceso y fecha citados, ED, 183-96 y ss., con nota de Manuel Horacio CASTRO HERNÁNDEZ, “Propiedad horizontal. Naturaleza jurídica de las expensas. Consecuencias, de la postura adoptada”

69. En el derecho italiano la doctrina del derecho real tiene muchos defensores, quienes, entre otros argumentos, hablan de un poder directo que el inquilino tiene sobre la casa –con independencia de toda prestación del locador–, de la derivación hacia el locatario del derecho a la disponibilidad que gozaba el locador, de la tutela posesoria conferida a aquél contra este y, en fin, de la transmisibilidad del derecho y su oponibilidad a terceros (COMPORI, Mario, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 288, en especial). Por otro lado, se sostuvo el criterio del derecho personal, pero con la aclaración de que cabe descartar la concepción tradicional de obligación y, por ende, incluir en el concepto aquellas situaciones de crédito realizables sin un preciso débito de otro sujeto (TRIFONE, *ob. cit.*, pp. 445-446).

in rem scriptae que imagina, se sustenta en la equidad y la buena fe y, que, precisamente esta última, determina que el art. 1498 únicamente posee vigencia cuando el adquirente conocía la existencia de la locación, pues en caso contrario el inquilino pierde el derecho que le acuerda la mencionada norma y solo está asistido de una acción contra el locador. No nos parece justificado ese predominio del derecho del adquirente por sobre el del locatario si no hubo mala fe de ninguno de ellos (por lo menos la ley no autoriza *sic et simpliciter* la interpretación que hace el autor).⁷⁰ Por tanto, asiste razón a BUSSO cuando indica que no hay consentimiento tácito que valga entre adquirente y enajenante, ya que el derecho del locatario tiene génesis legal. Las razones expuestas hasta aquí y en lo que sigue nos convencen de que la prerrogativa del inquilino surgida *ex art. 1498* es una obligación *propter rem*, aunque pueda no haber liberación del propietario que enajena la cosa, ni pueda hacerse efectivo el derecho de abandono.⁷¹

18. Estas observaciones, nos condujeron hace algún tiempo a concluir que la categoría de las obligaciones *propter rem* debe aprehenderse con un criterio de amplitud, pues de adoptarse una postura rigurosa en lo que hace a ciertos requisitos –que se pretende se encuentren presentes de forma constante o inexorable–, la sistematización se tornaría imposible, pues se caería en la formulación de una casuística ingobernable que, al cabo, reconduciría a asumir la actitud de DE RUGGIERO cuando renunció a toda ordenación –o intento de sistematizar– la categoría.

Por tanto, creemos que una obligación es *propter rem* cuando tiene origen en la ley (tipicidad). Además, las prestaciones de dar, hacer o no hacer se originan por existir una conexión con la cosa: el crédito y la deuda tienen lugar pues hay una vinculación del sujeto activo o pasivo con el bien (derecho real, propiedad, por ejemplo o mera relación de hecho –posesión o tenencia–). Este es un requisito vital. Por otro lado, las prestaciones se originan en razón de la cosa, recaudo este que debe ser mirado con latitud.⁷² Finalmente, es exigencia trascendente la transmisión de la

70. GATTI, *ob. cit.*, pp. 81-85.

71. BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, comentario al art. 497, p. 49. Comp. en posición cercana –aunque por momentos un tanto esfumada– LAFAILLE, *Tratado de Derecho Civil. t. III, Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, N° 24, pp. 28-30; GOROSTIAGA, *ob. cit.*, pp. 646-647; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Guillermo Kraft. Ltda., 1944, N° 66, in fine, pp. 51-52.

72. WAYAR estima que las aludidas prestaciones se constituyen en razón y con referencia a la cosa, y agrega que la mayoría de los pagos que hacen los deudores tienen origen en gastos realizados por los acreedores para construir, mantener o mejorar la cosa (la medianería o los gastos del condominio) –*ob. y t. cit.*, p. 99–. Consideramos que esto puede ocurrir la “mayoría” de las veces, como reconoce el propio autor, pero no es un ritual. El derecho del locatario (art. 1498) nace en razón de la cosa que él alquiló (inversión), y que no puede conmovirse durante todo el tiempo que dure el contrato debido a que se haya producido una delegación no novatoria o novatoria.

cosa con el ambular —o la ambulatoriedad—. La liberación del deudor que transmite la cosa y el abandono de esta no son requisitos constantes y esenciales para configurar una relación real. Por tal razón entran en esta especie la obligación de pagar las expensas comunes y la obligación del adquirente de respetar el derecho del locatario en los términos del art. 1498, C. Civil.⁷³

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., "Introducción al estudio de las obligaciones "propter rem"", en *JA*, 1960-II-Doctrina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.
- "Diferencias entre la deuda propter rem y el tercer poseedor de una cosa hipotecada", en *JA*, 1960-IV-86, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.
- "Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino", en *JA*, 1964-IV-Doctrina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.
- ALTERINI, Jorge H., "Responsabilidad por expensas en la propiedad horizontal", ALTERINI, Atilio Anibal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), en *La responsabilidad, Libro homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- BALBI, Giovanni, *Obbligazione reale, Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, t. I.
- BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. 1.
- BRECCIA, Umberto, *Obbligazioni*, Ed. Giuffrè Milano, 1999, p. 127; Balbi, *ob. cit.*, p. 670, N° 1.
- BUERES, Alberto J., "Comentario art. 1.066", en *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A.

73. Con respecto al abandono (liberatorio), DE CASTRO VITORES, apoyándose en Biondi, expone que dicho abandono "es algo extraño", "diría más bien que es una supervivencia de ordenamientos superados"; y para una referencia histórica remite al derecho romano a propósito de un antecedente de servidumbres *oneris ferendi*. De ahí que el abandono tenga límites muy precisos y por su carácter excepcional no sea susceptible de aplicación analógica (*ob. cit.*, p. 755 y ss.). Por su lado, SIERRA PÉREZ observa que la introducción del derecho de abandono como cualidad de las obligaciones *propter rem* tiene su origen en los autores que consideran que estas obligaciones son de la misma naturaleza que el derecho real al cual van unidas, es decir, que son de naturaleza real. Por tanto, el abandono del derecho es un abandono completo que incluye el de dichas obligaciones, para esos autores, mal llamadas **propter rem** (*ob. cit.*, p. 71).

- *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- “Culpa y riesgo, Creación de riesgo. I.”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.
- BUSSO, Eduardo, “Comentario al art. 497”, en *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III.
- BUSTO LAGO, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1998.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Tratado de Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, t. II.
- COMPORZI, Mario, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977.
- COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1944, N° 66.
- CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentario del Código Civil*, Presidente y coordinador: Ignacio Gil de la Cuesta, Barcelona, Bosch, 2000, t. III.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Servidumbres negativas y obligaciones de no hacer”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, mayo-junio 1976, N° 514.
- DE CASTRO VITORES, Germán, *La obligación real en el derecho de bienes*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1978, t. II.
- DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano*, Roma, Ed. Nicola Zanichelli, Bologna-Soc. Foro Italiano.
- DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Torino, Utet., 1970.
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962.
- GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.
- GIORGIANI, Michele, “Obbligazione (Diritto Privato)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI.
- GOROSTIAGA, Norberto, *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1941.
- GRECO, Roberto, *Enajenación de cosa hipotecada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967.
- HIGHTON, Elena I., *Juicio hipotecario*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I.

- Obligaciones “propter rem” y cargas reales, en *Derecho Privado, Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1994, t. II, Vol. 2.
- LAFAILLE, Héctor, *Tratado de Derecho Civil. t. III, Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1943, Vol. I, N° 24.
- *Tratado de Derecho Civil. t. I Tratado de los Derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943.
- LAMBOIS, Susana, *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: Alberto J. BUERES, Coordinación: Elena I. HIGHTON, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. V.
- “Las deudas fiscales respecto del inmueble subastado judicialmente”, en *Revista del Notariado*, N° 845.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Las rentas reales”, en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, N° 2.
- POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano*, Roma, Athenaum, 1915, t. I.
- RESCIGNO, Pietro, “Obbligazioni (Diritto Privato)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1979, XXIX.
- RIGAUD, Luís, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus, Centro de Enseñanza, 1928.
- RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Reus, 1977, t. II, Vol. 1.
- ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ejea, 1964.
- SIERRA PÉREZ, Isabel, *Obligaciones propter rem: los gastos comunes en la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1955.
- TRIFONE, Romualdo, “Oneri reali. Storia del Diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., t. XI, 1965.
- WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I.

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

LUCIANA B. SCOTTI**

Resumen: A 140 años de la entrada en vigor de nuestro Código Civil, el presente trabajo procura abordar un tema que Vélez Sarsfield no pudo siquiera imaginar por aquellos años cuando lo elaboró, y que sin embargo, con algunas adaptaciones, nuevas calificaciones, retoques, re interpretaciones, puede ser amparado bajo sus normas. Nos referimos a una cuestión de plena actualidad para el mundo jurídico, como es la contratación internacional celebrada por medios electrónicos, en particular, a través de Internet. En consecuencia, nos aproximaremos a esta delicada temática desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna.

Palabras clave: Contratos internacionales – Derecho Internacional Privado – Código Civil – Medios electrónicos – Internet – Proyectos de reforma.

Abstract: 140 years after the enforcement of our Civil Code, this paper deals with a matter that Vélez Sarsfield couldn't even think of at the time he drafted it – and yet, with some adaptations, new conceptions and interpretations, it can be comprised under its regulations. We refer to a very relevant topic in the current legal field: international electronic contracting, particularly via Internet. Thus, we will approach this delicate matter from the perspective of the domestic Argentinean Private International Law.

Key words: International contracts – Private International Law – Civil Code – Electronic media – Internet – Reform bills.

*Este trabajo sintetiza parte de la investigación y algunas ideas que integran mi tesis doctoral, dirigida por la Dra. Feldstein de Cárdenas, que fuera defendida en julio de 2010 y calificada como Sobresaliente.

**Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho - UBA). Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho - UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

INTRODUCCIÓN

Allá, por 1871, cuando entraba en vigencia nuestro Código Civil, Internet era un espacio no solo inexistente, sino más bien inimaginable

Hoy, a 140 años de ese hito fundamental de nuestro sistema jurídico, emerge un nuevo concepto, noción de sociedad: la Sociedad de la Información, que nos permite estar comunicados con todo el mundo las veinticuatro horas del día, gracias principalmente a Internet, un nuevo instrumento a través del cual se llevan a cabo un sinnúmero de relaciones jurídicas de la más variada índole, despojadas de los límites de espacio y tiempo tradicionales, y entabladas de modo sumamente rápido y con costos mínimos.

Este nuevo modo de comunicación ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular Internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando.

Internet ha erosionado, en los hechos, los límites geográficos. Esta suerte de “desterritorialización”, de “deslocalización” trae como consecuencia la imposibilidad, o al menos la seria dificultad, de los Estados para regular de modo independiente este fenómeno. Algunos autores hablan de la crisis del monopolio del Estado en la reglamentación de las relaciones entre personas de derecho privado como consecuencia de la globalización.¹

Asimismo, las circunstancias descriptas promueven “el cuestionamiento del empleo de una regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de normas de base no geográfica con la implicación de los actores relevantes; que contribuye a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr”.²

En este sentido, no podemos soslayar la opinión de quienes entienden que en Internet la tendencia imperante debe girar hacia la autorregulación, y hacia la solución de controversias al margen de las jurisdicciones nacionales.

Ante ello, los Estados han advertido que una labor coordinada suele ser cuanto menos más eficaz que la acción unilateral de cada uno de ellos por separado. Incluso, en ciertos supuestos, la cooperación interestatal se ha transformado en un imperativo.

1. En este sentido, DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 21 y ss.

2. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, pp. 37-87, párrafo 6.

Así, podemos percibir que aún cuando las legislaciones de fuente interna, de carácter nacional continúan siendo fundamentales; al menos, en algunas áreas, aquellas se ven influidas por tendencias armonizadoras a nivel universal o regional.³

A su turno, no puede obviarse que el contrato que se celebra a través de medios electrónicos, en particular de Internet, es el principal instrumento canalizador del comercio electrónico.

Si bien la celebración de contratos por medios electrónicos no es un fenómeno nuevo, puesto que ya se venía desarrollando entre un restringido número de empresas, entre las que existía conocimiento recíproco y confianza mutua, más allá de un convenio normativo específico, la utilización de Internet como medio para celebrar contratos nos plantea múltiples cuestiones cuya solución no es clara.

En efecto, Internet es una red abierta, no sometida al gobierno de ninguna autoridad central, a diferencia de lo que sucede en las redes de acceso restringido. Por ello, resulta de toda obviedad la necesidad de normas y medidas que brinden certeza y seguridad jurídicas a los contratantes virtuales.

Si a ello, le sumamos el dato de la internacionalidad,⁴ inherente a Internet, la falta de certeza se incrementa, ya que surgen los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado: el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones, del que nosotros nos vamos a ocupar en este trabajo de investigación.

La falta de un marco normativo especial, como sucede en nuestro país, configura un obstáculo central para el desarrollo de este nuevo canal de comercialización, dado que un importante número de transacciones se frustran por la desconfianza de los potenciales usuarios y operadores de la red.

Vale recordar que uno de los ocho objetivos de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas es “velar por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular, los de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”. Consideramos, que para ello, es imprescindible la regulación de Internet y en particular de la contratación internacional que se lleva a cabo en este nuevo espacio.

El gran desafío es, entonces, adaptar las legislaciones nacionales, y en particular nuestro Código Civil, a este fenómeno que presenta notas de extrema transnacionalidad, de profunda extraterritorialidad, y alcanzar un nivel adecuado de armonización de las legislaciones en la materia.

3. *Cfr.* DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, pp. 37-87, párrafo 25.

4. Por ejemplo, en la Argentina la participación de los sitios locales es de solo el 50%, mientras que la otra mitad corresponde a portales del exterior, básicamente sitios web norteamericanos. *Cfr.* Diario *La Nación*, del 21 de agosto de 2008, disponible en [[http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1041742,](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1041742)]

IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO JURÍDICO. EL CASO DE INTERNET

Internet ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación.⁵ Pero, ¿qué es Internet?

Internet (inter - red) “constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global”.⁶

Según la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Internet significa “una red de redes de ordenadores, los cuales se encuentran interconectados entre sí por línea de telecomunicaciones, permitiendo de este modo llevar a cabo una serie de actividades. Una lista no exhaustiva de esas actividades podría comprender: grupos de charla, correo electrónico, y sitios sobre temas tan diversos como lo son las actividades humanas *off-line* (sites meramente informativos, educacionales y culturales, o comerciales, con una enorme cantidad de actividades y productos)...”.⁷

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha definido a Internet como “una red internacional de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información en todo el mundo”. Es un “único y totalmente nuevo medio de comunicación humana mundial”. “Cualquiera con acceso a Internet puede aprovechar una gran variedad de comunicación y de métodos de recolección de información”, todos los cuales “constituyen un medio único –conocido por los usuarios como ciberespacio– no instalado en alguna ubicación geográfica especial, pero disponible para cualquiera, en cualquier lugar en el mundo con acceso a Internet”.⁸

De las diferentes definiciones existentes, podemos apreciar los denominadores comunes que nos aproximan a un concepto general pero muy ilustrativo acerca de qué es Internet: “red de redes”, “interconectadas entre sí” que permiten la “comunicación a nivel mundial”.

5. Cfr. SMITH, Bradford L., “The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet”, en *Recueil des Cours* N° 282, Francia, Academie de droitinternational de La Haye, 2000, p. 247

6. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 27.

7. Cfr. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Electronic Commerce and International Jurisdiction* – Ottawa, 28/2-1/3/00. Preliminary Document N° 12, Agosto de 2000.

8. “Jane Reno, Attorney General of the United States *et al.* appellans vs. American Civil Liberties Union, *et al.*, sentencia del 26 de junio de 1997. Citado por BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 38.

Respecto de la naturaleza jurídica de Internet, para algunos solo constituye un medio de transmisión, de comunicación novedoso, que en consecuencia no representa un cambio sustancial en relación con otros medios tradicionales; para otros, en cambio, Internet es un exponente de transformación social, que conmueve los cimientos clásicos sobre los que se edificaron los ordenamientos jurídicos. Ante estas posiciones antagónicas, surgen dos grupos, tal como afirma Lorenzetti: una posición “ontológica”, según la cual estamos ante un mundo nuevo que demanda un derecho diferente, y la otra, “instrumental”, que traslada sin más las reglas existentes mediante el principio de analogía. Ambas corrientes difieren sustancialmente respecto del problema de la regulación de Internet.⁹

Entre las características de Internet, principales y relevantes en el campo jurídico, destacan: su internacionalidad, descentralización, deslocalización, atemporalidad, virtualidad, accesibilidad universal, interactividad, inmaterialidad o intangibilidad.

En efecto, la mayoría de las operaciones que se realizan en Internet son internacionales, pues se halla presente en ellas uno o más elementos extranjeros. En los hechos, Internet prácticamente hizo desaparecer la distinción entre comercio interno y comercio internacional. Esta internacionalidad se vincula con la incertidumbre acerca de quienes son los órganos competentes, estatales o no estatales, para resolver las controversias que se originan en este nuevo espacio, así como en cuanto a la determinación de la ley aplicable y sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que se dicten al respecto.¹⁰ Por otro lado, cabe destacar que “bloquear el acceso a los recursos de Internet por países resulta casi imposible. Si bien los ordenadores conectados a la Red poseen una dirección..., esta no se corresponde con una ubicación geográfica sino un lugar dentro de la Red. No se trata de direcciones físicas en el espacio real, sino más bien lógicas dentro del “cyberespacio”. Por ello, las direcciones de Internet son eminentemente transportables y su movimiento permanece en todo sentido oculto para el navegante... La falta de limitación geográfica observada implica que cada vez que alguien coloca información en el Red, la está enviando automáticamente a todo el mundo.”¹¹

También se destaca su masividad y accesibilidad universal ya que Internet es una red abierta: podemos ingresar y salir de la red, pasar del mundo real al virtual, sin esfuerzo y sin siquiera percibirlo, toda la información está disponible para toda

9. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 37.

10. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 85.

11. Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 36-37.

persona y en cualquier país. Desde cualquier lugar del mundo, con una computadora, una línea telefónica y un módem, se puede tener acceso a toda la *web*. Esta difusión masiva del comercio electrónico, en el que participan un número indeterminado y heterogéneo de actores plantea exigencias de seguridad y de tutela de las personas jurídicamente más débiles, como son los consumidores.

Por otro lado, Internet elimina el tiempo y la distancia, y por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad.

Asimismo, el carácter descentralizado de Internet se motiva en que su funcionamiento es consecuencia del empleo, por una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos y de redes, de protocolos comunes, es decir, un mismo conjunto de convenciones relativas a la transmisión de datos entre computadoras que permite el intercambio de información digital. Internet desarma la información que maneja en pequeños paquetes de bits que se transmiten según lo permite la capacidad disponible en la red. Cada uno de estos paquetes es etiquetado con la dirección de su destino final. Una vez allí, el ordenador receptor reúne cada paquete con los demás, rearmando el mensaje.¹² Sin embargo, no existe una sola ruta para transmitir esta información de un ordenador a otro, sino que dependerá de diversos elementos circunstanciales, como la densidad de tráfico o la existencia de averías en alguna red u ordenador intermediarios. De allí, la imposibilidad técnica de que un organismo gestione, controle, dirija Internet.¹³ Si bien existen agencias internacionales de gobierno de Internet que establecen estándares y habilitan el sistema para que funcione (*Internet Society*, ICANN, WIPO, entre otros), el acatamiento a sus disposiciones es voluntario, y depende, en definitiva, de la posición adoptada frente a los principios de autogobierno de Internet.¹⁴

Otras características trascendentes de Internet, estrechamente vinculadas con las mencionadas con anterioridad, son la deslocalización y la incorporealidad, que para algunos autores, la convierten en un medio de comunicación totalmente distinto a los ya existentes: prensa, radio, televisión, telecomunicaciones.¹⁵

La deslocalización resulta de los caracteres técnicos de Internet: a) es imposible conocer y predeterminar los recorridos que siguen las informaciones digitales

12. Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 34.

13. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 28.

14. BRENNAN, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" en ALTMARK, Daniel (dir.) y BIELSA, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2001 p. 38, y disponible en [<http://ecomder.com.ar>]

15. Cfr. DRAETTA, Ugo, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 45.

que circulan en la red, b) la localización de quienes operan en Internet es totalmente desconocida, dado, que de hecho, cualquiera puede conectarse desde cualquier lugar del mundo, c) ni siquiera la localización del sitio desde el cual el operador se conecta es conocida, ya que puede haber *mirrors*¹⁶ o sitios con un nombre encriptado; d) la navegación por la red se hace de manera intrínsecamente anónima, es suficiente contar con una dirección electrónica en algún portal de acceso masivo (*Yahoo!*, *Hotmail*, *Google*, entre otros) para comenzar a operar anónimamente en la red; e) el número de destinatarios de mensajes transmitidos vía Internet es prácticamente infinito dado los bajos costos para el acceso a Internet.¹⁷

Efectivamente, una misma persona que se conecta a Internet puede ser encontrada por lo menos en tres lugares al mismo tiempo: en el lugar donde está conectada la computadora utilizada para navegar en Internet; en el lugar donde la computadora ha accedido a Internet y en el territorio virtual llamado “cibespacio”. Así que, es muy posible encontrar a un internauta en diferentes Estados al mismo tiempo.¹⁸ Toda una paradoja para un Derecho y un ordenamiento jurídico creados para el mundo real.

Por su parte, la intangibilidad o incorporealidad, se vincula evidentemente con la eliminación del soporte papel en el comercio electrónico, que ha generado la elaboración de un nuevo principio aplicable al comercio electrónico: el principio de equivalencia funcional.

En este ámbito aterritorial e inmaterial, entonces, “las nociones de proximidad física y de comunidad geográfica pierden parte de su sentido, habida cuenta de que para ciertas actividades las fronteras físicas (en particular, las geopolíticas) se convierten en irrelevantes, lo que se traduce en el cuestionamiento del empleo de la regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal, frente a la que se abre paso la toma en consideración de procesos de creación de base no geográfica, con la implicación de los actores relevantes, lo que contribuye también a erosionar en este contexto el alcance de las técnicas localizadoras paradigmáticas del DIPr”.¹⁹

En suma y en líneas generales, los problemas jurídicos²⁰ surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre la naturaleza

16. Un *mirror* o espejo de cierto sitio web o archivos digitales, son estos mismos archivos, pero alojados en un servidor diferente.

17. Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 46.

18. Cfr. VIBES, Federico P. “¿Qué ley gobierna en Internet?”, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II, p. 1.386.

19. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1, párr. 6.

20. Existen diversas cuestiones de índole jurídica que han sido afectadas sensiblemente con el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. La Comisión Europea ha destacado cuatro temas principales:

deslocalizada de Internet y la naturaleza territorial de ciertas normas que se basan en la noción de “lugar” (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etc.). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel.²¹

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL CELEBRADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La contratación celebrada por medios electrónicos disminuye drásticamente los costos de transacción, de búsqueda de contratantes y de celebración; supera las barreras de espacio, tiempo y aún las impuestas por las leyes nacionales. Sin embargo, como desventaja, se han destacado las dificultades que presenta la contratación *on line* respecto de la ejecutabilidad de los acuerdos, circunstancia que aumenta considerablemente los eventuales costos de ejecución. Asimismo, otros problemas jurídicos en torno a este nuevo medio de contratación, de los que la doctrina se ha ocupado, están relacionados con la imputabilidad de la declaración de la voluntad, la distribución de riesgos de la declaración *on line*, la formación del consentimiento, el lugar y tiempo de celebración, entre otros.²²

Pero antes de desentrañar algunas de estas cuestiones, debemos llegar a una calificación, a una noción que nos aproxime a saber qué entendemos por “contratos electrónicos” o “contratación electrónica”.

Tal como afirman José Fernando Márquez y Luis Moisset de Espanés, existe cierto consenso en cuanto a la definición de contrato o contratación electrónica.²³

En efecto, podemos encontrar nociones muy semejantes en la doctrina. Veamos.

De Miguel Asensio entiende que en sentido estricto los contratos electrónicos son aquellos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de

la recaudación del IVA, la propiedad intelectual, la protección de datos personales y los contratos, en especial los de consumo. Ver COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, “Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination”, *COM (98) 50*, pp. 6-8.

21. Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, Tome 314, p. 52 y ss.

22. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 165.

23. Cfr. MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), disponible en [<http://www.acader.unc.edu.ar>], p. 4.

ordenador a ordenador. Mientras que una noción más amplia incluye todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos (ordenadores, fax, telex, teléfono).²⁴

Por su parte, Lorenzetti brinda la siguiente noción: “el contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial... El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un bien digitalizado y se paga con “moneda digital”; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero”.²⁵

A su turno, Brizzio entiende que se denomina contratación electrónica, o por medios informáticos, “a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia, son contratos electrónicos todos los que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. Desde una óptica más restringida, se consideran solamente aquellos contratos que se celebran mediante EDI, esto es, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador”.²⁶

Caffera sostiene que “cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato, o bien para cumplirlo es que se habla de contrato electrónico”.²⁷

Por su parte, Hocsmán, adopta la siguiente definición: “la contratación electrónica es aquella que con independencia de cuál sea su objeto, que puede ser también informático, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores, y la producción, publicidad, venta y distribución de productos se hace a través de las redes de

24. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 311.

25. Cfr: LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 173-174.

26. Cfr: BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 41-42.

27. Cfr: CAFFERA, Gerardo, “Formación del contrato electrónico”, en RIPPE, S., CREIMER, I, DELPIAZZO, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Buenos Aires, Bdef, Julio César Faira Editor, 2003, p. 134.

comunicaciones. Este tipo de contratación incluye las transacciones comerciales por todo tipo de medios electrónicos: fax, télex, teléfono, EDI e Internet”.²⁸

Para Czarny, podemos decir que estamos ante un contrato telemático “cuando el acuerdo de voluntades, al que se refiere el art. 1137 del Código Civil, es manifestado por las partes a través del computador y las telecomunicaciones, utilizados estos en forma combinada”.²⁹

Arias Pou califica al contrato electrónico como aquella modalidad contractual que se caracteriza porque su formación y perfección se produce de modo electrónico u *on line*, es decir, mediante la transmisión de datos a través de redes telemáticas.³⁰

Por su parte, las URGETS, de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), aplicables a contratos electrónicos en los que las partes pacten someterse a sus disposiciones, en su artículo 3.1 definen al contrato electrónico como “el acuerdo con fuerza legal concluido a través del intercambio de mensajes electrónicos, concernientes a una o más transacciones comerciales electrónicas, en el cual las partes acuerdan los términos y condiciones del convenio, incluyendo sus derechos y obligaciones”.

Más allá de una conceptualización general de contratación electrónica que abarque las distintas modalidades en que un contrato puede verse influido por la utilización de medios electrónicos, debemos tener presente que existen diversos grados de utilización de estos medios. Lorenzetti ilustra similar afirmación con los siguientes ejemplos: a) es posible que exista un sujeto que curse un pedido de compra por mail, y reciba el producto por correo, en cuyo caso solo la oferta o la declaración utilizan el medio digital para ser transportadas, b) puede ocurrir que el contrato se celebre entre dos computadoras programadas, en cuyo caso el medio electrónico se utiliza para la propia elaboración de la declaración, c) puede suceder que el bien adquirido sea digital, en tal caso el medio abarca también al objeto, d) en algunos casos, el contrato se celebra *on line* y la documentación es escrita y enviada por correo, en otros, dichos documentos se escriben y firman digitalmente, e) hay casos en que los que se contrata en redes abiertas, donde el vínculo es ocasional, y otros que se celebran en redes cerradas, donde hay habitualidad, f) en cuanto al objeto del contrato, hay supuestos en los que la definición legal de un bien es afectada por el medio digital, g) si la comunicación es interactiva, el consentimiento es instantáneo,

28. Cfr. HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet (E commerce-Correo electrónico-Forma digital)*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 81.

29. Cfr. CZARNY, Natalio, “Ciberespacio y derecho. (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)”, en *El Derecho* 173-901.

30. Cfr. ARIAS POU, María, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, La Ley (Temas), 2006, p. 171.

pero en otros casos media un tiempo entre la oferta y la aceptación, lo cual influirá para calificar si el contrato es entre presentes o entre ausentes.³¹

En síntesis podemos adoptar a los fines del presente trabajo la siguiente calificación o definición de contratos electrónicos internacionales o contratación electrónica internacional: *son aquellos acuerdos de voluntades celebrados mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos, que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, poseen elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.*³²

A partir de esta definición, podemos afirmar que técnicamente cabe referirse a contratos internacionales celebrados por medios electrónicos, aún cuando coloquialmente, se hable de contratación electrónica.

Pasemos, ahora, a analizar las normas de nuestro Código Civil que resultarían aplicables al tema que nos ocupa.

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Validez formal

La forma de los actos jurídicos, y en particular de los contratos comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. En sentido estricto, se pueden diferenciar dos conceptos distintos: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad exigida por la ley para ciertos contratos. En el primer sentido es un elemento estructural del contrato; en cambio, en la segunda acepción se torna formalidad, es decir, se exige una determinada manifestación de la voluntad para producir ciertos efectos.³³

Por su parte, el artículo 973 de nuestro Código Civil define la forma como "... el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar".

31. Cfr: LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 166.

32. Adoptamos la definición de contrato internacional de FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Buenos Aires, Universidad. 2000. p. 343. También puede verse de la misma autora: *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

33. Cfr: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 257 y ss.

En materia de contratos electrónicos, debemos tener en cuenta que la forma escrita que suelen prever las legislaciones nacionales o bien que las propias partes estipulan para la celebración de contratos internacionales no se adecua a una de las características de las relaciones que se llevan a cabo en el ciberespacio y en particular, del comercio electrónico, tal como ya vimos: la desmaterialización, prácticamente, la eliminación del soporte papel.

Es por ello que instrumentos modernos como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 han recogido como uno de sus principios fundamentales el de equivalencia funcional. En efecto, el artículo 6 prevé en cuanto al requisito de escritura que: “1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta...”.

A su turno, en lo que concierne a la exigencia de la firma, el artículo 7 dispone: “1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente...”.

Por su parte, la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales adopta también el criterio de la equivalencia funcional en su artículo 9 tanto en relación con el requisito de escritura, firma y conservación en forma original.

Tal como observa Oyarzábal, “lo esencial es que el mensaje de datos cumpla las funciones de un escrito, que satisfaga las razones por las cuales el derecho interno requiere la presentación de un `escrito’”.³⁴

Sin embargo, no podemos soslayar que la República Argentina no ha adoptado aún la Ley Modelo, no ha ratificado la Convención, ni cuenta con una normativa análoga. Por lo tanto, actualmente, la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas en las que consten contratos internacionales será analizada y valorada en cada caso por los jueces que resulten competentes a la luz de las normas de fuente interna (nuestro Código Civil), de la que nos ocuparemos a continuación, y de las de origen convencional.

En primer lugar, cabe poner de relieve que en materia contractual en el ámbito interno el principio imperante es la libertad de formas (artículo 974 C.C.).³⁵ En

34. Cfr: OYARZÁBAL, Mario, “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003, p. 4.

35. Actualmente, a diferencia del rígido formalismo de los pueblos primitivos y del propio Derecho Romano, sumamente apegado a las formas, estas se exigen en miras a la prueba del acto, y su publicidad.

razón de ello, en términos generales, la formalización de un contrato a través de medios electrónicos no sería obstáculo para la validez del acto.

Sin embargo, los contratos que excedan de cierta tasa legal deben hacerse por escrito y no pueden probarse por testigos (artículo 1.193 Código Civil). Asimismo, debemos tener presente que la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 exige la forma escrita y una serie de requisitos que debe reunir una venta de cosas muebles (artículos 10 y cc).³⁶

En el Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna en materia de formas rige la célebre regla *locus regit actum*, según la cual las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de celebración. En efecto, el artículo 12 del Código Civil expresa: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”. En consonancia, el artículo 950 del mismo cuerpo legal dispone: “Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren”. Y el artículo 1.180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos en que se han concluido”.

Por lo tanto, su omisión no afecta, salvo excepcionalmente, al acto como tal. En efecto, en nuestro derecho, los únicos contratos solemnes (forma *ad solemnitatem* o constitutiva, esencial para la validez del acto) son las convenciones matrimoniales, las donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias y la transacción de derechos litigiosos. En los demás contratos, la forma se exige *ad probationem*, es decir, como mero medio de prueba y como protección de los derechos de terceros. *Cfr.* BORDA, Guillermo A, *Manual de Contratos*, Decimooctava edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 90.

36. Artículo 10 de la Ley 24.240.- Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación de la cosa;
- b) El nombre y domicilio del vendedor;
- c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere;
- d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley;
- e) Los plazos y condiciones de entrega;
- f) El precio y las condiciones de pago.

La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole de la cosa objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida por esta ley.

Por su parte, el artículo 1181 regula esta materia en el caso de contratos entre ausentes o celebrados a distancia: “La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

Validez sustancial y efectos

La determinación de la ley aplicable a un contrato internacional, y en particular a aquellos celebrados a través de medios electrónicos, es de suma importancia en tanto puede acarrear muy diversas consecuencias. Así, salvo que existan reglas uniformes, es factible que según cuál sea la ley aplicable, la solución varíe: por ejemplo, mientras que para una ley, la mención de un precio en un sitio *web* con la opción de compra del producto puede implicar una oferta, bajo otra ley, tal expresión solo equivaldría a una mera invitación a ofertar.

Cabe aclarar que cuando hablamos de ley aplicable nos podemos referir tanto al derecho aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia; como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido. No dedicaremos ahora al segundo de estos aspectos, siendo que el primero fue tratado en el apartado anterior.

Por otra parte, también, es necesario distinguir en esta materia específica la ley aplicable al acceso y al ejercicio de la actividad o servicio de la información y la ley aplicable a los contratos electrónicos. Precisamente, esta línea sigue la Directiva 31/2000 sobre de la Unión Europea que designa como ley aplicable a la actividad del prestatario del servicio de la información la ley del país de origen, es decir donde aquél tiene su establecimiento. En cambio, la misma norma comunitaria dispone que las partes tienen plena libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos, la cual, evidentemente, no será determinada por el principio de la ley de origen.

En efecto, “la determinación de la ley del contrato se lleva a cabo por los tribunales estatales conforme a las normas de D.I.Pr. del foro, lo que provoca que las respuestas concretas puedan variar en función del Estado ante cuyos tribunales se litiga. Esta disparidad de soluciones proyecta una especial incertidumbre respecto de quienes negocian habitualmente a través de Internet”.³⁷

37. *Cfr.* DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 460 – 461.

De hecho, “los peculiares caracteres de la contratación por Internet hacen que la localización de la relación jurídica en un ordenamiento estatal con base en los criterios de conexión típicamente empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de algunas de las partes... pueda resultar especialmente inapropiada. La falta de adecuación de esos criterios a un entorno que dificulta su concreción y en el que las fronteras geopolíticas se difuminan, favorece el empleo de criterios de conexión flexibles, basados en el principio de proximidad (geográfica) entre el contrato y un determinado ordenamiento, pero que atribuyen un margen de apreciación al aplicador para tomar en consideración las circunstancias del caso, lo que, por otra parte, va unido a un riesgo de inseguridad jurídica en la medida en que no existan pautas consolidadas para su interpretación en el marco de la contratación electrónica.”³⁸

En este sentido, existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular las desavenencias surgidas por el uso de Internet, una que se decide por la creación de una normativa material específica, ad hoc, que según sus defensores se justifica ante la obsolescencia del derecho tradicional; o la otra, por acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que son los mismos de siempre, que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un ropaje tecnológico novedoso.

En el espacio virtual, puede válidamente sostenerse como lo hace M. Burstein³⁹ que “no hay lugar allí en Internet” o bien, como lo dice Herbert Kronke “todos los lugares están en Internet”. El primer jurista ha resuelto indicar en materia de ley aplicable tres orientaciones: una armonización en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes, o de una unificación de la ley sustantiva de Internet, o bien, a partir del reconocimiento de Internet como jurisdicción propia, asignarle las disputas a un tribunal internacional de arbitraje de Internet o una corte especial con competencia exclusiva para ellas.

Siguiendo el esquema mencionado, pensamos que en la primera línea podría acordarse un instrumento jurídico internacional articulado en base de normas indirectas, de reglas de conflicto que establezcan puntos de conexión rígidos (como el domicilio, el lugar de ejecución, el lugar de celebración, entre otras) o bien, puntos de conexión flexibles (como el lugar del cumplimiento de la prestación más

38. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 462.

39. En el Coloquio internacional en honor de Michel Pelichet, organizado por el Instituto Molengraff de derecho privado de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado

característica del contrato, o el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato, o del lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros). La segunda posibilidad, la creación de una ley sustantiva para Internet, permitiría según sus defensores la adecuación al avance en materia de cultura tecnológica ganando en certidumbre en el gobierno de las relaciones jurídicas que se despliegan *on line*.

Por cierto que la principal dificultad como señala Vinton G. Cerf, es que el problema que aflora a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y cuando se aprueba una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ello, sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser actualizado. De la misma manera que los Estados nacionales establecieron un principio que predominó sobre todas las costumbres locales, hoy la interrelación de los procesos internacionales exige que ciertos valores se construyan también en el ámbito internacional. Esto no significa que la soberanía nacional tenga que desaparecer, pero sí que va a ser definitivamente limitada en una serie de direcciones y como afirma Antonio Martino que ha llegado el momento de pensar seriamente en una estandarización jurídica, algo así como un nuevo derecho, un nuevo *ius gentium*. Dicho en otras palabras, una suerte de *lex mercatoria* desarrollada por los propios ciberusuarios, un “derecho común” generado a partir de los usos, de la práctica generalizada, del consenso acumulado, que ostentaría como principal ventaja una flexibilidad suficiente como para acompañar los incesantes cambios tecnológicos.⁴⁰

Vale precisar que en relación con la validez sustancial de los contratos electrónicos de índole internacional, al igual de lo que sucede en los contratos internacionales en general, se pueden presentar dos situaciones:

- Que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, hayan elegido la ley aplicable al contrato celebrado o;
- Que las partes, por diversos motivos, no hayan hecho tal opción y que por ende deba acudirse a los criterios subsidiarios en la materia, a través de puntos de conexión rígidos como el lugar de celebración o el lugar de ejecución, o de criterios más flexibles en búsqueda del derecho del Estado con el que el contrato tiene vínculos más estrechos (le principe de proximité para los franceses o the proper law of the contract, para el common law). En este punto nos acercamos a la teoría de la prestación más característica, sobre la que volveremos.

40. Cfr. FELDMSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”, *estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, septiembre de 2005.

Autonomía de la voluntad

Debemos recordar que la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha sido objeto de al menos dos significados diversos. Por un lado, como fuente original del derecho, independiente de todo orden jurídico preestablecido. Por ende, estaríamos ante un derecho absoluto. Desde otra mirada, se entiende que la voluntad del sujeto es una fuente derivada del derecho, capaz de crear normas jurídicas porque determinado ordenamiento jurídico así lo permite. Entonces, sería un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.⁴¹

En definitiva, “la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable”.⁴²

Se han distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero las partes pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material de las partes). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: “sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo a la validez el Derecho del lugar de la celebración, a la ejecución el Derecho del lugar de cumplimiento, etc. En este supuesto, las partes no están obligadas por el Derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al Derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a este por ningún acto de elección permitido”.⁴³

41. Cfr: UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208, pp. 721-722. Asimismo, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 63-64, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Buenos Aires, Universidad. 2000, p. 346.

42. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol. 12, N° 4, Octubre-Diciembre 1998, p. 17.

43. Cfr: GOLDSCHIMDT, Werner, “Transporte internacional”, en *La Ley* 1980-B, 375.

Por otro lado, según la tesis de Antonio Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho privado elegido, haciendo, en cambio, uso de la autonomía de la voluntad material, las partes “además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión solo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio”.⁴⁴ Es decir, siguiendo la tesis del autor, “las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el D.I.Pr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es este un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales”.⁴⁵

Sin embargo, compartimos la idea según la cual el ejercicio de la autonomía conflictual, específica de la contratación internacional supone que las partes seleccionan el ordenamiento estatal aplicable al contrato, mientras que la autonomía material actúa en el ámbito reconocido a las partes, tanto en contratos internos como internacionales, por la ley del contrato, seleccionada por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, o determinada objetivamente por la ley, para regular libremente sus relaciones, siempre que sus pactos no afecten a las normas de ese ordenamiento que no pueden ser derogadas por los contratantes. En consecuencia, la autonomía conflictual, para esta posición que seguimos, está limitada por normas internacionalmente imperativas del foro, mientras que la autonomía material opera solo dentro del marco imperativo ordinario de la ley del contrato.⁴⁶

De aquí en más, nos ocuparemos, entonces, de la autonomía conflictual propia del Derecho Internacional Privado.

Cabe resaltar que cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa. Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en el comercio B2B que en

44. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 682.

45. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 687-688

46. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol.: 12, N° 4, Octubre-Diciembre 1998, p. 19, nota 51.

el B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas que no son “consumidores” (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial). Ello permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales.

En este sentido, podemos recordar que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la Mesa Redonda sobre comercio electrónico (Ginebra, 1999) recomendó que en relación con las operaciones B2B, la autonomía de la voluntad de las partes continúa siendo el principio rector tanto respecto de la jurisdicción competente como de la ley aplicable. Distinto es el caso de las relaciones B2C. En este sentido, se ha propuesto la implementación de un sistema de certificación de los sitios *web*, que incluiría reglas mínimas de protección de los consumidores, y un sistema de solución de controversias equitativo y de fácil acceso que podría ofrecerse a los consumidores sin ningún costo. Si un sitio obtiene la certificación, podría preverse la aplicación del derecho del país de origen. En caso contrario, resultaría aplicable la ley del lugar del domicilio o residencia del consumidor.

En efecto, podemos sostener que “... La elección de la ley aplicable no debe privar al consumidor internauta de la protección que le acuerdan las leyes imperativas del país de su residencia habitual. Así, una empresa establecida en el extranjero publicita sus productos a través de un sitio *web* y los vende por Internet a consumidores en Argentina, no podrá excluir las normas de policía del domicilio argentino del consumidor que le garantizan un nivel mínimo de protección. Y viceversa. Si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente ese derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República (arts. 1207 y 1208, C. Civil)”⁴⁷.

La elección de la ley aplicable elimina, en general, gran parte de las incertidumbres que se pueden plantear en torno a las controversias que pudieren surgir de un contrato celebrado por medios electrónicos. Sin embargo, sería recomendable que todo proveedor de servicios de la información asumiera la responsabilidad que implica dirigir una oferta comercial a personas, especialmente, consumidores y usuarios de diferentes estados.

47. *Cfr.* OYARZÁBAL, Mario J. A., “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Brasil, Zavalía - Fundação Boiteux, 2006, p. 138.

No obstante, el Código Civil no contiene ninguna norma expresamente consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocen este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entiende que hay una práctica contractual en Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión,⁴⁸ recepcionada en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, Boggiano fundamenta la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: a) con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil, y b) con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, en base a la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros que actúen en el extranjero que establece el art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que para este autor, “la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del D.I.Pr. del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el D.I.Pr. –que es lo más–, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos”.⁴⁹

Criterios subsidiarios

En el caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, el fenómeno de los contratos electrónicos nos despierta mayores inquietudes e interrogantes. En efecto, ¿los criterios clásicos en la materia nos brindan soluciones adecuadas?, ¿o estos deben ser reformulados? Y en tal caso, ¿cuál sería el alcance de tal reformulación?

No podemos desconocer que las tradicionales reglas del Derecho Internacional Privado, las normas de conflicto, determinan tanto la jurisdicción como la ley aplicable a un contrato internacional a partir de un punto de conexión que tendrá en cuenta la localización del contrato. Así, si como en el caso de nuestro país, el legislador ha optado por el lugar de ejecución, no existirán mayores problemas en el caso de que el contrato no se ejecute en línea. En cambio, ello no es tan sencillo cuando

48. Cfr: GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 198.

49. Cfr: BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 678-679.

no solo la celebración, sino también el cumplimiento del contrato se lleva a cabo en el espacio virtual.

Sin embargo, si bien es cierto que las reglas tradicionales no se adaptan totalmente a los nuevos parámetros impuestos por el comercio electrónico, su utilización no debe ser desechada sin más bajo el pretexto de buscar soluciones novedosas brindadas por un nuevo orden normativo.

Es cierto que los clásicos criterios posiblemente deban sufrir correcciones, modificaciones, para adaptarse a las nuevas modalidades de contratación, pero siempre reportarían un grado mucho más elevado de seguridad jurídica a los operadores del comercio internacional con respecto a la *lex informatica*, por los motivos expuestos y las deficiencias de este denominado *CyberLaw*.

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración. Por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de qué prestación, de qué obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido los criterios de conexión flexibles, tales como sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electrónicamente celebrado. Esta última corriente, según hemos observado, es la que cuenta con mayores adeptos.⁵⁰

No obstante tales inconvenientes prácticos, tal como afirma Lorenzetti, “en la mayoría de los casos que presentan conflictos, hay lugar de celebración y cumplimiento fijados. Ello es así porque las partes tienen una conducta orientada al “anclaje en el mundo real”, fijando domicilios inscritos en registros *off line*, aunque también utilicen sus dominios virtuales, y estableciendo lugares de cumplimiento y cláusulas de jurisdicción. El legislador también pone frenos a la “desterritorialización”, estableciendo la obligación del proveedor de servicios de la información de registrarse en un lugar determinado y reglamentando los sistemas de intercambio electrónico para que sean “seguros”, y por lo tanto, controlables según parámetros del derecho común”.⁵¹

Siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que si bien el proceso es indetenible y las relaciones virtuales tienden a su propia autonomía, por su misma configuración, lo cual hace que, por lo menos en algunos sectores, el “lugar” va a ser

50. Sobre la prestación más característica puede verse FELDMAN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000. De la misma autora, “La prestación más característica del contrato o la polémica continúa”, ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7 sobre “Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR”, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.

51. Cfr: LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 199.

virtual, “este proceso no debe escandalizar, puesto que es una evolución hacia la abstracción totalmente controlable: el domicilio de las personas físicas, jurídicas, el lugar de los contratos en las relaciones globales es una cuestión de atribución de efectos jurídicos; lo que interesa verdaderamente es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o el cumplimiento. En la *web* hay y habrá muchas maneras de cumplir con este requisito... Por esta razón, deviene relevante la noción de lugar como concepto normativo, independizado de la ontología empírica...”⁵²

En lo que respecta al derecho internacional privado de fuente interna, en ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, debemos recurrir a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 1205, 1209 y 1210, que son normas generales para todo tipo de contrato internacional, sin atender a las particularidades de algunos contratos específicos, como los electrónicos, entre tantos otros.

El artículo 1205 establece: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”. A su turno, el artículo 1209 dispone: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”. Finalmente, el artículo 1210 expresa: “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el artículo 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, mientras que los artículos 1209 y 1210, los sujetan a la ley del lugar de ejecución. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a fin de dilucidar tal contradicción. En este sentido, mayoritariamente, se interpreta lo siguiente: si el contrato tiene *ab initio* algún contacto con la República Argentina, rigen los artículos 1209 y 1210, y se aplica la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si el contrato no tiene vinculación con nuestro país, la ley aplicable será la del lugar de celebración del contrato, conforme al artículo 1205 del Código Civil.⁵³ Es decir, debemos distinguir entre contratos con y sin contacto con el derecho argentino. Tendrán tal contacto si fueron celebrados o tienen lugar de cumplimiento en nuestro país. Por ende, si el contrato tiene un contacto argentino, rige la tesis de Savigny: se rige por la ley del

52. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 199.

53. Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 36.

lugar de cumplimiento. En cambio, si no presenta dicho contacto, se regirá por la ley del lugar de celebración, tesis célebre de Story.

Tal como advierte Golsdchmidt es falso creer que todos los contratos con contacto argentino, se rigen por el derecho argentino, y los que no lo poseen por el derecho extranjero, ya que los primeros se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, sea este local, o extranjero.⁵⁴

En suma, “cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacione, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma del conflicto del art. 1205 del Código Civil –cuyo punto de conexión es el lugar de celebración–, sino la que establecen los arts. 1.209 y 1.210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento”.⁵⁵

En los artículos 1.212 y 1.213, el Código Civil aporta calificaciones autárquicas flexibles del punto de conexión “lugar de cumplimiento”, aun cuando en el caso de los contratos sinalagmáticos, queda abierto el interrogante dado que existen por lo menos dos lugares de cumplimiento. Para estos casos, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia locales, recurren a la teoría de la prestación más característica del contrato.

La determinación de tal prestación no sería mayormente afectada por el empleo de Internet como medio para celebrar la contratación, o para ejecutar sus prestaciones. Así, también cuando los contratos se forman y ejecutan por Internet, la parte que realiza la prestación característica en la compraventa es el vendedor y en los contratos de prestación de servicios, quien los facilita: con carácter general, la prestación característica la realiza quien suministra información a terceros a través de la Red, quien permite la utilización de la información contenida en sus bases de datos, quien cede derechos de explotación de obras protegidas por la propiedad intelectual o quien presta otros servicios relacionados con la sociedad de la información. Sin embargo, la determinación de la prestación característica resulta especialmente difícil o imposible cuando en cumplimiento del contrato las diversas partes deben realizar prestaciones equivalentes y ninguna es propiamente remuneratoria.

En igual inteligencia, afirma Oyarzábal: “La determinación de la prestación relevante o característica para la localización del contrato no se ve afectada por el empleo de la Internet como medio para la celebración del negocio o para la ejecución de las obligaciones de las partes.... La prestación característica la realiza, con carácter general, el contratante que presta servicios o transmite bienes digitales

54. Cfr: GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 7ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 394.

55. Cfr: BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 700.

a través de la Red, es decir: el proveedor de acceso a Internet (Internet Service Provider-ISP, en Argentina: *AOL, UOL-Sinectis, Intermedia*, etc.), el proveedor de alojamiento de sitio *web* (*Internet Presente Provider* o *Hosting Service Provider*; en Argentina: *Compaq, IBM, StarMedia*, etc.), el editor o proveedor de contenido de página *web* (*Web Site Designer*, o *Web Site Developer*), y el proveedor de servicios *on line*, tales como servicios comerciales de información, de consultoría y de reservas, e incluso de mensajería electrónica o *e-mail* y de charla interactiva⁵⁶.

En este punto, cabe recordar que esta tesis resulta, en todo caso, aplicable en materia de ley aplicable, a fin de evitar que existan múltiples derechos aplicables. En cambio, en materia de jurisdicción competente, el criterio imperante nos orienta a calificar “lugar de cumplimiento”, como cualquier lugar de cumplimiento del contrato, con la finalidad de abrir un abanico de foros disponibles.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupa de los contratos entre ausentes en el artículo 1.214: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de gentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, seran juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”. Para estos casos, el codificador optó por un punto de conexión acumulativo en cuanto a la validez del contrato, en cambio los efectos, las prestaciones, las obligaciones de las partes se rigen por la ley del respectivo domicilio.⁵⁷

Estas normas indirectas, re-calificando los respectivos puntos de conexión elegidos por nuestro codificador, podrían ser adaptadas al comercio electrónico, mientras no se sancionen reglas específicas.

DETERMINACIÓN DEL JUEZ COMPETENTE A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Según nuestros tribunales “la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquella considera que tiene una relación relevante a tales efectos”.⁵⁸

Tal como manifiesta Lipszyc, la determinación de cuándo un juez es competente para entender y decidir en un caso con elementos extranjeros relevantes

56. Cfr: OYARZÁBAL, Mario J. A., “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA* 5/6.2006. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*,. Brasil, Zavallia-Fundação Boiteux, 2006.

57. Cfr: GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 7ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 395.

58. S.M.,M.C. c. A., P.C., CNCiv, sala B, 26 de diciembre de 1997, publicado en La Ley 1998-D, 144.

presenta un alto grado de complejidad, como problemática general del Derecho Internacional Privado, pero cuando nos movemos en el espacio virtual, el grado de complejidad se verá seriamente agudizado.⁵⁹

En efecto, las particularidades de Internet, que hemos visto: su carácter descentralizado, deslocalizado, global, interactivo, el anonimato que posibilita y su accesibilidad desde cualquier lugar del planeta, tal como reconoce la doctrina, aumentan el número de tribunales estatales potencialmente competentes para conocer de un mismo litigio y de las decisiones judiciales que reclaman efectos extraterritoriales.⁶⁰

Así es como, se han identificado tres problemas: “por una parte, el alcance global de Internet choca con el principio de territorialidad y de soberanía inherente al concepto geográfico de jurisdicción; por otra, es difícil vincular una determinada relación jurídica *on line* a un lugar físico, localizar el lugar donde se produce el daño o determinar cuándo una actividad *on line* va dirigida a unos usuarios concretos de la geografía mundial; y, en fin, parece en principio, posible, aunque puede no ser recomendable, la vinculación del litigio a la jurisdicción de cualquier lugar del mundo desde el que se accede a Internet, pero ello solo debería hacerse cuando exista un vínculo de proximidad efectivo entre el asunto y el foro, lo que no es fácil de determinar”.⁶¹

Tal como podemos observar, varias circunstancias obstaculizan el uso tradicional de la noción jurisdicción en su concepción geográfica. En primer lugar, aunque Internet es accesible globalmente, no es una red, sino una red de redes, que divide al mundo no en Estados sino en redes y en *host*. En segundo lugar, muchas redes están cerradas, no permiten la conexión a otras, mientras que otras están interconectadas y tienen carácter abierto. Además, el llamado hipervínculo permite la conexión de un sitio *web* a otro. En tercer término, Internet está descentralizada y es capaz de transmitir rápidamente información sin intervención ni control humano.

59. Cfr: LIPSZYC, Delia, *Jurisdicción competente y ley aplicable en conflictos por infracción al derecho de autor y conexos en internet*, Relato de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección de Derecho Internacional Privado, celebradas los días 12 y 13 de septiembre de 2008, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 17-18.

60. Cfr: ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: ‘Caso Yahoo!’ 2000-2005”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*,. Brasil, Zavalía-Fundação Boiteux, 2006, p. 288.

61. Cfr: ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: ‘Caso Yahoo!’ 2000-2005”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PIMENTEL, Luiz Otávio (dirs.), en *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Brasil, Zavalía-Fundação Boiteux, 2006, pp. 296-297.

En cuarto lugar, los mensajes viajan en paquetes que son reensamblados por el ordenador receptor. En quinto término, Internet es indiferente a la localización física de los ordenadores y no existe una conexión necesaria entre una dirección de Internet y una jurisdicción física, lo que significa que Internet permite la interacción entre personas cuya localización física se desconoce.⁶²

Ante este contexto, es fácil advertir que la primera tentación que tendrá un juez ante una controversia surgida en el ciberespacio que le es sometida es declararse competente, no en virtud de las reglas de derecho internacional privado aplicables sino, en todo caso, mientras el sitio al que se vincula el conflicto resulta accesible desde el territorio del foro. Asistiríamos así, a una suerte de competencia universal. Siguiendo esta misma tentación, es muy probable que ese juez aplique sin más la ley local, apegándose a un criterio territorialista que no se condice con las características transnacionales del fenómeno que estamos estudiando. Así, en aplicación de este principio de territorialidad, un juez podría impedir el acceso desde su territorio a sitios web determinados, considerados nocivos o ilegales, aún cuando esas actividades traspasen las fronteras de su Estado. Por otra parte, esta sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido *forum shopping*, ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente.⁶³

En efecto, Internet permite que las partes entablen relaciones jurídicas sin conocerse y sin siquiera saber dónde se hallan ubicadas territorialmente. Es decir, conocen sus respectivas direcciones virtuales, que pueden o no estar de algún modo u otro vinculadas a jurisdicciones reales, físicas.

En lo que respecta a nuestro país, en definitiva, será necesario evaluar seriamente si las normas del derecho internacional privado argentino en materia de jurisdicción internacional se adaptan a los requerimientos y a las particularidades del mundo virtual. Y en general, el principal interrogante reside en determinar si los criterios y principios tradicionales, existentes se adecuan a la realidad de Internet o si es necesario crear nuevas reglas para el nuevo medio.

Autonomía de la voluntad

Tal como destaca De Miguel Asensio, “la incorporación en el contrato de una cláusula de sumisión que determine el Estado cuyos tribunales son competentes (o el órgano arbitral elegido) es un instrumento particularmente útil para dotar de

62. Cfr: DONOHUE, James P., “Litigation in Cyberspace: Jurisdiction and Choice of Law a United States Perspective”, disponible en [www.abanet.org/buslaw/cyber/usjuris.htm].

63. Cfr: FAUVARQUE-COSSON, “Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux”, Coloquio “Droit de l’Internet: approches européennes et internationales”, 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en [<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>].

seguridad jurídica al contrato. La importancia de este dato se acentúa en la contratación a través de Internet, habida cuenta de la incertidumbre acerca de los criterios sobre la jurisdicción y la normativa aplicable a dichas transacciones en un ámbito en el que los precedentes son todavía escasos... La inclusión en todos sus contratos de una cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un Estado concreto (típicamente su propio Estado) o a un órgano arbitral aporta seguridad jurídica a la posición de ese comerciante, por lo que es frecuente que los modelos de contrato en el ámbito del comercio electrónico incorporen una cláusula en este sentido”.⁶⁴

Ahora bien, siguiendo al mismo autor, debemos tener presente que “la validez de los pactos de elección de foro (y de ley aplicable) debe decidirse conforme a las normas sobre competencia judicial (y ley aplicable) del propio foro ante el que se plantea la controversia y, de ser admisible a la luz de estas, conforme a la ley aplicable al concreto pacto en cuestión”.⁶⁵

En este caso, no es el Código Civil quien se ocupa de determinar las condiciones bajo las cuales puede ser ejercida la facultad de elegir juez competente, sino que debemos remitirnos al artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, siempre: 1) Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial, 2) Que se trate de cuestiones de índole internacional; 3) Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, 4) Que la jurisdicción no sea exclusiva.

Por ende, en nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna, la internacionalidad objetiva del asunto es un requisito ineludible. La tendencia contemporánea sostiene que la ubicación de los sistemas de información del iniciador y del destinatario de un mensaje de datos no es un elemento extranjero objetivamente relevante. Por ende, aun en el ámbito virtual, habrá que buscar elementos como el lugar de celebración y de cumplimiento del contrato, el lugar de residencia, domicilio o establecimiento de las partes, o el lugar de situación de la cosa objeto del contrato para determinar la internacionalidad del asunto.

En cuanto a la forma del acuerdo, a la luz de esta norma, se ha dicho que “la elección podría hacerse por escrito, a través de todo medio de comunicación que diera una información accesible, si esa cláusula es conforme a un uso regularmente seguido por las partes, si se trata de un uso del que las partes tuvieron o debieron haber tenido conocimiento, si es regularmente observado en contratos de esa

64. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, pp. 413-414.

65. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001, p. 414.

naturaleza comercial, salvo que se trate de una cláusula prohibida por la *lex fori* del juez que conoce en el caso”.⁶⁶

Criterios subsidiarios

En lo que respecta a la jurisdicción directa, a fin de utilizar los criterios atributivos tradicionales en la materia: domicilio del demandado, domicilio del actor en ciertos supuestos, y lugar de cumplimiento del contrato, el interrogante gira en torno a la necesidad de redefinir estas nociones para que puedan ser aplicadas sin dificultades en el espacio virtual, o de crear nuevos criterios.

En el Derecho Argentino de fuente interna encontramos los artículos 1215 y 1216 del Código Civil⁶⁷ que en materia contractual consagran como foros alternativos los tribunales del domicilio de demandado o los del lugar de ejecución del contrato.

Por ende, el actor tiene varias posibilidades, a su elección. Una de ellas, la de iniciar la acción ante cualquier lugar de cumplimiento. Esa es la interpretación amplia del contacto lugar de cumplimiento, que ha acogido nuestra jurisprudencia y ha seguido nuestra doctrina.

Así fue establecido en el caso “Antonio Espósito e Hijos S.R.L. v. Jockeyviel de Vieu”, en el cual la Cámara Comercial sostuvo que la calificación de “lugar de cumplimiento” es distinta según se trate de determinar el juez competente o la ley aplicable. A los fines del art. 1215 del Código Civil, para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales, cualquier lugar de cumplimiento y no necesariamente el de la prestación más característica, sirve para abrir la jurisdicción.⁶⁸

Asimismo, en el caso “Exportadora Buenos Aires S.A. c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc. ”, la Corte Suprema resolvió que “en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia

66. Cfr: UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho*, t. 208, pp. 723.

67. Art. 1215 C.C.- En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado.

Art. 1216 C.C.- Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.

68. CNCom. Sala E, 10 de octubre de 1985. En LL 1986-D, 46. La doctrina del caso Espósito fue confirmada tiempo después por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Exportadora Buenos Aires v. Holiday Inn s´ Worldwide Inc”, del 20 de octubre de 1998, en LL 2000-A, 403.

del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella” y advirtió que “en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215 C. Civil)”.⁶⁹

Por ende, cualquier lugar de ejecución o cumplimiento en la República Argentina, abre la jurisdicción de nuestros tribunales, no solo el expresamente convenido en el contrato, o el de la prestación más característica, sino también, el lugar donde el deudor debió cumplir y no cumplió, e incluso, donde el acreedor debió cumplir y cumplió.

Por su parte, Goldschmidt diferenciando el criterio del lugar de cumplimiento en materia de ley aplicable y de juez competente, sostiene: “En tren de buscar el derecho aplicable, ciencia y práctica buscan la unificación. Se rechaza el despedazamiento del contrato, aplicando por ejemplo a su validez un derecho y a sus efectos, otro (*grande coupure*) o a una parte un Derecho y a la otra, otro (*petite coupure*). Se antepone la prestación característica –en la compraventa la transferencia de la propiedad de la cosa vendida– y aplica el derecho del lugar donde ella ha de ser realizada a todo el contrato, inclusive a la prestación común (Schnitzer)...” En cambio, en materia de jurisdicción “imperera la pluralidad a fin de vehicular el derecho constitucional de la jurisdicción. No obstante, comprador y vendedor no tienen tres sino dos elecciones: entre el domicilio del demandado y el país en el cual el accionado debe cumplir; al contrario, ninguno de ambos puede deducir la demanda en el país en donde él mismo debe cumplir o inclusive cumplió. Ello es así, porque, por una vertiente, el legislador elige el país del cumplimiento porque supone que en este país será fácil para el actor victorioso ejecutar la sentencia, y por otra vertiente, porque resultaría excesivamente gravoso para el demandado tener que litigar en un país al que no lo liga ninguna circunstancia”.⁷⁰ Antonio Boggiano, en cambio, amplía esta doctrina al sostener que cualquier lugar de cumplimiento abre la jurisdicción, aun cuando se trate del lugar de ejecución de la prestación que el propio actor debió cumplir, e incluso si ya cumplió con ella, en idéntica línea a la jurisprudencia nacional imperante.⁷¹

En los contratos celebrados *on line* que son ejecutados total o parcialmente *off line*, la determinación del lugar de cumplimiento, no trae mayores inconvenientes

69. CSJN, 20/10/1998, en *Fallos* 321-3-2894/2904 y en *La Ley* 2000-A, 403.

70. *Cfr.* GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional en contratos internacionales”, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jockeyviel de Vieu”, CNCom, Sala E (10/10/1985), publicado en *La Ley* 1986-D, 46.

71. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 132 y ss.

que en los contratos concluidos por medios tradicionales. Sin embargo, respecto de los contratos celebrados y ejecutados *on line*, se torna de difícil localización, “salvo que asumamos una presunción legal sobre el lugar de cumplimiento –v.gr. el lugar desde donde partió o se emitió la oferta aceptada o el domicilio de origen– punto de conexión preferido por quienes priorizan el interés de los operadores de sitios de Internet–, o el lugar donde se produjo la aceptación de la oferta –que prioriza los intereses de los potenciales clientes–, sin descartar recurrir al foro del domicilio del demandado.⁷²

En defecto de elección de foro, el actor podrá también demandar al deudor en la Argentina si este tuviese su domicilio o residencia en el país (art. 1.216 CC).⁷³

El juez del domicilio del demandado es el foro competente en general en todos los conflictos derivados de relaciones personales, con fundamento en que nadie puede agraviarse por ser demandado ante los tribunales de su propio país.

En el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente.⁷⁴

Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia. En efecto, mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede resultar extremadamente fugaz.⁷⁵

El primer problema que surge es, entonces, el de la localización del domicilio real, cierto, como criterio atributivo de jurisdicción internacional. Ya que no es determinante, en cambio, la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red o la localización física de sus computadoras. En efecto, si fueran aceptados estos criterios, “el deudor, en caso de ser perseguido, podría desplazar fugazmente su sitio al extranjero para evadir el sometimiento a la justicia, buscando refugio en los territorios más clementes de los llamados “paraísos numéricos. Solo el criterio domiciliario nos ofrece un principio perenne de localización”.

72. Cfr: UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208, p. 724.

73. La referencia al “deudor” debe ser entendida en un sentido estrictamente procesal, como el deudor demandado a cumplir la prestación que dio lugar a la demanda.

74. Un tratamiento in extenso puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: [www.eldial.com], Ed Albremática, febrero de 2005.

75. Cfr: OYARZÁBAL, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, p. 7.

Sin embargo, ante la dificultad y hasta la frecuente imposibilidad de localizar el domicilio del demandado, se ha preconizado una interpretación amplia de dicho concepto: si aun siendo imposible determinar el domicilio actual del demandado, “existen elementos suficientes que lo vinculen con el país, los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia”.⁷⁶

Asimismo, se debe advertir que la identificación y localización de las partes, reposa en sus propias declaraciones, circunstancia que puede generar una serie de abusos, que deberán ser tenidos en cuenta por los contratantes que deberán extremar los recaudos a tales fines.

RECIENTES PROYECTOS DE REFORMA

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02 y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003, propone un capítulo completo dedicado a los Contratos.

En efecto, el capítulo V (arts. 68 a 80) del Título III se dedica a la ley aplicable a los contratos. Regula tanto la elección del derecho por las partes (autonomía de la voluntad) y sus límites, así como dispone el derecho aplicable a falta de elección. Asimismo, en el artículo 74, el Proyecto define la ley aplicable a la forma del contrato. Y a partir del artículo 75 regula contratos específicos: sobre inmuebles, de intermediación y representación, de transporte terrestre de cosas, de transporte terrestre de personas, contratos celebrados con consumidores, y de trabajo.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado propone el reconocimiento legislativo expreso y amplio del principio de la autonomía de la voluntad en las obligaciones contractuales. En efecto, el artículo 69 dispone: “Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos

76. *Cfr.* OYARZÁBAL, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, p. 7.

del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia”.

Asimismo, se introduce expresamente la posibilidad de que las partes puedan generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable dándole amplia cabida a la autonomía material. No se aclara que la autonomía material debe ser expresa, lo cual daría lugar al ejercicio de la autonomía material tácita.

La autonomía de la voluntad reconocida en el Proyecto en toda su amplitud, le permite a las partes el empleo del *depeçage*, así como la modificación del derecho aplicable en cualquier momento, inclusive durante el proceso.

En cuanto a las limitaciones en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se dejan a salvo las que denomina normas argentinas dictadas para preservar el interés público.

La determinación de la ley aplicable a falta de elección por las partes en el Proyecto de Código resulta del artículo 72 según el cual “el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos”. Seguidamente se introducen dos presunciones, una principal y otra subsidiaria, el lugar de cumplimiento de la prestación más característica y la residencia habitual del deudor de la prestación más característica.

Se regulan los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, y los contratos celebrados con consumidores, contratos en los que se veda a las partes la posibilidad de ejercitar la autonomía de la voluntad, sometiéndolos a la ley del lugar de la residencia del consumidor. En efecto, el artículo 79 dispone que los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de este, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

En materia jurisdiccional, el Proyecto admite en el artículo 17 el acuerdo de elección de foro, siempre que se trate de cuestiones patrimoniales, salvo que tuvieran jurisdicción exclusiva los tribunales de la República. Dicha elección puede hacerse por cualquier medio de comunicación que permita asegurar la identidad de las partes y la aprobación del contenido del acuerdo por cada una de ellas.

Por su parte, el artículo 24 establece que en ausencia de acuerdo de elección de foro, a opción del actor, son competentes para conocer de las acciones derivadas

de un contrato: “a) los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existieran varios demandados, los tribunales del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; b) los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada; c) los tribunales del lugar en que el demandado tenga sucursal o establecimiento respecto a las acciones relativas a una obligación derivada de la explotación de esa sucursal o establecimiento”.

Tal como podemos apreciar, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, incluye como uno de los criterios subsidiarios, el lugar de cumplimiento de la obligación *reclamada* (art. 24, inc. b), limitando así el criterio jurisprudencial amplio reconocido por nuestra Corte Suprema. Uno de los antecedentes más relevantes que opta por el mismo criterio es el Reglamento (CE) N° 44/2001 del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia contractual, según el cual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro “en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiese ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda” (art. 5.1 a).

Por su parte, el reciente Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012⁷⁷ contiene algunas disposiciones sobre contratos internos de consumo a distancia. En efecto, el artículo 1105 define a los contratos celebrados a distancia como aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.⁷⁸

El artículo 1106 dispone que siempre que en el Código proyectado o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

A su turno, la Sección 11^a del Capítulo 3 (Parte especial) del Título IV sobre “Disposiciones de derecho internacional privado”, se dedica en cuatro artículos a los Contratos internacionales en general; y la Sección 12^a se ocupa de los Contratos de consumo en dos disposiciones sobre Jurisdicción y Derecho aplicable.

77. Elaborado por una Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci (con la colaboración de prestigiosos especialistas), designados por el decreto presidencial 191/2011. El Anteproyecto fue presentado por la Presidente de la Nación el 27 de marzo de 2012.

78. Entendemos, sin embargo que no todos los contratos celebrados por medios electrónicos son entre ausentes. Por ejemplo, aquellos celebrados en teleconferencia o a través de un servicio de chat son contratos entre presentes.

En materia de ley aplicable, el Anteproyecto de 2012 reconoce en el artículo 2651 el principio de autonomía de la voluntad en los siguientes términos “Las partes pueden elegir el derecho aplicable en forma total o parcial al contrato que celebran. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;
- e) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”.

Según el artículo 2652, a falta de determinación del derecho aplicable por elección por las partes, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato.⁷⁹ En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

El mismo artículo determina que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Se ha optado por criterios rígidos clásicos: como punto de conexión principal, el lugar de cumplimiento definido según un criterio jurisprudencial predominante,

79. Cabe señalar que el artículo 1109 dispone que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato.

y como punto de conexión subsidiario, reproduciendo la norma de los Tratados de Montevideo, el lugar de celebración.

Sin embargo, la disposición siguiente establece una cláusula de escape. En efecto, estipula que: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”.⁸⁰

Tal como adelantamos, el Anteproyecto de 2012, solo regula, en especial, los contratos internacionales de consumo en la sección 12^a (capítulo 3, título IV). Según el artículo 2655, los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Veda, en consecuencia, la posibilidad de elección de ley aplicable en los contratos de consumo.

Respecto a la competencia internacional, el Anteproyecto dispone que las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley (artículo 2605).

En la siguiente norma proyectada, se establece que dicho acuerdo de elección de foro designa el único juez competente, excepto que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario.

El Anteproyecto admite la prórroga expresa y tácita. En efecto, en sus términos “La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el

80. En consonancia, el Anteproyecto establece en el artículo 2597 una cláusula similar: “Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”. La extensión de la teoría de los vínculos más estrechos a todas las relaciones jurídicas internacionales no nos convence. En alguna medida, desnaturaliza el conjunto de normas de conflicto proyectadas y brinda un poder discrecional demasiado amplio depositado en el juez.

actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria”.

Por otro lado, no admite el acuerdo de elección de foro en los contratos de consumo (artículo 2654).

A su turno, el Anteproyecto de 2012, en el artículo 2650 establece que no existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: a) los jueces del domicilio del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio de cualquiera de ellos; b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales. Es decir, que reconoce la interpretación amplia de nuestra jurisprudencia sobre el alcance de lugar de cumplimiento del contrato, para la determinación de la jurisdicción internacional.

En relación a la jurisdicción en materia de contratos de consumo, el artículo 2654 establece que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

Lamentablemente, ambas Comisiones designadas desaprovecharon la oportunidad para incorporar algunas normas básicas destinadas a la regulación de los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos y además omitieron tener en cuenta las nuevas tecnologías al regular los contratos celebrados por consumidores exigiendo que para que resulte aplicable la ley de su residencia habitual, aquél deberá haber cumplido en tal lugar los actos necesarios para la conclusión del contrato, lo cual resulta de casi imposible comprobación en el contexto electrónico, razón por la cual, este requisito fue omitido tanto en el Reglamento (CE) N° 44/2001 (Bruselas, 2000), como en el reciente Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

REFLEXIONES FINALES

Internet, la *web*, el espacio virtual, el mundo cibernético constituye un escenario novedoso, inusitado, asombroso, que origina múltiples oportunidades a quienes desean operar en él. Sin embargo, a la vez, trae consigo una gran incertidumbre jurídica, que conspira en gran medida con su pleno despliegue y evolución.

Los operadores del Derecho, legisladores, jueces, abogados, asesores legales, docentes e investigadores tienen ante sí un desafío importante: crear, evaluar y aplicar reglas jurídicas idóneas para este nuevo ámbito, que, en definitiva, fue creado por el propio hombre.

En miras al cumplimiento de tal cometido, el Derecho Internacional Privado puede jugar un rol destacado, en tanto y en cuanto este medio es eminentemente internacional y tiene la suficiente virtualidad para permitir un crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas transfronterizas entre particulares.

Desde una mirada superficial, cierto es que los métodos clásicos que nos brinda nuestro Código Civil, característicos de nuestra disciplina que conducen a localizar cada relación jurídica territorialmente, espacialmente dentro de las fronteras de un Estado para indicar como aplicable su ordenamiento jurídico, no se compadecen a simple vista con la forma en que nacen, se desarrollan y extinguen los vínculos en Internet.

No obstante, en la tarea de localizar las relaciones jurídicas en el mundo real, gracias a los criterios savignianos, con las diversas adaptaciones y matices que sufrieron a lo largo del tiempo en los órdenes jurídicos estatales y convencionales, el legislador apela, en ocasiones, a presunciones, ficciones, tan comunes en el universo del Derecho, que permitían y permiten al juez competente aplicar ya sea su propio derecho, ya sea el derecho extranjero, según cuál sea el más conforme con la naturaleza jurídica de la relación.

Ahora también debemos recurrir a la “regla de solución” de Savigny: aplicar a cada relación jurídica que se desenvuelva en Internet, o en general, a través de los nuevos medios que nos brinda la tecnología, el derecho más conforme a su naturaleza, ya sea local o extranjero, gracias a la búsqueda de su asiento jurídico.

Acaso, ¿qué razón esencial justifica, habilita a disponer y aplicar dos regímenes jurídicos diversos, con métodos disímiles, según se trate de una misma relación jurídica contractual, mismo objeto, misma causa, idénticos sujetos, que se desarrolle en el llamado mundo real o que se despliegue en el aparentemente inabismable mundo virtual?

Por el contrario, semejante distinción conspiraría con el principio de no discriminación y de neutralidad tecnológica, pilares del comercio electrónico. En tal sentido, consideramos que una premisa básica a tener en cuenta para regular la cuestión que nos ocupa es evitar asimetrías sin fundamento jurídico real entre los criterios aplicables a la contratación internacional tradicional y a la contratación internacional *on line*.

El mundo real y el mundo virtual no son compartimentos estancos, no pueden ser tratados, por ende, como espacios jurídicos desconectados, porque en definitiva somos los mismos seres humanos los que nos movemos, comunicamos, comerciamos, contratamos en uno y en el otro. Los problemas son los mismos, y en consecuencia, las soluciones no pueden ser divergentes.

Por lo expuesto, estimamos que en gran medida los principios, criterios, métodos, reglas que rigen los contratos internacionales deben ser tenidos en consideración al momento de legislar en materia de contratación electrónica, y en ningún caso deben alejarse desmesuradamente de aquéllas, pues en definitiva, no dejan de

ser un tipo peculiar, una especie de ellos. Y, por otra parte, el juez deberá recurrir a las normas vigentes sobre contratos internacionales de fuente interna –y convencional–, cuando se le presente un caso, ante la ausencia de reglas específicas, con la debida flexibilidad y adaptación que sea estrictamente necesaria.

La autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito jurisdiccional, como respecto de la elección de la ley aplicable tiene un amplio campo de aplicación en los contratos electrónicos. De hecho, cuando de contratos entre empresarios o profesionales se trata (B2B), resulta sumamente aconsejable su ejercicio, en tanto, ante la inexistencia actual de reglas específicas, genera un alto margen de certidumbre y seguridad jurídicas.

Sin perjuicio de ello, así como la autonomía de la voluntad es un principio de reconocida trayectoria y desempeño en el ámbito de los negocios internacionales, que admite límites, en el contexto del comercio electrónico también reconoce restricciones. Entre las principales, el consabido orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro y eventualmente de un tercer Estado, la protección del usuario y consumidor, ante la posible imposición por parte del contratante profesional de la ley aplicable, muy frecuente en los denominados *click and wrap agreement*, la versión cibernética de los contratos de adhesión.

Ahora bien, quizás la mayor dificultad la encontramos precisamente cuando los contratantes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, o bien habiendo elegido ley aplicable, el acuerdo resulta inválido o ineficaz. Entonces, ¿los puntos de conexión clásicos en materia de contratos internacionales son apropiados cuando de contratación celebrada por medios electrónicos se trata?. Nos referimos al lugar de celebración del contrato, al lugar de ejecución o cumplimiento de sus prestaciones, al lugar de domicilio, residencia habitual, o establecimiento de las partes.

Cualquiera de estas conexiones, estimamos que pueden ser aplicables en los contratos electrónicos, con ciertas adaptaciones.

A nuestro criterio, la mejor opción está a favor de los criterios tradicionales que conectan al contrato con el mundo real, con sus circunstancias. Sin embargo dada la complejidad que pueden presentar algunos contratos electrónicos, podría preverse, subsidiariamente, una suerte de cláusula de escape que permita al juez optar por un derecho distinto al que indiquen las conexiones clásicas, siempre que funde razonablemente la existencia de un derecho más próximo, que posea vínculos más estrechos con el contrato.

Por otra parte, en los contratos electrónicos de consumo, entendemos que la protección de la parte más débil, del denominado “consumidor pasivo”, ameritan la limitación de la autonomía de la voluntad y la protección por las leyes más favorables del lugar de su residencia habitual.

En suma, en nuestro criterio, las relaciones virtuales aparentemente deslocalizadas que se desenvuelven en el ciberespacio, un espacio atemporal, transnacional, calificado por algunos como un “no lugar”, no representa una amenaza para el

Derecho Internacional Privado ni para nuestro Código Civil, sino una oportunidad para demostrar su dinamismo, funcionalidad y vigente actualidad. Ello, sin perjuicio de que una ley especial que contenga todas las normas de nuestra disciplina, haciéndose eco, incluso, de las nuevas tecnologías, es una tarea aún pendiente de nuestro legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS POU, MARÍA, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, La Ley (Temas), 2006.
- BRENNAN, RAMÓN G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley” en Altmark, Daniel (dir.) y Bielsa, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Buenos Aires, Depalma, 2001.
- BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, Decimoctava edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- BRIZZIO, CLAUDIA R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- CAFFERA, GERARDO, “Formación del contrato electrónico”, en Rippe, S.; Creimer, I, Delpiazco, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Buenos Aires, Ed. Bdef, Julio César Faira Editor, 2003.
- DONOHUE, JAMES P., “Litigation in Cyberspace: Jurisdiction and Choice of Law a United States Perspective”, disponible en www.abanet.org/buslaw/cyber/us-juris.htm.
- COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, “Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination”, en COM (98) 50.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Electronic Commerce and International Jurisdiction - Ottawa, 28/2-1/3/00*. Preliminary Document N° 12, Agosto de 2000.
- CZARNY, NATALIO, “Ciberespacio y derecho. (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)”, en *El Derecho* 173 - 901.
- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol. 12, N° 4, Octubre - Diciembre 1998.
- “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. 1.

- *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid, Civitas, 2001.
- DRAETTA, UGO, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 2005, t. 314.
- ESTEVE GONZÁLEZ, LYDIA, “Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: Caso Yahoo! 2000 - 2005”, en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA* 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información, Brasil, Zavalía - Fundação Boiteux, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, “Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux”, Coloque “Droit de l’Internet: approches européennes et internationales”, 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>.
- FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA L., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- *Contratos internacionales*, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- “El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Albremática, febrero de 2005.
- “La lex informatica: La insoportable levedad del no ser”, en *Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005 y en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* www.eldial.com, Septiembre de 2005.
- “La prestación más característica del contrato o la polémica continúa”, ponencia presentada en las *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7* sobre “Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR”, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- “Jurisdicción internacional en contratos internacionales, Comentario al fallo “Espósito e hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu”, CNCom, Sala E (10/10/1985)”, publicado en *La Ley* 1986-D, 46.
- “Transporte internacional”, en *La Ley* 1980-B.

- HOCSMAN, HERIBERTO SIMÓN, *Negocios en Internet (E commerce - Correo electrónico - Forma digital)*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- LORENZETTI, RICARDO, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO y MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina), Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Edición Actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- OYARZÁBAL, MARIO J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV.
- “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003 y en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Brasil, Zavalía - Fundação Boiteux.
- UZAL, MARÍA ELSA, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet”, en *El Derecho* t. 208.
- IEZZI, MARÍA VERÓNICA, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- SMITH, BRADFORD L., “The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet”, en *Recueil des Cours* N° 282, Academie de droit international de La Haye, Francia, 2000.
- VIBES, FEDERICO P. “¿Qué ley gobierna en Internet?”, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

MARÍA VICTORIA FAMÁ*

Resumen: El Proyecto de Código Civil y Comercial desestima la procedencia de las acciones de emplazamiento y desplazamiento filial frente al uso de TRA, si ha mediado consentimiento previo de quien asumió la voluntad procreacional. Sin embargo, reconoce al nacido la posibilidad de acceder a la información relativa a los datos médicos del donante cuando hay riesgo para la salud, y la eventualidad de que se revele su identidad por razones debidamente fundadas, que serán evaluadas por la autoridad judicial. El objetivo de estas líneas es explorar la proporcionalidad de las normas proyectadas desde el punto de vista del derecho a la identidad del hijo. Este análisis exige distinguir entre el emplazamiento filial y el acceso a los orígenes como dos aspectos diferenciados y autónomos del complejo de variables que proyecta este derecho humano.

Palabras clave: Filiación – Técnicas de reproducción humana asistida – Derecho a la identidad – Derecho a conocer los orígenes – Derecho a fundar una familia – Voluntad procreacional – Anonimato del donante de material genético.

Abstract: The proposed amendment to the Argentine Civil and Commercial Code rejects the legal appropriateness of the actions of affiliation in the cases where the child in question has been conceived by Assisted Human Reproduction (AHR) if there has been previous consent of those individuals who have voluntarily assumed the assisted procreation process. However, the pending reform of the Code allows the newborn child to have access to the medical data of the donor when there is a risk to her health. The donor's identity may be even revealed under well founded reasons that will be considered by the judicial authority. The purpose of this paper is that of exploring the proportionality of the proposed law from the optic of the child's right to her identity. This analysis demands a differentiation between the legal action of constituting a legal

*Abogada (UBA), especialista en Derecho de Familia (UBA). Secretaria del Juzgado Nacional en lo Civil N° 25. Profesora Adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho-UBA) y docente de posgrado de esa institución y de otras universidades del país. Coordinadora de la Sección de doctrina de la Revista de *Derecho de Familia* de Abeledo Perrot. Autora del libro *La Filiación. Régimen, constitucional, civil y procesal*, y de otras obras en materia de derecho de familia. En adelante, Proyecto.

filial bond and the access to one's origins. These are indeed two different autonomous aspects in the framework of complex variables brought about by this human right.

Keywords: Affiliation – assisted reproductive technologies – Right to identity – Right to know about their own origins – Right to found a family – Voluntary parentage- Anonymity of gamete donors.

I. PLANTEO

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación introduce modificaciones sustanciales en el campo del derecho filial, inspiradas por la necesidad de adecuar el régimen vigente a los principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, ajustar la normativa a los distintos modelos de familia que registra nuestra sociedad, y dar solución a las discordancias que en el plano jurídico han suscitado los avances biotecnológicos en materia de técnicas de reproducción humana asistida.¹

La regulación expresa de estas técnicas, en especial en orden a la llamada “fertilización heteróloga” (es decir, la que se produce con material genético proveniente de un tercero) ha suscitado profusos debates que atraviesan distintas disciplinas. La protección del interés superior del niño y el reconocimiento de su derecho a la identidad han servido de excusas para denostar las soluciones propuestas en el Proyecto, pero poco se ha reflexionado sobre las alternativas tendientes a la armonización de los derechos en juego.

El objetivo de estas líneas es explorar la proporcionalidad de las fórmulas recogidas en la legislación proyectada desde el punto de vista del derecho a la identidad del hijo concebido mediante TRA.

II. EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD

Más allá de ser uno de los derechos implícitos del art. 33 de nuestra Constitución originaria, el derecho a la identidad ha sido receptado explícitamente en sendos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la

1. En adelante TRA.

Convención sobre los Derechos del Niño² (arts. 7º y 8º).³ En estrecha relación con el tema de este trabajo, en el marco del derecho comunitario europeo, el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, dictado por el Consejo de Europa en Oviedo, el 4/04/1997, dispuso que las partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su *identidad*⁴ y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (art. 1).

No hay dudas, pues, que la identidad ha sido reconocida como un derecho humano en el plano internacional. Sin embargo, las dificultades se presentan a la hora de delimitar los alcances de este derecho.

Sabemos que la identidad constituye un concepto complejo para los distintos campos del conocimiento. Así, por citar algunos ejemplos, Fromm la define como una necesidad afectiva (“sentimiento”), cognitiva (“conciencia de sí mismo y del otro como personas diferentes”) y activa (el ser humano tiene que “tomar decisiones” haciendo uso de su libertad y voluntad).⁵ Para Habermas, la identidad particular “es aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la responsabilidad de su propia biografía ‘convirtiéndose en aquel que es’”. “Todo individuo hace primero experiencia de sí como producto histórico de circunstancias de vida contingentes. Pero al ‘elegirse’ a sí mismo como tal producto, es que se construye un sí mismo que a sí mismo se imputa la rica concreción de la propia biografía a que se enfrenta como algo de lo que retrospectivamente quiere dar cuenta”.⁶ Por su parte, Tugendhat, considera que es falso que la identidad de una persona se cree, pues tiene una base que ha existido siempre. Es así que la identidad personal tiene dos componentes, por un lado la identidad individual y por otro la identidad cualitativa. La identidad individual se vincula con “características concretas que tienen que ver con el nacimiento, el territorio y la biografía particular” (es decir, los “hechos”); mientras que la identidad cualitativa no es un hecho e implica la idea

2. En adelante CDN.

3. Una sistematización del reconocimiento constitucional del derecho a la identidad puede encontrarse en BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho a la intimidad, derecho a la identidad e interés general”, en RABBIBALDI CABANILLAS, Renato (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Buenos Aires, Universidad Austral, 1993, p. 145.

4. El destacado me pertenece.

5. FROMM, Erich, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, 5ta. ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1967, pp. 55 y ss.

6. HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 99.

de “identificarse con”, es decir, estructurar en términos de elección y voluntad la identificación con ciertos valores o formas de vida.⁷

Esta connotación compleja y amplia ha sido trasladada a nivel jurídico a los alcances y contenidos del derecho a la identidad. En este orden de ideas, Fernández Sessarego expresa que la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto.⁸

En el mismo sendero argumental, puede afirmarse que el derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad.⁹

Desde esta doble perspectiva, coincido con Zannoni cuando advierte que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria”.¹⁰ Así también lo observa Mizrahi, al decir: “no siempre se ha de operar –ni es conveniente que así sea en todos los casos– la concordancia entre realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio”. Se estima “hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación... Advértase que existe –al lado de la biológica– otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana.... Jugará pues un papel preponderante la llamada filiación querida y vivida por el sujeto y su entorno... La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo”.¹¹

Esta conclusión, pensada originariamente para el instituto de la adopción o para valorizar la posesión de estado en las acciones de filiación, se extiende naturalmente a la filiación por TRA.

7. TUGENDHAT, Ernst, “Identidad: personal, nacional y universal”, en *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1993, pp. 37-64.

8. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113. En el mismo sentido ver CIFUENTES, Santos, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, en *LL 2001-C-759*; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, t. 2-C, pp. 226 y ss.; etc.

9. CABRERA, Delma B.- CODEGLIA, Luis M., “Responsabilidad por violación del derecho a la identidad”, en ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 115.

10. ZANNONI, Eduardo A., “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La ‘verdad biológica’: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?”, en *LL 1998-C-1179*.

11. MIZRAHI, Mauricio L., “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, en *LL*, 23/08/2004.

En efecto, cuando se accede a la procreación a través de estas técnicas, el dato genético o biológico,¹² como uno de los elementos de la identidad, se debilita frente al elemento volitivo o voluntad procreacional.

III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y OTROS DERECHOS IMPLICADOS EN LAS TRA: PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A OBTENER UN EMPLAZA- MIENTO FILIAL ACORDE AL DATO GENÉTICO O BIOLÓGICO

1. La voluntad procreacional como fuente filial

Hace varias décadas ya, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida”.¹³

Así entendida, en el marco de la procreación por TRA, la voluntad procreacional se aparta de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico.¹⁴

Es que si la identidad del ser humano presupone, además de su genética y biología, un complejo de elementos de carácter espiritual, psicológico, social, cultural, político, etc. que no son innatos sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, no hay duda de que uno de estos elementos es la familia que se ha formado y la que se integra; y ello pese a que no exista entre todos o algunos de sus miembros vínculo genético o biológico alguno. De allí que la propia CDN, si bien no alude directamente a esta amplia conceptualización del derecho a la identidad, destaque en su preámbulo la relevancia del derecho del niño a “crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” para el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”.

12. Formulo esta distinción porque ambos datos refieren a distintas situaciones posibles frente al uso TRA. Así, el dato genético alude a la fertilización con gametos de terceras personas en todo tipo de técnicas. En cambio, el dato biológico se vincula concretamente con la especial situación de la gestación por sustitución, donde suelen disociarse la maternidad genética (de quien aporta los gametos) y la maternidad gestacional o biológica (de quien lleva a cabo el embarazo).

13. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en *JA* 1965-III-21.

14. Ver FAMÁ, María Victoria, “‘Padres como los demás...’. Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario”, *RDF* N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 55.

Pero no es el derecho a la identidad en sentido amplio el único fundamento para la admisibilidad de las TRA y del elemento volitivo como fuente filial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵ tuvo la oportunidad de expedirse sobre las TRA en el caso *Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”)* contra Costa Rica, del 28/11/2012.¹⁶ En este precedente, el Tribunal concluyó que la decisión de la Corte Constitucional de Costa Rica de anular el decreto mediante el cual se regulaba el acceso a la fertilización in vitro en ese país vulneró los derechos consagrados en los arts. 5; 7; 11 y 17 de la Convención Americana, pues constituyó una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar, y una limitación del derecho a fundar una familia, que comprende la decisión de convertirse en padre o madre, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.

En definitiva, el acceso a la procreación mediante TRA y la determinación de la filiación sobre la base de reglas autónomas diseñadas a partir del elemento volitivo o voluntad procreacional constituye una expresión de sendos derechos humanos. En esta línea de razonamiento, cuando los arts. 558 y 559 del Proyecto incluyen a las TRA como una tercera fuente de filiación edificada a partir de la voluntad procreacional,¹⁷ encuentran respaldo en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, el art. 561 del Proyecto establece como regla que la filiación de los hijos nacidos mediante TRA se determina por el consentimiento previo, informado y libre de quienes se someten a esta técnicas, con independencia de quién hubiera aportado los gametos, regla que reproduce en las distintas normas que regulan la determinación de la filiación (matrimonial y extramatrimonial) y subyace en la legislación de las acciones de filiación, cuando se dispone la improcedencia

15. En adelante, Corte IDH.

16. Corte IDH, *Caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) contra Costa Rica*, 28/11/2012, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf], compulsado el 11/02/2012.

17. La categorización propia de esta nueva clase filial –tan discutida doctrinariamente (Ver AZPIRI, Jorge O., “Los matrimonios homosexuales y la filiación”, en *DFyP*, año 2, Nº 9, octubre de 2010, *La Ley*, p. 3) se justifica si se advierten las características que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción. En cuanto a la primera, porque mientras esta reconoce su origen en el acto sexual y, por ende, en el elemento biológico, la filiación por TRA se funda en el acto médico y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia del dato biológico o genético. Con respecto a la adopción, las figuras se acercan ya que en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque en el caso de las TRA la voluntad debe ser manifestada con anterioridad a la gestación (es decir, el niño nace como *consecuencia* de esa voluntad), en cambio, en la adopción la voluntad se expresa respecto de una persona ya nacida (o sea, el vínculo surge con posterioridad al nacimiento) (Ver LAMM, Eleonora, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, Suplemento especial, *El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil*, en *JA*, 2012-II, p. 68).

de la acción de reclamación y se desestima la posibilidad de desplazar la filiación en los casos de fertilización “heteróloga”, si ha mediado consentimiento previo e informado de quien asumió la maternidad o paternidad.

Esta misma ha sido la solución unánimemente propugnada en el derecho comparado¹⁸ y avalada doctrinariamente. Así, Rivero Hernández afirma que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRA “es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos..., lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja... El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico..., sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad”.¹⁹ Entre nuestros juristas, Lamm subraya con elocuencia: “Se está ante nuevas realidades que importan una ‘desbiologización y/o desgenetización de la filiación’, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de ‘parentalidad voluntaria’ o ‘voluntad procreacional’... Las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo”.²⁰

18. Así, expresamente reconocen la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional, entre otras, la Ley española 14/2006 (art. 6°); el Código Civil de Tabasco, México (art. 324); la “Human Fertilisation and Embryology Act” inglesa (sección 35); el Código Civil de Brasil (art. 1597); el decreto 24029-S de regulación de la reproducción humana asistida de Costa Rica (art. 8°); el Código Civil de Portugal (art. 1839); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 187); el Código Civil holandés (art. 201-1); el Código Civil búlgaro (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); diferentes estados de los Estados Unidos (Nueva York, Connecticut, Georgia, Kansas, Oklahoma, Louisiana); etc. Desde otra perspectiva, descartan la posibilidad de desplazar la filiación de quien ha consentido las TRA, entre otros, el Código de Familia de Panamá (art. 286); la Ley española 14/2006 (art. 8); el Código de México DF (art. 326); el Código Civil de Portugal (art. 1.839, inc. 3); el Código de Familia de Costa Rica (art. 72); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 287); el Código Civil holandés de 1972 (art. 201-1); el Código Civil búlgaro de 1968 (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1.600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); el Código Civil francés (art. 311-20); el Código Civil de Québec (art. 539); etc.

19. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES, Cándido-DIEZ PICAZO, Luis-BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo-SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, t. I, p. 128.

20. LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, p. 76-91, [http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_

2. Ponderación de derechos y proporcionalidad de la restricción emergente de la regla de la voluntad procreacional

Cuando la regla de la voluntad procreacional determina la imposibilidad de desplazar la filiación de quien ha exteriorizado tal voluntad a través del consentimiento informado y, como consecuencia de ello, la de emplazar un vínculo jurídico con el tercero que ha aportado los gametos,²¹ se alza como una *restricción* al derecho a la identidad (en los términos del art. 30 de la Convención Americana sobre

Master.pdf.] compulsado el 11/02/2013. Entre nuestros juristas, han sostenido que la filiación en caso de TRA queda determinada a favor de quien ha expresado su consentimiento para estas técnicas, entre otros, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. II, pp. 546 y ss.; BOSSERT, Gustavo A., “Fecundación asistida”, en *JA* 1988-IV, 872; BOSSERT, Gustavo A.- ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 176 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, 10 ma. ed., Actualizado por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, pp. 28 y ss.; IÑIGO, Delia B.- LEVY, Lea M.-WAGMAISTER, Adriana, voz “Reproducción humana asistida”, en LAGOMARSINO, Carlos-SALERNO, Marcelo (dirs.) y URIARTE, Jorge (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994, t. III, p. 559; LEVY, Lea M.-IÑIGO, Delia B., “Identidad, filiación y reproducción humana asistida”, en BERGEL, Salvador B. - MINYERSKY, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 259 y ss.; GROSMAN, Cecilia, *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Buenos Aires, Ábaco, 1984, pp. 105 y ss.; SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004, pp. 90 y ss. y pp. 121 y ss.; KRASNOW, Adriana N., *Filiación*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 209; ARSON DE GLINBERG, Gloria H.-SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, en *LL* 1991-B-1198; CAFFERATA, José I., “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, en *ED* 130-751; MÉNDEZ COSTA, María Josefa- D’ANTONIO, Daniel H., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 229 y ss.; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 165-166; ANDORNO, Luis O., “Regulación de las técnicas de procreación asistida. Síntesis de la legislación europea y comentario de dos proyectos de ley presentados al senado argentino”, en *Revista Persona*, nro. 58, noviembre de 2006, disponible en [<http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm>], compulsado el 26/02/2013; BELLUSCIO, Augusto C., “Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal”, en *LL* 1978-C-931; BÍSCARO, Beatriz R.-GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia S., “Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga”, en *LL* 1987-B-804; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “Determinación de la maternidad y la paternidad en los casos de fertilización asistida”, en *Derecho de familia. Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 315 y ss.; PARELLADA, Carlos A., “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, *Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*, op. cit., p. 420; GROSMAN, Cecilia - MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264”, en *LL* 1986-D-924; DELLACQUA, Mabel, “Reflexión prospectiva de la inconstitucionalidad del artículo 259 Código Civil en relación a los legitimados”, en *LL*, Gran Cuyo, 2006 (marzo)-239; MIZRAHI, Mauricio L., “El niño y la reproducción humana asistida”, en *LL*, 30/08/2011; etc.

21. Recuérdese que el art. 558 del Proyecto establece como regla la filiación binaria o biparental, descartando la posibilidad de que un niño tenga más de dos vínculos filiales, sean de igual o distinto sexo.

Derechos Humanos) en referencia a la obtención del emplazamiento en el estado de familia que se corresponda con el dato genético o biológico. La legitimidad de esta restricción –tal cual ha indicado en reiteradas oportunidades la propia Corte IDH– debe examinarse a la luz del *principio de proporcionalidad*.²²

Desde la teoría del derecho, el principio de proporcionalidad se presenta como un método racional que posibilita dar una respuesta en los supuestos donde se constata una colisión de derechos humanos.

En efecto, enseña Alexy que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero, bajo otras, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Ello conduce a afirmar que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso. Es decir, el punto neurálgico de la labor del intérprete reside en la ponderación del “peso” de los derechos que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan.²³ Por su parte, Guastini indica que la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, entendida como una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de tal valoración, un principio (considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.²⁴ La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que resulta determinada en su aplicación al caso concreto.²⁵

Precisamente para evitar que la ponderación se traduzca en un juicio de valor personal cargado de subjetividad, se han desarrollado distintos métodos, uno de los cuales es el principio de proporcionalidad, cuya función esencial es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos humanos.²⁶

22. Ver, entre otros, *Caso García Asto y Ramírez vs. Perú*, del 25/11/2005; *Caso Donoso, Tristán vs. Panamá*, del 27/01/2009; *Caso Escher y otros vs. Brasil*, del 06/07/2009; *Caso Atala, Riffo y niñas vs. Chile*, del 24/02/2012; etc.

23. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 89 y ss.

24. GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 72-73.

25. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 171.

26. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75.

Bernal Pulido enseña que el principio de proporcionalidad es un conjunto articulado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplican de forma sucesiva y escalonada. Según el principio de idoneidad, toda intervención legislativa en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Por último, conforme el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Ello significa que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención deben compensar los sacrificios que esta implica para los titulares y para la sociedad en general. El intérprete deberá verificar sucesivamente el cumplimiento de estos subprincipios para determinar si la intervención en un derecho fundamental es o no proporcionada y, en consecuencia, si supera o no el test de constitucionalidad.²⁷

En esta misma línea de razonamiento, tanto la Comisión como la Corte IDH han analizado la legitimidad de las restricciones a los derechos humanos²⁸ procurando superar la indeterminación de la noción de proporcionalidad mediante el uso de criterios concretos de evaluación. Así, la Corte IDH ha observado que las restricciones a los derechos consagrados en la Convención “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.²⁹ Tales requisitos y condiciones se evalúan a partir de la aplicación de ciertos criterios: a) legalidad; b) fin legítimo; c) idoneidad; d) existencia de alternativas menos restrictivas; y e) proporcionalidad en sentido estricto.³⁰

La legalidad se relaciona con la necesidad de que la norma que establece una restricción sea una ley en sentido formal y material. El fin legítimo se vincula con la protección de un bien jurídico tutelado. La idoneidad implica determinar si existe una relación lógica de causalidad entre la medida que interfiere o restringe el ejercicio de un derecho y el fin que pretende perseguir. La existencia de alternativas

27. Ídem, pp. 35 y ss. y pp. 684 y ss.

28. Para un análisis sobre los criterios de la CIDH en torno de la legitimidad de las restricciones, ver PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 89 y ss.

29. Corte IDH, OC- 5/85 del 13/11/1985, Serie A N°. 5, párr. 37.

30. Ver, entre otros, Corte IDH, *Caso Escher y otros...*, *op. cit.*, y Comisión IDH, *Caso Gretel Artavia Murillo...*, *op. cit.*

menos restrictivas conduce a evaluar si el Estado contaba con otros medios menos restrictivos e igualmente idóneos para contribuir a lograr el fin legítimo que persigue. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto se conecta con la ponderación entre el sacrificio del derecho restringido o en el cual la medida estatal tiene injerencia, y los beneficios de la misma en términos del logro del fin perseguido.³¹

Desde este marco teórico puede concluirse que la restricción que el Proyecto impone al derecho a la identidad, al desestimar la posibilidad de obtener un emplazamiento filial acorde con el dato genético o biológico, resulta proporcional y, por ende, legítima.

En primer lugar, en tanto responde a un fin legítimo, cual es la protección de la identidad del niño en sentido dinámico, es decir, la identidad socioafectiva vinculada con la circunstancia de integrar una familia determinada, componente esencial en la conformación de su subjetividad. Pero además de ese fin legítimo, la restricción impuesta por el Proyecto tiende a garantizar otros derechos involucrados desde la perspectiva de los usuarios de las TRA, cuales son –como vimos– la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar, el derecho a formar una familia e, incluso, la llamada paternidad socioafectiva o paternidad social emergente de la voluntad procreacional y que también se alza como un elemento del derecho a la identidad, esta vez de los adultos involucrados.

En segundo término, la restricción supera el tamiz de la idoneidad, pues existe una relación lógica de causalidad entre la medida restrictiva que desestima la posibilidad de obtener un emplazamiento filial acorde al dato genético y biológico, y los fines que se persiguen, esto es, el resguardo del derecho a la identidad en sentido dinámico de niños y adultos involucrados, así como el derecho a conformar e integrar una familia y a repeler las injerencias en las decisiones en orden a la vida privada y familiar, derechos que se verían frustrados si pudiera dejarse sin efecto el vínculo jurídico emergente de la voluntad procreacional.

Por otra parte, no se verifica la existencia de alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas para contribuir a lograr los fines legítimos que persiguen,³² de lo que da cuenta la uniformidad de soluciones brindadas en el derecho comparado en el sentido de prohibir las acciones de emplazamiento y desplazamiento cuando se accede a la filiación por TRA.

Por último, y en cuanto al subprincipio o criterio de proporcionalidad en sentido estricto, de la ponderación del “peso” de los derechos que entran en colisión en el caso concreto, puede concluirse que el sacrificio del derecho a la identidad como sinónimo de un emplazamiento filial acorde con la realidad genética y biológica, se justifica por los beneficios que subyacen en la protección del derecho a la identidad

31. Ver Comisión IDH, *Caso Gretel Artavia Murillo...*, *op. cit.*

32. Ello sin perjuicio de lo que se analizará en el punto siguiente.

en sentido dinámico, el derecho a formar una familia y la toma de decisiones libres en relación con la vida privada y familiar.

IV. DERECHO A LA IDENTIDAD Y DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES: EL ANONIMATO DEL DONANTE

1. El derecho a conocer los orígenes como un derecho humano

El análisis de la proporcionalidad de las soluciones impuestas en el Proyecto en materia de TRA exige distinguir entre el emplazamiento filial y el acceso a los orígenes como *dos aspectos diferenciados y autónomos*³³ del complejo de variables que proyecta el derecho a la identidad.

El derecho a conocer los orígenes como proyección del derecho a la identidad ha sido reconocido expresamente en el derecho comparado³⁴ y, en especial, en el ámbito comunitario europeo, a través de sendos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,³⁵ entre los cuales se destacan “Gaskin c/ Reino Unido”, del 7/07/1989, “Mikulic c/ Croacia”, del 7/02/2002, y “Ebru et Tayfun Engin Çolak c/ Turquía”, del 30/05/2006.³⁶ Frente a contextos fácticos diferenciados,³⁷ el Tribunal

33. Tan es así, que nuestra jurisprudencia muestra ejemplos en los que expresamente se ha puesto de resalto la necesidad de distinguir estos dos elementos, admitiendo una acción autónoma (sea como acción meramente declarativa o como medida autosatisfactiva) para conocer los orígenes, sin que ello implique el desplazamiento del estado filial que se ostenta (ver Juzg. Familia Córdoba N° 4, 7/9/2005, F., C., RDF III- 2006, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 159; y Trib. Familia Morón N° 2, 12/12/2005, A., V. E., RDF- III, 2006, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 97).

34. Ver Constitución suiza (art. 119.2 g); Constitución de Venezuela (art. 56); Constitución de Colombia (art. 15); Constitución de Etiopía (art. 36); etc.

35. En adelante TEDH.

36. Todos disponibles en [<http://www.echr.coe.int/echr/>].

37. En caso “Gaskin” una huérfana de 17 años que solicitó al Ayuntamiento que le hiciera entrega de la documentación que obraba en su expediente, necesaria para entablar sendas acciones judiciales contra las familias de acogida que la habían maltratado durante su infancia; mientras que en los precedentes “Mikulic” y “Ebru”, se reclamó un proceso rápido y eficaz para establecer una paternidad extramatrimonial que era denegada. En el derecho infraconstitucional, cabe mencionar la “Ley para la clarificación de la paternidad independiente de procedimiento de impugnación” de Alemania, sancionada el 31/03/2008, que reforma el art. 1598 del Código Civil, admitiendo una pretensión autónoma dirigida a la clarificación de la paternidad/maternidad mediante la realización de pruebas biológicas, con independencia del

concluyó, en el primer caso, que “el respeto por la vida privada requiere que toda persona pueda ser capaz de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos, y que en principio aquéllos no pueden ser obstruidos por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada”; y en los segundos, reconoció “el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la identidad de sus progenitores”.³⁸

Nuestra Corte Suprema ha hecho alusión al derecho a conocer los orígenes en varios precedentes. A modo de ejemplo, puede recordarse el voto en disidencia de Petracchi en el caso “Muller”, de fecha 13/11/1990, donde se afirma que entre los derechos implícitos consagrados por el art. 33 de la Constitución “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 particular-mente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”.³⁹

En materia de infancia, el derecho a conocer los orígenes ha sido reconocido por el art. 7.1 de la CDN, en tanto dispone que el niño tiene derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. La expresión “en la medida de lo posible” constituye otra restricción –de las tantas que impone la Convención– a los derechos del niño,⁴⁰ en este caso, al acceso a sus orígenes como proyección del derecho a la identidad.

El alcance de esta limitación ha dado lugar a dos interpretaciones doctrinarias, resultantes de ponderar el derecho a la identidad del niño en relación con el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos o, en el caso, los dadores de material

desplazamiento del estado filial. Esta reforma responde a un mandato del Tribunal Constitucional al legislador en su sentencia de 13/02/2007, para acomodar el derecho vigente a las cuestiones que plantea la aportación a un procedimiento de impugnación de la paternidad de una prueba genética realizada clandestinamente sin el conocimiento ni el consentimiento de los interesados (el caso fue reseñado por LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, en *Revista para el www.indret.com. Análisis del derecho*, [http://www.indret.com/pdf/561_es.pdf], compulsado el 13/02/2013).

38. Las traducciones me pertenecen.

39. CSJN, 13/11/1990, *Muller, Jorge s/denuncia*, Fallos 313:1.113.

40. Señala Beloff con acierto, que “cada vez que la CDN reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o el interés superior del niño” (BELOFF, Mary, “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 14).

genético: la primera sostiene que la expresión “en la medida de lo posible” es una restricción *jurídica* que implica que la concreción del derecho queda supeditada a la existencia de un reconocimiento legal en cada estado; la segunda, entiende que se trata de una limitación *fáctica*, referida a la existencia real de datos informativos.⁴¹ La adopción de una u otra postura exige una ponderación de los derechos en juego y un análisis desde el principio de proporcionalidad, que dejaré para el final de este apartado.

2. El derecho a conocer los orígenes frente al uso de TRA en el derecho comparado

En términos generales, las legislaciones extranjeras que se ocupan de regular las TRA pueden alinearse en dos corrientes. La primera está conformada por los ordenamientos que tienden a suprimir cualquier obstáculo jurídico para la aplicación de estas técnicas y, por ende, no le otorgan al nacido la posibilidad de conocer la identidad de quien facilitó el material genético, salvo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a la legislación penal.⁴² En cambio, el segundo grupo de legislaciones reconocen al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo. Esta posibilidad comenzó tímidamente en Suecia y luego fue expandiéndose por distintas legislaciones europeas.⁴³

41. Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. II, pp. 790 y ss.

42. Ver, por ejemplo, art. 5.5, Ley 14/2006 española, cuya constitucionalidad –en referencia a su antecesora, la ley 35/1988– fue avalada por el Tribunal Constitucional (Res. 116/1999, 17/06/1999, [www.tribunalconstitucional.com]), fallo comentado favorablemente por ROCA TRIAS, Encarna, “Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, pp. 89 y ss. y de manera crítica por DURAN RIVACOBRA, Ramón, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales en los casos de madre soltera y donante de esperma”, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100002&script=sci_arttext], compulsado el 12/02/2013. Ver en el mismo sentido el art. 1460 de la ley griega 3089/2002 y art. 542 del Código Civil de Québec. Con alcance más restrictivo, el art. 16.8 del Código Civil francés (introducido por la Ley N° 94-653), cuyo último párrafo prevé que “En caso de necesidad terapéutica solo los médicos del donante y del receptor podrán tener acceso a las informaciones que permitan la identificación de ambos” (el destacado me pertenece). Similar es la disposición de la sección IV de la Resolución del Consejo Federal de Medicina de Brasil 1.957 del 15/12/2010.

43. La experiencia dividida del derecho comparado ha proyectado las mismas disidencias entre los doctrinarios extranjeros. Entre quienes se inclinan por reconocer el derecho del hijo a conocer su origen genético, pueden mencionarse SAPENA, Josefina, *Fecundación artificial y derecho*, Asunción, Intercontinental, 1998, p. 128; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y derechos de la familia*, Arequipa, Grijley, 2005, p. 246; DE LORENZI, Mariana; PIÑERO, Verónica B., “Assisted human reproduction

La “Swedish Insemination Act” N° 1.140 de 1984 reconoce el derecho del hijo nacido por TRA a conocer la identidad de quien proporcionó el material genético cuando alcance madurez suficiente (lo cual se juzgará en cada caso en concreto), sin que ello provoque efecto alguno sobre la filiación atribuida por medio del consentimiento prestado oportunamente. Por el contrario, los progenitores que se han sometido a dichas técnicas carecen del derecho a obtener información.

En el mismo sentido, la Ley austríaca de reproducción médica asistida N° 275/1992 consagra el derecho del niño, a partir de los catorce años, a tomar conocimiento de la identidad del donante de material genético (art. 2, sección 20ma), tras disponer expresamente que “los donantes de semen no tienen derecho al anonimato” (art. 1, sección 20ma.). Ello sin la posibilidad de generar vínculo jurídico alguno entre el niño y el donante. Las clínicas dedicadas a la fertilización asistida tienen el

offspring and the fundamental right to identity: the recognition of the right to know one's origins under the European Convention of Human Rights”, *Future Medicine*, January 2009, Vol. 6, N° 1, p. 90, [<http://www.futuremedicine.com/doi/abs/10.2217/17410541.6.1.79>], compulsado el 11/02/2013; SILVA- RUIZ, Pedro, “El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/151/dtr/dtr11.pdf>], compulsado el 11/02/2013; VIDAL PRADO, Carlos, “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna”, [www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?], compulsado el 16/02/2013; DANIELS, Ken y LAOS, Othon, “The Swedish insemination act and the availability of donors”, *Human reproduction Oxford*, Volumen 10, Issue: 7, 2005, pp. 1871-1874, [www.ncbi.nlm.nih.gov], compulsado el 16/02/2013; FRITH, Lucy, “Gamete donation and anonymity. The ethical and legal debate”, *Human Reproduction*, Vol. 16, N° 5, Oxford Journal, 2001, pp. 818 y ss., [<http://humrep.oxfordjournals.org/content/16/5/818.full>], compulsado el 12/02/2013; etc. De la vereda de enfrente, además de la citada Roca Triás, se encuentran, entre otros, BUSTOS PUECHE, José E., *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 135; PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 210; etc. Nuestra doctrina nacional se ha mostrado oscilante sobre la cuestión del anonimato. De un lado están quienes defienden el derecho a la identidad biológica a ultranza y, por tal razón, llanamente se muestran contrarios a la fertilización heteróloga, tales como LOYARTE, Dolores- ROTONDA, Adriana, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 389 y 390; CAFFERATA, “Las nuevas técnicas...”, *op. cit.*; etc. Desde otra perspectiva, y entre quienes se enrolan por dar preeminencia a la voluntad procreacional, la gran mayoría se inclina por el rechazo de la posibilidad de acceder a la identidad del donante (ver LEVY - INIGO, “Identidad, filiación...”, *op. cit.*, p. 263; BOSSERT, “Fecundación asistida”, *op. cit.*; KIPER, Jorge, *La justicia en la sociedad que se acerca. La fecundación asistida*, Buenos Aires, Losada, 1996, t. I, p. 81). Otros autores, se enrolan en una postura intermedia que admite el levantamiento de la reserva de la identidad del donante por razones excepcionales y justificadas (ver SAMBRIZZI, *La filiación...*, *op. cit.*, p. 26; LLOVERAS, Nora-SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, p. 194; etc.). Por último, entre quienes sostienen la necesidad de regular el acceso a la identidad del donante de material genético, pueden mencionarse KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Informe sobre Procreación Asistida presentado en el *II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR*, Buenos Aires, UBA, Agosto 2006; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 4a ed. actual., Buenos Aires, LexisNexis- Abeledo- Perrot, 2007, t. I, pp. 403 y 404; VIDELA, Mirta, *Los derechos humanos en la bioética*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 181; etc.

deber de guardar los registros con indicación del nombre del donante, la fecha y el lugar de nacimiento, su nacionalidad, la residencia y el nombre de sus padres (sección 15ta.). Los progenitores, en cambio, solo pueden acceder a dicha información en casos excepcionales justificados por razones médicas.

En Suiza se admite la revelación de la identidad del donante a partir de la sanción de la Ley federal 810.11 concerniente a la procreación con asistencia médica, del 18/12/1998, complementada por la Ordenanza sobre la Medicina reproductiva 810.112.2, del 4/12/2000. El art. 27 de la citada norma dispone que “El niño que haya cumplido 18 años de edad podrán solicitar a la Oficina informaciones sobre los datos relativos a las características físicas y las generalidades del donante. 2 Por otra parte, podrá en cualquier momento solicitar información sobre todos los datos del donante, ya que puede alegar un interés digno de protección. 3 Antes de que el Departamento transmita la información sobre su identidad, el donante deberá ser informado, en la medida de lo posible. Si el contacto personal con su hijo es rechazado, aquél debe ser informado acerca de los derechos personales del donante y de los derechos a la protección de su familia. Si el niño mantiene su solicitud de conformidad con el párrafo 1, la información necesaria le será emitida”.⁴⁴

En Holanda, la Ley del 25/04/2002, conocida como “Ley de Información del Donante inseminación artificial”, suprimió el anonimato de los donantes de material genético. Esta norma prevé que a partir de los doce años, el niño tendrá derecho a acceder a la información sobre las características físicas, la educación, la ocupación y cualquier otra relativa al entorno social del donante, y a los dieciseis años, podrá tener acceso a su identificación, siempre que el donante hubiera firmado su consentimiento informado en este sentido. El donante tendrá derecho a oponerse a que se revele su identidad interponiendo el recurso respectivo dentro de los treinta días de notificación de la solicitud del hijo. Llegado el niño a los dieciseis años, los datos identificatorios también podrán ser proporcionados a los progenitores, a solicitud de uno o ambos. Toda la información requerida deberá brindarse con la asistencia de expertos (art. 3, conf. lo dispuesto por el art. 2 incs. b y c).

En Noruega, la responsable de eliminar el anonimato de los donantes fue la Ley N° 100, del 5/12/2003, relativa a la “Aplicación de la biotecnología en la medicina humana”. Dicha norma establece que “Cualquier persona que haya nacido como resultado de la reproducción asistida utilizando esperma donado tiene el derecho a la información sobre la identidad del donante de esperma, a la edad de 18 años. Un registro de donantes ayudará al niño en esta materia” (art. 2.7). Al firmar

44. La traducción me pertenece. La citada ordenanza agrega que la Oficina convocará personalmente al niño y le entregará por escrito un informe conteniendo los datos identificatorios del donante. La comunicación tendrá lugar, en la medida de lo posible, en presencia de una persona con formación en la psicología social (art. 23).

su consentimiento informado para la donación, el donante deberá a su vez consentir que su identidad sea registrada (art. 2.9).⁴⁵

En Gran Bretaña, el anonimato fue suprimido mediante la “Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations 2004 (Disclosure of Donor Information)” N° 1511, del 1/07/2004. Esta disposición regula dos situaciones distintas: la de quienes fueran donantes antes del 31/05/2005, y la de los que lo fueran luego de esa fecha. En el primer caso, la ley prescribe que llegado a los 18 años, el joven concebido mediante TRA tiene derecho a recibir información genérica (sexo, grupo étnico, religión, integración familiar del donante, etc.), pero no se incluye el acceso a la información que permita identificar al donante. En el segundo caso, es decir, para las donaciones realizadas luego del 31/05/2005, el acceso a la información contiene los datos identificatorios. En consonancia con ello, la “Human Fertilisation and Embryology Act” de 2008 se refiere especialmente al tema en la sección 31ZA, donde se determina que a partir de los 16 años el hijo puede tener acceso a cierta información relativa al dador de gametos; y que al arribar a la mayoría de edad (los 18 años) puede acceder a que se le informe sobre su identidad.

Por último, la Ley N° 1237/2006 de Fertilización Asistida de Finlandia también se ocupó de suprimir el anonimato, aunque con ciertas particularidades. En principio, se dispone que a partir de los 18 años el hijo tendrá derecho a obtener del proveedor de servicios una copia del consentimiento para el tratamiento y el código de los donantes de material genético que le permitan acceder a su identificación (art. 23). Pero, además, la citada norma establece la posibilidad de que al firmar el consentimiento informado, el donante “preste su conformidad de que puede ser con-firmado como el padre del niño nacido” en virtud de la utilización de tales técnicas (art. 16, ap. segundo).⁴⁶

3. Ponderación de derechos y proporcionalidad de solución prevista en el Proyecto

El art. 564 del Proyecto estipula que “La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

45. La traducción desde el inglés me pertenece.

46. La traducción desde el inglés me pertenece.

La legislación proyectada adopta una postura intermedia –que encuentra un antecedente en la Ley portuguesa 32/2006 sobre “Procreación médicamente asistida”–,⁴⁷ reconociendo al nacido el derecho a acceder a la información relativa a los datos médicos del donante cuando hay riesgo para la salud, la cual puede obtenerse directamente del centro de salud interviniente, y la posibilidad de que se revele la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, que seran evaluadas por la autoridad judicial.

El examen de la proporcionalidad de la norma exige considerar los derechos implicados y delimitar los alcances de “las razones debidamente fundadas” que dan lugar al levantamiento de la reserva de la identidad del donante. Dicho análisis se complementa con la necesidad de retomar el significado de la expresión “en la medida de lo posible” contenida en el art. 7.1 de la CDN cuando refiere al derecho del niño a conocer a sus padres.

Si existe –como vimos– un derecho humano a conocer los orígenes disgregable del derecho al emplazamiento filial, la norma proyectada se alza como una restricción a este derecho, pues supedita su ejercicio a la configuración de determinadas circunstancias. Tal restricción será legítima en la medida en que se verifiquen los criterios ya mencionados: fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas, y proporcionalidad en sentido estricto. Lo mismo cabe decir sobre la limitación impuesta por el art. 7.1 de la CDN.

Desde la perspectiva expuesta, puede decirse que ambas limitaciones se encuentran justificadas por fines legítimos, cuales son la protección del derecho a la intimidad de los dadores de material genético y la subsistencia del sistema de fertilización heteróloga que se basa en la existencia de daciones de material genético, aspecto práctico que en el plano jurídico encuentra correlación con el reconocimiento del derecho a fundar una familia. También debe señalarse que se trata de medidas idóneas, pues existe una relación lógica de causalidad entre las restricciones y los fines perseguidos.

Es en orden a los criterios de las alternativas menos restrictivas y la proporcionalidad en sentido estricto donde estas medidas resultan discutibles o, al menos, exigen ser interpretadas a la luz del principio *pro homine* para evitar que mediante ellas se vulnere el derecho a conocer los orígenes. En efecto, como bien señala

47. Cuyo art. 15 prevé que “... 2) Las personas que nacen como resultado de procesos de tecnologías de reproducción asistida con el uso de la donación de gametos o embriones pueden, obtener la información de naturaleza genética, con exclusión de la identificación del donante. 3) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las personas allí referidas pueden obtener información sobre la existencia de algún impedimento legal para contraer matrimonio, debiendo mantenerse la confidencialidad de la identidad del donante, a menos que aquél lo permita expresamente. 4) No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, también se puede obtener información sobre la identidad del donante por razones de peso reconocidas por decisiones judiciales...” (la traducción me pertenece).

Pinto, “la aplicación del principio pro homine impone no extender más allá de lo permitido el campo de las restricciones”, pero, además, implica que “aun las restricciones legítimas deben interpretarse lo más restrictiva o limitadamente”. En caso de colisión de derechos, “se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía”, de modo que como sostiene la Corte IDH, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁴⁸

En este entendimiento debe interpretarse entonces la expresión “en la medida de lo posible” contenida en el art. 7.1 de la CDN, de modo que tal limitación al derecho a conocer los orígenes debe considerarse alusiva solo a los impedimentos de índole fácticos –o sea, imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información– y no a los de índole legal.

Por otra parte, y en cuanto al art. 564 proyectado, una interpretación literal nos conduce a sostener que se consagra el anonimato como regla, previéndose circunstancias muy excepcionales para desvirtuarlo, sea a causa de un riesgo en la salud del hijo, o por “razones debidamente fundadas” que serán evaluadas por la autoridad judicial. En esta línea, se pondera el derecho a la intimidad del donante y la subsistencia del sistema de fertilización para facilitar el acceso de los usuarios a estas técnicas, como correlato de su derecho a fundar una familia, por sobre el derecho del concebido a conocer los orígenes, aspecto esencial de su derecho a la identidad.

La medida luce desproporcionada si se observan dos cuestiones. Por un lado, que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRA ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines. Como sostuvo Kemelmajer de Carlucci en su crítica al caso “Odièvre” del TEDH, a mi juicio extensible al caso en estudio, la solución del Proyecto “Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente... sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer”.⁴⁹ Por otro lado, la previsión legal no resulta la menos restrictiva de entre todas las idóneas para garantizar

48. PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, pp. 164 y ss.

49. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odièvre v. France’”, RDF N° 26, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 89.

la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas de tipo educativo para fomentar las donaciones, como muchas de las que se diseñan –por citar un ejemplo– en materia de donación de órganos.

En definitiva, ponderando los derechos en juego, debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional. Es que aquí al igual que en la adopción (aunque con connotaciones diversas, ya que en materia de TRA es más preciso hablar de “realidad biológica o genética” que de “origen”, puesto que la concepción de este niño no ha sido producto de una relación, no ha habido una historia ni siquiera ocasional que vinculara a sus progenitores, y el donante no participa activamente desde lo humano en la procreación) existe un derecho a tener acceso a la verdadera historia, que en el contexto reseñado abarca el de conocer quiénes han aportado material genético para luego hacer viable la fecundación, y que constituye un elemento trascendente para la configuración de la propia subjetividad y para el desarrollo físico, emocional y psicológico de los seres humanos.

Los beneficios del reconocimiento de este derecho justifican el sacrificio a la intimidad de quien ha donado su material genético, y al derecho a formar una familia de los usuarios de TRA, si ello pudiera significar una disminución de la cantidad de donaciones que tornan viable el acceso a tales técnicas.

Más allá de la interpretación literal de la norma proyectada, una interpretación menos restrictiva de la limitación legal a la luz del principio *pro homine*, llevaría a sostener que el acceso a los orígenes constituye por sí solo una de las “razones debidamente fundadas” que ameritan el conocimiento de los datos identificatorios del donante de material genético, sin que ello pueda quedar a criterio de la autoridad judicial.

En rigor, el pleno reconocimiento del derecho a la identidad del hijo concebido mediante TRA supone la readecuación de la disposición proyectada, asimilando estos supuestos a la protección especial que en relación al derecho a conocer los orígenes brinda el art. 596 del Proyecto en materia de adopción. Si bien los contextos fácticos que llevan a la adopción y a la filiación por TRA difieren notablemente, no se vislumbra una justificación razonable para otorgar a ambas instituciones un tratamiento diferenciado en orden al conocimiento de los orígenes, pues en los dos casos se busca reconstruir el pasado y acceder a la verdadera historia.

Si en materia de adopción, el niño con edad y grado de madurez suficiente⁵⁰ “tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo

50. Ello de acuerdo con el principio de capacidad o autonomía progresiva emergente del art. 5 de la CDN y normas concordantes. Si bien excede el enfoque que he querido dar a este trabajo, debo aclarar que entiendo que la capacidad progresiva de quien pretende ejercer el derecho a conocer sus orígenes se verifica desde el mismo momento en que tiene la inquietud de iniciar un trámite administrativo o proceso

requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos”, e incluso, el adolescente “está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes”, no se advierte la razón para limitar esta posibilidad en la órbita de las TRA, sujetándola al arbitrio judicial.

V. CONCLUSIONES

Las reflexiones esbozadas a lo largo de este trabajo permiten concluir que la prohibición de entablar acciones de emplazamiento y desplazamiento frente a la filiación por TRA recogida en el Proyecto, constituye una restricción legítima al derecho a obtener un estado de familia acorde con el dato genético o biológico, como uno de los componentes del derecho a la identidad, pues se alza como una medida idónea y proporcionada en aras a la protección de este derecho en su faz dinámica, edificado en el caso a partir de la voluntad procreacional.

Pero tal limitación es razonable siempre y cuando se reconozca de manera amplia la posibilidad de acceder a los orígenes, aspecto autónomo del derecho a la identidad, cuya restricción no se justifica en orden a satisfacer otros derechos, como la intimidad del donante y el acceso a las TRA por parte de los usuarios. Desde tal perspectiva, la solución intermedia adoptada en la norma proyectada no supera el test de proporcionalidad, por lo que a la luz del principio *pro homine* debe ser reformulada, eliminándose el requisito de evaluación judicial para acceder a los datos identificatorios, que deberán estar disponibles cuando así sea solicitado por el interesado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDORNO, Luis O., “Regulación de las técnicas de procreación asistida. Síntesis de la legislación europea y comentario de dos proyectos de ley presentados al senado argentino”, en *Revista Persona*, N° 58, noviembre de 2006, disponible

judicial a tales fines. Y ello en tanto debe presumirse que todo niño que se presenta por sí en búsqueda de su identidad filial, se encuentra en condiciones de formar un juicio propio y reviste madurez suficiente para acceder a la verdad.

- en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm>, compulsado el 26/02/2013.
- ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, LL 1991-B-1198.
- AZPIRI, Jorge O., “Los matrimonios homosexuales y la filiación”, DFyP, año 2, N° 9, octubre de 2010, La Ley, pp. 3-10.
- BELLUSCIO, Augusto C., “Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal”, LL 1978-C-931.
- BELOFF, Mary, “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 1-45.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho a la intimidad, derecho a la identidad e interés general”, en RABBIBALDI CABANILLAS, Renato (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Buenos Aires, Universidad Austral, 1993, pp. 141-155.
- BÍSCARO, Beatriz R. y GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia S., “Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga”, LL 1987-B-804.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, 10 ma. ed., Actualizado por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- BOSSERT, Gustavo A., “Fecundación asistida”, JA 1988-IV, 872.
- BUSTOS PUECHE, José E., *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996.
- CABRERA, Delma B. y CODEGLIA, Luis M., “Responsabilidad por violación del derecho a la identidad”, en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 115- 129.
- CAFFERATA, José I., “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED 130-751.
- CIFUENTES, Santos, “El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido”, LL 2001-C-759.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y derechos de la familia*, Arequipa, Grijley, 2005.

- DANIELS, Ken y LAOS, Othon, “The Swedish insemination act and the availability of donors”, *Human reproduction Oxford*, Vol. 10, Issue: 7, 2005, pp. 1871-1874, www.ncbi.nlm.nih.gov, compulsado el 16/02/2013.
- DE LORENZI, Mariana y PIÑERO, Verónica B., “Assisted human reproduction offspring and the fundamental right to identity: the recognition of the right to know one’s origins under the European Convention of Human Rights”, *Future Medicine*, January 2009, Vol. 6, N° 1, p. 90, <http://www.futuremedicine.com/doi/abs/10.2217/17410541.6.1.79>, compulsado el 11/02/2013.
- DELLACQUA, Mabel, “Reflexión prospectiva de la inconstitucionalidad del artículo 259 Código Civil en relación a los legitimados”, LLGran Cuyo, 2006 (marzo)-239.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, JA 1965-III-21.
- DURAN RIVACOBÁ, Ramón, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales en los casos de madre soltera y donante de esperma”, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100002&script=sci_arttext, compulsado el 12/02/2013.
- FAMÁ, María Victoria, “‘Padres como los demás...’. Filiación y homoparentalidad en la Ley 26.618 de matrimonio igualitario”, RDF N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 55-98.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- FRITH, Lucy, “Gamete donation and anonymity. The ethical and legal debate”, *Human Reproduction*, Vol. 16, N° 5, Oxford Journal, 2001, <http://humrep.oxfordjournals.org/content/16/5/818.full>, compulsado el 12/02/2013.
- FROMM, Erich, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, 5ta. ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1967.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y FAMÁ, María Victoria- HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “La filiación matrimonial. Su reforma según la Ley 23.264”, LL 1986-D-924.
- GROSMAN, Cecilia, *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Buenos Aires, Ábaco, 1984.
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989.
- INIGO, Delia B.; LEVY, Lea M.; WAGMAISTER, Adriana, voz “Reproducción humana asistida”, en LAGOMARSINO, Carlos; SALERNO, Marcelo (dirs.) y URIARTE, Jorge

- (coord.), *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, Universidad, 1994, t. III, pp. 551-565.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odièvre v. France’”, RDF N° 26, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pp. 77-100.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Informe sobre Procreación Asistida presentado en el *II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR*, Buenos Aires, UBA, Agosto 2006.
- KIPER, Jorge, *La justicia en la sociedad que se avecina. La fecundación asistida*, Buenos Aires, Losada, 1996.
- KRASNOW, Adriana N., *Filiación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”, en *Revista para el Análisis del derecho*, http://www.indret.com/pdf/561_es.pdf, compulsado el 13/02/2013).
- LAMM, Eleonora, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, Suplemento especial, *El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, 2012-II, pp. 68-83.
- “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, pp. 76-91, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf, compulsado el 11/02/2013.
- LEVY, Lea M. y INIGO, Delia B., “Identidad, filiación y reproducción humana asistida”, en BERGEL, Salvador B. y MINYERSKY, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 259-270.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009.
- LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “Determinación de la maternidad y la paternidad en los casos de fertilización asistida”, en *Derecho de familia. Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 315-332.
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel H., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MIZRAHI, Mauricio L., “El niño y la reproducción humana asistida”, LL, 30/08/2011.
- “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, LL, 23/08/2004.

- PARELLADA, Carlos A., “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, *Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 420-439.
- PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.
- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, pp. 163-171.
- *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 4a ed. actual, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES, Cándido; DIEZ PICAZO, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo- SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, t. I, pp. 128-189.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004.
- SAPENA, Josefina, *Fecundación artificial y derecho*, Asunción, Intercontinental, 1998.
- SILVA-RUIZ, Pedro, “El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/151/dtr/dtr11.pdf>, compulsado el 11/02/2013.
- TUGENDHAT, Ernst, “Identidad: personal, nacional y universal”, en *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1993, pp. 37-64.
- VIDAL PRADO, Carlos, “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)”, www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?, compulsado el 16/02/2013.
- VIDELA, Mirta, *Los derechos humanos en la bioética*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- ZANNONI, Eduardo A., “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La ‘verdad biológica’: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?”, LL 1998-C-1179.
- *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

MARTÍN E. PAOLANTONIO*

Resumen: Se analiza críticamente la solución que propone el art. 765 del Proyecto de Código Civil para las obligaciones en moneda extranjera. La norma proyectada por el Poder Ejecutivo Nacional (apartándose del Anteproyecto) vuelve al sistema originario del Código Civil, al considerar a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones de dar cantidades de cosas. De ese modo, se reabren cuestiones interpretativas que fueron objeto de vivo debate en la doctrina y jurisprudencia hasta 1991, sin que se aprecie ventaja alguna para el cambio propuesto. Por el contrario, la incertidumbre que genera la norma objeto de análisis, sumada a la prohibición de indexación contractual, se traducirán sin dudas en mayores costos de transacción en la contratación privada, y una innecesaria litigiosidad.

Palabras clave: obligaciones en moneda extranjera – nominalismo – indexación – costos de transacción.

Abstract: This work analyzes Section 765 of the Draft Civil Code, which deals with foreign currency obligations. The rule proposed by the Executive Branch returns to the original system of the Civil Code, which did not consider foreign currency obligations as monetary obligations. The proposed text reopens interpretive questions hotly debated in the doctrine and jurisprudence until 1991, without any apparent advantage to be expected from the change. On the contrary, the uncertainty generated by the proposed rule, coupled with the prohibition of contractual indexing, will undoubtedly result in higher transaction costs in private contracting, and unnecessary litigation.

Keywords: foreign currency obligations – monetary nominalism – indexation – transaction costs.

*Abogado, egresado con Diploma de Honor (UBA, 1988). Magister en Dirección de Empresas (UCEMA, 2005). Profesor Adjunto del Departamento de Derecho Económico Empresarial y del Departamento de Derecho Privado (Facultad de Derecho - UBA). Docente de posgrado (Facultad de Derecho - UBA y Universidad Austral). Autor de diversos libros y publicaciones (ver http://works.bepress.com/martin_paolantonio/).

La problemática del contrato internacional es diferente en cuanto incorpora nociones propias del Derecho Internacional Privado en cuanto al alcance de la autonomía de la voluntad, así como la posible aplicación de normas extranjeras. En este trabajo, nos referimos a las operaciones sin elementos multinacionales.

1. LA MONEDA EXTRANJERA Y LA CONTRATACIÓN PRIVADA: NOCIONES INTRODUCTORIAS

La contratación en moneda extranjera en el sector privado ha ocupado un lugar relevante en las últimas décadas, no solo en su ámbito natural de las operaciones internacionales, sino en el de las de carácter doméstico –las que constituyen el objeto de este trabajo–.

Las razones son variadas, pero fundamentalmente se ha tratado de un mecanismo convencional destinado a evitar las consecuencias que, bajo gobiernos de diferente signo político, se han seguido inexorablemente del permanente envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda nacional.

No ha sido, en gran parte de los casos, más que un remedio –imperfecto– frente a la incertidumbre que genera la inflación corriente y la esperada, sin que la pretensión final del acreedor de la obligación nominalmente en moneda extranjera se identifique con la recepción de la especie contratada, aunque esta última circunstancia no puede descartarse de un modo apriorístico.¹

Es fácil comprender que en una legislación atada al principio nominalista, las obligaciones de dar sumas de dinero exponen al acreedor a un perjuicio sustancial para todos aquéllos contratos que no sean de ejecución instantánea, aun en el caso en que su deudor cumpla en tiempo y forma con lo pactado.

Ese criterio del legislador no genera inconvenientes en una economía relativamente estable, con una depreciación monetaria previsible.² Pero no ha sido ese el caso, por décadas, en la Argentina. Los desaciertos continuos de diversas políticas económicas –diferentes en el diagnóstico, pero coincidentes en la consecuencia inflacionaria– llevaron principalmente³ a dos mecanismos correctivos en la contratación privada:⁴ la dolarización y/o la indexación de las obligaciones monetarias.

1. De allí la distinción que tradicionalmente han reconocido la doctrina y la jurisprudencia entre el uso de la moneda extranjera como objeto específico debido, o “moneda del contrato”, y el recurso a ella como cláusula de ajuste o estabilización: *infra*, Sección 2.

2. Recientemente se ha cumplido el bicentenario de la primera moneda nacional, aunque la uniformidad real en materia monetaria data de 1883. Desde esa fecha a la actualidad (130 años), la moneda nacional “perdió” –inflación mediante– trece ceros, por lo que un peso actual equivale a 10 billones de 1883. Huelga cualquier análisis adicional.

3. Existen otros mecanismos contractuales que pueden utilizarse para fines análogos de estabilización (por ejemplo, cláusula oro/pesos argentinos oro; referencia al precio de otros bienes o servicios; cláusulas de renegociación periódicas), pero ninguno de ellos ha tenido un lugar relevante en la práctica, particularmente por la mayor complejidad de cálculo y menor difusión y conocimiento de los valores correspondientes.

4. Aquí nos referimos a la contratación privada, sin ignorar que las obligaciones en el ámbito del Derecho Público han seguido en reiteradas ocasiones un camino similar, ya que de otro modo hubiera resultado imposible captar fondos voluntariamente de los inversores.

En este trabajo nos interesa la primera de las alternativas mencionadas, cuya difusión fue generando problemas vinculados a los desajustes entre la función esperada de la práctica adoptada—estabilización del valor de las prestaciones contractuales— y sus concretos resultados, acrecentados por la volatilidad de la relación de cambio entre la moneda extranjera y la nacional: la utilización de moneda extranjera es una solución inacabada ante la depreciación de la moneda nacional, ya que la tasa de cambio no tiene necesariamente que seguir ni la inflación esperada, ni la modificación del valor de la contraprestación del deudor.⁵

Es también importante en esta sección introductoria prevenir sobre un error frecuente: suponer que el recurso a la moneda extranjera es un beneficio para el acreedor, simplemente trasladando el riesgo de la erosión inflacionaria a su deudor. En los contratos de ejecución continuada o diferida, la contraprestación de la obligación dineraria también modifica su valor nominal con el transcurso del tiempo, y el deudor que paga en moneda depreciada, obtiene una ventaja indebida. Ante esa situación, previsible por el acreedor, su voluntad de participar en el tráfico naturalmente se retrae, y el deudor también sufre las consecuencias seguidas de una menor oferta del bien o servicio que desee adquirir, y de los mayores costos de transacción⁶ cuando esa oferta exista.

Por otro lado, también cabe destacar desde el inicio que la opción que en su momento ofrecía una posible solución al potencial problema de una devaluación importante o una inflación sostenida—las cláusulas de ajuste o indexación— fue

5. Aunque la historia argentina, recordando la infeliz frase de un ministro de economía antes de una devaluación significativa, muestra la falsedad de la frase “*el que apuesta al dólar pierde*” (Lorenzo Sigaut, 1981), lo cierto es que la contratación en moneda extranjera supone el riesgo de revalorización de la moneda nacional (devaluación de la foránea), y la inflación que puede erosionar su poder adquisitivo. Pueden no estar tan presentes en el imaginario colectivo (más proclive al recuerdo de las devaluaciones sustantivas de la moneda nacional, que tantas dificultades han planteado a la doctrina y jurisprudencia), pero su existencia es innegable. Sin necesidad de un detalle sobre el tema, típicamente a cada devaluación importante de la moneda nacional la precede un período de su revalorización o sobrevaloración (así, los períodos de la “tablita” del último gobierno militar, los años finales de la convertibilidad y, probablemente, la situación actual en la primera parte de 2012). Y cabe destacar que no es viable un reclamo indemnizatorio contra el Estado por la modificación de la paridad cambiaria “prometida”: CSJN, 15-8-1995, LL 1996-E-678.

6. El concepto de costos de transacción no es estrictamente jurídico, más allá de su utilización en el ámbito del Análisis Económico del Derecho. Pero tiene una indudable relevancia en el plano contractual y en el beneficio social que se sigue del intercambio económico. En lo que ahora interesa, nos referimos a los costos de negociación y de decisión para llegar a un acuerdo aceptable para las partes. Nótese que la incertidumbre que genera de suyo la inflación endémica pero imprevisible en su cuantificación, es magnificada por la ausencia de herramientas jurídicas para morigerar su efecto vía cláusulas contractuales, cuando existen normas restrictivas de la autonomía de la voluntad a las que se le atribuye el carácter de orden público (como es el caso en la Argentina de la prohibición de indexación contractual: ver notas 3, 25 y 38).

prohibida en 1991 con la Ley 23.928, y su inadmisibilidad ratificada aun con la desaparición de la convertibilidad monetaria.⁷

En ese escenario, los costos de transacción en la contratación privada se incrementan, y la situación –anticipamos– empeora con la norma que incorpora el Proyecto de Código Civil (art. 765), en un contexto de una irrazonable animadversión del poder político al atesoramiento de moneda extranjera por parte de los ciudadanos preocupados por la coyuntura económica, y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional.

Volveremos sobre esta cuestión en la sección final de este trabajo, pero visualicemos a continuación las normas particulares para las obligaciones en moneda extranjera del Código Civil en diferentes momentos, y su análisis por la doctrina y jurisprudencia, para luego considerar la legislación proyectada.

2. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

El art. 617 del Código Civil en su versión primigenia establecía que “*si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas*”.

La norma remitía, en consecuencia, a los arts. 606 a 615 del Código Civil, con aparente exclusión de las reglas propias de las obligaciones dinerarias.

Pero pronto en la doctrina y jurisprudencia, aceptada la validez de la contratación en moneda extranjera, aparecieron interpretaciones que fueron erosionando esa –a primera vista– simple solución, incursionando en el difícil terreno de la determinación de los fines queridos con la inclusión de la divisa estadounidense⁸ en el clausulado contractual.

7. Art. 4, Ley 25.561. Sin embargo, la doctrina ha señalado que la prohibición de indexación –al menos en el escenario de un incumplimiento contractual– solo sería constitucionalmente sustentable en escenarios de inflación moderada (donde se supone la tasa de interés moratorio puede cubrir el envilecimiento monetario). Ver por ejemplo: PAOLANTONIO, Martín E., “Inviabile retorno al nominalismo”, en *LL* 1991-C-692; CASIELLO, Juan J. y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, en *LL* 2003-E-1282; y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”, en *DJ* 2009-1917. En esa línea, también las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003): “*las normas que prohíben los mecanismos de ajuste o repotenciación del monto nominal de la prestación dineraria devendrían inconstitucionales de sobrevenir un persistente o relevante incremento de la depreciación de nuestra moneda*”. Ver también notas 6, 25 y 38.

8. Por supuesto, la mención del dólar estadounidense considera la práctica generalizada en la contratación en moneda extranjera, pero el desarrollo no se modifica por la presencia de otra especie monetaria.

Así, se distinguía entre:⁹

- a. *Obligaciones en moneda extranjera donde se trataba a aquélla auténticamente como “cosa o mercancía”*, las que plenamente se consideraban sujetas a la regla del art. 617 del Código Civil. En este supuesto, típicamente reflejado por la moneda con relevancia numismática, debía estrictamente entregarse el objeto debido para cumplir con el principio de identidad en el pago.
- b. *Obligaciones en moneda extranjera como “cláusula de ajuste”* –la variante más frecuente en la contratación doméstica–, en la que se admitía la posibilidad de liberación en moneda de curso legal¹⁰, considerándose que el propósito de las partes había sido dar estabilidad al valor de la prestación comprometida.
- c. *Obligaciones en moneda extranjera como dinero esencial*, último eslabón de la evolución interpretativa, que implicaba un apartamiento pleno de la regla del art. 617 del Código Civil. En este caso, se reconocía la necesidad de cumplimiento *in natura*, sea por previsión expresa de las partes, o como recurso constructivo para proteger el derecho de crédito que podía verse seriamente afectado por la cotización “oficial” sobrevaluada de la moneda nacional.

Por su lado, y aunque la redacción de la norma generó algún debate en la doctrina,¹¹ el art. 619 redactado por Vélez introducía el principio nominalista como la otra regla fundamental vinculada con las obligaciones monetarias: “*si la obligación del deudor fuese de entregar una suma determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación*”.

No obstante la voluntad del legislador, sus previsiones no suponían un contexto de depreciación del valor de la moneda como consecuencia de la inflación, circunstancia que supone una alteración sustantiva de las funciones que aquélla

9. CASIELLO, Juan J., en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, t. 2A, pp. 431 y ss.

10. Con un intenso debate acerca de la relación de cambio en los extensos períodos de vigencia de controles cambiarios en nuestro país, a lo que se suma el interrogante actual acerca de la validez de esa alternativa ante la prohibición de cláusulas de ajuste o indexación. Volvemos sobre la cuestión en la Sección 4.

11. La discusión acerca del principio nominalista se enfocaba en la parte final del art. 619, y la referencia al derecho de sustitución en otra moneda nacional. Esa solución no tiene espacio en la redacción del Proyecto de Código Civil, y fue ya modificada por la Ley 23.928.

cumple en el tráfico económico. De allí que la inflación—no sin un trabajoso sendero jurisprudencial—¹² tornaría inoperante al nominalismo de las obligaciones dinerarias.

Pero retornemos al ámbito de nuestro desarrollo: las obligaciones en moneda extranjera, y el transcripto art. 617 del Código Civil.

Aunque parte de la doctrina y de la jurisprudencia se aferraron a una interpretación literal de la norma,¹³ pronto quedó en evidencia que ese pensamiento llevaba a conclusiones impecables en la lógica jurídica, pero irremediamente reñidas con la realidad económica,¹⁴ por lo que se fue abriendo paso una interpretación distinta.

Así, a pesar de la calificación de obligación en moneda extranjera querida por el legislador (obligación de dar cantidades de cosas), no resultaba extraño en la doctrina y jurisprudencia prescindir, de manera abierta o solapada, de esa solución,

12. Nos referimos al debate jurisprudencial (acompañado por la doctrina), particularmente luego del denominado “rodrigazo” y la aceleración de los niveles inflacionarios. En nuestro trabajo *Inviabile...*, cit. en nota 4, sintetizamos la jurisprudencia de la CSJN, asentada luego de años de discusiones, del siguiente modo: el reajuste de la deuda no importa un beneficio para el acreedor ni un perjuicio para el deudor, sino que solo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda; (ii) la indexación, manifiesta la necesidad de restablecer el valor real de las prestaciones, en tutela del derecho de propiedad, que es el fundamento constitucional del reajuste; (iii) el reconocimiento del reajuste monetario, se da con independencia de la situación de mora; (iv) el ajuste posterior a una sentencia firme no importa desconocer los lineamientos de un fallo consentido, sino reafirmar la cosa juzgada; y (v) si bien el reajuste por depreciación monetaria constituye una cuestión de hecho, prueba y derecho común, lo que obstaría en principio a la procedencia del recurso extraordinario, el menoscabo del derecho de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), permite la apertura de la vía recursiva extraordinaria. Los temas vinculados con la indexación sobresalieron en la producción de la doctrina hasta la vigencia de la Ley 23.928, y aun una mención acotada sería de una considerable extensión, con lo cual solo destacamos dos trabajos de carácter general que contienen numerosas referencias (MOISSET DE ESPANÉS, Luis; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Bs. As., Editorial Universidad, 1981; y GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Efectos de la inflación en los contratos*, Bs. As., Depalma, 1979), y remitimos al desarrollo y citas de la obra de CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*. 4^o ed. aumentada y actualizada por Cazeaux, José M., Bs. As., La Ley, 2010, t. II, pp. 219 y ss. Ver también más abajo notas 25 y 38.

13. Ver por ejemplo LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1975, t. II-A, pp. 183 y ss., señalando el argumento tradicional de que la moneda extranjera no es dinero sino cosa, y más precisamente cantidades de cosas atento a su fungibilidad, y afirmando en consecuencia en la nota 152 de p. 251 que estipulado el precio de una compra en dólares, no se tratará de una compraventa sino de una permuta; REZZÓNICO, Luis María, *Manual de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 1959, pp. 145, también indicando que las monedas extranjeras “son simples cosas o mercaderías”.

14. BOGGIANO, Antonio, *Obligaciones en moneda extranjera*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 6 expresa acertadamente que “el vendedor que pacta el pago en moneda extranjera jamás esperaría ser tratado como un acreedor de mercaderías...sería gravemente perturbador de las regulaciones típicas que los contratos más heterogéneos, desde una compraventa, una transferencia de tecnología, hasta un leasing, quedarán todos sujetos al régimen de la permuta o al de los contratos atípicos, solo porque el precio del contrato se pacta en moneda extranjera”.

aplicándole al vínculo jurídico las reglas propias de las obligaciones dinerarias,¹⁵ llegándose incluso a sostener que el art. 617 del Código Civil había sido tácitamente derogado.¹⁶

La discusión presentaba consecuencias prácticas de indudable interés, que fueron decantando en soluciones jurisprudenciales,¹⁷ las que ratificaron lo que se calificó como un “*criterio realista, bien adaptado a las exigencias y necesidades del momento actual que vive el país*”,¹⁸ que “*responde adecuadamente a la intención de los contratantes en sus operaciones y evita el divorcio entre lo normativo y la realidad económica*”.¹⁹

En síntesis, aunque no sin vacilaciones, hacia mediados y fines de la década de 1980 se fue instalando como criterio en la doctrina y jurisprudencia la aceptación del carácter dinerario de la moneda extranjera, que aunque no excluía la posibilidad de liberación en moneda nacional ante restricciones de acceso al mercado cambiario, ofrecía soluciones respetuosas del sinalagma contractual.²⁰

Dicho de otra manera, la modificación sustancial que impondría la Ley 23.928,²¹ no fue una consecuencia de la convertibilidad monetaria, sino que puede considerarse como la elevación a norma positiva de un criterio que venía cobrando cada vez más impulso en la doctrina y jurisprudencia.

De todos modos, no debe llevarse el lector la impresión de que el relativo grado de acuerdo en la doctrina y jurisprudencia puede borrar las cuestiones conflictivas inherentes a la contratación en moneda extranjera.

Ante cada episodio de crisis económica, el desafío de *hacer justicia* se renovaba, ya que los inconvenientes del uso de la moneda extranjera²² se manifestaban allí con particular visibilidad.

15. Por ejemplo, ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, en *LL* 1987-E-873; TRIGO REPRESAS, Félix, “Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria”, en *LL* 1991-B-328.

16. BOGGIANO, *Obligaciones...*, p. 2. El autor citado sustenta su opinión en la existencia de normas que admiten los intereses (obligación accesoria típica de las obligaciones dinerarias) en obligaciones en moneda extranjera, y la existencia de un mercado de depósitos bancarios local en moneda extranjera.

17. Así, el pago en especie en la moneda contratada en lugar de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de dar cantidades de cosas; y la aceptación de la hipoteca en moneda extranjera (que por imperativo del principio de especialidad del crédito, supone una obligación dineraria).

18. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones...*, cit. en nota 15.

19. ALTERINI, *Obligaciones...*, cit. en nota 15.

20. *Infra*, Sección 4.

21. *Infra*, Sección 3.

22. *Supra*, Sección 1 y nota 5.

Lamentablemente, no se trata de cuestiones que simplemente recuerdan tiempos pasados y nos permiten reencontrarnos con debates de alto nivel científico como un mero ejercicio intelectual. La inesperada vuelta del Proyecto de Código Civil a un régimen similar al referido en esta sección, hará sin duda desempolvar pretéritos análisis, que más abajo trasladaremos al espacio de debate que sin dudas abrirá la sanción de la legislación proyectada.

Permítasenos ahora simplemente enunciar las principales áreas de debate y conflicto, que pueden presentarse sintéticamente del siguiente modo, y seran objeto de ulterior consideración:²³

- a. Posibilidad de pactar el pago en especie, sin liberación del deudor en moneda de curso legal.
- b. Cláusulas que determinan una tasa de cambio entre la moneda nacional y la extranjera, tema particularmente relevante en los frecuentes períodos con restricciones para la adquisición de moneda extranjera, típicamente acompañados por un valor de la divisa artificialmente establecido y la existencia de un mercado “informal” (e ilegal) para la compra y venta de aquélla.
- c. Excesiva onerosidad sobreviniente por severas devaluaciones de la moneda nacional, y su impacto en las obligaciones contraídas en moneda extranjera.

3. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN LA REFORMA DE 1991 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Ley 23.928 estableció tres reglas fundamentales vinculadas con las obligaciones de dar sumas de dinero, dos de las cuales se reflejaron en normas del Código Civil:²⁴

- a. El art. 617, que quedó redactado de la siguiente forma: “*si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.*”
- b. Por su parte, el art. 619, recogía el principio nominalista: “*si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o*

23. Ver Sección 4.

24. La Ley 23.928 modificó además la norma sobre anatocismo (art. 623), pero ella no es relevante para este trabajo.

calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento”.

Adicionalmente, el art. 7 de la Ley 23.928 desterró la posibilidad de establecer mecanismos convencionales de ajuste o repotenciación de deudas, reforzando la solución nominalista del art. 619 del Código Civil.²⁵

Aunque, como lo señalamos en la sección introductoria, las cláusulas de indexación y las de pago en moneda extranjera pueden cumplir funciones análogas para paliar los efectos negativos de la inflación en los contratos que sean de ejecución instantánea, en este trabajo solo corresponde analizar lo atinente a la última cuestión.

La regla del art. 617 del Código Civil es clara en su redacción: la obligación de entregar moneda que no tenga curso legal es de carácter dinerario.²⁶

La solución se mostraba consistente con la convertibilidad monetaria, pero de ningún modo la requería como presupuesto lógico. De hecho, tal como lo explicamos en la sección precedente, aún bajo el Código de Vélez parte de la doctrina y jurisprudencia propiciaba de *lege lata* esa interpretación, y el carácter de obligación dineraria ha subsistido por más de una década luego de la derogación de la convertibilidad por la Ley 25.561.

La doctrina y jurisprudencia, ante la claridad del nuevo texto del art. 617 no presentaron mayores matices²⁷ y ni siquiera el descalabro económico y la quiebra

25. La norma estableció que *“el deudor de una obligación de dar una suma determinada de Australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”*. El texto fue mantenido en lo sustancial por la Ley 25.561: *“El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y seran inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”*. Ver *supra*, nota 7 e *infra*, nota 39.

26. Vale aclarar que la Ley 23.928 otorgó carácter dinerario a la moneda extranjera, pero no curso legal, entendido este como poder cancelatorio universal para todas las obligaciones monetarias. Por todos, CASIELLO, *Código...*, p. 439, con referencias adicionales. Ver también en la misma obra, las consideraciones de HIGHTON, en pp. 443 y ss.

27. Amplias referencias de doctrina sobre el régimen de convertibilidad pueden verse en LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 25 en nota. Lo dicho en el texto no significa que no se presentaran discusiones acerca de algunas cuestiones puntuales, como la derogación tácita de normas en leyes especiales vinculadas con las obligaciones en moneda extranjera (ver un apunte en MOSCARIELLO, Ricardo V., y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Las obligaciones

del equilibrio contractual con la virulenta crisis a partir de fines de 2001 (y la devaluación típica de esas situaciones), provocaron voces opuestas al carácter dinerario de la obligación en moneda extranjera, más allá de las discusiones que se suscitaron a la hora de asignar el “esfuerzo compartido” (art. 11, Ley 25.561).²⁸

Las obligaciones en moneda extranjera tenían carácter dinerario, y de allí se seguía la derogación de la regla de pago por equivalente, rigiendo plenamente los principios de identidad en el pago.²⁹

Tampoco los sucesivos proyectos de unificación de la legislación pretendieron apartarse del criterio del reformado art. 617 del Código Civil.³⁰

en moneda extranjera ante la nueva ley monetaria”, en LL 1991-C-1148), tema que no resulta relevante para nuestro desarrollo.

28. Conforme esa solución legal, “*Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley, durante un plazo no mayor a CIENTO OCHENTA (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido*”. Se trató de una norma imperativa de adecuación del contenido contractual, que evitaba el desgaste jurisdiccional que requeriría el análisis individual de la presencia de los elementos necesarios para la aplicación de la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad sobreviniente), como había ocurrido ante devaluaciones significativas previas de la moneda nacional. De todas maneras, los debates de la doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de la norma fueron de magnitud: ver por ejemplo PITA, Enrique, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, en LL 2003-B-116; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La revisión del contrato en la legislación de emergencia”, en LL 2003-E-1428; DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte y la emergencia hipotecaria: de “Rinaldi” a “Grillo”, en LL 2007-D-384; ARIZA, Ariel, “Contrato y emergencia económica en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación. El equilibrio de los contrarios”, en JA 2007-II-1279 e IBARLUCÍA, Emilio A., “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, en LL 2008-D-272.

29. Ver CASIELLO, *Código...*, p. 437 y sus referencias. Una posición distinta en VÍTOLO, Daniel R., “Ley de convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-2, pp. 324 y ss.

30. Las reglas esenciales en materia de obligaciones dinerarias (incluyendo a la moneda extranjera) fueron las siguientes: (i) el Proyecto de 1987 no modificó el art. 617 del Código Civil (moneda extranjera

4. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL ANTEPROYECTO Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL: ENSAYO DE SU INTERPRETACIÓN

La regulación de las “*Obligaciones de dar dinero*” es tratada en el Proyecto en su Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 1ª (“*Obligaciones de dar*”), Parágrafo 6º, que comprende ocho artículos: 765 a 772.

En los *fundamentos* del Anteproyecto de Código Civil, se señaló que “*Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA., Fallos: 315:1209), de “un proceso de estabilización de la economía”. En este caso, es necesaria una definición de carácter normativo que establezca con claridad y precisión el alcance de la obligación. Por eso, se dice que es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si, por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Se dispone que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene*”.

Si bien el texto del Proyecto respetó el principio nominalista, sin ninguna explicación particular el régimen de las obligaciones en moneda extranjera revirtió al original del Código Civil, descartando la continuidad que proponía el Anteproyecto.

Veamos la comparación de los textos.

En el Anteproyecto:

- a. El art. 765, preveía que “*la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en*

como “cosa”), pero sí se apartó del nominalismo, al prever el art. 619 que “*si los intereses no mantuvieran el valor de la suma adeudada, ante el simple retardo del deudor el acreedor tendrá derecho a obtener su recomposición*”; (ii) el Proyecto de 1993 (decreto 468/92), en consonancia con la ya vigente Ley 23.928, recogió las soluciones nominalistas de aquella (art. 736) y el carácter dinerario de la obligación en moneda extranjera (art. 736); y (iii) el Proyecto de 1998 unió en una norma única los dos principios entonces vigentes: “*el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si el dinero tiene curso legal en la República como si no lo tiene*” (art. 713).

la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

- b. El art. 766: *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.*

En el Proyecto:

- a. Art. 765: *“la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.”*³¹
- b. Art. 766: *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.*

Como se aprecia, la norma propuesta para las obligaciones en moneda extranjera retoma el concepto del art. 617 del Código Civil que había sido modificado por la Ley 23.928, regresando a su calificación como *obligaciones de dar cantidades de cosas*.

Con esa redacción, lógicamente volverán las discusiones en doctrina y jurisprudencia que referimos previamente, y que consideramos en esta sección, a efectos de anticipar alguna interpretación posible sobre el art. 765 del Proyecto.

Antes, señalemos algunas cuestiones más generales de técnica legislativa que se siguen de la modificación del Anteproyecto:³²

- a. La referencia a obligaciones de dar cantidades de cosas, no tiene un sentido concreto en el Proyecto, que no contempla esa categoría de manera específica, a diferencia del Código Civil vigente (arts. 606 a 615).

31. Casi como nota de color, señalamos que la primera versión conocida del Proyecto, incorporaba otra modificación del Poder Ejecutivo: la referencia a que la conversión se haría al *“tipo de cambio oficial”*. El agregado fue objeto de una amplia recepción (crítica) en los medios, con exageradas referencias quizá algo exageradas a la *“pesificación”* de la economía, y finalmente se descartó en el texto final publicado.

32. En un sentido similar, TRIGO REPRESAS, Félix A., *“Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”*, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-XI-5.

- b. La eliminación del carácter dinerario, plantea posibles conflictos interpretativos con normas especiales del Proyecto que prevén una solución diferente.³³

Claro que resultan notablemente más importantes otras cuestiones que plantea la norma proyectada, que en gran parte obligarán al análisis de temas ampliamente debatidos en la jurisprudencia antes de la Ley 23.928, pero mayormente olvidados –o llanamente desconocidos– en la actualidad.

Su referencia, aun presentada de un modo simplificado acorde las características de este trabajo, resulta de suma utilidad para la comprensión de la legislación proyectada.

Planteemos pues, en forma de interrogante, los puntos centrales que proyecta el regreso al régimen original del Código Civil en materia de obligaciones en moneda extranjera:

- a. *¿Es posible la contratación en moneda extranjera?* La pregunta parecería ser ociosa, ya que ciertamente de la lectura del Proyecto nada sugeriría lo contrario, y la discusión en la doctrina nacional se cerró un largo tiempo atrás, por la afirmativa. Sin embargo, existe una cuestión que claramente diferencia el marco del debate actual del existente hasta 1991:³⁴ la prohibición vigente de pactar cláusulas de ajuste (arts. 7 y 10 de la Ley 23.928).³⁵ Si bien en nuestra opinión la restricción a la autonomía privada solo alcanza a aquéllas cláusulas de ajuste que se vinculan con expectativas inflacionarias³⁶, doctrina actual sostiene una opinión diferente,³⁷ que incluso se ha reflejado en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.³⁸ Si esa fuera la solución finalmente prevaleciente,

33. Así, la obligación de restituir la misma especie en el depósito bancario y mutuo (arts. 1390 y 1525 del Proyecto). Si bien la norma en materia de depósitos bancarios podría entenderse como una razonable excepción a la regla general, la conclusión no es igualmente sostenible para el mutuo.

34. A esa fecha, la posición generalizada de la doctrina y jurisprudencia se inclinaba por la validez de las cláusulas de ajuste o estabilización: CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, t. II, p. 230.

35. Ver notas 7, 25 y 38. Recordamos la distinción “funcional” respecto al uso de la moneda extranjera en la contratación privada: *supra*, Sección I.

36. PAOLANTONIO, Martín E., “Alcances de la ley 23.928 y su vinculación con los contratos de locación”, *Responsabilidad Civil y Seguros* 1999-341.

37. PIZARRO, Ramón D., “Las medidas correctoras del principio nominalista en el derecho argentino actual”, en *JA* 2003-IV-1024.

38. CSJN, 10-3-2009, DJ 2009-1917, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”; y 20-4-2010, *LL* 2010-C-554. En el primer caso referido, se consideró inválida la cláusula de un convenio de pago de aportes homologado que establecía

serían ineficaces las obligaciones convenidas en moneda nacional, pero ajustables por la evolución del precio del dinero extranjero.³⁹

- b. *¿Es posible pactar el pago “en especie” para las obligaciones en moneda extranjera?* La posibilidad había sido admitida aun antes de la Ley 23.928,⁴⁰ y no vemos razones para que esa conclusión sea modificada: no cabe interpretar a la regla del art. 765 del Proyecto como una norma de orden público de dirección. El pago en la moneda comprometida, no obstante, puede⁴¹ estar sujeto a la existencia de restricciones para la compra de divisas, lo que lleva al análisis de la tasa de cambio que es materia de la pregunta siguiente.
- c. *¿Cuál es la relación de cambio a aplicar en el caso de pago en moneda de curso legal?* Aun cuando las partes establecieran la obligación de pago efectivo en moneda extranjera, puede ocurrir que el deudor no consiga acceder a la adquisición de divisas por la existencia de normas de control de cambios. Para ese supuesto, y aun para otros en los cuales se autorizare convencionalmente la liberación en moneda nacional para el deudor,⁴² cabe inquirir acerca del valor de conversión a ser utilizado. Por supuesto, si las partes hubieran previsto una tasa de cambio determinada, habrá que aplicarla salvo su ilicitud conforme las reglas generales

que el monto de las cuotas pendientes de pago se reajustaría si variaba la paridad cambiaria del peso con el dólar estadounidense, a la que se le atribuyó “*un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, ya que su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el de una moneda extranjera*”. En el segundo, ante un supuesto similar, se dijo además que “*permitir la vigencia y aplicación de una cláusula de estabilización como la establecida en autos, significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la “indexación”, medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (conf. Fallos: 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional*”. El criterio de la CSJN ha sido objeto de críticas diversas de la doctrina: BORDA (h.), Guillermo J., “Inflación y equidad”, en LL 2010-C-555; CASIELLO, Juan J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”, en LL 2010-C-709; NICOLAU, Noemí L., “Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones”, en LL 2010-F-38.

39. Además de abrirse la puerta innumerables discusiones acerca de la “real” intención de las partes al incluir a la moneda extranjera como objeto de la prestación debida.

40. CSJN, 9-12-1986, LL 1987-D-547; id. 18-9-1990, LL 1991-B-89.

41. Decimos “puede”, ya que el deudor no necesariamente requerirá el acceso al mercado de cambios para cumplir con la prestación comprometida. Así, en la perspectiva práctica, la presencia de normas restrictivas para el acceso a la compra de divisas resultará irrelevante si el deudor tiene en su poder la moneda extranjera que adeuda.

42. Supuesto que puede distinguirse, al menos en el plano de análisis, al del uso de moneda extranjera como cláusula de estabilización, que tratamos más arriba en esta sección.

para los actos jurídicos.⁴³ En esa línea de pensamiento, si bien las referencias a transacciones prohibidas en divisas no superan ese baremo,⁴⁴ sí son válidas aquellas que remitieran al valor de cambio implícito en la cotización de títulos valores en moneda extranjera.⁴⁵ Ese criterio, creemos que es igualmente aplicable en ausencia de previsión contractual,⁴⁶ aunque no se nos escapa que se trata de una cuestión con mayor espacio para la controversia.

- d. *¿Cuál es la situación de las obligaciones en moneda extranjera con relación a la imprevisión (art. 1091 del Proyecto de Código Civil)?* Creemos que, aun con las diferencias de redacción entre el art. 1091 del Proyecto y el actual art. 1198 del Código Civil, las líneas principales de la doctrina y jurisprudencia que interpretaron esta última norma mantendrán su validez. Así, salvo una previsión general al estilo del art. 11 de la Ley 25.561,⁴⁷ se reiterarán las discusiones acerca del carácter extraordinario o imprevisible de la devaluación⁴⁸, y retomará relevancia la distinción entre el recurso a la moneda extranjera como esencial

43. Nos referimos especialmente a la licitud del objeto y su conformidad con el orden público: art. 279 del Proyecto.

44. Así, las que refieran al mercado “paralelo”, “negro”, o como se lo refiere actualmente, “blue”. Ver CNCom. Sala B, 12-9-1984, LL 1984-D-599.

45. Conocidas en su momento como “cláusula Bonex”, se trata de provisiones que remiten a la entrega de las sumas necesarias para adquirir la cantidad de ciertos títulos valores denominados en dólares, que una vez (hipotéticamente) negociados y liquidados en el mercado extranjero (neto de gastos, impuestos, tasas y comisiones) equivalga a la suma de dólares adeudadas.

46. Es que, en última instancia, se debe intentar respetar la voluntad de las partes, considerando las razones generales del recurso a la moneda extranjera en la contratación privada. En esta línea, cabe recordar la jurisprudencia de la CSJN acerca de la necesidad de preservar la voluntad real de los contratantes e interpretar de buena fe los contratos a la hora de determinar la tasa de cambio a aplicar: CSJN, 22-6-1978, Fallos: 300:659 (conversión de obligaciones en pesos oro); CNCom. Sala B, 8-8-1977, LL Online AR/JUR/866/1977 (tasa de cambio “más cercana a la real”); CNCom. Sala C, 9-2-1979, LL 1980-D-752 (la cotización debe permitir la adquisición en el mercado de la moneda pactada). Por la misma razón, entendemos que habrá de considerarse la tasa de cambio más alta entre la existente al vencimiento y al efectivo pago: ver CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, t. II, p. 237.

47. *Supra*, nota 29.

48. Ver por ejemplo MOISSET DE ESPANÉS, PIZARRO y VALLESPINOS, *Inflación...*, pp. 363 y ss., con el análisis de la devaluación de 1981; BORDA, Alejandro, “Un peligroso precedente jurisprudencial”, en LL 1983-C-214 (comentando un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial que había considerado que el “rodrigazo” era previsible) y “La hiperdevaluación del año 1989 como hecho imprevisible (cuestiones conexas)”; en LL 1989-E-995; AMADEO, José L., “Cláusula de garantía dólar y devaluación”, en LL 1984-C-176; CASIELLO, Juan J., “Sobre la cláusula dólar y la teoría de la imprevisión”, en LL 1984-C-437.

(moneda del contrato) o moneda de cuenta, como cuestión previa para la aplicación del mecanismo de reajuste contractual.⁴⁹

- e. *¿Cambian las respuestas precedentes en los casos de relaciones de consumo y contratación predispuesta?* Contra la primera respuesta intuitiva que sugiere el interrogante formulado, no existen en nuestra opinión diferencias sustantivas en la respuesta en el supuesto bajo análisis. De inmediato es necesaria una aclaración para prevenir un frecuente error conceptual: típicamente, la intervención estatal en la contratación por adhesión o mediante cláusulas generales predispuestas se da por el control de las denominadas cláusulas abusivas. Pero por definición, la moneda extranjera es el precio del dinero en la obligación contractual nuclear, lo que queda fuera de la posible declaración de abusividad.⁵⁰ De allí que el aspecto jurídico central relevante, pasa por la transparencia o claridad informativa en la formación y ejecución del contrato, con la aplicación de los criterios generales en materia de deberes de información e interpretación contractual.⁵¹

5. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL ANTEPROYECTO Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES ACERCA DE LA LEGISLACIÓN PROPUESTA

El retorno a la solución que preveía la redacción original del Código Civil es en nuestra opinión la propuesta más desafortunada en materia de obligaciones y contratos de la legislación proyectada.

49. Así, se ha entendido que cuando la moneda extranjera es esencial para el contrato, el reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente no es viable: CSJN, 10-6-1992, LL 1992-D-503; CSJN, 28-9-1993, Fallos: 316:2069 (en ambos casos, se trataba de operaciones financieras en las cuales el prestamista se había a su vez endeudado en el exterior).

50. La solución apuntada supone la veda del análisis de contenido para los elementos esenciales del contrato, criterio que estaba ya presente en la Directiva 93/13 de la entonces Comunidad Económica Europea (BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., “La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5-191). Ver en el Proyecto de Código Civil, el art. 1121 inc. a): no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado, y en doctrina VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, p. 77. Para el derecho español, y por extensión el comunitario europeo, resultan interesantes la sentencia del Tribunal Supremo Español Sala Civil, 18/06/2012, disponible en <http://bit.ly/12kzi8W>; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predisuestas*, disponible en [<http://bit.ly/17fBKgU>].

51. Arts. 985, 987 y ccs. del Proyecto de Código Civil.

Las razones jurídicas de ese regreso al pasado no se han realmente explicitado, y sobre la existencia de otras motivaciones generales de política económica podríamos largamente reflexionar, pero nos desviaríamos del objeto material de nuestro trabajo.

Lo que sin dudas podemos afirmar es que las razones que explican el recurso a la moneda extranjera en la contratación privada no pueden ser eliminadas por ninguna norma del Código Civil, que lo único que lograría con una solución como la propuesta, es exacerbar las dificultades para celebrar contratos de ejecución diferida o continuada que se siguen de mantener la errónea prohibición de pactar cláusulas indexatorias.

El contrato es un instrumento de planificación, y las partes necesitan contar con los mecanismos legales para morigerar los efectos perniciosos del envilecimiento monetario y la inestabilidad económica. Esas circunstancias han plagado la historia argentina por décadas, en las que los desequilibrios macroeconómicos han provocado el sacrificio, en más oportunidades de las que desearíamos recordar, de principios constitucionales (derechos de propiedad) bajo el velo distorsionador de las legislaciones de emergencia.

Por cierto, podría preguntarse el lector por qué se plantea un panorama tan desalentador por una propuesta normativa que es, en última instancia, retornar a la solución que ha estado en vigencia por un lapso mucho más prologando que el correspondiente a la redacción introducida por la Ley 23.928.

Las razones son varias, y las enumeramos a continuación:

- a. No existen argumentos que racionalmente sostengan una solución que implica retornar a escenarios de incertidumbre en la contratación privada, reabriendo debates que aunque interesantes en el plano de la doctrina, aumentan los costos de transacción⁵² en los contratos de ejecución diferida o continuada.
- b. En tanto se mantenga la prohibición de indexación contractual,⁵³ las partes solo tienen disponible, como alternativa sencilla y accesible en la contratación privada, el recurso a la moneda extranjera. Reducir la eficacia de esa previsión con el retorno al régimen original del Código Civil, no hace más que dificultar la función de planificación del contrato, sembrando desconfianza en un tema sensible para la sociedad.
- c. La necesidad de revisar los criterios de la doctrina y jurisprudencia, establecidos hasta la vigencia de la Ley 23.928, obliga además a considerar la difusa distinción entre la moneda extranjera como moneda “del

52. Ver *supra*, nota 7.

53. Ver notas 7, 25 y 38.

contrato” o “de cuenta”. Si bien la diferenciación es conceptualmente posible, no deja de ser –para el contratante ordinario– una sutileza técnica que no es siempre asequible. En esa línea de pensamiento, debe además valorarse la complejidad adicional que se sigue de la prohibición de cláusulas de ajuste o estabilización, aun para las obligaciones en moneda extranjera⁵⁴, lo que es una invitación a una mayor litigiosidad, circunstancia que nunca es deseable.⁵⁵

Por último, aun cuando el lector pueda no compartir las conclusiones de este trabajo, nos permitimos invitarlo a argumentar acerca de los beneficios de la legislación proyectada.

En última instancia, se supone que el cambio normativo ha de obedecer a una evaluación acerca de las deficiencias de las reglas legales vigentes, ofreciendo una solución superadora. Y estamos convencidos que ese examen no es aprobado por el proyectado texto del art. 765 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas*, disponible en <http://bit.ly/17fBKgU>.
- ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, en *LL* 1987-E-873.
- AMADEO, José L., “Cláusula de garantía dólar y devaluación”, en *LL* 1984-C-176.
- ARIZA, Ariel, “Contrato y emergencia económica en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación. El equilibrio de los contrarios”, en *JA* 2007-II-1279.
- BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., “La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5-191.
- BOGGIANO, Antonio, *Obligaciones en moneda extranjera*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

54. *Supra*, notas 7, 25 y 38.

55. En particular, quienes más sufrirán las consecuencias de la incertidumbre que plantea el retorno al “viejo” art. 617 del Código Civil, serán los contratantes con menores recursos para recurrir al asesoramiento legal adecuado para prevenir redacciones de cláusulas inadecuadas para los fines perseguidos.

- BORDA, Alejandro, “La hiperdevaluación del año 1989 como hecho imprevisible (cuestiones conexas)”; en *LL* 1989-E-995.
- “Un peligroso precedente jurisprudencial”, en *LL* 1983-C-214 (comentando un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial que había considerado que el “rodrigazo” era previsible).
- BORDA (H), Guillermo J., “Inflación y equidad”, en *LL* 2010-C-555.
- BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- CASIELLO, Juan J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”, en *LL* 2010-C-709.
- “Sobre la cláusula dólar y la teoría de la imprevisión”, en *LL* 1984-C-437.
- CASIELLO, Juan J. y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, en *LL* 2003-E-1282.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones. 4º ed. aumentada y actualizada por Cazeaux, José M.*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte y la emergencia hipotecaria: de “Rinaldi” a “Grillo”, en *LL* 2007-D-384.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato”, en *DJ* 2009-1917 y en *LL* 2010-C-554.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Efectos de la inflación en los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- IBARLUCÍA, Emilio A., “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, en *LL* 2008-D-272.
- LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1975.
- LORENZATTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.
- MOSCARIELLO, Ricardo V., y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Las obligaciones en moneda extranjera ante la nueva ley monetaria”, en *LL* 1991-C-1148.
- NICOLAU, Noemí L., “Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones”, en *LL* 2010-F-38.
- PAOLANTONIO, Martín E., “Alcances de la ley 23.928 y su vinculación con los contratos de locación”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999-341.
- “Inviabile retorno al nominalismo”, en *LL* 1991-C-692.
- PITA, Enrique, “Pautas para la adecuación contractual en el régimen de emergencia económica”, en *LL* 2003-B-116.
- REZZÓNICO, Luis María, *Manual de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1959.

- TRIGO REPRESAS, Félix A., “La revisión del contrato en la legislación de emergencia”, en *LL* 2003-E-1428.
- “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-XI-5.
- “Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria”, en *LL* 1991-B-328.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012.
- VÍTOLO, Daniel R., “Ley de convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-2.

ENSAYOS

EL DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR*

JONATHAN M. BRODSKY** Y ALEJANDRO E. COTO***

Resumen: La Ley 26.361 ha producido una profunda reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Sus numerosas enmiendas fueron objeto de valoraciones de todo tipo y tenor, pero existe una que recibió un rechazo prácticamente unánime por parte de la doctrina: el daño directo. El presente ensayo constituye un comentario minucioso pero crítico de lo que fueron las buenas intenciones del legislador y su defectuosa técnica legislativa.

Palabras clave: Consumidores – Derecho del Consumo – Ley de Defensa del Consumidor – Daño directo

Abstract: Act 26.361 has instituted a major reform to the Consumer Defense statute. Among its many provisions, which have raised all kinds of opinions, there is one that has been almost unanimously rejected by jurists – the *direct damages*. This essay is a detailed yet critic commentary to the good intentions and poor results of the legislator.

Key words: Consumers – Consumer Law – Consumer Defense statute – *Direct damages*

* N. de los A.: El presente ensayo fue presentado para su publicación el 31 de octubre de 2011, es decir, con varios meses de anterioridad al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011 (integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti –como presidente– y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída R. Kemelmajer de Carlucci). Con motivo de la normativa proyectada, se ha incluido un *addendum* hacia el final del trabajo, en el que se refiere –en el breve espacio que nos es dado– la reformulación del art. 40 *bis* que es objeto de estudio de nuestro trabajo.

**Estudiante de Abogacía (UBA) y Ayudante Alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho - UBA). Dedico este trabajo a la memoria de mis abuelos María Emilia Jankowicz, Hermindo Rafael Brodsky y Ana Frida Alperin.

***Estudiante de Abogacía (UBA). *In memoriam meorum aviorum, de quo non solum lucem vitae sed etiam ignem vivendi iste adventicius obtinuit.*

1. INTRODUCCIÓN

Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision... But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.

15 de marzo de 1962. John Fitzgerald Kennedy, Presidente de los Estados Unidos de América, dirige al Congreso un mensaje especial y por primera vez se concibe políticamente el interés económico-social que importa la protección de los consumidores.¹

1962. A la distancia, resulta difícil tomar conciencia de la magnitud de tal hecho. Los consumidores de entonces eran ciertamente muy diferentes de los de hoy en día. La televisión y el concepto de marca notoria eran todavía incipientes. La mayoría de los norteamericanos todavía no compraba en cadenas de tiendas ni supermercados,² sino en negocios minoristas como carnicerías, panaderías, verdulerías, ferreterías, etc. En otras palabras, las relaciones eran directas; y la responsabilidad también. Si la carne estaba en mal estado, se conocía al responsable y las consecuencias eran un desastre inmediato para su negocio. Nada de proveedores, distribuidores, intermediarios. Otros tiempos, otras costumbres. La idea de que el productor pudiera llevar a cabo prácticas desleales en el mercado resultaba sencillamente inconcebible. En este marco, solo cabe apreciar la decisión política de aquel Presidente, no como digna de un legislador que obra –en el mejor de los casos– *ex post facto*, sino propia de un estadista que delinea la realidad *ex ante*.

13 de octubre de 1993. Carlos Saúl Menem, Presidente de la Nación Argentina, emite el decreto 2089/93 –refrendado por Domingo Felipe Cavallo, Ministro de Economía– que promulga parcialmente y observa, en el nombre del mercado y la competitividad,³ diez de los sesenta y seis artículos de la Ley 24.240.

1. A partir de 1983, esta fecha es celebrada mundialmente como el Día Internacional del Consumidor.

2. WalMart y Kmart –la primera y tercera tienda de descuentos más grandes del mundo– se fundaron en ese mismo año.

3. Entre sus considerandos, se expresa que la redacción de la norma “*implicaría entorpecer el comercio de modo incompatible con la normal actividad económica*”, “*cercenaría la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía, y la del consumidor de elegir unos u otros, y significaría como tal limitar el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo costo o de uso rápidamente descartable o de rezago*”, que el “*sistema es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios e inclusive del sistema del principal socio de la Republica Argentina en el Mercosur; la Republica Federativa del Brasil, circunstancia esta que opera como una clara desventaja comparativa*”, que sus efectos son “*claramente reñidos con el programa*

Independientemente de las valoraciones que entonces mereciera su articulado, la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”) significó el paso fundacional hacia la tutela de intereses que se encontraban desamparados ante la aplicación de la normativa genérica del Código Civil de la Nación.⁴ De ahí en más, la *cuestión del consumo* se conformaría como un universo jurídico en constante desarrollo cuyos límites resultan aún hoy inimaginables.⁵ Más de una década después, el 3 de abril de 2008, se promulga –también parcialmente– la ley 26.361, que significa una reforma parcial (pero profunda) de la LDC. Su propósito es, en efecto, acentuar el espíritu protectorio de la normativa respecto de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

Tanto por su noble finalidad como en razón de su técnica legislativa, la ley 26.361 ha despertado todo tipo de pasiones entre consumeristas, civilistas y comercialistas. Desde fervientes sostenedores de sus innovaciones, hasta acérrimos detractores de algunas de sus nuevas disposiciones o bien de cómo han sido redactadas.

Quizás el daño directo, receptado en el art. 40 *bis* de la LDC reformada, sea la única figura que recibió un rechazo casi conteste de la doctrina.⁶ Más aún cuando muchos apuntan, amén de su inutilidad, su inconstitucionalidad.

El daño directo es justamente la institución de referencia de este trabajo. En él nos proponemos dos objetivos: analizar la conveniencia del daño directo en el Derecho de los Consumidores, y estudiar su regulación por la ley 24.240 modificada por la Ley 26.361. Para ello recorreremos el camino en el orden inverso: comenzaremos examinando críticamente cómo ha regulado la institución el legislador, y si

económico del Gobierno Nacional”, “que ello también podría ocasionar un innecesario aumento de los costos judiciales, que claramente no ha sido la intención del legislador en esta cuestión”, etc.

4. En el mundo de nuestros días, capitalista y globalizado, el consumidor ya no está *mano a mano* con el proveedor. Es un sujeto más débil que las empresas, con quienes “*suscribe sistemáticamente una serie de contratos (simples y conexos, autoahorro, tarjeta de crédito, etc.) con un sinnúmero de cláusulas abusivas directas ... [e] indirectas, que se redactan en formas confusas (de ex profeso por las empresas) o prácticas abusivas (como modus operandi)*”. GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Tratado de daños reparables*, t. 1, p. 15.

5. En el actual estado del arte es indudable que, aunque el Derecho de los Consumidores se encuadre en el Derecho Civil, aquél constituye un ámbito particular, regido por sus propios principios. Precisamente, cuando se pretende gobernar un universo específico de acuerdo a normas genéricas, el resultado es problemático. De ahí la importancia de contar con legislación autónoma *ex ante*; las dificultades se multiplican cuando, en lugar de formar, se tiene que corregir, actuar *contra morem maiorum*, en pugna con intereses sectoriales consolidados.

6. A tal punto que alguna voz en la doctrina llegó a afirmar, no sin ironía, que “*todos los investigadores pensamos igual: el artículo 40 bis de la Ley 24.240, recientemente incorporado por la Ley 26.361, es de una redacción inusualmente defectuosa. No son pocos los que piensan que tal grado de amateurismo legislativo solo puede ser deliberado*” (SHINA, Fernando E., “Una interpretación piadosa del Daño Directo”, punto 1).

en esa concepción ha conculcado normas o principios de raigambre constitucional. A continuación, podremos generalizar y dar nuestra opinión acerca del daño directo en sí mismo o, en todo caso, sobre cómo debería estar normado para funcionar de manera favorable y eficiente.

2. EL CONCEPTO DE DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

2.1. El daño directo en el Código Civil

El daño directo podría entenderse *prima facie* en los términos del art. 1079, Código Civil:

Artículo 1079.- La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

En su análisis, BUSTAMANTE ALSINA distingue entre el daño directo, en el cual la legitimación activa corresponde a la víctima, y el indirecto, donde aquélla alcanza a una persona distinta de la víctima que ha sufrido un perjuicio en un interés propio y legítimo.⁷ Cabe agregar que este autor ciñe dicha clasificación a la órbita de la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, conforme a una segunda acepción, que se desprende del art. 1068 del mentado cuerpo legal:

Artículo 1068.- Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

De esta manera, el daño sería directo si la lesión recayera en las “*cosas de su dominio o posesión*”, esto es, en el patrimonio mismo de la víctima, e indirecto cuando se reflejara en aquél “*por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades*”.⁸

7. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 177.

8. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 2, p. 662.

2.2. El daño directo en el Derecho de los Consumidores

Ahora bien, dado que el Derecho de los Consumidores tiene su propia lógica, este debe regirse –al menos en su mayor parte– por normas autónomas. Por tal razón, nos interesa más la calificación y regulación que hace de la figura la ley que regla este ámbito específico.

La institución del daño directo ha sido incorporada a la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su reforma por la Ley 26.361, en el art. 40 *bis*. Este la define de la siguiente manera:

Artículo 40 bis: Daño directo.- Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios...

2.2.1. Perjuicio y menoscabo

Señala BUERES que yerra inicialmente el legislador equiparando perjuicio y menoscabo cuando, en realidad, el primero es el daño mismo, en tanto que el segundo es la modificación de la realidad material que genera un detrimento natural, no equiparable al genuino concepto de daño –sin perjuicio de que pueda causararlo si además lesiona un interés jurídicamente relevante–.⁹

Coincidimos con el destacado jurista en que, ciertamente, perjuicio y menoscabo no son conceptos equivalentes. Sin embargo, entendemos que la voluntad del legislador no ha sido equiparar ambos términos, sino introducir una disyunción inclusiva, donde el conector “o” funcione en un sentido lógico destinado a ampliar el universo conceptual comprendido por el instituto.¹⁰ Por un lado, esta interpretación evita presumir el equívoco del legislador; por otro, la amplitud de la noción de daño se corresponde con la esencia protectoria de la norma.

A su vez, la calificación autónoma, en un sentido diferente al del Derecho Civil, no presentaría ningún problema en sí misma, ya que resulta razonable que el legislador, en una esfera jurídica específica, delinee los conceptos de forma nueva e independiente. La responsabilidad civil en general exige –como presupuesto central– un daño, y no es coherente que este se defina sino de una manera determinada. En cambio, en el Derecho del Consumo, regido por el principio básico del *favor*

9. BUERES, Alberto J., comentario al art. 40 *bis* en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. I, p. 538.

10. Así sucede a lo largo de toda la ley con los “usuarios o consumidores” y el “prestador o proveedor” sin que se pretenda equiparación alguna, pese a recibir genéricamente el mismo tratamiento.

consumptoris (art. 3, LDC), nada de reprochable hay en que se lo proteja a través de una expansión de su concepto.

2.2.2. Derecho afectado

Seguidamente, la norma refiere al “*derecho del usuario o consumidor*” como el objeto del perjuicio o menoscabo. Este criterio difiere esencialmente de los sostenidos por la doctrina moderna mayoritaria.

2.2.2.1. Daño como lesión a un derecho subjetivo

Una primera concepción, que podríamos denominar clásica –por su arraigo entre posglosadores, comentaristas del *Code* y civilistas de los siglos XIX y principios del XX– identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo. Este, a su vez, puede definirse como la facultad que corresponde a un individuo, y que este último puede ejercitar para hacer efectiva la potestad jurídica que las normas legales le reconocen.¹¹ Esta es la postura que ha sostenido en algún momento la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (*in rebus* “Perrota, Salvador R. c/ Palacio, Alfredo L., y otro”, 15/04/1980;¹² “Abad, Oscar c/ Federación Argentina de Tiro”, 13/05/1982,¹³ entre otros).

Sin embargo, esta noción ha recibido severas críticas. En primer lugar, porque es sumamente restrictiva, ya que exige para la configuración del daño la vulneración de un derecho subjetivo –es decir, expresamente consagrado en la norma– no bastando la de un interés legítimo o la de un simple interés no ilícito –aún de hecho–. Además, se protege en menor medida al damnificado, lo que atenta contra la evolución del Derecho de Daños que modernamente pone el foco en la reparación del daño causado. Y por último, conduce a identificar el daño patrimonial como consecuencia de la lesión de un derecho patrimonial, y el daño extrapatrimonial (o moral) como la de un derecho extrapatrimonial. Ello no siempre es así, según veremos enseguida.

11. CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las Obligaciones*, t. 2, p. 159.

12. “...en cuanto a la indemnización del daño moral, corresponde tener presente que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión de derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva...”, del voto del Dr. Igarzábal, en LL 1980-C-391.

13. “Es criterio de esta sala que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión de derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva...”, en LL-1982-D-415.

2.2.2.2. *Daño como lesión a un interés*

La segunda postura en cuestión es aquella según la cual resulta suficiente, para la configuración del daño, que se vulnere un interés lícito serio –incluso de hecho– que sea presupuesto de un derecho. Como enseña SPOTA, la ley protege la lesión de un interés, cuya injusta vulneración importa el deber de reparar aunque no alcance la categoría de derecho subjetivo. Lo esencial es la existencia de un interés, que lesionado signifique un daño cierto, y que ese interés no comporte una situación de hecho por sí misma ilícita.¹⁴ En general, la comprensión del daño como mera lesión a un interés simple ha sido reiteradamente expuesta en jornadas y congresos realizados en el país en los últimos años,¹⁵ y esta misma línea siguen desde la cátedra doctrinarios modernos como BUERES, BORAGINA y MEZA.

También la jurisprudencia nacional adscribe con relativa frecuencia a esta concepción: pueden verse CCiv. y Com. de Santiago del Estero –1a Nom.– *in re* “Bulacio, Carlos A. c/ Nazar, Ramón E.”, 17/12/1997;¹⁶ CNCiv, Sala D, *in re* “Puppo de Cuccarese, Rosa M. c/ Pantoff y Fracchia S.A.”, 21/05/1997;¹⁷ CNCiv, Sala D, *in re* “Wirzt, Daniel O. c/ Leader Music S.A. y otros”, 25/03/1997;¹⁸ CCiv. y Com. de Rosario, sala II, *in re* “F. E. y otra c. S. M. F y otros”, 25/06/1998;¹⁹ entre otros.

Esta noción, que compartimos, permite que el damnificado (y tanto más el consumidor) pueda probar que ha sufrido un daño y demandar su resarcimiento

14. SPOTA, Alberto G., “Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana” publicado en *JA* 1947-II-305, nota a fallo; citado en MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 1, p. 257.

15. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, t. 1, p. 258.

16. “*El daño para ser resarcido debe ser cierto y no eventual, amén de subsistente en el momento en que se lo computó, pues si ha desaparecido o ha sido compensado...; personal; afectar un interés legítimo del damnificado; y por último estar en relación causal con el hecho imputado*”, en LLNOA-1998-1332.

17. “*Es decir, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley (cfr. causa 45.733, Navarrete, M. R. y Díaz, E. c. Estado nacional, en ED, 157-581...)*”, en LL-1997-E-434.

18. “*Una adecuada interpretación del art. 1068 del C. Civil –en concordancia con el art. 1079 del mismo ordenamiento– permite concluir que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, su persona, sus derechos o facultades. Por tanto, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley*”, en LL-1997-D-752.

19. “*El eje de la responsabilidad civil resarcitoria está constituido por la producción de un daño injusto, el cual debe lesionar un interés del actor y haber sido causado adecuadamente por un hecho jurídicamente atribuible al demandado por mediar un motivo que torne justa su responsabilidad*”, en *LL Litoral* 1998-2, 783

acreditando la vulneración de un interés lícito del que es titular, sin necesidad de que cuente con reconocimiento normativo expreso –caso del derecho subjetivo–. Por otra parte, se discierne claramente el derecho conculcado del interés que lo sustenta y, en consecuencia, posibilita la separación del carácter patrimonial o extrapatrimonial de uno y otro, que pueden no coincidir. En otras palabras, se evita asociar daño patrimonial con lesión a un derecho patrimonial y daño moral con vulneración de un derecho extrapatrimonial, lo que en muchas oportunidades no corresponde. Por ejemplo, el daño por parte de la empresa a un derecho patrimonial como el que surge de un contrato oneroso de transporte, puede frustrar las vacaciones del damnificado, o la asistencia a la boda de su hija: en estos casos, nadie discutiría la procedencia del daño moral, y ello es porque el *interés* en que se funda es extrapatrimonial. A la inversa, el perjuicio al derecho a la imagen, típicamente insusceptible de apreciación pecuniaria, puede conllevar un daño patrimonial si a través del ilícito el difamado pierde clientela: lo que resulta relevante es, evidentemente, el carácter patrimonial del *interés* que subyace al derecho, más allá del carácter extrapatrimonial de este último.

En definitiva: si se entiende que el daño se conforma tras la lesión a un interés lícito que es presupuesto de un derecho, dado que un mismo derecho puede estar sustentado en varios intereses de distinta índole, ningún obstáculo hay para explicar, como en efecto ocurre, que la lesión a un interés patrimonial –aun siendo presupuesto de un derecho extrapatrimonial– dé lugar a daño patrimonial, así como también que la vulneración de un interés extrapatrimonial –incluso si es el fundamento de un derecho patrimonial– produzca un daño extrapatrimonial o moral.

2.2.2.3. *Daño como menoscabo que es consecuencia de la lesión a un interés*

La tercera postura es la que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento para la definición del daño. En esta línea, sostienen ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, que el concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión: en sentido amplio, cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; y en sentido estricto debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera –en determinadas circunstancias– una sanción patrimonial. Y este último significado es el relevante en materia de responsabilidad. Para estos autores, entonces, el daño en sentido estricto es la lesión, menoscabo, mengua, agravio, de un derecho subjetivo, que genera responsabilidad.²⁰

20. ALTERINI, Atilio A., AMEAL; Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*, p. 224.

En esta posición se enrolan también PIZARRO y VALLESPINOS, aunque con la ventaja de no ceñirse necesariamente a la afectación de un derecho subjetivo. Así pues, estos doctrinarios delimitan un concepto de daño amplio, como lesión u ofensa a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. Y, por otra parte, el significado que a la expresión “daño” le atribuye el Código Civil, al considerarlo como presupuesto de la responsabilidad civil: el *daño resarcible* (conf. arts. 1068, 1069 y concs.). En este caso, el daño no se identifica ya con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto: el daño resarcible es esto último.²¹ Existe jurisprudencia que ha sostenido este criterio (CNCom, Sala C, *in re* “Mancuso Hnos. S.R.L. c/ Colasurdo, Humberto J.”, 30/08/1988;²² Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Quilmes, Sala II, *in re* “M, J. A y otra c R, A A y otros”, 15/03/1999;²³ Cám. 4ta de Apel. en lo Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario de Mendoza *in re* “Cid, Daniel c. Coop. de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Cotamend Ltda. y otra”, 13/08/2007).²⁴

2.2.2.4. Corolario

Definidas las tres nociones de daño, podemos cerrar la idea que expresamos en el punto 2.2.1: si el presupuesto básico es un “*perjuicio o menoscabo*”, quedan comprendidos (y queda autorizado el consumidor a exigir resarcimiento) tanto la lesión a un simple interés como el detrimento que deriva de aquél. Adviértase que, abandonada como está la identificación del daño con la conculcación de un derecho

21. PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G., *op. cit.*, pp. 639-640.

22. “El daño puede ser definido como el menoscabo que sufre el acreedor en su patrimonio a causa del incumplimiento del deudor. Es decir, que daño es sinónimo de perjuicio y la existencia del mismo resulta trascendental para el buen éxito de la acción, ya que de lo contrario estaría expuesta al fracaso”, en *LL* 1989-B-621.

23. “El daño resarcible no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño en sentido amplio sino únicamente aquél que apareja un resultado disvalioso que la reparación procura compensar, de tal forma que cuando la lesión implica una modificación perjudicial del patrimonio se esta en presencia de un daño patrimonial (arts. 1068 y 1069 Cod. Civil); y cuando afecta el espíritu configura un daño de tipo moral (arts. 522 y 1078 Cód. Civil)”, en *LLBA* 1997-613.

24. “El daño resarcible no consiste en la lesión misma sino en sus efectos, dicha lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona, mientras que el daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos”, en *LL Gran Cuyo* 2007-octubre-937.

subjetivo, el art. 40 *bis* engloba a las dos posturas mayoritarias; se adhiera a una o a otra, lo cierto es que el consumidor estará legitimado para denunciar al infractor.

2.2.3. Concepto de usuario o consumidor

La determinación del daño directo remite a la definición de consumidor o usuario lograda por el art. 1, que a partir de su reforma por la Ley 26.361 tiene un alcance ciertamente significativo a los efectos de la legitimación para requerir su indemnización. Conforme a la letra de aquel precepto: “...[se entiende por] *consumidor o usuario... a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

De esta manera, a partir del reemplazo del “*usuario o consumidor*” del art. 40 *bis* por el del art. 1, segundo párrafo, se podría concluir que también será daño directo *todo perjuicio o menoscabo al derecho de quien sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios*.

Más allá de lo farragosa que pueda resultar la transcripción y la sustitución, nótese de qué manera queda extendida la comprensión del daño directo y la legitimación para reclamar su resarcimiento, independientemente de las otras limitaciones impuestas por el resto de la norma, que desarrollaremos a continuación.

2.2.4. Apreciación pecuniaria

El art. 40 *bis* prosigue con la exigencia de que el daño directo debe ser “*susceptible de apreciación pecuniaria*”. Y en este punto sí ha incurrido el legislador en un error insalvable, ya que lo único patrimonialmente valorable ha ser la indemnización que estará obligado a efectuar el proveedor responsable, y no el derecho subjetivo (*de lege ferenda*, el interés o menoscabo) del consumidor cuya conculcación genera el deber de reparar. El correlato directo de esta disposición sería la exclusión

del deber de resarcir el daño moral, pues este se da, precisamente, por la lesión de un interés extrapatrimonial.²⁵

No ya en el reciente campo del consumo, sino desde antaño y como institución del Derecho Civil, los juristas han debatido intensamente acerca del daño moral. Ello no resulta de extrañar, toda vez que es un tema fuertemente vinculado a las más profundas convicciones filosóficas, ético-morales y aun religiosas de los operadores jurídicos. Resulta imposible desarrollar el tema *in extenso*: baste decir que modernamente, a excepción de muy pocos autores,²⁶ la doctrina casi unánime acepta el daño moral. Y lo hace en virtud de un fundamento resarcitorio y no punitivo: si bien no se puede *compensar* un detrimento espiritual con prestaciones patrimoniales, admitir la viabilidad de la condena por daño moral se acerca más a la equidad que rechazarla, por cuanto al menos brinda al damnificado *algún* tipo de gratificación, por más imperfecta que sea.

La cuestión del daño moral es un tema recurrente entre los comentaristas del daño directo, donde priman quienes entienden que en el segundo concepto no se encuentra contenido el primero por el requisito de *susceptibilidad de apreciación pecuniaria*.²⁷ Sin perjuicio de ello, la interpretación contraria es la que resulta más rica, pues también sigue la letra de la ley (que exige que el daño recaiga *sobre la*

25. Participan de esta noción de daño moral BUERES, AGOGLIA, BORAGINA, MEZA y VÁZQUEZ FERREYRA, conforme el despacho suscripto en el marco de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Miguel de Tucumán en septiembre de 1993. En cambio, PIZARRO y VALLESPINOS también consideran, en su definición, el menoscabo, detrimento o consecuencia sufrido por la víctima – consistente en la minoración de la subjetividad de la persona o en la modificación disvaliosa del espíritu– (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *op. cit.*, pp. 640-641 y 647).

26. Son elocuentes, aunque no las compartimos en absoluto, las palabras de LLAMBÍAS: “[n]o es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Repugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales pueda ser remediados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar: cuando se lo admite se cae en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente, aún de modo inconciente, en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo. Semejante tesis se apoya, tal vez inconscientemente, en una filosofía materialista de la vida y en una implícita negación del orden sobrenatural ... Viene a ser entonces, como se ha dicho, la *bonne souffrance* que arranca al hombre de las cosas de la tierra y la hace volver su mirada al Cielo. Si, ciertamente, Dios permite que el dolor golpee nuestra puerta, es para despertarnos del letargo en que solemos vivir, o para ahorrarnos, en su infinita misericordia, dolores absolutamente mayores, sin comparación posible, en la vida ultraterrena: son oportunidades que no hay que desaprovechar intentando convertir ese mismo dolor en título de enriquecimiento patrimonial. Pues hay en ese afán una suerte de prostitución del dolor”. LLAMBÍAS, Jorge J. y RAFFO BENEGAS, Patricio (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, pp. 294-295.

27. Conf. PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ALEGRÍA, Héctor y ANAYA, Jaime L. (dirs.) y SICOLI, Jorge S. y CHÓMER, Héctor O. (coords.), *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales*, t. V, p. 829; Conf. PINESE, Graciela G. y CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, p. 263.

persona)²⁸ y porque, en especial, se compadece con el principio protectorio del consumidor del art. 3, LDC.

2.2.5. Consecuencias inmediatas sobre la persona o los bienes

Del concepto amplio de daño directo como “*todo perjuicio o menoscabo*” (y su expansión en virtud del art. 1, párr. 2, LDC) a la exigencia de que afecte un derecho subjetivo y que además sea susceptible de apreciación pecuniaria, el art. 40 *bis* también requiere que recaiga “*de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona*”. De por sí, ello resulta inconveniente ya que nuestro régimen de responsabilidad civil prevé una extensión del resarcimiento significativamente más amplia.²⁹ ¿Por qué restringir el deber de responder solo por las lesiones que resulten del curso natural y ordinario de las cosas (consecuencias inmediatas)?³⁰ A su vez: ¿por qué excluir la responsabilidad por los daños experimentados por otra persona *par ricochet*, indirectas, a raíz del mismo hecho?

De lege lata, el art. 40 *bis* alcanza en su redacción exclusivamente a los daños patrimoniales que el consumidor o usuario sufre directamente sobre los bienes de su propiedad, con la doble limitación de la necesidad de que el daño represente una consecuencia inmediata (lo que excluye de por sí la pérdida de chance y buena parte de los supuestos de lucro cesante) y tenga carácter directo (lo que descarta los detrimentos económicos experimentados más allá del bien mismo sobre el que recae la lesión). Así, el concepto comprende exclusivamente a la destrucción o deterioro de la cosa misma sobre la que recae el perjuicio, pues solo en ese supuesto se trata de daños directos (art. 1068, Cód. Civ.) que son además consecuencia inmediata del hecho.³¹

28. Conf. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, p. 491; SHINA, Fernando E., *loc. cit.*; MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Derecho de Consumo*, p. 62; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, publicado en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), *La Ley - Suplemento especial reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, punto IV.

29. En la órbita contractual, cuando el dañador ha obrado con dolo, responde también por las consecuencias mediatas (art. 521, Cód. Civ.), es decir, las que resultan de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto (art. 901, Cód. Civ.). Y en materia de responsabilidad aquiliana, también frecuente en el ámbito del consumo, se responde por las consecuencias mediatas aún a título de culpa (arg. art. 904, Cód. Civ.), y de haber mediado dolo, también por las casuales que el autor haya tenido en mira (art. 905, Cód. Civ.).

30. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., *op cit*, p. 177.

31. PICASSO, Sebastián, comentario al art. 40 *bis* en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. I, p.534.

2.2.6. Determinación de la causa

En tanto, el daño directo procede “*como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios*”, por lo que no están comprendidos los causados por el hecho de las cosas de las que este sea dueño o guardián (art. 40, LDC, y art. 1113, Cód. Civ). Si se considera el párrafo siguiente, el ámbito de aplicación de la figura queda aun más restringido, pues la conducta dañosa debe tratarse de una infracción *típica*.³² Ante la ausencia, en materia de consumo, de tipos expresos, estos habrán de inferirse a partir de “*las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten*” (art. 45, párr. 1, LDC).³³

No obstante lo expuesto, también podría interpretarse que opera un factor de imputación de tipo objetivo (riesgo creado, riesgo provecho o garantía, según el caso), pues el texto no alude a la culpa ni a reproche alguno a la conducta del proveedor y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Resulta suficiente, entonces, la mera acción u omisión del proveedor, siendo este el definido en el art. 2, LDC.

3. LA REGULACIÓN DEL DAÑO DIRECTO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Merece un punto aparte el examen del resto del art. 40 *bis*: esto es, no ya el concepto de daño directo, sino su regulación y funcionamiento en la práctica. Estudiaremos la autoridad de aplicación de la institución, el tope que se puede regular en virtud de esta, su apelabilidad y su relación con una eventual demanda judicial posterior; se sigue, con esta metodología, la redacción del final del artículo:

Artículo 40 *bis*.- ... La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley...

32. Nótese que hay posibles infracciones de la LDC que no darían lugar más que a daño moral (p. ej., art. 8 *bis*, LDC), resultando esta vía cerrada para su célere resarcimiento.

33. PICASSO, Sebastián, *loc. cit* en la nota 31.

3.1. Autoridad de aplicación. *Quid* de los tribunales administrativos.

Comienza el segundo párrafo con la mención de la autoridad de aplicación, que se encuentra indicada en el artículo siguiente de la ley.

Artículo 41.- Aplicación nacional y local.- La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones.

La disposición de la LDC tiene en este punto implicancias muy complejas y relevantes, que inclusive involucran cuestiones de orden constitucional.³⁴ Por ello, se torna necesario estudiarla a conciencia, analizando en detalle y por separado sus distintos aspectos: ensayaremos dicho examen a continuación.

3.1.1. Planteo del problema: la Constitución Nacional y la división de poderes.

Como ya enseñaba MONTES DE OCA,³⁵ la Constitución argentina organiza el gobierno federal bajo el triple aspecto de sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los que señala órbitas de acción diferentes, de acuerdo con las funciones peculiares que les asigna. La división del ejercicio de la potestad gubernamental es esencial en nuestro régimen. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN” o “Corte”) ha resuelto que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.³⁶

Sin embargo, el mismo MONTES DE OCA ya reconocía que no cabe dudar de que la separación absoluta de los poderes es de realización imposible, que ellos se

34. En efecto, es una defensa muy común la de acusar la inconstitucionalidad de la delegación de facultades jurisdiccionales a la administración con fundamento en el art. 109 de la Constitución Nacional.

35. MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca por Alcides Calandrelli*, t. 2, pp. 3-4.

36. CSJN *in re* “Ríos Ramón (álías Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos”, 4/12/1863, en Fallos 1:32.

compenetran entre sí y tienen atribuciones muchas veces comunes; si los grandes departamentos del gobierno se encerraran en un aislamiento insalvable, se implantaría un régimen anárquico.³⁷

En fin, existen tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) que *prima facie* ejercen de forma exclusiva las funciones materialmente diferenciadas de ejecutar, legislar y juzgar.³⁸ Aún así, esta regla no es absoluta, y bajo ciertas condiciones –de interpretación restrictiva– los poderes constituidos pueden ejercer las funciones que son naturalmente propias a los otros dos.³⁹

Tal cual reza el art. 41, LDC, la autoridad de aplicación en jurisdicción nacional es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ubicado bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional (art. 100, Constitución Nacional, y art. 20, Ley 22.520 de Ministerios –texto según decreto P.E.N. 2082/2011–); mientras que en las jurisdicciones locales lo son el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o el de la provincia respectiva.

De esta manera, estos órganos realizan la aplicación de la ley y la regulación del daño directo, así como también determinan derechos y obligaciones de las partes en los casos concretos de sus jurisdicciones, a través de decisorios vinculantes y ejecutables.

De tal suerte se sigue que la LDC delega en la Administración Pública facultades materialmente jurisdiccionales.

El punto a dilucidar es, en definitiva, el siguiente: ¿violenta esta excepción –tribunales administrativos como aplicadores del daño directo– al principio general –según el cual al Poder Ejecutivo le corresponde la función ejecutiva y la de juzgar cae sobre la órbita del Poder Judicial– el principio republicano de la división de poderes? ¿O es, en cambio, un supuesto adecuado al mandato de Constitución Nacional razonable y conveniente?

3.1.2. La cuestión en la doctrina

Los juristas han discutido arduamente este tema. Sustancialmente, han adscrito o bien a la inconstitucionalidad o bien a la constitucionalidad, abonando su teoría con diversos argumentos.

La primera de las tesis puede fundarse en diversos preceptos constitucionales: “[l]a propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser

37. MONTES DE OCA, *op. cit.* p. 9.

38. BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 23.

39. En este sentido, CASSAGNE, Juan C., *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, 1987, citado en BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 46; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, p. 94 y ss; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. 5, p. 201.

privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley..." (art. 17, CN); "[n]ingún habitante de la Nación puede ser... juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (art. 18, CN); "[corresponde al Congreso] dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales" (art. 75, inc. 12, CN); "[e]n ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales..." (art. 109, CN); "[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación..." (art. 116, CN).

En esta línea, afirma KRIEGER al respecto que la disposición de la LDC: a) violenta la división de poderes otorgando a los poderes ejecutivos municipales, provinciales o nacionales, la potestad de ejercer funciones propias del Poder Judicial; b) resulta un procedimiento ineficaz en la tutela de los derechos del consumidor, contrariando el art. 42 de la Constitución Nacional; c) se opone al principio de juez natural quitándole a los jueces civiles o comerciales la competencia que les corresponde sobre la aplicación de la norma y se la entrega al fuero contencioso administrativo federal; y d) el procedimiento establecido carece de un control judicial suficiente.⁴⁰

Por el contrario, los autores que advierten una mayor flexibilidad en el principio de división de poderes, entienden que está permitido que estos ejerzan materialmente funciones que son en principio propias de los otros dos, si bien con carácter restrictivo, y dentro del marco constitucional. En este sentido, ÁLVAREZ LARRONDO sostiene que la norma es derecho vigente y como tal debe aplicarse, así como que se ajusta perfectamente a las exigencias establecidas por la CSJN en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional, en el precedente "Ángel Estrada y Cía. S.A."⁴¹

3.1.3. La cuestión en la jurisprudencia

Independientemente de cuál sea la postura que se asuma respecto de la constitucionalidad de la norma bajo análisis, lo cierto es que atina ÁLVAREZ LARRONDO al mencionar la jurisprudencia de la Corte y las exigencias establecidas para salvar la constitucionalidad de los tribunales administrativos. Sin desmerecer el enriquecedor debate doctrinario, la realidad de los hechos indica que es la jurisprudencia,

40. KRIEGER, Walter F., *Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*, punto II.

41. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *loc. cit.*

iluminada por los principios sentados por la CSJN en sus precedentes, la encargada de resolver este tipo de cuestiones y cuya palabra resulta definitiva. Máxime si se considera que el conflicto planteado es netamente constitucional y el Alto Tribunal es el último intérprete de la Carta Magna; y, aunque *“solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”*.⁴²

3.1.3.1. El caso “Fernández Arias”

El primer *leading case* a mencionar es “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”.⁴³ Destacó entonces la Corte que el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es una modalidad del derecho público moderno que permite responder con eficiencia a una realidad más vasta, premiosa y compleja que la que pudo concebir el constituyente de 1853.⁴⁴ Ahora bien, ello no ha de implicar un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales; existen serias limitaciones como el control judicial suficiente –a fin de impedir la discrecionalidad absoluta sin revisión ulterior posible– y que ese control sea extenso y profundo de acuerdo a cada situación jurídica.⁴⁵ De esta manera la CSJN arriba a un concepto amplio de control judicial suficiente que requiere: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en

42. Fallos 25:364, 212:51, 212:160, 307:1094, entre otros.

43. Este precedente (en Fallos 247:646) fue seguido por la CSJN en numerosos pronunciamientos posteriores, como por ejemplo *in rebus* “Villalba, Andrés G.”, 01/11/1988, (LL-1989-B, 109); y “Altamirano, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Defensa)”, 19/09/1989, consids. 3 y 4 del voto del ministro Bacqué, (en Fallos 312:1682); y, más recientemente, “E.D.E.R.S.A. c/ Turbine Power Co. S.A.”, 09/11/2004, punto IV del dictamen del Procurador Fiscal Subrogante, que la Corte hace suyo (en Fallos 327:4869).

44. En palabras del Alto Tribunal, *“...responder; pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado”,* y que *“se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social”* (consid. 5).

45. Por ejemplo, con arreglo a la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.

cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, siendo insuficiente la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad para satisfacer las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Se exceptúan los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

3.1.3.2. *El caso “Ángel Estrada y Cía.”*

El segundo *leading case*, mucho más reciente, es “Ángel Estrada y Cía. S.A. s/ Resolución 71/96 - Secretaría de Energía y Puertos (Expediente N° 750-002119/96)”,⁴⁶ resuelto el 5 de abril de 2005. En esta sentencia, la Corte afirmó que, como principio general, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales al Poder Ejecutivo es inconstitucional.⁴⁷ Sin perjuicio de ello, quedaría excepcionalmente a salvo su constitucionalidad si tales organismos jurisdiccionales: a) hubieran sido creados por ley; b) su independencia e imparcialidad estuvieran aseguradas; c) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable; d) sus decisiones estuvieran sujetas a control judicial amplio y suficiente; y e) que constituyan un cuerpo de expertos, especialistas en la materia a tratar.⁴⁸

3.1.4. *Aplicación de la doctrina de la Corte al art. 40 bis de la LDC*

Expuesta la construcción teórica realizada por la CSJN en los mentados precedentes, así como su relevancia determinante en tanto criterio del máximo intérprete de la Carta Magna, corresponde apreciar la constitucionalidad de la disposición de la LDC que pone en cabeza de la Administración la facultad materialmente jurisdiccional de decidir en reclamos por daño directo. Como es coherente, el examen consistirá en verificar si se cumplen todos los requisitos *supra* mencionados; caso contrario, no podrá sino inferirse la inconstitucionalidad.

46. En Fallos 328:651.

47. “[E]l otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que... prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales” (consid. 12 del voto de la mayoría).

48. *Ibidem*, ver consids. 12 y 13 del voto de la mayoría.

3.1.4.1. Creación por ley

El análisis de la legalidad, es decir, de la fuente legal de la atribución de potestades jurisdiccionales a la Administración, no requiere demasiado desarrollo. Estas facultades están consagradas por el texto del art. 16 de la Ley 26.361, que incorpora al art. 40 *bis* en la Ley 24.240, y el art. 41 de esta última, que determina la autoridad de aplicación. Ambas leyes fueron sancionadas por el Congreso de la Nación⁴⁹ y promulgadas por el Poder Ejecutivo Nacional.⁵⁰ En fin, se trata de una ley en sentido formal y material, y se cumple la exigencia de la Corte a la luz de los precedentes reseñados.

3.1.4.2. Independencia e imparcialidad

Es harto conocida –incluso fuera de los ámbitos jurídicos– la imprescindible independencia de quienes están llamados a ejercer la función jurisdiccional, custodiando, interpretando y aplicando el derecho –especialmente, entre los países que siguen la tradición continental, la Constitución– y sirviendo de contrapeso y control a los poderes que tienen a su cargo las funciones ejecutiva y legislativa.

En efecto, la independencia del Poder Judicial resulta absolutamente esencial para el sistema republicano y la división de poderes. Ya en el Siglo XVIII, Alexander Hamilton –uno de los *Founding Fathers* de los Estados Unidos de América– advertía, con notable prosa, el fundamento político de aquel principio: “*la necesidad de que un poder independiente sirva de protección permanente de la Constitución y de los derechos individuales, contra los efectos que determinados malos humores o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo y que, aunque pronto ceden el campo a mejor información y a reflexiones más circunspectas, tienen tendencia –entretanto– a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad*”.⁵¹ Entre nosotros, la Carta Magna se ocupa de procurar la imparcialidad del Poder Judicial a través de garantías especiales acordadas a los magistrados: inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta⁵² e intangibilidad de sus remuneraciones mientras permanezcan en sus funciones (art. 110, Constitución Nacional).

49. La Ley 24.240 fue sancionada en fecha 22/09/1993, mientras que la Ley 26.361 en 12/03/2008.

50. La Ley 24.240 fue promulgada parcialmente en fecha 13/10/1993, mientras que la Ley 26.361, también parcialmente, en 03/04/2008.

51. HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, p. 333.

52. Y aún en caso de mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones, tal que ameriten su remoción del cargo, dicha destitución no emana del Poder Ejecutivo ni de un “superior” sino del Congreso de la Nación o de un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la

Ahora bien, esta independencia es también necesaria por parte de quien tiene a su cargo resolver, con fuerza obligatoria, conflictos entre sujetos con pretensiones opuestas. Ello es así porque la independencia determina, en este aspecto concreto, la imparcialidad que resulta fundamental en todo juzgador (vale decir, que no haya tomado partido previo por ninguna de las partes). “*La imparcialidad de un magistrado, puede decirse, es la manifestación empírica de su independencia: si la independencia se refiere a lo que debe ser la posición jurídica del juez, la imparcialidad es el modo que tiene de ser independiente*”.⁵³

En definitiva, y esto resulta esencial para el objeto de estudio de nuestro trabajo, la aplicación del Derecho en conflictos particulares por personas susceptibles de presiones o directivas, o que pudieran sufrir un detrimento en tanto juzgadores como consecuencia de sus resoluciones, mal puede conducir a la realización del ideal de justicia; y es que la falta de independencia podría comprometer la imparcialidad del juzgador, perjudicando a una de las partes involucradas y obstando al regular funcionamiento de la actividad jurisdiccional tal como está llamada a cumplirse. Por el contrario, el juez solo debe estar condicionado por los hechos del caso y el derecho –aprehendido en sentido amplio– que resulte aplicable.

¿Cómo se articula lo precedentemente expuesto con la disposición en la materia de los arts. 40 *bis* y 41 de la LDC? Es muy sencillo: dado que las autoridades de aplicación del daño directo no son órganos (ni sus titulares, integrantes) del Poder Judicial sino del Ejecutivo, no se verifica la independencia de quienes deciden las pretensiones de daño directo, y con ello se compromete también el aseguramiento de su imparcialidad. Y permítasenos precisar a continuación, y para concluir este acápite, la afirmación que sostenemos.

Por un lado, es por todos sabido que la Administración Pública está organizada de manera vertical, y sus agentes ubicados en distintos escalafones de una línea jerárquica. Así, quienes ocupan los puestos superiores tienen la potestad de dar órdenes –en el marco de su competencia– a sus subordinados, y estos tienen el deber de acatarlas.⁵⁴ Es decir que no solo se trata de que el juzgador carezca de garantías especiales que protejan su independencia –como los jueces–, sino que forma parte de una estructura caracterizada, precisamente, por la dependencia (de un superior jerárquico).

matrícula federal, según se trate de Ministros de la CSJN o de jueces de tribunales inferiores (arts. 53, 59 y 115, Constitución Nacional).

53. GRAÑA, Eduardo R., “Las garantías de la independencia de los jueces. Los fallos ‘Bonorino Perú’ y ‘Masi’”, p. 219.

54. No está de más tener presente que, aunque la mayoría de estos últimos suelen ser agentes “de carrera”, los funcionarios de mayor rango y desde los cuales se “baja línea” (Presidente de la Nación, Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios, etc.) son nombrados y removidos por razones políticas.

Y por otra parte, lo anteriormente explicado compromete la garantía de imparcialidad. Ello no supone afirmar, desde luego, que las autoridades de aplicación *busquen* ser imparciales en sus resoluciones, ni que *efectivamente lo sean* en determinado número de supuestos: pero el estándar exigido no es una *intención* de imparcialidad sino su *garantía*. La libertad de juicio de la que debe gozar todo juzgador imparcial jamás puede hallarse *asegurada* cuando se está obligado a respetar una política delineada por un superior jerárquico al que se debe obedecer.

3.1.4.3. Razonabilidad del objetivo político y económico del legislador

La necesidad de proteger al consumidor no solo fue tomada en cuenta por el legislador en 1993, sino también por el constituyente de 1994. Así, desde la última reforma de la Carta Magna, su art. 42 consagra el derecho de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. A su vez, dispone que la legislación deberá establecer procedimientos eficaces⁵⁵ para la prevención y solución de los conflictos.⁵⁶

En este marco, se concibe al daño directo como una solución contra la frustración colectiva que arrastran muchos argentinos que a veces dejan fracasar su reclamo en un conflicto que se produce en la relación de consumo, en virtud de que les pesa acudir a la vía judicial para resolver problemas que pueden ser de menor cuantía.⁵⁷ Ante el implícito reconocimiento de la vía judicial como ineficiente, se concibe

55. “*En la doctrina y en los congresos específicos en los que se han presentado trabajos especiales, se planteó la necesidad de que las vías de prevención y solución de conflictos tengan no solo eficacia sino también velocidad y se los realice en tiempo y forma, de modo que el consumidor burlado en su buena fe pública encuentre satisfacción*”, de la intervención del convencional por la Provincia de Buenos Aires, Roberto O. Irigoyen, en la 32ª reunión y 3ª sesión ordinaria de la Convención Nacional Constituyente de fecha 17/08/1994.

56. “*El último párrafo del despacho que estamos considerando es una norma de carácter programático que determina un curso de acción al Congreso que tendrá que dictar la legislación adecuada para contemplar los requerimientos que la norma establece. Evidentemente, esta es una norma federal, nacional y, en consecuencia, el mandato va dirigido al Congreso de la Nación, lo cual, por su ubicación en la Primera Parte del texto constitucional no significa –como lo destacara en mi exposición de ayer– que no se la interprete también como una directiva hacia las legislaturas provinciales*”, de la intervención del convencional por la Provincia de Santa Fe, Iván J. M. Cullen, en la 32ª reunión y 3ª sesión ordinaria de la Convención Nacional Constituyente de fecha 17/08/1994.

57. De la intervención de la Diputada por la Provincia de Tucumán, Stella Maris Córdoba, en ocasión de la 25ª Reunión del Período 124º de la Honorable Cámara de Diputados, con motivo del tratamiento del proyecto de modificación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en fecha 09/08/2006. La Diputada en cuestión fue quien presentó el proyecto de reforma e introdujo el daño directo.

la creación de esta figura como efectiva “*para que un consumidor pueda conseguir satisfacción de su derecho y un resarcimiento justo en la vía administrativa*”.⁵⁸

En la Cámara de Senadores, si bien se objetó la redacción de la norma propuesta por la Cámara Baja⁵⁹ (por lo que hoy no rige ese texto original), también se sostuvo que en casos de escasa cuantía, sin la regulación del daño directo, los perjuicios se generan en forma escalonada y repetida y nunca hay reparación para ellos. En estos casos, los consumidores son objeto de abuso de algunos proveedores inescrupulosos, pero no recurren a la vía judicial: el daño directo se legisla para combatir esta realidad, relevándose al particular de estipendios y de toda necesidad de recurrir a un profesional.⁶⁰

De esta manera, más allá de las objeciones que nos importe la delegación cuando se podría haber creado una vía judicial especial, expedita e idónea para tales extremos, reconocemos que se verifica el requisito de razonabilidad en el objetivo político y económico en haber dotado de facultades jurisdiccionales a la Administración para aplicar y regular el daño directo. Es loable el propósito de garantizar la satisfacción de los consumidores damnificados (en ocasiones, una vasta masa de ellos en virtud de un único acto del proveedor), en vez de que sus “pequeñas demandas” quedaran en el camino.

3.1.4.4. *Control judicial amplio y suficiente*

El art. 40 *bis* expresa la posibilidad de apelar lo decidido por la autoridad administrativa directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (por vía de remisión al art. 45). Desde luego, no se trata del recurso extraordinario federal que, como vimos, resulta una garantía insuficiente dado su carácter excepcional y por requerir la lesión de un derecho constitucional, sino del remedio judicial que se denomina *recurso directo*.

Ahora bien, la letra del artículo solo reconoce expresamente que el acto administrativo sea apelable por el proveedor (sancionado), sin hacer referencia al remedio procesal que corresponde al consumidor. Este último, de no ver satisfecha su pretensión, no tendrá más opción que acudir a la vía judicial. Ello es una consecuencia lógica del hecho de que el interesado no es parte en este proceso y, por lo tanto, carece de legitimidad para atacar el acto administrativo recursivamente.

58. *Idem*.

59. “*La Cámara de Diputados definía el daño directo y nosotros entendíamos que tenía buenas intenciones. Sin embargo, la no tipificación del daño directo, la no conceptualización de lo que definíamos como daño directo iba a arrojar, indudablemente, la lógica declaración de inconstitucionalidad*”, de la intervención del miembro informante de la Comisión, Senador Matías Fernández, en ocasión de la 21ª Reunión de la 17ª Sesión Ordinaria de fecha 17/12/2007.

60. *Idem*.

No se debe perder de vista que el procedimiento en cuestión tiene un carácter estrictamente optativo para la pretensa víctima de daño directo, sin que se le cierre en absoluto la vía judicial en momento alguno. Ello se desprende tanto de lo dispuesto en el art. 40 *bis*, *in fine*, como del art. 52:

Artículo 52.- Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

En estos términos, el procedimiento *sub examine* cumple con el requisito de control judicial amplio y suficiente respecto del consumidor o usuario. No obsta a la constitucionalidad del procedimiento que aquél no sea parte en el proceso del art. 45,⁶¹ cuando esta vía es enteramente opcional y voluntaria, y en cualquier caso cuenta con la posibilidad de accionar en sede judicial. Ahora bien, interesa asimismo el análisis desde la perspectiva del proveedor o prestador, por cuanto que él es la única *parte* propiamente dicha (art. 45), y el proceso administrativo de consumo en cuestión le resulta naturalmente contrario (art. 3).

El art. 45, LDC, distingue dos modos de concesión del recurso directo. Por regla general, este se concede en relación y efecto suspensivo, mientras que, por excepción, cuando se hubieran denegado medidas de prueba, su concesión es libre. Esto importa la posibilidad de alegar hechos nuevos, acompañar documentos de fecha posterior a la providencia de autos o inclusive de fecha anterior pero desconocidos en oportunidad de dictarse la resolución.⁶² Si bien se ha señalado que el proveedor o prestador apenas puede aspirar a una revisión del acto administrativo en sí –fundamentalmente de la indemnización impuesta– mas no de la valoración de los hechos, ni su ponderación, ni introducir nuevos argumentos, ni elementos probatorios,⁶³ nosotros entendemos que la revisión judicial del caso se ajusta a lo que MAIRAL ha dado en denominar “*revisión media*”.

Comprende la revisión plena de las cuestiones de derecho y de hecho, pero no admite la producción de prueba en sede judicial excepto aquella ofrecida en sede administrativa y cuya producción fue denegada por la Administración, siempre que se vuelva a ofrecer en la instancia judicial y el tribunal la considere pertinente.⁶⁴

En estos términos, es claro que el “control judicial amplio” propuesto por la ley se ve razonablemente cumplido para el proveedor o prestador cumpliendo el recurso con el estándar de constitucionalidad definido por la doctrina de la Corte.

61. No se debe olvidar que el art. 45 fue concebido en un principio (texto original de la Ley 24.240) a efectos de la imposición de multas por parte de la autoridad de aplicación a los prestadores o proveedores.

62. PALACIO, Lino E, *Derecho procesal civil.*, t. V, p. 98.

63. KRIEGER, Walter F., *op. cit.*, punto VI.

64. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Vol. 2, p. 664.

3.1.4.5. Expertise del tribunal administrativo

El último punto de análisis es el *expertise* de los tribunales administrativos. Desde luego que resulta de compleja apreciación cuál es el nivel de especialización que alcanzan las distintas autoridades de aplicación de la LDC, ya sea la Secretaría de Comercio Interior a nivel nacional, o los designados por la Ciudad de Buenos Aires y las provincias en los ámbitos locales. Ello, inclusive, sin considerar el riesgo a que se expone quien emprendiera tal análisis de incurrir en la generalización.

Obviamente que aquí no se hará un estudio pormenorizado. Atinamos a asegurar que seguramente haya jueces más “expertos” que agentes de la Administración que hoy en día aplican el daño directo, y también a la inversa. En todo caso, nos parece cuestionable que sea el fuero contencioso administrativo el más idóneo para conocer en estas causas cuando deberían hacerlo, en razón de la naturaleza de las cuestiones ventiladas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil o en lo Comercial (o su equivalente en las respectivas jurisdicciones).

3.1.4.6. Corolario

La constitucionalidad de la aplicación del daño directo por los órganos indicados en los arts. 40 *bis* y 41 de la LDC, evaluada a la luz de los requisitos establecidos por la CSJN en el fallo “Ángel Estrada”, debe verificarse a partir del cumplimiento de *la totalidad* de dichas exigencias, *conjuntamente*, y no algunas o la mayoría de ellas.

Así entonces, sin perjuicio de la creación por ley de los tribunales administrativos en la materia, de la razonabilidad del objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos, del control judicial amplio y suficiente de que son susceptibles sus decisiones, y la posibilidad –pues sobre este punto nos permitimos, al menos, dudar– de que los integren expertos especialistas en la materia a tratar; lo cierto es que la independencia de los juzgadores no se halla asegurada en modo alguno, y con ello se compromete también la garantía de imparcialidad.

Como colofón, se infiere la *inconstitucionalidad* de la regulación del daño directo, en punto a su autoridad de aplicación, de acuerdo a la redacción de la normativa vigente.

3.2. Tope de la indemnización por daño directo

El instituto del daño directo está llamado a resolver eficazmente reclamos de menor cuantía. El procedimiento ante la Administración, que también hará las veces de juzgador, tiene lugar por la demanda de un monto limitado; cuando el consumidor pretende una indemnización mayor, o por rubros no comprendidos en el (*de lege*

lata, estrecho concepto de) daño directo, debe pues accionar en sede judicial. Así lo autoriza el mismo dispositivo legal, como veremos a continuación.

En el proyecto original, el resarcimiento por daño directo alcanzaba un máximo de tres mil pesos, monto que la Secretaría de Comercio Interior actualizaría anualmente según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Este sistema fue posteriormente modificado por la Cámara de Senadores hacia su versión final, porque la actualización referida resultaba repugnante al art. 10, Ley 23.928 de Convertibilidad, que prohíbe la indexación.⁶⁵

Concretamente, el párrafo tercero del art. 40 *bis* (texto según Ley 26.361) establece:

Artículo 40 *bis*.- ... La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo... y obligar... a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)...

A través del importe máximo y ajustable, se supera la posibilidad de la contradicción normativa, manteniendo empero una actualización permanente para este tipo de perjuicios. Más allá de las consideraciones que pudieran vertirse respecto del índice seleccionado y la relación histórica que el mismo mantiene con la inflación de precios y la depreciación de la moneda nacional, el legislador ha encontrado una manera de sortear *prima facie* la restricción impuesta por la Ley de Convertibilidad en favor del consumidor.

3.3. Resolución firme con carácter de título ejecutivo. Carácter deducible de los montos abonados.

Los últimos dos párrafos del art. 40 *bis* rezan lo siguiente:

Artículo 40 *bis*.- ... El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez

65. Art. 10 (texto según Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario).- Mantienen derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional—inclusive convenios colectivos de trabajo—de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor

Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a este por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

En primer lugar, se inviste con la calidad de título ejecutivo, una vez que haya devenido firme, al acto administrativo que determine la configuración de daño directo y obligue al proveedor o prestador a resarcir.

De esta manera, el legislador no hace otra cosa que cerrar el remedio procesal para el usuario o consumidor víctima de daño directo, al brindarle también una acción expedita por la cual asegurar su resarcimiento. Y en consecuencia, una vez consentida o ejecutoriada⁶⁶ la resolución y vencido el plazo para su cumplimiento, se podrá interponer acción ejecutiva a instancia de parte, de conformidad con el procedimiento previsto en el Código Procesal correspondiente.

Finalmente, en el cuarto párrafo del art. 40 *bis*, se establece la deductibilidad de los montos pagados al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa. Al respecto, cabe señalar que de esta manera se reconoce que la vía administrativa no agota procesalmente el reclamo resarcitorio del legitimado (conf. art. 52, LDC); asimismo, la obvia aplicación del principio de indemnización integral al caso en cuestión –que igualmente impide el enriquecimiento sin causa–.

4. EL DAÑO DIRECTO CONSIDERADO EN SÍ MISMO

Uno de los más serios problemas del derecho argentino vigente es el de los elevados costos de la administración de justicia (tasas de justicia, honorarios de profesionales intervinientes, costos de tramitación de los juicios y sus incidentes, seguimiento de los juicios y ejecución de sentencias). En un considerable número de conflictos carece de sentido promover demandas ante los jueces del Estado pues el costo de la actuación judicial excede el valor de la prestación cuyo cumplimiento se pretende.

No hay sitio para las demandas de escaso monto. El público carece de de remedios eficaces para hacer efectivos sus derechos. Gozar de lo suyo puede exigirle

66. La resolución administrativa devendrá firme tanto por no interponer el recurso de apelación ante la misma autoridad que dictó la resolución dentro de los diez días hábiles de notificada, como por sentencias confirmatorias del fondo o denegatorias de la vía recursiva, desde que venza el plazo para recurrirlas.

la promoción de una acción cuyo costo puede exceder el valor de lo debido.⁶⁷ Más allá de las imperfecciones en la técnica legislativa, los procesos de menor cuantía son de un gran valor práctico, máxime en materia de consumo, donde muchas veces –y como ya dijimos– los daños se causan en pequeña medida pero masivamente. La idea de brindar a los consumidores una vía ágil y simplificada por la que obtener la reparación por estas lesiones es, sin duda, muy buena.

Este mismo espíritu se repite, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos internos de los restantes países del MERCOSUR. La República Federativa de Brasil, en su Ley 9099/95, prevé un proceso especial (más breve y sencillo) cuando el monto reclamado no exceda de 40 salarios mínimos (art. 3 inc. I). Análogamente, la República de Paraguay, en su Código Procesal (Ley 1337), lo limita a una pretensión de 60 a 300 jornales mínimos –monto actualizable por su Corte Suprema de Justicia– (arts. 684 a 690).

Un párrafo aparte merece la República Oriental del Uruguay que con su Ley 18.507 configura un procedimiento simplificado *específico* para consumidores víctimas de “pequeños daños” –hasta 100 unidades reajustables– (arts. 1 y 2). Acierta también en dar competencia al Poder Judicial para conocer en ellos, y en no exigir asistencia letrada obligatoria (arts. 1 y 3). Yerra, empero, al omitir la gratuidad del procedimiento, puesto que el actor debe tributar un 1% del monto reclamado como “tasa de justicia”,⁶⁸ y también al prever un breve plazo de caducidad de la acción: un año desde cometido el hecho dañoso –si bien solo para el proceso especial, quedando abierto el ordinario, por los plazos corrientes en materia de prescripción– (arts. 4 y 5).

Lejos del MERCOSUR, en el ámbito de la Unión Europea (“UE”) se reguló el “proceso europeo de escasa cuantía”, a través del Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. El ámbito de aplicación está constituido por los litigios civiles y comerciales⁶⁹ transfronterizos que no supe-

67. CUETO RÚA, Julio C., “La mediación y los juicios por resarcimiento de daños”, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, p. 1009.

68. Entre nosotros, “[l]as actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.” (art. 53, LDC). Es decir que se establece, a modo de presunción *iuris tantum*, la gratuidad del proceso judicial para el consumidor. Asimismo, debería consagrarse la del procedimiento administrativo en que se ventila la pretensión por daño directo, pero la Ley 26.361 nada dijo al respecto. Desde luego, la gratuidad debería extenderse también a dicho proceso, por ser la interpretación más favorable al consumidor (art. 3, LDC).

69. Dentro de los cuales se incluye el consumo. Si bien la materia no se trató de forma específica en el ámbito de aplicación, sí fue tenida en cuenta entre los considerandos del Reglamento: “*El Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 invitó al Consejo y a la Comisión a*

ren los dos mil euros, mejorando así el acceso a la justicia y reduciendo los costos. El procedimiento es opcional y se aplica en todos los Estados miembros –salvo Dinamarca– desde el 1 de enero de 2009.

El siguiente es un punto crucial: todos los procedimientos anteriores mencionados prevén como único límite para la procedencia de la acción el monto máximo de la demanda. ¿Por qué en la Argentina, si la intención del legislador era crear un procedimiento simplificado y célere que permitiera al consumidor obtener un rápido resarcimiento en causas de menor envergadura, fue necesario exigir tantos otros requisitos? Se debe lesionar un derecho subjetivo, este debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, el daño debe haber recaído directamente sobre la persona o los bienes del consumidor... *Pero el único elemento verdaderamente relevante es el tope dinerario*, única cuestión objetiva que justifica –por la menor cuantía de lo pretendido– un proceso más ágil. Solo atendiendo a la genuina finalidad del proceso y excluyendo requisitos adicionales, se ampara plenamente al consumidor a la hora de reclamar.

Y esto lleva a la segunda cuestión esencial: ¿reclamar ante quién? En la UE la competencia para entender en el proceso de escasa cuantía está en cabeza del Poder Judicial (arts. 2 a 9, 12, 14, 16, 18, 20 y 22 a 25 del Reglamento). En Brasil, también (art. 3, Ley 9099/95). En Paraguay, también (art. 684, Ley 1337). Y en Uruguay, también (art. 1, Ley 18.507). Vale decir, en todos los casos, quien decide sobre la indemnización del consumidor es *el juez*. En Argentina, lo hace la Administración, con los inconvenientes que ello implica cuando la imparcialidad e independencia no están en los hechos plenamente garantizadas.

5. CONCLUSIONES

El consumidor es la parte débil en la relación con el proveedor, quien frecuentemente causa *pequeños daños* a una gran masa de aquéllos. Los consumidores deben tener a su disposición un proceso especial, ágil y simplificado, para concretizar la reparación del perjuicio que han sufrido. El reconocimiento sustantivo de un derecho no sirve de nada cuando no se prevé, también, una vía adecuada a través de la que hacerlo efectivo.

La Ley 26.361, que reformó la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, incorporó el daño directo con esta noble finalidad, pero con una pésima redacción; y,

establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil” (consid. 4 –el destacado nos pertenece–).

como se suele decir, *el infierno está lleno de buenas intenciones y el cielo de buenas obras*.

Ya en el primer párrafo, que da la noción de la figura receptada, encontramos tres importantes defectos: se identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo, se exige su patrimonialidad y se limita la extensión de la responsabilidad. El único límite relevante a los efectos de la simplicidad del proceso debería ser el *quantum* máximo (lo que, como vimos, ocurre en otros ordenamientos jurídicos) y, sin embargo, el legislador previó también aquellas otras fútiles exigencias. El corolario no es sino la restricción de la protección al consumidor, al negarle legitimación para iniciar el proceso especial cuando sufriera una lesión en un interés lícito no reconocido expresamente en la norma, cuando este fuera extrapatrimonial, o cuando el daño fuese indirecto o mediato.

A su vez, la regulación de la figura es inconstitucional en cuanto confiere a la Administración la potestad jurisdiccional de determinar la existencia del daño directo y condenar a su resarcimiento. Ello conculca el principio de división de poderes en que reposa la forma republicana de gobierno así como también la garantía de defensa en juicio y del juez natural, pues aún desde la tesis que flexibiliza estos principios, no se cumple con la totalidad de los requisitos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido para estos casos excepcionales —en particular, los de imparcialidad e independencia del juzgador—.

Sin perjuicio de ello, cabe rescatar el valor del “daño directo” en tanto proceso especial, ágil y simplificado para litigios de menor envergadura. No nos cabe duda de que, bien regulada, se trata de una institución útil en el marco del consumo. Sería deseable que, en una futura reforma legislativa, estas importantes deficiencias fueran modificadas en el sentido de las interpretaciones que *de lege ferenda* hemos efectuado.

Hasta tanto, no habrá más remedio que asentir en coincidencia con quien dijera: “*consumers are increasingly feeling that they are being taken for a ride*”.⁷⁰

6. ADDENDUM A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN⁷¹

El mismo anteproyecto de ley que propone la aprobación —como Anexo I— del Código Civil y Comercial de la Nación referido en la nota al título de este trabajo, también prevé —en su Anexo II— la sustitución de determinados artículos de leyes

70. Senador Larry Edwin Craig, por el Estado de Idaho, que ha estado en el Congreso de los Estados Unidos de manera ininterrumpida desde 1991.

71. Agregado el 31 de julio de 2012.

específicas.⁷² En el tema que nos ocupa, este último Anexo reformula el art. 40 bis de la Ley 24.240 modificada por La ley 26.361 de la siguiente manera:

Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

La redacción proyectada presenta, a nuestro juicio, una virtud esencial, contenida –como podrá deducir el lector a esta altura del trabajo– en el segundo párrafo del precepto reformulado. Es evidente que se ha tomado como parámetro el estándar de constitucionalidad de la CSJN establecido en el fallo “Ángel Estrada” en punto al ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales por órganos de la Administración, toda vez que en los incisos “a”, “b”, y “d” se recoge la totalidad de los requisitos enumerados en el mentado decisorio y analizadas en el tercer acápite de nuestro ensayo.⁷³ Más aún: aplaudimos la profundización en el grado de algunas de las exigencias (el carácter *manifiesto* de la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgar facultades jurisdiccionales a los organismos administrativos, y la especialización, independencia e imparcialidad *indubitadas*).

72. Cabe recalcar que el art. 45 de la “legislación complementaria” al Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión de Reformas preveía la derogación del art. 40 bis de la Ley 24.240 incorporado por la Ley 26.361. La reformulación del precepto –en lugar de su eliminación– constituye uno de los cambios introducidos por el Ejecutivo, el cual aplaudimos por entender la conveniencia del daño directo (en rigor, de los procesos de menor cuantía) en el Derecho del Consumo, como institución en sí misma considerada.

73. Lo dispuesto en el inciso “c” puede no tener implicancias constitucionales, pero no resulta inconveniente pues contribuye a que lo resuelto no se torne ilusorio sino que su cumplimiento sea efectivamente exigible.

Empero, esta mejora fundamental en lo atinente a la constitucionalidad del funcionamiento se desdibuja a poco que se examine la concepción del daño que funda la institución bajo análisis: aquí se presentan aciertos y defectos parciales. Así, la nueva redacción elimina la necesidad de que se afecte un *derecho* del usuario o consumidor, y también que se ocasione el perjuicio de manera *inmediata* (en efecto, la figura dejaría de llamarse “daño directo”). Mas esta ampliación del ámbito de procedencia encuentra una reducción como contrapartida: solo se contempla el menoscabo respecto de *bienes* objeto de la relación de consumo (excluyéndose aquellos que se causan sobre su persona), y se mantiene –con mayor intensidad, atento al último párrafo del artículo proyectado– el estricto carácter patrimonial del perjuicio.

Con todo, la más radical de las reformas resulta la eliminación del tope por el cual se puede reclamar ante la Administración; este cambio resignifica el sentido y la esencia de la figura en sí misma concebida. Cierto es que nada habría que objetar, desde el punto de vista de la legitimidad, a un juzgamiento administrativo –por cuantioso que fuese lo pretendido– en los que se verifiquen los requisitos enumerados en “Ángel Estrada” y ahora en la nueva redacción. Sin embargo, tal como hemos sostenido y es tendencia en el Derecho Comparado, el prever un proceso diferenciado, gratuito y simplificado en materia de consumo debe apuntar a la célere reparación de daños menores –no por eso irrelevantes–, reservándose para el proceso ordinario ante la Justicia las demandas más importantes (y en las que podrían ventilarse las derivadas de lesiones a intereses insusceptibles de apreciación pecuniaria). Así pues, la “reinención” del “daño directo” no atentaría en este punto contra preceptos o principios consagrados por la Norma Fundamental, pero sí contra la función propia y práctica de la figura.

Estas ideas, como tantas otras, son aún pasibles de ser expuestas y oídas en la instancia de tratamiento legislativo del Proyecto y su legislación complementaria. Es nuestro deseo que en el debate parlamentario se aborden en profundidad las importantes cuestiones que analizamos, y que de la pluralidad de puntos de vista surjan las disposiciones más justas y depuradas posibles. De ello dependerá, al menos en un aspecto, la vida cotidiana de millones de personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO (dir.), *La Ley – Suplemento especial reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, consultado en La Ley online el 18/10/2011 (<http://www.laleyonline.com.ar>)
- BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1966.
- BUERES, Alberto J., comentario al art. 40 bis en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pp. 538-546.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CUETO RÚA, Julio C., “La mediación y los juicios por resarcimiento de daños”, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 1009-1013.
- FARINA, Juan M., *Derecho del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Tratado de daños reparables*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GRAÑA, Eduardo R., “Las garantías de la independencia de los jueces. Los fallos ‘Bonorino Peró’ y ‘Masi’”, en DALLA VIA, Alberto R. (dir.), *Derecho Constitucional. Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993.
- KRIEGER, Walter F., *Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*, consultado en La Ley online el 16/10/2011 (<http://www.laleyonline.com.ar>).
- LAMBÍAS, Jorge J. y RAFFO BENEGAS, Patricio (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Derecho de Consumo*, Córdoba, Advocatus, 2008.

- MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca por Alcides Calandrelli*, Buenos Aires, Imprenta y Litografía “La Buenos Aires”, 1910.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- PALACIO, Lino E, *Derecho procesal civil.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.
- PINESE, Graciela G. y CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009.
- PICASSO, Sebastián, comentario al art. 40 bis en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, pp. 525-537.
- PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ALEGRÍA, Héctor y ANAYA, Jaime L. (dirs.) y SICOLI, Jorge S. y CHÓMER, Héctor O. (coords)., *Derecho Comercial. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. V, pp. 823-842.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- PREVOT, Juan M., *Manual de jurisprudencia: daños y perjuicios: Parte General*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- SHINA, Fernando E., “Una interpretación piadosa del daño directo”, publicado en *elDial.com* - DC14A8.

CONCURSO “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE DERECHO CIVIL

En la presente sección se publican los trabajos ganadores de los dos primeros premios del IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil, organizado por Lecciones y Ensayos en el año 2011. El jurado estuvo conformado por las Dras. Elena I. Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y el Dr. Alberto J. Bueres.

LA SALUD MENTAL (EN LA ARGENTINA): DOS PARADIGMAS EN PUGNA*

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

Resumen: En el presente trabajo se analiza una relectura crítica de la institución de la “discapacidad” en el Derecho Civil argentino a la luz de los nuevos paradigmas en materia de salud mental que tienden a restablecer a los sujetos (mal llamados “discapacitados o “incapaces”) en su dignidad y su autonomía, entendiendo que la discapacidad más que una enfermedad o limitación de la persona, (como a menudo se la ha visto) es una barrera que traza la misma sociedad que luego, a través del derecho, discapacita (declara discapacitada) a la persona. Se sostendrá que la discapacidad encarna una contradicción del derecho. En este marco, se analiza una propuesta de cambio a partir de un nuevo modelo social (en reemplazo del modelo tutelar del Código Civil argentino, que ha demostrado que la “tutela” es un modelo vertical que tiende a silenciar y aislar a quienes más necesitan ser escuchados) que pone en el centro el pleno respeto de la dignidad y de la autonomía de las personas usuarias de servicios de salud mental. Se analiza el rol del curador provisorio en los juicios de insania, planteando el interrogante de si debe actuar como un abogado de la persona (Kraut) o como un auxiliar del juez (Llambías), acentuando en esos casos el carácter vertical (tutelar) de estos procesos (que asimilan el proceso jurídico a una parte del tratamiento médico) y en consecuencia, el aislamiento y el silenciamiento de la persona que más necesita ser escuchada durante el proceso judicial: el presunto “incapaz”. La conclusión es que el Derecho Civil debe abandonar la figura de la discapacidad porque discapacitando no ha “protegido” ni “recuperado” a los “incapaces”, sino que los ha aislado, silenciado, matado y anulando como personas (muchas veces, al solo efecto de resguardar un patrimonio). Para el derecho ya no puede haber discapacitados ni incapaces. Solo personas. Se demostrará que la discapacidad es una institución incompatible con un enfoque de derechos humanos.

*El presente trabajo obtuvo el primer lugar en el IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil.

**Abogado (UBA), Ayudante de segunda en Teoría General del Derecho y Teoría del Estado (Facultad de Derecho - UBA), Doctorando en Derecho (UBA) y Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

Quiero dedicarle este ensayo a mi prima Julieta D’Elia, que falleció después de vivir muchos años con patologías que no le impidieron ser una artista encomiable, y vivir una vida plena (no la vida de un “incapaz”, sino la vida de una “persona”) con el apoyo y el afecto de la familia y de su psiquiatra, el Dr. Federico Pavlovsky. La lucha de Julieta era la lucha por la integración y por la dignidad de los que se resisten a ser vistos como “incapaces” por el derecho.

Palabras clave: discapacidad – derechos humanos – salud mental – modelo social – dignidad – autonomía.

Abstract: In this paper, a critical analysis of the “disability” concept in the Argentine civil law is made in light of new paradigms within the mental health context which tend to re-establish these individuals’ (wrongly called the “handicapped” or “disabled”) dignity and autonomy, it being understood that the disability is more than an illness or limitation of the individual (as usually considered); it is a barrier outlined by society itself which then, through the law, disables the individual (declares them disabled). It will be held that the disability embodies a legal contradiction. Within this context, a proposal for change is analysed from a new social model (replacing the protective model of the Argentine Civil Code, which has shown that “protection” is a vertical model which tends to silence and isolate those who most need to be heard) focused on the full respect for the dignity and autonomy of the individuals resorting to mental health services. The role of the temporary guardian in mental disability proceedings is analysed, posing the question of whether they should act as the lawyer of such individuals (Kraut) or as an assistant to the judge (Llambías), emphasizing in said cases the vertical (protective) nature of these procedures (which put the legal proceedings on an equal footing with part of the medical treatment) and, as a result, the isolation and muting of the individual who most needs to be heard during the legal proceedings: the alleged “disabled”. The conclusion is that the civil law must abandon the disability concept because by making individuals disabled it has not “protected” or “recovered” the “disabled”, it has rather isolated, silenced, killed and annulled them as individuals (many times, only to protect property). For the law there can no longer be disabled or handicapped people. Only people. It will be demonstrated that the disability concept is incompatible with a human rights-based approach.

Key words: disability – human rights – mental health – social model – dignity – autonomy.

INTRODUCCIÓN

El objetivo prioritario de este trabajo es ver cómo impacta en el Código Civil argentino el cambio gradual de paradigma en materia de salud mental. Trataremos de ver en primer lugar qué es lo que implica (y por qué decimos que hay) un cambio de paradigma.¹ Todo esto lo analizaremos a partir de dos ideas centrales de la

1. La Argentina ratificó en 2008 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI.

filosofía (del derecho y la ética) y que son la piedra de toque esencial del nuevo paradigma social de la discapacidad: la dignidad de la persona, y, sobretodo, su autonomía. Para esto no nos involucraremos en cualquier derecho en abstracto, sino en un derecho muy concreto: el derecho de defensa. Es decir, el acceso a la justicia de ese colectivo tan frágil y vulnerable (se debe hablar de personas usuarias de servicios de salud mental, y no, como suele hacerse, de “presuntos insanos”) que requiere, según Kraut, de un *plus* de protección jurídica.

El objetivo central de este trabajo es, pues, analizar el derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Pero no en abstracto, sino a partir de un punto concreto (que divide en dos a la doctrina): el rol del curador provisorio –o curador *ad litem*– durante el proceso de insania. Es decir, si debe tener como único mandato a seguir (o no, como creerán Cifuentes, Arianna y Colombo, entre otros) los intereses del presunto insano. Eso nos llevará a analizar este tipo de procesos (que se caracterizan por ser tutelares) y el rol que el curador provisorio desempeña –o debiera desempeñar– en los mismos. ¿Debe ser, como pretende Lambías, o Tobías, un (mero) *auxiliar* del juez (reforzando la verticalidad del proceso) o por el contrario debe ser, como pretende Orgaz, un abogado genuino de la persona?² O más aún, y esta es la pregunta de fondo o esencial a la que nuestro trabajo intentará responder, si el curador provisorio es independiente de la voluntad de su curado (como quiere Tobías)³ y puede desoírlo, y puede actuar y muchas veces actúa de hecho en contra de sus propias demandas o intereses, (Tobías nunca lo definiría así, de fondo hay también una disputa terminológica) ¿Quién defiende, en este caso, a la persona? Esta es la pregunta que trataremos de responder en este trabajo.

2. Afirma Orgaz que “El curador provisional no puede actuar como juez sino como un contradictor del pedido de declaración de demencia, aunque un contradictor, desde luego inteligente y discreto”. ORGAZ Alfredo, *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Córdoba, Azzandri, 1961, p. 320. También SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 447. Spota, analizando los deberes del curador provisorio, afirma: ¡Que se inspire, pues, en una *defensa positiva, activa*, no excesivamente neutral, ni meramente formal! Solo así el fallo judicial tendrá las mayores probabilidades de acierto” (p. 447).

3. José W. Tobías, en *La inhabilitación en el derecho civil*, sostiene que “Interesa destacar los deberes que competen a este funcionario en el proceso (curador *ad litem*): a) su actuación es independiente de la del presunto insano, quien también es parte del proceso, b) su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante” que pide la incapacidad. TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

La idea implícita, bajo el paradigma tutelar, es que la persona sometida al proceso, como veremos, no necesita defensa o no necesita una defensa *strictu sensu*,⁴ porque el proceso se le sigue (o se nos hace creer que se le sigue) en su favor, no en su contra. Esta es la base que altera el nuevo paradigma social. La visión misma que existe de la incapacidad civil.

UN POCO DE HISTORIA

El Código Civil argentino fue sancionado por la Ley 340 en el siglo XIX, en 1869. A la distancia (un siglo y medio y sin poner en cuestión muchos de sus méritos reconocidos) notamos que en un montón de ámbitos sus disposiciones (y en especial la filosofía social, legal y política que hay detrás de ellas) ha quedado desactualizada. En ninguna materia esto es tan evidente u ostensible como en el área de la salud mental.⁵ El paradigma del que parte nuestro código (sistema tutelar) parte de –y se sostiene sobre– anquilosadas concepciones filosóficas y conceptos jurídicos que el Derecho y la Filosofía (y sobre todo la práctica humanista)⁶ han superado.⁷

Las personas con discapacidad mental conforman, como suele decirse, un colectivo social (no homogéneo; la diversidad del colectivo es reconocida en la Convención) en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono, como puede leerse en el informe de derechos humanos del CELS 2009, “un grupo de riesgo con debilidad jurídica estructural”, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial argentino. Esto nos lleva a replantear las bases mismas en que ese derecho es pensado en la actualidad, bajo el anquilosado paradigma tutelar y asistencialista, que ve a la persona desde arriba, como un objeto –pasivo, a ser tutelado– más que como un sujeto pleno de derecho o una persona con una voz propia.

El derecho de defensa no es cualquier derecho, sobretodo para este grupo tan vulnerado y silenciado de personas. Es el derecho esencial, del cual llegan a

4. “Si como señalábamos, la representación legal del curador es sustitutiva de la voluntad del representado y por tanto no actúa según instrucciones de este, y paralelamente el denunciado es parte del proceso, no puede concebirse que se trate de una representación *stricto sensu*”. ARIANNA, Carlos, “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 31, 2005, pp. 3 y ss.

5. Cuando veamos los casos de esterilización forzada de mujeres (declaradas) insanas veremos que la filosofía que dicta o está detrás de esas medidas es el modelo eugenésico, del fascismo europeo, que impregnó, entre otras figuras, la del aborto.

6. El art. 14 de la nueva Ley Nacional de Salud Mental considera la internación un recurso de carácter restrictivo, de última instancia, que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos comprobables.

7. Véase el modelo de la *Betreuung*, (como sistema de tutela) en el Derecho Civil alemán.

depender todos los demás, incluso el derecho a la vida.⁸ Y esto porque, como señala el informe del CELS, esas personas deben ejercer ese mismo derecho esencial, muchas veces, contra las mismas personas que, en teoría, las “están defendiendo”. Ya aquí hay un giro. Esta lectura implica ya un cambio de paradigma. Haber dado ya un paso. Como veremos, el cambio de paradigma se ve, sobretudo, en el derecho de defensa. Esto es lo que implica superar la visión tutelar del proceso. “Las personas usuarias de los servicios de salud mental han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en muchas sociedades, incluida la nuestra”,⁹ afirma el CELS. Esto se debe a que la diferencia que supone la discapacidad mental (discapacidad que ahora se reconoce que obedece a causas preponderantemente sociales, es decir, barreras que muchas veces la misma sociedad impone a un determinado grupo de sus miembros) ha sido percibida como motivo de segregación y estigmatización del diferente. La discapacidad mental, que es, muchas veces, una construcción social, sirve de base, pues, para la discriminación de las personas. Este es el presupuesto teórico del que parte el nuevo paradigma.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, decía, en un caso (por demás elocuente) de 1992, “Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad (esto muestra ya lo poco importante que resulta en ese esquema el derecho de defensa, ya que la sentencia, en última instancia, “no es importante”, la idea implícita, como dije antes, es que con esa sentencia se protege a la persona y que por ende, no necesita protección), sino la posterior actividad de control sobre su persona”.¹⁰

El cambio de paradigma implica ver el proceso de una manera totalmente distinta. Para empezar, el nuevo modelo social sí entiende que la sentencia es importante. ¿Cómo una sentencia que incapacita a una persona no va a ser importante? Es algo decisivo, que marca a fuego su vida, sus relaciones sociales, su trabajo, su autonomía, sus actos, su medicación, y así lo entiende el modelo social de la discapacidad. Este modelo, justamente, es más cuidadoso, y además cambia el eje: la incapacidad (civil y el tratamiento médico) agravan muchas veces los padecimientos

8. En la Argentina del siglo XXI se siguen practicando esterilizaciones forzadas a mujeres declaradas insanas, (salud mental y cuestiones de género se cruzan) sin contar con su consentimiento informado, se siguen usando terapias de electroshock cuestionadas por la OMS, etc. En este contexto crítico el derecho de defensa adquiere una relevancia esencial ya que en muchas oportunidades será ese derecho la última puerta previa al abuso. Véase *Vidas arrasadas, la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. (CELS y MDRI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

9. CELS, *op. cit.* cap. IX. 2007.

10. “Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad, sino la posterior actividad de control sobre su persona y la de su curador, que debe realizar el juez, con la concurrencia del Ministerio de Incapaces...” (Dictamen del Asesores de Menores de Cámara) Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala A. Fecha: 7/10/1992, La Ley 1993, DJ 1993-1, 647. Partes C. J. F.

de las personas, en lugar de coadyuvar a la recuperación pronta de ellas, vulneran aun más sus derechos. Por eso el nuevo modelo social de la discapacidad tiende a anular la incapacitación/segregación, se orienta hacia un nuevo esquema llamado “de toma de decisiones con apoyo”.

El primer paso –receptado en la nueva Ley de Salud Mental– es que las personas no deben ser aisladas de su círculo social originario. No puede, como primera política, aislar a la persona que más necesita ser integrada. Era contradictorio y encerraba que muchas veces las propias familias y sociedades querían internar a las personas simplemente para deshacerse de ellas. Para alejarlas. Para encerrarlas no por su bien, sino por la paz de la sociedad civil. Es por eso que el nuevo paradigma social insiste en la responsabilidad comunitaria frente a las personas con padecimientos mentales. Deben profundizarse, pues, las relaciones y los vínculos (de integración social), no cortarlos de cuajo para internar a una persona en un manicomio.

El mejoramiento de los canales de acceso al sistema de justicia (no de cualquier forma, sino en forma libre e igualitaria)¹¹ y derecho a la defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental, aunado al fortalecimiento de la capacidad de estas mismas personas (autónomas) para peticionar por sus derechos (en forma autónoma) constituyen dos aspectos esenciales en el camino de la integración social plena.

La Convención garantiza el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en su artículo 10, pero no se satisface este requisito esencial de cualquier manera, con medidas paternas o asistenciales, como contiene el código (en la figura del curador provisorio) sino con un acceso a la justicia libre y pleno y en las mismas condiciones que los demás miembros de la sociedad. Esto implica no discriminar ni estigmatizar al otro. Esto implica alterar la forma en que los operadores, abogados, médicos, jueces, perciben los fines mismos del proceso.

EL PRIMER PASO: CAMBIAR EL LENGUAJE

El primer aspecto del cambio de paradigma en material de salud mental empieza en el nivel más básico y elemental de todos los que rigen y determinan la vida social: **el lenguaje**. En efecto, con el nuevo modelo social, cambian, también, o sobretodo, las palabras. No es un cambio menor. Ya no hablamos o no deberíamos hablar de incapaces,¹² de locos, enfermos mentales, anormales, alineados, peligrosos,

11. Véase arts. 5, y 10 de la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad.

12. El Código Civil argentino debería reemplazar las interdicciones para ser consistente con la Convención ratificada por la Argentina.

disminuidos, inhabilitados, insanos, dementes, sino de personas, personas usuarias de servicios de salud mental, pero ante todo eso: personas. Simples personas. (Y ni siquiera, como hace la convención, de personas “*con discapacidad*”, sino simplemente de personas).¹³ Esa es la primera barrera a superar: las barreras simbólicas que impone el lenguaje. Este es el primer paso en el cambio de paradigma. Cambiar las palabras con que nominamos (y a veces despreciamos o estigmatizamos) la realidad, cambiar las palabras o términos que se usan comúnmente para denotar a quienes padecen afecciones o cuadros mentales y que proceden, o entrañan, muchas veces, un costado despectivo, de disminución y desprecio; muchas veces las palabras producen dolor e invisibilización en quienes las escuchan, la persona a quien se le dice “loco” o “enfermo” o “incapaz” o “insano” o “demente” no es “igual” (ni se ve a sí misma como igual) que las otras (que sí son vistas como) “personas” sanas. Esto provoca una merma en la propia autoestima y el valor personal. Pero a su vez dificulta la toma de conciencia que prescribe el artículo octavo. Este primer paso (dejar de usar palabras con cargas sociales negativas, deshumanizantes, que marginan) conduce a evitar en primer término la estigmatización y la discriminación. Reconocer al otro como un igual.¹⁴ Reconocer al otro como una persona.¹⁵ Personas usuarias de servicios de salud mental, pero ante todo, como dijimos, personas.¹⁶ Simples personas.

Esto tiene un impacto, a su vez, en el Derecho. En el respeto a sus derechos. No se respetan igual los derechos de las personas que los derechos de quienes han sido, por diversas razones (la historia es abundante en ejemplos, como muestra Martha Nussbaum) deshumanizados. Despersonalizados. Cosificados. Este cambio de lenguaje es, pues, decisivo (humaniza al enfermo, lo restablece en su dignidad y en sus derechos) y es el primer paso que da el modelo social, que deja de concebir al presunto insano como un incapaz. Esto, tiene un impacto también en los operadores jurídicos que empiezan a respetar más a los pacientes. Ya no son locos abandonados, resabios de la sociedad que el derecho abandona. (El CELS habla de “vidas arrasadas”). Son personas. Nunca se insistirá lo suficiente sobre este punto. Justamente, el grado de abandono y tortura que padecen los enfermos mentales, es porque, al decir de M. Nussbaum, han padecido, previamente, una tarea de deshumanización. Son vistos como “locos” privados de razón, enfermos inútiles, (a veces disidentes)

13. Creemos que en este punto sensible la convención se equivoca.

14. NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2006, cap. 2.

15. Demente viene del latín (*demens, -entis*), y significa “falto de juicio”.

16. Kant se refiere (en la *Metafísica de las Costumbres*) a la dignidad del ser humano.

seres descartables que no le sirven a la sociedad: incapaces. Pero incapaces de qué, ¿por qué? es la primera pregunta que debemos hacernos. ¿Qué es la incapacidad?¹⁷

Para el nuevo paradigma la discapacidad es una barrera social, una barrera o construcción social y cultural que no puede venir a reforzar el derecho. El derecho, como afirmaba Ihering, sería la lucha por la condiciones de la vida ética de los demás. (La lucha contra quienes las avasallan) no por el encierro, la manicomialización, y el olvido del otro.

El paradigma social ve que mucho de lo que se hacía en nombre del enfermo, se hacía, en realidad, para aislarlo de la sociedad y liberarla de las responsabilidades humanas que a esta le cabe en la integración social plena de todos sus miembros, no solo de algunos, incluso de aquellos que son, en principio (y debido a la falta de comprensión) sujetos incómodos.

Personas. Los “enfermos mentales”, los “locos” son personas. Esto, que parece una corroboración simple, evidente, no lo es tanto. Y no lo es porque el loco encarna (o encarnaba, en la modernidad) todo aquello que amenaza, como dice Martha Nussbaum, “lo humano”. Si lo humano se definía a partir de la razón, el loco era el que estaba privado, justamente, de ella. Era, pues, un enfermo. Pero su enfermedad no era cualquier enfermedad, sino, como dicen sociólogos como Foucault, su enfermedad era la peor de todas las enfermedades, porque era una que lo limitaba en un sentido muy sensible: como persona.

La diferencia entre los hombres y los animales, entre los niños y los hombres “maduros”, era, justamente, la razón. Privado de razón el hombre no es hombre, es más un “niño”, que necesita ser cuidado como tal, una bestia, un animal. Esta cosmovisión estaba implícita (y en algunas épocas, explícita) en los hospitales psiquiátricos y explica, también, en cierto modo, ya, la forma en que este colectivo de “locos” era tratado: como ganado. Eran abandonados en hospitales, drogados, torturados, castrados, mutilados. Eran tratados como animales, porque eran vistos como tales. No era auténticas personas, o seres humanos porque estaban privados de aquello que más valoraba la ilustración y la modernidad: la razón. (Recordemos la laudable intervención de la Iglesia cuando el nazismo asesinaba dementes).

17. La no aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.

EL DEBATE. EL ROL DEL CURADOR PROVISORIO DURANTE EL PROCESO DE
INSANIA ¿(MERO) AUXILIAR DEL JUEZ O ABOGADO DE LA PERSONA? EL DEBATE
LLAMBÍAS-ORGAZ¹⁸

El objetivo central de este capítulo (y en cierta medida, de este trabajo) es analizar el derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Pero no en abstracto, sino a partir de un punto concreto (que divide en dos a la doctrina): el rol del curador provisorio –o curador *ad litem*– durante el proceso de insania. Es decir, si debe tener como único mandato a seguir (o no, como creerán Cifuentes, Arianna y Colombo, entre otros) los intereses del presunto insano.

El punto es cómo se definen esos intereses. A partir de los mismos, cómo se piensa el proceso, y en función de lo cual se define, a su vez, la defensa. ¿De qué se estaría defendiendo el presunto insano? Esa sería la primera pregunta que aparece bajo el modelo tutelar. En el proceso tutelar del código, el proceso está hecho en principio para resguardarlo. No para perjudicarlo o castigarlo. Esta discusión, como dijimos, engloba dos paradigmas bien demarcados, uno, que impregna nuestro Código Civil, que es el modelo tutelar. El otro, que surge de la Convención ratificada por la Argentina¹⁹ en el 2008, y que dio sus primeros pasos con la flamante (y primera) Ley Nacional de Salud Mental, sancionada el año pasado (2010). Vayamos, entonces, a la discusión de este apartado. ¿Cuál es el rol del curador provisorio en estos procesos en que se debaten cuestiones de salud mental? ¿Es un mero auxiliar del juez o es, como quiere Spota, un abogado de la persona? Todo depende de cómo se interpreten la palabras del art. 147 del Código Civil, sobretudo las dos palabras “*representación y defensa*”. Nosotros creemos que hay dos grandes grupos, (en medio de los cuales se manejan, en mayor o menor medida, todos los demás). Los que entienden que el curador provisorio es un mero auxiliar del juez (posición mayoritaria, clásica, que viene a consolidar la verticalidad del proceso y el rol marginal de aquel cuya misma capacidad se discute, que adquiere, así, desde el comienzo, un rol pasivo), y la postura, minoritaria, de autores críticos como Orgaz o Spota, que ven al curador provisorio como un genuino defensor de la persona (que requiere, al decir de Kraut, un “plus” de protección jurídica) y que debe actuar, a contramano de lo que plantea Tobías: (para Orgaz) el curador es el defensor del insano y debe ejercer lo que Spota denomina “una defensa positiva, activa, no excesivamente neutral ni meramente formal”. Sin embargo, esto último es en general lo que pasa: la defensa es meramente formal, nominal, más que neutral, *paternalista*.

18. Cifuentes opone la postura de Llambías a la postura de Orgaz, entendemos que es la mejor manera de plantear el debate.

19. Llorens, L. Incidencia en materia de capacidad de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sup. Act. 08/08/2008, 1.

Priman las convicciones personales del curador o del juez, y no las de la persona. Como explicamos al final, creemos que el nuevo modelo social, que se desprende de la convención ratificada recientemente por la Argentina, se sitúa del lado de esta última posición, que ve al curador como un abogado genuino. Y no como un mero auxiliar del juez que va a dirimir el proceso.

De un lado tenemos, pues, a quienes, como Cifuentes, afirman que “el término “defensa” que contiene el art. 147, que es el *quid* de la cuestión, tiene un mayor alcance que el que le atribuye Orgaz. Su función –prosigue Cifuentes– no es solamente oponerse a la procedencia de la denuncia o instar la producción de pruebas solo conducentes a la demostración de las aptitudes del denunciado (como pretendería Orgaz), sino defender a la persona de este, profundizando la investigación con miras a la determinación de la verdad objetiva, cualquiera sea la consecuencia para la capacidad del denunciado; porque en definitiva, la mejor defensa de su persona puede consistir en la interdicción como medida tuitiva”.²⁰ De este modo, Cifuentes hace ver cuales son sus postulados: el proceso que incapacita es un bien para el presunto insano, y en ese esquema, la defensa, ¿Qué valor estricto puede tener? Un valor meramente formal. Nominal. El modelo tutelar parte, así, de que la incapacitación es –o puede ser– buena. Un bien para la persona incapacitada.

“A diferencia del abogado –prosigue Cifuentes– que actúa conforme a las instrucciones recibidas, el curador es un funcionario *independiente de la voluntad del denunciado* y que actúa *conforme a su propio criterio*. (la bastardilla es nuestra). Dentro de sus funciones, cabe distinguir la necesaria vigilancia del debido proceso exigiendo y activando la producción de la totalidad de las pruebas para el esclarecimiento de la real situación del denunciado, y el estudio crítico del resultado de esas pruebas que en definitiva lo llevará a peticionar lo que mejor corresponda”.²¹ Pero ¿en función de qué criterio? Uno, sin dudas, personal y paternal.²²

“Por nuestra parte, afirma Carlos Arianna, coincidimos con ese perfil de actuación (que menciona Cifuentes) [*curador como auxiliar de la justicia*]. Y en esa inteligencia no es concebible que desde la propia ley se provea una asistencia al incapaz cuya defensa pueda llevarlo a la desprotección de la persona. (Bajo el nuevo paradigma la defensa nunca puede llevar a la desprotección, al contrario, la incapacitación y la internación son las que, muchas veces, aunadas a la posterior indiferencia judicial, desprotegen, estigmatizan y marginan).

Si como señalábamos [supra], “la representación legal del curador es sustitutiva de la voluntad del representado y por tanto no actúa según instrucciones de este,

20. CIFUENTES, Santos y RIVAS Molina y otros, *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 347.

21. CIFUENTES, Santos, y otros *op. cit.*, p. 347.

22. CELS, *Informe Derechos Humanos en Argentina 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

y paralelamente el denunciado es parte del proceso, no puede concebirse que se trate de una representación *stricto sensu*”.²³ ¿Pero entonces, de qué representación se trata? De una representación meramente nominal o formal? ¿Qué tipo de defensa es esa?

Carlos Colombo, por su parte, sostiene que “La función del curador *ad litem* consiste en defender y representar al presunto insano en el pleito (art. 147 CC.) a que ha dado lugar la denuncia de insania y en ningún otro, sin perjuicio del derecho de aquel de hacerse patrocinar por sus propios letrados. No obstante –entiende Carlos Colombo– el curador *ad litem* sí puede adherirse a la declaración de incapacidad. Ello así, pues, estando la interdicción destinada a la protección del insano, su defensa debe proyectarse mas allá de una estrategia encaminada a resistir al declaración de demencia, para adoptar una actitud objetiva (nosotros diríamos, con el CELS, “paternal”) que contribuya a averiguar y determinar con certeza el estado de salud mental del denunciado y su incidencia en la vida de relación.²⁴ También Serrantes Peña entiende que “La actuación (del curador) debe ser totalmente objetiva, es decir, no tiene necesariamente que oponerse a que se declare incapaz a su pupilo, dado que se supone, en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa...”²⁵ Para el nuevo modelo la defensa es contra la incapacidad. Para el viejo modelo tutelar, la defensa es en (o más aún, gracias a) la sentencia que declara la incapacidad (Luego debiéramos analizar esto por sus resultados).

José W. Tobías, por su parte, en *La inhabilitación en el derecho civil*, y en la misma línea (tutelar) que todos estos autores, sostiene que “Interesa destacar los deberes que competen a este funcionario en el proceso (curador *ad litem*): a) su actuación es independiente de la del presunto insano, quien también es parte del proceso, b) su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante...”. Más adelante Tobías sostiene que “c) de ello puede deducirse la verdadera naturaleza de sus funciones: el curador provisorio es un funcionario judicial (auxiliar externo del juez), el deber que le cabe es de resguardar los interés del presunto insano, se cumplirá adecuadamente velando porque se respeten rigurosamente las condiciones de la ley en cuanto el procedimiento y la declaración judicial, ofreciendo todas las pruebas necesarias y controlando las ajenas para la averiguación del efectivo estado mental de aquel y su incidencia en la aptitud negocial. Le compete, en suma, adoptar las medidas procesales necesarias

23. ARIANNA, C., “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, Nº 31, 2005, p. 3.

24. COLOMBO, Carlos, *CPCCN*, Buenos Aires, LL 2ª Edición 2006, t. 6, p. 114.

25. SERRANTES Peña, O y PALMA, Jorge F., *Código procesal civil y comercial de la nación*, t. III, Buenos Aires, 1984, Depalma, p. 51.

para profundizar la investigación (...), cualquiera sea la consecuencia final del proceso; en muchos casos, el interés del presunto insano solo quedara resguardado con la declaración de interdicción”.²⁶

Del otro lado, tenemos, sin embargo, a autores críticos como Alberto Spota, quien sostiene que la misión del curador *ad litem* consiste sobre todo en esa defensa. “Con verdadero acierto un autor nacional ha demostrado cuan errónea es la actitud que a veces se observa con el desempeño de tan delicada misión, creyéndose que esta ha de tener como única característica la imparcialidad. **No: el curador ad litem es defensor del denunciado.** Y es cierto que no debe sostener lo contrario la evidencia misma, tampoco debe pretender limitar la función del juez, la cual, por su esencia significa imparcialidad. Ha de adoptar, pues, toda la prueba que conduzca **a demostrar que no existe la enfermedad o debilidad mental alegada**, y aún, en el caso de mediar tal anomalía no se dé el requisito objetivo, económico-social, que emana del art. 468, es decir, que no se está ante un supuesto de falta de aptitud para administrar los bienes, tener una conducta social y gobernarse a sí mismo y en su caso gobernar a la familia. ¡Que se inspire, pues, en una **defensa positiva, activa**, no excesivamente neutral, ni meramente formal! Solo así el fallo judicial tendrá las mayores probabilidades de acierto”.²⁷ Como veremos más adelante, esta postura de Spota, compartida por Orgaz, y también por los magistrados de nuestra Corte, es la postura más consistente con el nuevo paradigma o modelo social de la discapacidad.

Alfredo Orgaz, por su parte, sostiene que “Con respecto al curador *ad litem* y al ministerio de menores no existe duda alguna: el primero **es el defensor oficial del denunciado** (...) Ambos son, por tanto, partes esenciales en el procedimiento, de manera que este es nulo si se ha realizado sin dársele intervención”.²⁸ Esta intervención no debe ser un mero acto de cortesía. Como sostienen algunos autores, sino la piedra de toque de la defensa. Lo que está en juego, en definitiva, es el acceso a la justicia de un colectivo que todos los autores y magistrados coinciden en distinguir como un colectivo en vulnerable. No es dable desaprovechar, pues, las oportunidades de que estas personas se expresen.

La función del curador de acuerdo con el precepto citado es la de representar y defender en el juicio al presunto demente: debe por tanto **extremar su celo en defensa de su representado** exigiendo que se cumplan las condiciones de la ley en cuanto al procedimiento y a la declaración y ofreciendo las pruebas necesarias que demuestren, en su caso, que la enfermedad de su defendido no le impide dirigirse a sí mismo y manejar sus asuntos (...). Su papel de defensor no le permite en tales términos ser imparcial. (Es por eso que debe defender, más que juzgar). El curador

26. TOBIAS J. W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

27. SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 447.

28. ORGAZ, A., *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Azzandri, 1961, p. 316.

provisional **no puede actuar como juez sino como un contradictor** del pedido de declaración de demencia, aunque un contradictor, desde luego inteligente y discreto. Citando a Calamdrei: El abogado que pretendiese ejercitar su ministerio con imparcialidad no solo constituiría una sola repetición del juez sino que sería el peor enemigo de este; porque no llenando su cometido, que es oponer a la parcialidad del contradictor, la reacción equilibrante de una parcialidad en sentido inverso favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria.²⁹

Alejandro Molina, por su parte, sostiene que “En este caso, el curador, que debe ser siempre un abogado y cuyo nombramiento se efectúa como consecuencia de la valoración que hace el juez sobre la seriedad de la denuncia para disponer la apertura del proceso, cumplirá la función de defensa de la capacidad del denunciado, sin perjuicio de su eventual representación, si la situación lo requiriese.

Lo específico de la función del curador provisional es la tutela en juicio del enfermo denunciado, su defensa, no su representación, (dice Alejandro Molina) porque al no mediar aún decisión sobre la capacidad, su intervención no excluye la del presunto insano, al extremo de que es admisible la actuación procesal de ambos desde posiciones jurídicas diferentes.³⁰ Hernan Rocca, en la misma línea que Molina, sostiene que “Su misión es defenderlo [la del curador *ad litem* respecto del presunto insano], es decir, **defender su persona, su libertad y su capacidad**; para ello debe cuidar que no permanezca recluido o internado si no es estrictamente indispensable para su seguridad o la de terceros (art. 482, C. Civil), y que se respeten las normas procesales de los códigos de fondo y forma”.³¹

También Salvat, en su *Tratado de Derecho Civil* sostiene o se pregunta: El denunciado como demente ¿puede intervenir personalmente en el juicio, no obstante la designación del curador provisional?³² (y recordemos que esta es una de las grandes cuestiones que el nuevo paradigma o modelo social le genera al modelo tutelar del código, lo cual muestra, una vez más, lo adelantado que estaba Salvat en este punto), “Después de algunas vacilaciones la jurisprudencia ha concluido por consagrar de un modo estable **el derecho del presunto insano para intervenir personalmente en la tramitación del juicio**, a mérito de los siguientes motivos: 1º la incapacidad del demente solo existe desde la declaración judicial de demencia (art. 140); hasta entonces es reputado plenamente capaz conservando el libre ejercicio de sus derechos; por tanto, hasta entonces el presunto insano tiene el derecho de intervenir en todos los juicios concernientes a su persona o bienes, con mayor razón en el de insania, en el cual se discute su capacidad; 2º el principio de la inviolabilidad de

29. ORGAZ, A., *op. cit.*, p. 320.

30. MOLINA, Alejandro, *Organización de la curatela pública*, Lexis Nexis, 2005, p. 117.

31. ROCCA, Hernán Enrique, *La curatela en el código civil*, ED 195-980.

32. Lino Palacio se hace la misma pregunta.

la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional; (después de todo, como dice expresamente el mismo Raymundo Salvat, en su tratado de Derecho Civil argentino, “la intervención del demandado como demente puede ser necesaria para suplir omisiones del curador; negársela importaría restringirla en la defensa de su capacidad personal, (es notable que en este punto Salvat se adelante setenta años al debate que hoy estamos dando) y, por consiguiente, la violación del artículo 18 de la Constitución Nacional”; además, como señala Salvat, 3º la intervención personal del denunciado como demente, por último, lejos de perjudicar la tramitación del juicio, vendría a proporcionar nuevos elementos de juicio, útiles para la apreciación de su estado mental. Esto es exactamente lo que sostiene la Convención ratificada por la Argentina. “En primera y segunda edición de esta obra, habíamos adherido a la doctrina sostenida en esta disidencias y fallos, negándole al presunto insano el derecho de intervenir en el juicio durante su tramitación; pero un nuevo y detenido examen de la cuestión, nos induce a cambiar de opinión y adherir a la doctrina consagrada por la jurisprudencia y la mayoría de los autores nacionales, no solo por las razones en las cuales ha sido apoyada, sino además teniendo en cuenta motivos de intereses práctico del presunto insano, el desempeño de nuestra función de Camarista nos ha puesto de manifiesto en toda su intensidad; la negligencia del curador provisional, en efecto, puede causar al presunto insano perjuicio gravísimos, tanto en el orden de su persona, como en cuanto a sus bienes y estos perjuicios difícilmente podrán encontrar su reparación en una acción de indemnización; la intervención oportuna del presunto insano, puede, en cambio, evitar la consumación de ellos.³³ Como se ve, Salvat “invierte a tiempo” su postura. Llambías, por su parte, resalta que el fundamento de la interdicción radica en la necesidad de “proteger al sujeto inepto”. “Son dos, en verdad, los intereses que el ordenamiento persigue en el instituto de interdicción por insania (...) el del presunto incapaz a un sistema de protección que supere su *imposibilidad de participar* (para la convención esto es un falso supuesto) en la vida de relación y complementariamente, aquel otro del ordenamiento a que esa protección se realice para asegurar una efectiva igualdad de las personas en el ejercicio de la vida relacional”.³⁴

Como parte del análisis del acceso a la justicia, ocupémonos brevemente del derecho a recurrir las decisiones judiciales. Spota sostiene que en su carácter de representante y defensor, o sea, en su condición de parte legítima del juicio, el curador *ad litem* interviene en todos los actos procesales de este y con los deberes inherentes a las partes del juicio pudiendo – mejor dicho, debiendo, en caso sentencia adversa a la capacidad de su defendido– recurrir de la sentencia que declare la interdicción,

33. SALVAT Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte General*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1940, pp. 388-389.

34. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 1991, t. I, p. 490.

así como con respecto a cualquier otra providencia que pueda perjudicar los derechos del denunciado.³⁵

En cuanto al derecho a tener audiencias personales con el juez³⁶ Bibiloni sostuvo: “El presunto insano, si se presentase, será oído en su defensa. El juez, antes de resolver, lo interrogará personalmente y si fuese necesario se constituirá en su alojamiento”. Con todo ello quería el autor del anteproyecto evitar un sistema que diera la exclusividad de la defensa al curador *ad litem*, negándole al denunciado la calidad de parte.³⁷

EL ACCESO A LA JUSTICIA

El art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se ocupa del tema que venimos analizando: el acceso a la justicia. El mismo establece que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. El derecho a la defensa, como se ve, no es o no debe ser, pues, meramente nominal (Como pretenderían, sin embargo, autores tan dispares como Colombo, Llambías, o Ariana, cuando sostienen que “el curador *ad litem* sí puede adherirse a la declaración de incapacidad”, diga lo que diga al respecto el mismo denunciado. En el fondo, la idea implícita en este caso, que se usa o se ha usado como pretexto para vulnerar de defensa, es que la sentencia y el proceso lo benefician,³⁸ no lo perjudican. Esto es lo que cambia el nuevo paradigma. Tobías va más allá y llega a decir, en *La inhabilitación en el derecho civil*, que respecto del curador *ad litem* puede decirse no solo que su “actuación es independiente de las del denunciado”, sino que “su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aún adherir a la pretensión

35. SPOTA, Alberto G., *op. cit.*, p. 449, 450.

36. KRAUT, Alfredo, en *LL* 2006-B, p. 778.

37. SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 440.

38. SERRANTES Peña, O. y PALMA, J. *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. III, p. 51. Allí los autores sostienen de modo claro el modelo tutelar diciendo que el curador “no tiene necesariamente que oponerse a que se declare incapaz a su pupilo, dado que se supone, en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa”.

del denunciando”).³⁹ Esto es lo que implica, en la nueva concepción (o paradigma social), una clara vulneración del derecho de defensa (aquí hay un cambio semántico y también conceptual, porque ya no hablamos de “protección”) de la persona sometida a un proceso por cuestiones de salud mental. La persona así “sentenciada” e “incapacitada” no está defendida. Al contrario.

El art. 13 de la Convención (cuyo primer inciso acabamos de reproducir) garantiza no solo el acceso a la justicia (que algunos autores dirían que se respeta en el marco –atenuado o formal– del modelo tutelar), sino, a su vez, **la igualdad ante la ley**. Es decir, que ese derecho debe respetarse y poder ejercerse no de cualquier manera, sino en los mismos términos simétricos, con los mismos alcances y en las mismas condiciones simétricas que en otros procesos (por ejemplo, penales). Esto implica cambiar de lleno la visión que existe del proceso, (la forma en que los operadores lo ven, se liga, por supuesto, a la forma en que lo practican) implica cambiar o empezar a abandonar el modelo tutelar, tan arraigado en la cultura de los operadores, ya que allí, como vimos, la defensa no parece esencial o importante, porque la visión paternal –que ve al presunto insano como un objeto y no como un sujeto– descartaba que se estén afectando derechos esenciales de la persona sometida al proceso. (Por eso se dice que la sentencia no es lo más importante, sino lo que sigue después, porque la sentencia “protege” a la persona). Por eso se ve al curador como un “auxiliar” del juez: esto evidencia la verticalidad del proceso bajo el modelo tutelar, la falta de defensa genuina (o igualitaria) del presunto insano. El proceso parece más un trámite de rutina, (esto explica el bajo grado de defensa) previo a la medicalización de la persona. Una vez más, el modelo tutelar estaba inspirado en una filosofía positivista, cuyo modelo de conocimiento, de comienzos del siglo XIX, que marcó a autores tan disímiles como Ramos Mejía o José Ingenieros,⁴⁰ era el paradigma médico. Esto es lo que debe reemplazar, en última instancia, el derecho. El acceso a la justicia depende, pues, de repensar el derecho y su relación con la medicina. En ningún área esto es tan evidente o urgente como en el área sensible de la salud mental, tema o área que cruza al código civil, pero también, por supuesto, a la criminología, etc. El nuevo modelo social muestra que sí pueden, pues, estar afectándose derechos esenciales (la vulneración más grave e invisible es la que se produce, confusamente, muchas veces, en nombre de la protección o de la defensa de esos derechos) y que por ende es de la máxima importancia potenciar y reconocer, en este contexto, la posibilidad de ejercer esa defensa autónoma, las vías para que la persona pueda ejercer ese derecho: el derecho de defensa en juicio. Habilitar las “vías” implica que muchas veces la persona con padecimientos mentales puede requerir la asistencia de profesionales capacitados y preparados que la ayuden a

39. TOBIAS J. W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

40. Director Instituto Criminológico. Su tesis doctoral estudió la simulación de la locura.

hacer valer su voz. Profesionales para que le ayuden a expresarse y hacerse valer por sí misma, o la interpreten lo más fielmente posible. Esto demanda recursos y tiempo. De este modo se fomenta su participación activa y no pasiva desde el primer momento. Como reza el segundo inciso del art. 13 de la Convención (ratificada por el país): “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”. Es elocuente que el artículo haya enfatizado la redacción mediante el epíteto “efectivo”, como contestando desde el comienzo a los que dirán que existe, a pesar de todo, también bajo el modelo tutelar “un acceso a la justicia”.⁴¹ Este acceso, como vimos, es demasiado formal. La persona no tiene acceso a una defensa técnica idónea, personal, que tome en cuenta sus intereses personales, privados, humanos. Muchas veces incluso, como sostiene Tobías, actúa (y se la conmina a actuar) en forma independiente y contraria de aquellos. Por eso, porque bajo el modelo tutelar, asistencialista, el acceso a la justicia es solo formal, (y muchas veces contradictorio, falso,⁴² vago, ya que el curador sigue sus propios criterios personales⁴³ o los del juez y no los del presunto insano) porque la defensa, muchas veces, es más nominal que efectiva, es que los redactores de la convención (conscientes de las enormes dificultades y obstáculos e impedimentos que enfrentan las personas –los presuntos insanos– en estos procesos, o después de los mismos, cuando están encerrados, internados y medicados, muchas veces en contra de su voluntad) enfatizaron que lo que se busca con esta convención (y a lo que se comprometen los países que la firman) no es a garantizar cualquier acceso –formal– a la justicia, sino un acceso real, y “efectivo”. Y para que sea efectivo es indispensable que se respeten todos los derechos de la personas, no solo algunos, sino todos: es indispensable que se respeten los derechos al debido proceso, a defenderse, a ser oída, a defenderse en modo autónomo, a la bilateralidad, (cambiar la naturaleza misma del proceso tutelar, no contradictorio, etc.) a tener asistencia técnica gratuita desde el primer momento, a pedir audiencias con el juez (y que esas audiencias se concedan), al plazo razonable, a ser notificada, etc.

Esto configura un panorama alentador, pero aun alejado del sistema de salud argentino, que sigue tratando a los insanos como objetos.

41. El art. 13 de la Convención, sobre acceso a la justicia de las personas con discapacidad (dentro de las cuales nosotros ubicamos a las personas con discapacidades mentales), debe ser leído o interpretado en conjunción con otro artículo de la convención, que lo enriquece: el Artículo 5, sobre “*Igualdad y no discriminación*” (la discriminación también puede darse, como vimos, en el acceso a la justicia).

42. pensemos en los casos en que la persona está incomunicada.

43. TOBIÁS, J. *op. cit.*

El sistema tutelar sigue siendo, pues, discriminatorio (Digamos de pasada que la nueva convención nos obliga, también, como vimos, a cambiar o a repensar nuestro propio lenguaje. Para la nueva convención se debe hablar –en todo momento– de personas. No enfermos, incapaces, “locos”, insanos o dementes, sino personas, simples personas). Es importante que usemos cuidadosamente el lenguaje, las palabras, porque ya la estigmatización y la desvalorización es el primer paso en el olvido del otro. La discriminación empieza en el lenguaje, incluso, como dice Levi, en la broma. Si los demás lo callan, desvalorizan, el *insano* se termina callando solo. Esto es un círculo vicioso sobretodo en los casos de personas con padecimientos mentales, que luchan por ser integradas. Es un círculo que el derecho, precisamente, debe romper. Es importante que las personas con padecimientos mentales sean vistas por los demás y se vean a sí mismas como sujetos plenos de derecho. Es el primer paso en el respeto de su dignidad e inclusión social plena. El cambio –y cuidado– de lenguaje es responsabilidad esencial del Estado (El art. 8 habla de medidas de “concientización”, el cambio de lenguaje es, sin dudas, una de ellas, tal vez la más fundamental de todas, la primera que debiera tomarse).

CONCLUSIÓN

El debate, como vimos, es este: cuál es el alcance o cómo debe interpretarse el rol del curador provisorio en los procesos de insania. ¿Es una verdadera defensa? ¿Qué implica una verdadera defensa? ¿Cuál es la diferencia entre representar, y asistir? ¿Qué es defender? ¿Representar es defender? Como venimos diciendo, plantear la necesidad de una defensa técnica similar a la que tiene un imputado penal, implica alterar, primero, la visión que tenemos del proceso de insania. Esto implica ya un primer paso. Un primer distanciamiento del paradigma tutelar que rige el código y que no le asignaba, como vimos, una trascendencia esencial a la sentencia de incapacitación, (mucho menos a la defensa) pensando que la misma era un favor a la persona incapacitada. El modelo social altera de lleno esta cosmovisión asistencialista. La incapacitación no es un favor.

Como se ve, la defensa empieza a ser importante una vez que se abandonan las ingenuas (y fallidas) pretensiones del paradigma tutelar. No antes. Porque antes no se entiende por qué o qué dimensión o sentido (o importancia) debería tener esa defensa. La defensa empieza a ser relevante o esencial (o estricta) fuera del paradigma tutelar, no, como vimos, dentro del mismo. Dentro del mismo (que rige, huelga decirlo, nuestro código) no se concibe a la defensa como un derecho “*strictu sensu*” (la defensa más bien parecía un contrasentido, ya que el proceso se le sigue “en su favor”); el derecho, más bien, es la sentencia, la incapacitación, la tutela, la internación, y el “tratamiento”. Se tiene derecho a ser tutelado y a que se le designe un curador (el derecho es, a lo sumo, a una representación formal... como quiere

Tobías). No a que se lo defienda del proceso o en el proceso en que se discute su capacidad. Por eso decimos que el derecho de defensa, plantear la importancia de ese derecho de defensa, implica haber dado ya, un primer gran paso: el paso que cuestiona los fines y procedimientos y dogmas mismos del paradigma tutelar.

En el cap. 9, apartado 3 del informe (de derechos humanos) del CELS 2009, “Las personas con discapacidad mental en el sistema judicial argentino. 3.1. *El sostén del paradigma tutelar: un siglo y medio sin cambios en las reglas del código civil*”.⁴⁴ Los autores sostienen que el paradigma aun vigente en la Argentina, como vimos, es el sistema tutelar y de protección de los llamados incapaces. En función de esto es entendible, para los autores, que las instituciones estatales actúen partiendo del supuesto de que la persona sometida a un proceso judicial por cuestiones de salud mental en realidad está siendo resguardada de los peligros de la vida en sociedad, y por ende, (como se la presume insana su voz ya, durante el proceso, no se escucha) no tiene por qué preocuparse por el trámite del juicio, ya que está motivado por el puro afán de protegerla. Esto, como vimos, no es así. Muchas veces detrás de estas medidas, se esconde la desprotección. El olvido. Detrás de estas declaraciones de afán puro de protección, hay miles de disputas negativas de competencia en los juzgados civiles, internos olvidados, que pasan sus días en soledad, sin la asistencia jurídica ni la mínima intermediación prometida. Esto es aún más complejo si se parte de que la persona “es peligrosa” para sí. Porque así no se escucha, justamente, a la persona que más necesita ser escuchada. Es un círculo vicioso que produce mayor olvido, dolor y abandono. Por eso es tan importante rever la forma en que se entiende el derecho de defensa de las personas usuarias de servicios de salud mental. Porque muchas veces son solo ellas las que pueden decir (o hacer visible) lo que sucede, sufren o necesitan.

El sistema tradicional de abordaje judicial, de los problemas de salud mental, como plantea el informe del CELS, se basa en la idea de que el presunto enfermo mental necesita la protección estatal, para evitarle así los males mayores que puede traer aparejado su interrelación con el mundo. El nuevo paradigma o enfoque social invierte esta situación, parte de una lógica totalmente distinta: (algunos la llaman la lógica del riesgo) los males están cuando se priva a la persona de su interrelación con el mundo, no cuando se promueve su integración social plena. Los males comienzan o se profundizan cuando se aísla a la persona de la sociedad. No antes. La exclusión es una falsa solución terapéutica. Un mal camino. En este caso, el remedio es peor que la enfermedad (o esconde, como diría Michel Foucault, otro objetivo no enunciado).⁴⁵

44. pp. 366 y ss.

45. FOUCAULT, M., *Defender a la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Lo que se quiere decir es que, bajo el viejo paradigma, lo que eran una serie de protecciones, hoy se terminan revelando como una serie de abusos: procesos extensos, flexibilización de la defensa, falta de verdadera defensa (en nombre de la protección), exclusión, y en última instancia, abandono. La norma pilar de este paradigma (que las convenciones actuales tienden a impugnar y a superar, de a pasos, con marchas y contramarchas) es el Código Civil, que defiende a las personas declaradas incapaces como menores de edad. Por eso sustituye su voluntad por el criterio del curador y aplica para el manejo de sus bienes y de su persona, reglas de tutela propias del viejo sistema asistencial que consideraba a los niños como objeto de protección y no como sujetos plenos de derecho. Así, el tutor (o curador definitivo del incapaz) termina siendo el representante “en todos los actos de la vida civil” del afectado y además “gestiona y administra solo”, “sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”. Esto está en la línea de Tobías, Arianna, Lambías o Colombo, que ven al curador (provisorio) como un mero auxiliar del juez (que –al decir de Colombo– sí puede adherirse a la declaración de incapacidad),⁴⁶ ya que su actuación (como quiere Tobías) “es independiente de la del presunto insano, (...) pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante”; dado que se supone, (al decir de otros autores, Jorge Palma y Oscar Serrantes Peña) “*en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa...*”.⁴⁷ El nuevo paradigma social vendría a plantear, entonces, la defensa de la defensa (que constituye, para estos autores, la incapacidad). Nosotros partimos de la capacidad, y no de la incapacidad.

Lo primero que vemos es que hay una relación asimétrica entre el insano y su curador. Muchas veces el insano quiere discutir la sentencia que lo incapacita y el curador no se lo permite, porque no apela (La elevación en recurso no es una apelación) Esto deja al insano en un estado de total indefensión en el proceso jurídico. La defensa adquiere, como vimos, un valor doble: primero porque permite que la persona se exprese en el proceso, y segundo, porque estos procesos terminan en incapacitaciones que la misma convención (como afirma el CELS) altera, modifica, estaría erradicando.

Mientras las mismas se mantengan es aún más importante la defensa. La defensa es, pues, doblemente importante o necesaria. La defensa en juicio plena sería, pues, el primer paso del paradigma social dentro del modelo tutelar de nuestro código. Sería alcanzar, de algún modo, un equilibrio. Y para esto hace falta, solamente, como vimos, una interpretación más amplia y más inteligente de estas dos palabras del art. 147 de nuestro código: “representación” y “defensa”. Renovar su sentido. Repensar su significado.

46. COLOMBO, C., *op. cit.* p. 55.

47. SERRANTES PEÑA, Oscar Enrique y PALMA, Jorge, *op. cit.*, p. 51.

En un país donde se siguen practicando esterilizaciones forzadas, o terapias de electroshock, no nos parece mal recuperar vivamente un concepto central para el derecho, (y de la filosofía del derecho), un concepto que viene de Kant: el de **dig-nidad de la persona**, que nos impide tratar a los otros no como fines, sino como medios.⁴⁸

Empezar a ver a la persona sometida a un proceso de incapacidad (insania o inhabilitación) como un fin en sí mismo, implica revalorizar, como dijimos antes, su voz, es decir, las cosas que esta persona tiene para decirnos. Esto implica revalorizar (ampliar y atender) su defensa. Nosotros pensamos, sin embargo, que bajo el paradigma tutelar estas personas han sido vistas (y en buena medida aún hoy siguen siendo vistas) como medios. El desafío del nuevo paradigma –y de la doctrina civil– (es decir, el desafío del derecho) es que la sociedad (argentina) aprenda a verlas como fines. Y no como medios.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIANNA, Carlos, “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 31, 2005.
- CELS, *Informe Derechos Humanos en Argentina 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- CIFUENTES, Santos y RIVAS Molina y otros, *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- COLOMBO, Carlos, *CPCCN*, Buenos Aires, LL 2ª Edición 2006.
- FOUCAULT, Michael, *Defender a la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Emilio Perrot, 1991.
- MOLINA, Alejandro, *Organización de la curatela pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Córdoba, Azzandri, 1961.

48. Martha Nussbaum dirá, de una sociedad que los descarta en función de su improductividad.

- ROCCA, Hernán Enrique, *La curatela en el código civil*, ED 195-980.
- SALVAT Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte General*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1940.
- SERRANTES Peña, O. y PALMA, Jorge F., *Código procesal civil y comercial de la nación*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947.
- TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

DAÑO PUNITIVO: PREVENCIÓN Y JUSTICIA EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES*

JONATHAN M. BRODSKY**

Resumen: El presente ensayo aborda los daños punitivos, recientemente introducidos en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en virtud de la Ley 26.361. Se analizará por un lado si corresponde ubicarlos en el ámbito del Derecho Civil, como lo hace la norma, o en el marco del ordenamiento penal; para ello se hará hincapié, principalmente, en las finalidades que persigue la institución. Por otra parte, se examinarán los distintos aspectos de la regulación legal de la figura, teniendo en mira los objetivos propios del daño punitivo y su importancia en la relación de consumo.

Palabras clave: Daño punitivo – Derecho Civil – Responsabilidad Civil – Derecho de los Consumidores – Ley de Defensa del Consumidor – Multa civil

Abstract: This paper deals with punitive damages, very recently comprised in the Consumer Protection Act through its last reform. On one hand, we will address the issue whether they belong to civil law (as the regulation in force establishes) or to criminal law, depending on the very purpose of the institution. On the other hand, we will examine the diverse aspects of their legal regulation, according to the aims of punitive damages and their relevance in the consumer relationship.

Key words: Punitive damages – Civil law – Civil liability – Consumer protection law – Consumer Protection Act – Civil penalty

*El presente trabajo obtuvo el segundo premio en el IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil.

N. del A.: Este ensayo fue presentado el 15 de febrero de 2011, es decir, con más de un año de anterioridad al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011 (integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti –como presidente– y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída R. Kemelmajer de Carlucci). Con motivo de la normativa proyectada, se ha incluido un *addendum* hacia el final del trabajo, en el que se refieren –en el breve espacio que nos es dado– los cambios propuestos en la regulación de los daños punitivos en el Derecho de los Consumidores.

**Estudiante de Abogacía (UBA) y Ayudante Alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho – UBA). Agradezco a los Dres. Juan C. Boragina, Jorge A. Meza y Gabriela A. Iturbide, a quienes por su constante generosidad y confianza desde la cátedra debo buena parte de mi formación en Derecho Civil. Y dedico este trabajo, con infinita gratitud, a mis padres Gustavo y Sonia; a ellos, por todo, debo buena parte de mi formación como persona y de todo cuanto soy y alcance a ser.

I. INTRODUCCIÓN

El daño punitivo es una institución reciente en nuestro ordenamiento jurídico: fue incorporado a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor –como artículo 52 bis– en abril de 2008, en virtud de la Ley 26.361. El precepto legal dispone que “[a]l proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta Ley”.

Desde su aparición en el plexo normativo nacional, y en particular en el marco del Derecho Privado, el daño punitivo ha suscitado las opiniones más discrepantes.

Por un lado, se encuentran los juristas que lo rechazan de plano. Sostienen que la condena por daños punitivos representa un castigo de naturaleza penal, siendo una institución extraña a la responsabilidad civil –de corte netamente resarcitorio–. A su vez, al tratarse de la imposición de una pena en el ámbito del Derecho Civil, no se observan las estrictas garantías que rigen en materia criminal a favor del imputado. Se sigue de ello la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil.

En opuesta tesitura, otros doctrinarios entienden que –a pesar de su denominación– los daños punitivos no tienen como finalidad principal sancionar al infractor, sino prevenir conductas lesivas y dismantelar los efectos de los actos ilícitos. Por otra parte, la condena por un monto mayor al perjuicio sufrido por el damnificado no tiene por qué escapar a la esfera privada; por el contrario, el Derecho de Daños moderno no debe apuntar solamente a la reparación de las lesiones, sino también a su prevención. Y máxime cuando se trata de casos en los que, como ocurre en el consumo, determinados hechos pueden afectar a la sociedad toda.

La jurisprudencia nacional sobre el tema es escasa, lo cual resulta lógico tratándose de una figura flamante en nuestro plexo normativo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido, en los casi tres años de vigencia de la Ley 26.361, oportunidad de pronunciarse al respecto. Sí existen precedentes en instancias inferiores: el de mayor relevancia lo ha sentado la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, a través del fallo dictado el 18 de noviembre de 2009. En este decisorio, que por cierto sintetiza las dos posiciones comentadas, el tribunal de segunda instancia asigna a los daños punitivos dos funciones. Una principal, cual es la de prevenir futuros daños similares provocados por inconductas graves y socialmente intolerables. Y

una accesoría, que no obstante determina la naturaleza punitiva de la institución: la sanción al dañador, ínsita por definición en toda multa civil.

En otro nivel de análisis, más allá del acierto o desacierto de la incorporación de los daños punitivos en la órbita civil, se halla la crítica a la redacción del precepto legal. En este punto, los doctrinarios especializados han señalado (en ciertos casos, también con divergencias) diversos defectos en la norma: desde la terminología empleada hasta el tope de la condena por daños punitivos, pasando por sus presupuestos de admisibilidad, su procedencia a pedido de parte, el destino de la multa a favor del consumidor, su graduación y la solidaridad entre los proveedores.

Nuestro trabajo pretende analizar tanto la conveniencia de los daños punitivos y su consistencia en el Derecho Civil como la regulación legal que resulta necesaria para que la figura cumpla satisfactoriamente sus funciones. Por ello, y congruentemente con la exposición de la cuestión, el ensayo se dividirá en dos partes: el análisis del daño punitivo en el Derecho Privado, y el examen del dispositivo que los regla.

Antes de comenzar con dicho estudio, nos permitimos destacar que el Concurso de Ensayos al que se presenta este trabajo tiene como subtítulo “Reflexiones a 140 años de la entrada en vigor del Código Civil”. Pues bien, la elección del daño punitivo como tema a tratar no es casual, sino que precisamente se vincula con ese lema. Hoy nos toca pensar: ¿queremos un Derecho Civil netamente individualista que solo cumpla su tradicional función de indemnizar? ¿O es deseable exigirle además que prevenga futuros daños y sirva a la justicia y a la equidad, con miras al bienestar social? El daño punitivo, analizado sin preconceptos y más allá de las apariencias, invita a reflexionar sobre ello.

II. PRIMERA PARTE: EL DAÑO PUNITIVO EN EL DERECHO CIVIL

II.1. El daño punitivo como sanción y su pertenencia al Derecho Penal

Según anticipamos, existe una corriente doctrinaria que se opone a la aplicación de daños punitivos en el ámbito privado. Comenzaremos por examinar los argumentos vertidos en esta postura.

Se parte en primer lugar de la clásica distinción entre Derecho Penal y Derecho Civil, y de las diversas funciones propias de cada uno. “Esa diferenciación de ramas del derecho constituye una manifestación de la evolución del derecho continental

(al que pertenece nuestro derecho) que, a lo largo de los siglos, fue separando la función indemnizatoria de la punitiva –asignada al ámbito del derecho penal–.¹

A continuación, se asigna la finalidad de castigo (y de manera secundaria, la de disuasión) al daño punitivo.² No hay duda de que este rubro de la condena excede el perjuicio sufrido por el damnificado-actor: es un hecho objetivo e incuestionable, ligado a la esencia misma de la institución. Los juristas que se enrolan en esta corriente entienden que este *plus* tiene como meta la punición del infractor: “[l]os ‘daños punitivos’ tienen entonces un propósito netamente sancionatorio. [...] No cabe ninguna duda de que los llamados ‘daños punitivos’, en tanto no tienden a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena”.³

Así, si el Derecho Civil se encarga de la compensación por el daño causado y el Derecho Penal se ocupa de las penas que corresponde aplicar al autor del hecho, es evidente que una institución sancionadora solo puede pertenecer a la esfera criminal.

El interés de la cuestión no es meramente teórico, ya que en el ámbito penal el imputado goza de una serie de garantías mucho más fuertes que las reconocidas por el ordenamiento privado.

Por ejemplo, de acuerdo al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), una pena solo puede aplicarse si una Ley previamente detalla, en términos estrictos, la conducta punible. El “incumplimiento de una obligación de fuente legal o contractual” que la Ley determina como presupuesto para la aplicación de daños punitivos es una descripción demasiado amplia; los tipos penales deben ser precisos.

Otro problema, que se manifiesta en el terreno procesal, es el de la autoincriminación. En el juicio civil se admite la absolución de posiciones, y la incomparecencia del absolvente o su negativa a contestar constituyen presunciones (*juris tantum*) en su contra. En un proceso penal, la índole de los derechos en juego torna ilegítima toda confesión ficta, en razón del estado de inocencia del que goza el imputado hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad.

1. DIEZ PICASO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 44, citado en IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D'ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, mayo de 2009, p. 32.

2. Como adelantamos en la introducción, en el caso “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.” se destacó la finalidad sancionatoria del daño punitivo, aunque como función accesorio de la figura –a diferencia de la prevención, que constituye la meta principal–.

3. PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ANAYA, Jaime L. y ALEGRÍA, Héctor, *Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. V, pp. 832-837.

Por último, de acuerdo al principio *non bis in idem*, nadie puede ser condenado (ni perseguido penalmente) más de una vez por el mismo hecho. Y cuando una única conducta del proveedor afecta a varios consumidores que accionan y alcanzan una condena por daños punitivos, se conculca aquel principio (un mismo acto motiva múltiples sanciones).⁴

Los principios de legalidad y de no autoincriminación emanan directamente del art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto que la prohibición de la persecución penal múltiple, al margen de su consideración como garantía constitucional no enumerada (art. 33, CN) está dispuesta tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su art. 14.7) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su art. 8.4), ambos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). La violación de estas garantías lleva así a los autores enrolados en esta línea de opinión a sostener la inconstitucionalidad del daño punitivo como multa civil.

Finalmente, se ha señalado que en nuestro sistema legal no existen las penas privadas; el autor del daño solo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo, ni siquiera si actuó con dolo (independientemente de la mayor extensión del resarcimiento).⁵

II.2. El daño punitivo como prevención y justicia y su pertenencia al Derecho Civil

Como también anticipamos, existe otra amplia gama de juristas que, más allá de la redacción del texto legal –de la que nos ocuparemos más adelante–, aplauden la incorporación del daño punitivo en el Derecho del Consumo sin advertir inconvenientes en su carácter de multa civil, es decir, en su emplazamiento en la esfera privada.

Desde ya, adelantamos que participamos plenamente de esta postura, y dedicaremos los próximos párrafos a responder a las razones expuestas por los participantes de la corriente detractora.

II.2.1. La división entre Derecho Civil y Derecho Penal

Primeramente, como señala con agudez MOISÁ, tanto delito como pena son conceptos empíricos, por lo que solo es posible fundar la distinción entre Derecho

4. Los tres ejemplos son explicados, aunque con otras palabras, en IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D'ANDRÉ, Ignacio M., art. cit, pp. 34-38.

5. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en LL 1994-B, pp. 867-868.

Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos. Ello, desde luego, no importa igualar ramas distintas como lo son, en efecto, el Derecho Civil y el Criminal. Cuando la sanción es de prisión, su carácter penal no es controvertido. Pero cuando se trata de consecuencias pecuniarias, en la práctica suele haber dificultades para determinar la naturaleza civil o penal de ciertas multas, y eso se debe a la identidad ontológica de ambos tipos de norma.⁶

Por otra parte, es cierto que, como principio general y en la gran mayoría de los casos, es posible trazar una división entre Derecho Civil y Penal y entre sus funciones típicas: normar la reparación de perjuicios y punir hechos delictivos, respectivamente. Sin embargo, la separación no es absoluta: por ejemplo, puede haber regulación de daños en sede criminal si así lo demanda la víctima (conf. Código Penal, art. 29; conf. Código Procesal Penal de la Nación, arts. 87 y ss. donde se prevén las novedosas figuras del actor civil y el civilmente demandado), y también existen penas en la esfera privada (tema que abordaremos hacia el final del presente acápite).

II.2.2. El propósito de los daños punitivos

De todas maneras, el punto decisivo está en la verdadera finalidad de los daños punitivos. Consideramos que esta institución no apunta sino a dos objetivos esenciales: por un lado, favorecer la prevención de futuras lesiones; por otro, desmantelar los beneficios subsistentes de actos ilícitos lesivos ya perpetrados.

Consecuentemente, descartamos la idea de que el daño punitivo tenga como meta castigar al proveedor infractor. El hecho de que las sanciones penales tengan para la mayoría de los doctrinarios una finalidad preventiva (ya sea general o especial, positiva o negativa)⁷ no implica que, a la inversa, toda figura preventiva sea de naturaleza penal. Por lo demás, quitarle al incumplidor lo que percibió defraudando a toda una masa de consumidores no constituye ningún “*plus-castigo*”, sino la reposición de la situación (tanto la del damnificado como la del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo. Ello se compadece con una inteligencia coherente del art. 1083 del Código Civil y con la más elemental noción de justicia, como luego profundizaremos.

6. MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la Ley 24.240”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, N° VIII, agosto de 2008, pp. 32-33.

7. El desarrollo de las teorías de la pena excede el marco de este ensayo. Al respecto, puede consultarse la clara explicación de RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 25-45.

II.2.2.1. Prevención

La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de VÉLEZ SARSFIELD, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad. Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo.

En este orden de ideas, señalan PIZARRO y VALLESPINOS que “[l]a función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] [u]n adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.⁸

Con igual criterio se ha indicado que “[t]eniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos *a posteriori*, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna”.⁹

En el fallo dictado en la causa “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante “una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente” y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles. La mención de este extremo nos parece significativo; sin embargo, no creemos que el castigo al dañador sea una finalidad propia de los daños punitivos (ni siquiera accesoria), tal como se afirma en el decisorio.

8. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, p. 462.

9. NALLAR, Florencia y otros, “Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas autosatisfactivas”, publicación exclusiva en *Doctrina Judicial La Ley online*, [<http://www.laleyonline.com.ar/>] consultado el 02/02/2011.

Es en cambio acertada la cita de la Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, en los autos “Anglada, Noercí A. c. Bristol Medicine S.R.L.” según la que los daños punitivos consisten “en una reparación que se concede al damnificado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros, de que intente conductas similares en lo sucesivo”.

No obstante, en ambas sentencias se omite mencionar el otro gran propósito de la institución, que desarrollaremos a continuación.

II.2.2.2. Justicia

Hemos dicho que los daños punitivos tienen un segundo propósito genuino: dismantelar los efectos del acto ilícito cuando subsiste para el infractor un beneficio obtenido como consecuencia de su conducta dañosa. Se trata de una cuestión de crucial importancia y es, sin embargo, frecuentemente olvidada o minimizada.

En materia de consumo, este supuesto es muy sencillo de observar. Imaginemos el caso de un proveedor que ha calculado cuánto dinero ganaría al incumplir una o varias de sus obligaciones legales o contractuales frente a los consumidores. Por ejemplo, una empresa productora de alimentos que utilizó ingredientes o procedimientos de elaboración de menor calidad que los anunciados en el envase, o bien una compañía telefónica que facturó una suma de dinero por un cargo que no corresponde.

A continuación, el mismo proveedor estimó cuánto desembolsaría en virtud de condenas judiciales que obliguen a indemnizar al perjudicado. Sabía, *a priori*, que ni todos los consumidores afectados interpondrían una demanda, ni la totalidad de estos arribarían a una sentencia estimatoria y a ejecutarla exitosamente. En efecto, no todos los consumidores conocen sus derechos como tales y cómo hacerlos operativos, y otros tantos no tendrán interés en emprender pleito.¹⁰

Ahora bien, si la condena obligara a resarcir solo el daño individualmente sufrido por esa fracción de consumidores que accionó y venció en juicio, ¿no se volvería rentable, para el proveedor, la defraudación a los consumidores? Las empresas

10. Más allá de que estamos planteando un ejemplo genérico, este cálculo costo (condenas) - beneficio (ganancia por el incumplimiento) no es en absoluto ajeno a la realidad. Todo lo contrario: en el *leading case* norteamericano “Grimshaw vs. Ford Motors Co.” de 1981, un Ford Pinto se incendió por un grave defecto de fabricación y provocó quemaduras graves a una niña que viajaba en él. Se demostró que la fábrica conocía la falla, pero decidió no rescatar los vehículos en circulación por ser más económico indemnizar a las pocas víctimas que pudieran reclamar por los daños sufridos.

Otro tanto se observa en el célebre caso de la jurisprudencia inglesa, “Rookes vs. Barnard” de 1964: aun en un sistema que admite restrictivamente la condena por daños punitivos, se prevé expresamente su procedencia cuando el demandado ha calculado que obtendría un beneficio superior a la reparación pasible de ser atribuida al actor.

se motivan, en general, por el fin de lucro; ¿qué razones (más allá de las de índole moral) habría entonces para no dañar a miles de personas, sabiendo de antemano que ello generará un enriquecimiento?

Pues bien: el daño punitivo es la herramienta que permite combatir esta clase de proceder. La posibilidad de condenar no en función del perjuicio sufrido individualmente por el actor, sino de acuerdo al beneficio percibido por una conducta dañosa e ilegítima, es el factor que vuelve no rentable al acto lesivo.

La función preventiva de los daños punitivos se hace aquí patente: obligando al proveedor (como corresponde) a devolver todo su enriquecimiento ilícito, se desalientan futuras defraudaciones al consumidor.

Pero de esta función ya nos hemos ocupado. Ahora suponemos que el daño ya ha sido causado, es decir, la empresa ha obrado dañosamente y ha lucrado en consecuencia. ¿Debe el ordenamiento jurídico amparar este modo ilegítimo de enriquecerse?

La respuesta negativa se impone: nadie puede beneficiarse de su propio accionar ilícito. Ello encuentra asidero no solo en la más pura y elemental noción de justicia, sino también en una interpretación razonable del art. 1083 de nuestro Código Civil, según el cual “[e]l resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior [...]”. En efecto, con excelente criterio explica ZAVALA DE GONZÁLEZ: “[a]sí como el resarcimiento busca reponer a la víctima a la situación anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083, C. Civil), igualmente debe retrotraerse jurídicamente la situación fáctica del responsable, borrándose el beneficio injusto”.¹¹

II.2.2.3. Corolario

De todas las cuestiones desarrolladas en esta parte del ensayo, nos parece que la finalidad del daño punitivo es la que reviste mayor relevancia; en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto –más bien al contrario, debe perseguir también– a estas funciones.

11. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, p. 578, citado en BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, en *Doctrina Judicial* 2004-3, p. 1228.

II.2.3. La argüida inconstitucionalidad de los daños punitivos

Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, “[l]a Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los *punitive damages* no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal”.¹²

II.2.4. Las penas en el Derecho Privado

Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil.

No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil. Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno. A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquéllas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido.

Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello *per se* no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado.

II.3. El daño punitivo como institución indispensable en el Derecho del Consumo

A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta

12. PIZARRO, Ramón D., *Daño Moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 538 y ss., citado en MOISÁ, Benjamín, art. cit., pp. 33-34.

libertad de negociación y contratación –como en el clásico esquema del codificador–, sino a personas que se hallan en planos desiguales.

Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello.¹³

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede –sin sufrir un importante menoscabo– dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables. En cambio, a la mayoría de los proveedores, contar con un cliente más o un cliente menos no le afecta, virtualmente, en lo más mínimo.

Lo dicho hasta aquí se cristaliza, en la práctica, en el contrato por excelencia en la relación de consumo: el de adhesión. El proveedor dispone unilateralmente, previo asesoramiento profesional, las condiciones bajo las cuales contratará; el consumidor opta entre aceptarlas sin más, o, en muchos casos, quedarse fuera de la realidad.

Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles.

III. SEGUNDA PARTE: EL DAÑO PUNITIVO EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo como multa civil y el estudio de su introducción como tal –particularmente en atención a las finalidades de la figura– es uno de los dos grandes temas que analizamos. El otro es el precepto que los norma, y si este permite efectivamente que la institución cumpla sus relevantes metas.

13. RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 13.

Es así que ocuparemos la segunda parte de nuestro ensayo en examinar distintos aspectos del tratamiento legal del daño punitivo. Realizaremos el análisis crítico del artículo teniendo siempre como norte la prevención y el desbaratamiento del enriquecimiento ilícito que los daños punitivos deben perseguir.

III.1. Terminología

El art. 52 bis incorporado a la Ley 24.240 comienza con la denominación de la figura: “Daño Punitivo”. Ya este primer punto es criticado por la mayor parte de la doctrina especializada. El término surge de la traducción de los *punitive damages* del *Common Law*,¹⁴ pero en rigor lo que se “sanciona” no es el daño mismo sino actos ilícitos.¹⁵

Coincidimos con la crítica señalada, y agregamos a nuestra vez que llamarlos “daños punitivos” induce a pensar que su finalidad esencial en nuestro Derecho es castigar o sancionar. Como hemos señalado, no nos parece que ello sea así.

III.2. Presupuestos de viabilidad

El precepto normativo prevé la aplicación de la multa civil “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”.

Qué presupuesto debe verificarse para que proceda una condena por daños punitivos es un extremo de suma importancia. Los autores han señalado, en general, que la previsión legal es demasiado amplia, y que no cualquier incumplimiento debería motivar la multa civil del art. 52 bis.

Así, PIZARRO habla de “graves inconductas”;¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, de “un hecho particularmente grave y reprochable”;¹⁷ BRUN se refiere a un incumplimiento “con el propósito deliberado de obtener un rédito o beneficio” o a un hecho que

14. Aunque como enseña KEMELMAJER DE CARLUCCI, allí se conocen también con el nombre de *exemplary damages, non compensatory damages, penal damages, additional damages, aggravated damages, plenary damages, imaginary damages, presumptive damages*, y *smart money* (Sesión pública del 26 de agosto de 1993 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, citado en MOISÁ, Benjamín, art. cit., pp. 36-37).

15. Cfr. PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Segunda parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, p. 292, nota 8, citado en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, art. cit., p. 862.

16. PIZARRO, Ramón D., art. cit., p. 302, citado en PICASSO, Sebastián, art. cit., p. 837.

17. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en *Anales, Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, N° 31, 1993, pp. 78-79, citado en NALLAR, Florencia y otros, art. y loc. cit.

“haya sido extremadamente injusto, evidenciando el autor una conducta totalmente disvaliosa y altamente desinteresada de la integridad y dignidad humanas”.^{18,19} En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

Por otro lado, ZAVALA DE GONZÁLEZ sostiene que el presupuesto esencial de procedencia de la condena por daños punitivos es la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito: “(...) Nos parece inexorable pues brinda la principal razón de ser a la institución: la indemnización punitiva tiende a eliminar o dismantelar aquellos frutos del árbol envenenado”.²⁰

Nosotros entendemos que existen dos supuestos que deben ser diferenciados. En primer lugar, desde la función preventiva del daño punitivo, nos parece sensato exigir del infractor un reproche grave, que en efecto puede ser tanto dolo como una negligencia grosera o temeraria. Ello es así por cuanto del daño punitivo se debe usar pero no abusar: su aplicación ante cualquier incumplimiento (por insignificante que sea) no solo sería injusto sino que también, desde un punto de vista económico, conduciría a que las empresas trasladen sistemáticamente el riesgo a los precios ofrecidos al consumidor. El daño punitivo debe entonces cumplir su propósito disuasorio aplicándose en casos de malicia del proveedor o de culpa marcadamente indiferente o desinteresada respecto de derechos de los consumidores.

Ahora bien, existe una segunda situación, y para analizarla nos centramos en el enriquecimiento incausado del proveedor con fundamento en una defraudación a los consumidores. En este supuesto, probado el beneficio ilícitamente obtenido, que fue percibido a costa del consumidor, y la relación de causalidad adecuada entre ambos extremos, debe proceder el daño punitivo en la medida del enriquecimiento indebido. este es un factor objetivo que funda *per se* la restitución de dicha ganancia, ya que el ordenamiento jurídico no puede amparar el lucro obtenido de forma antijurídica. Y ello con total abstracción de que exista conducta reprochable –dolo o culpa– del proveedor.

18. BRUN, Carlos A., “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, año XXIV, N° 23, 4 de junio de 2008, p. 371.

19. La conculcación del derecho del consumidor a un trato digno como presupuesto de aplicación de daños punitivos puede observarse en la escasa jurisprudencia existente sobre la materia. Ver el fallo “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina” dictado por la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II; y “Ríos, Juan Carlos c. Lemano S.R.L. Altas Cumbres” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca.

20. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *op. cit.*, t. 4, p. 581, citado en BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños...”, *cit.*, p. 1.233.

III.3. Procedencia a pedido de parte

Es clara la norma en cuanto a que el juez podrá condenar por daños punitivos “a instancia del damnificado”. Se deduce que, entonces, se encuentra impedido de hacerlo *ex officio*.

En este punto, coincidimos al pie de la letra con la precisa explicación de SÁNCHEZ COSTA: la solución “es coherente con la idea de que el monto de los daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor. Como son fijados en su interés, pues que los solicite. Esto permite además que el demandado pueda ejercer plenamente su derecho de defensa”. Pero “pese a esa coherencia del sistema, a los efectos del instituto de los daños punitivos dicha solución es incorrecta, puesto que si el obrar del demandado fue malicioso y desinteresado respecto de la comunidad, es el Estado (esa comunidad jurídicamente organizada) el que debe reclamar y aplicar el castigo al autor del daño. De lo contrario, pareciera que al Estado no le importara que ciertas conductas maliciosas causaran graves daños a la comunidad y entonces los que deben preocuparse por su castigo son los particulares. Claro está que aun en el supuesto de que en alguna futura reforma se permitiera aplicar la sanción de oficio se debe garantizar al demandado ofrecer prueba y ejercer lo más ampliamente posible su derecho de defensa”.²¹

La procedencia a petición de parte es coherente con el destino de la multa a favor del consumidor. Pero lo apropiado sería que, toda vez que determinadas in-conductas del proveedor afectan o pueden afectar a la comunidad en su conjunto, la Ley habilitara al juez para regular daños punitivos de oficio (se halla en juego el interés público). Aun así, por la fracción de la multa que –por la razón que enseguida abordaremos– se debe destinar al patrimonio del actor, la condena solo procedería a su pedido.

En ambos casos se mantiene la coherencia interna del sistema: como el porcentaje asignado al consumidor constituye un interés particular de este, es necesario que lo haya solicitado en la demanda. El tramo de la condena destinado al Estado o a un fondo público representa, en cambio, un interés público, de modo que corresponde su regulación de oficio por el juzgador.

III.4. Destino del daño punitivo a favor del consumidor

Continúa preceptuando el art. 52 bis que “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”. Desde luego, por “podrá” no debe entenderse que el juez haya de decidir arbitrariamente condenar o no por daños punitivos. La interpretación

21. SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor”, en LL 2009-D, p. 1124.

lógica del término es que el sentenciante tiene un margen de apreciación, en cada caso particular, de si corresponde o no aplicar la multa civil, de acuerdo a los hechos, a las pruebas y a las reglas de la sana crítica. Por lo demás, es evidente que el decisorio debe estar fundado en derecho bajo pena de nulidad (arts. 36, inc. 4; 163, inc. 5 y conec., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Muy discutido es, por el contrario, si es correcto que el monto resultante de la condena por daños punitivos sea destinado al patrimonio del consumidor-demandante.

Quienes defienden la solución legal, como ÁLVAREZ LARRONDO²² o COLOMBRES,²³ sostienen que esta es necesaria para que los incumplimientos del proveedor sean efectivamente denunciados por los consumidores. Aunque en la causación masiva de pequeños daños la empresa pueda ganar una cifra millonaria, es muy probable que el consumidor no tenga interés en demandar por una lesión menor. La solución sería la perspectiva de embolsar el monto de una elevada condena por daños punitivos.

En la postura opuesta, se señala que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, ni el acto ilícito debe ser una fuente de lucro para la víctima.²⁴ Es claro que al recibir lo regulado por daño punitivo, el consumidor está obteniendo una riqueza *extra* y su patrimonio es ahora mayor que al momento de producida la lesión (el menoscabo quedaría compensado con la indemnización resarcitoria).

Nuestro parecer es que, en este punto, en ambas posiciones hay parte de razón. Es tan cierto que sin un *plus* muchas veces no hay incentivo para demandar, como que el enriquecimiento del consumidor es incausado.

¿Cómo resolver entonces la cuestión? Pues bien, entendemos que la mejor solución sería adoptar un criterio mixto. Es decir, destinar una parte de la multa civil a favor del consumidor, y otra al Estado o a un fin público²⁵ (por ejemplo, como ha propuesto ALTERINI, al fondo especial para la Educación al Consumidor previsto en el art. 47 de la Ley 24.240).²⁶

22. *Cfr.* ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La consistencia de los daños punitivos”, en LL 2009-B, pp. 1165-1167.

23. *Cfr.* COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en LL 2008-E, p. 1165.

24. TRIGO REPRESAS, Félix. A., “La prevención y el daño punitivo”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. (dirs.), *Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, Vol. 2008-2, p. 44.

25. Correspondería al legislador decidir cómo determinar cada fracción. Para que no se destine al consumidor una parte excesiva, nos parecería lógico establecer un tope máximo y/o porcentajes regresivos, es decir, menores cuanto mayor sea la condena en daños punitivos.

26. ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en *Diario La Ley* del 9 de abril de 2008. El autor sugiere el destino exclusivo de la condena al mentado fondo; el criterio mixto es nuestro.

Esta solución tiene tres virtudes. Por un lado, permite mantener el incentivo a demandar por parte del consumidor, aun cuando la infracción consista en una lesión pequeña considerada individualmente. Por otra parte, hace que ante la comisión de un acto ilícito antisocial, que afecta a la comunidad en su conjunto y por ende vulnera un interés público, el destino de la condena sea también público (como es lógico).

Pero en tercer lugar, y esto es crucial, permite que los jueces dicten condenas millonarias cuando el enriquecimiento ilícito de la empresa infractora haya sido también millonario. No decimos “permite” porque actualmente los magistrados no puedan hacerlo; nos referimos a que, de hecho, no lo hacen porque destinar cinco millones de pesos a un consumidor que fue defraudado por una suma pequeña es un grosero enriquecimiento incausado, tanto como el del proveedor. Y mientras sea chocante ordenar la restitución del beneficio ilícito aun cuando este sea elevadísimo, el daño punitivo no puede cumplir la función preventiva ni desmanteladora del lucro ilegítimo que está llamado a cumplir.

Se nos dirá que cualquier fracción de la multa que reciba el consumidor, por mínima que sea, será un enriquecimiento sin causa. Y es cierto. Pero es una injusticia mucho menor que una parte del beneficio ilegítimo vaya a parar a algunos de los defraudados (los cuales, además, se encontraban en una posición de inferioridad en la relación jurídica), que la otra iniquidad, en la cual la empresa, en ocasiones merced a un cálculo malicioso, retiene la totalidad de esa ganancia fraudulentamente obtenida.

III.5. Graduación del daño punitivo

De acuerdo al artículo que venimos analizando, la multa civil “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Es correcto que la norma otorgue al juez un margen razonable para evaluar, en cada situación en particular, la cuantía por la que corresponde condenar en daños punitivos. Sin embargo, la norma es demasiado vaga e imprecisa, y salvo que se logren probar todos los extremos del enriquecimiento indebido (en cuyo caso la responsabilidad ha de imputarse de forma objetiva), la gravedad de la conducta del infractor debe considerarse como presupuesto mismo de aplicación la multa civil.

Por otra parte, es lógica la independencia de esta última de la indemnización que corresponda, ya que el daño resarcitorio y el punitivo persiguen finalidades distintas.²⁷

27. En rigor, el texto no debería decir “otras indemnizaciones”, ya que el daño punitivo no tiene un propósito resarcitorio.

III.6. Solidaridad ante el consumidor

La redacción del art. 52 bis continúa: “Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”.

Coincidimos con la mayoría de la doctrina²⁸ en que si se requiere del incumplidor de una norma legal o convencional, una conducta dolosa o gravemente culposa (dejamos a salvo: excepto que se pruebe un enriquecimiento incausado), sería injusto que cualquiera de los proveedores se viera obligado a responder íntegramente frente al consumidor. Por el contrario, este debería demostrar quiénes infringieron la Ley o el contrato, y accionar contra estos proveedores (los que serían, ahora sí, solidariamente responsables).

En relación a las acciones de regreso, estas no procederían entre los responsables que hubieran actuado con dolo (conf. art. 1082, Código Civil). Tratándose de delitos civiles, “La justicia no puede estar al servicio de los delincuentes, para facilitarles que ellos arreglen cuentas con sus cómplices. Si uno solo paga lo que todos debían, peor para él. Quizás ello le sirva de lección”.²⁹

III.7. El tope de la condena por daños punitivos

Finalmente, culmina el art. 52 bis disponiendo que “La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta Ley”. De la lectura de este último surge que el tope de la condena es de cinco millones de pesos.

No solo nos parece arbitrario este límite, sino que nos oponemos a la existencia misma de un techo para los daños punitivos. No hay razón para que, si en el caso se determina que el enriquecimiento indebido a costa del consumidor ha sido de tal magnitud que su desbaratamiento implica una condena por daño punitivo superior a cinco millones de pesos, el juez se vea impedido de hacerlo por un inexplicable límite legal.

Del mismo modo, también se ve obstaculizada la prevención de daños futuros, cuando el proveedor pueda calcular que, por ser limitada la cuantía máxima de la multa civil del art. 52 bis, la ganancia que obtendrá con el incumplimiento ante los consumidores será mayor.

28. Por ejemplo, entre los autores citados, BRUN, Carlos A., “Los llamados daños punitivos...” cit, p. 371; COLOMBRES, Fernando M., art. cit., pp. 1166-1167; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., art. cit., p. 1126, etc.

29. BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3A, p. 239.

IV. CONCLUSIONES

A ciento cuarenta años de la entrada en vigor del Código redactado por VÉLEZ SANSFIELD, el Derecho Civil ha cambiado. No es otro, en el sentido de que no ha sido descartado y reemplazado por uno nuevo, pero sí ha mutado considerablemente. El ejemplo más importante, desafío en buena medida cumplido, es el alejamiento de una noción absolutamente liberal de la responsabilidad civil, basada casi exclusivamente en el reproche subjetivo, hacia la admisión y proliferación de factores de objetivos atribución que ponen el foco en el damnificado y en la lesión que ha sufrido.

De la misma manera, creemos que también es un desafío –este, aún por lograr– abandonar la noción exclusivamente individualista y resarcitoria del Derecho Civil. Hoy vivimos en una sociedad globalizada y tecnificada que, más que nunca, nos llama a utilizar el Derecho como un medio para alcanzar el bienestar de la sociedad. Es por eso que debemos pretender del Derecho Civil no solo la reparación, sino también otras funciones igualmente importantes, como la prevención y la realización de la justicia y de la equidad.

La incorporación del daño punitivo es un gran paso en esta dirección. Y más aún en el ámbito del consumo, que es una de las mayores expresiones de las referidas globalización y tecnificación. Nadie puede dejar de consumir; no puede ignorarse la inferior posición en que se halla casi inexorablemente el consumidor respecto del proveedor; y es evidente que determinadas inconductas pueden afectar a la comunidad toda. En el Derecho de los Consumidores debe celebrarse, incluso con más vigor que en otras ramas, la admisión de una institución jurídica como el daño punitivo, que permite prevenir futuras lesiones a las personas y hacer desaparecer el enriquecimiento obtenido ilícitamente –y a costa de los consumidores– por parte de las empresas.

Pero no es suficiente con la recepción de los daños punitivos en nuestro Derecho Civil: otra cuestión crucial es la Ley que los regula y la interpretación que se hace de ella. Y en nuestro caso, aunque la intención de la norma es noble, lo cierto es que regla el daño punitivo de manera muy ineficaz. Solo con una nueva redacción legal, y hasta que ello ocurra, con una lectura de la norma coherente, siempre orientada por las finalidades de disuasión y desmantelamiento del lucro ilegítimo, el daño punitivo funcionará eficientemente para cumplir dichos objetivos.

V. ADDENDUM A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN³⁰

El mismo anteproyecto de Ley que propone la aprobación –como Anexo I– del Código Civil y Comercial de la Nación referido en la nota al título de este trabajo, también prevé –en su Anexo II– la sustitución de determinados artículos de leyes específicas.³¹ En el tema que nos ocupa, este último Anexo reformula el art. 52 bis de la Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361 de la siguiente manera:

“Sanción pecuniaria disuasiva. 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 del consumidor. 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 dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. 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.”

El precepto normativo proyectado merece, desde luego, un análisis *in extenso* que por razones de espacio nos resulta imposible desarrollar aquí. De todas formas, consideramos valioso realizar una breve reseña de sus disposiciones; confiamos en que nuestras breves valoraciones encontrarán asidero suficiente en los fundamentos, las explicaciones y las perspectivas desarrolladas a lo largo del presente ensayo.

En primer lugar, forzoso es comenzar señalando la que entendemos como virtud fundamental de la nueva redacción: la resignificación de los daños punitivos en punto a su finalidad. Si bien subsistirían resabios de la noción de castigo,³² no cabe

30. Agregado el 24 de julio de 2012.

31. Cabe recalcar que el art. 45 de la “legislación complementaria” al Anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión de Reformas preveía la derogación del art. 52 bis de la Ley 24.240 incorporado por la Ley 26.361. La reformulación del precepto –en lugar de su eliminación– constituye uno de los cambios introducidos por el Ejecutivo, y desde luego nos parece plausible más allá de las imperfecciones de la nueva redacción.

32. Tal es el caso de los vocablos “sanción” y “punición”, así como la consideración del patrimonio del dañado en punto a la valuación de la condena. A diferencia del beneficio obtenido, que se vincula con el perjuicio causado y el lucro percibido en el supuesto dado –y cuya atención hace a las finalidades propias del daño punitivo–, la condenación en función del patrimonio del infractor tiene un tinte claramente

duda –dados el título mismo del artículo y su primera oración– de que el foco de la institución recae, como corresponde, en sus fines preventivos. También aplaudimos la recepción, aun entre los factores de cuantificación y con menor intensidad, del otro extremo de vital importancia, cual es el desmantelamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos. Y constituyen también aciertos de la norma proyectada la no fijación de un tope pecuniario y la previsión, al momento de la determinación del monto, de la repercusión social y los efectos disuasivos de la medida –por cuanto hacen a su función preventiva– y de la existencia de condenas anteriores –cuya no consideración podría configurar, dada la posibilidad de múltiples condenaciones millonarias por el mismo hecho, un perjuicio grave e irrazonable en el patrimonio del infractor–.

Empero, como adelantamos anteriormente, la nueva redacción del art. 52 bis presentaría también imperfecciones, que a nuestro entender se vinculan principalmente con la excesiva latitud con que se enuncian ciertos parámetros y con el margen demasiado amplio para la discrecionalidad judicial. Lo primero puede verse en fórmulas como “grave menosprecio [hacia los derechos de los consumidores]” –nada menos que como requisito de procedencia–, “prudencialmente”, “circunstancias del caso”, “gravedad de la conducta” y “excesiva”, sin que se brinden en ningún caso mayores precisiones. Lo segundo surge también del punto anterior (a mayor vaguedad de la norma, mayor arbitrio judicial), pero encuentra su pináculo en el hecho de que el destino de la multa sea decidido por el sentenciante en cada caso concreto. Por más disímiles que puedan resultar los casos que se susciten y sin importar cuántos o cuán buenos fundamentos puedan contener las resoluciones judiciales, lo cierto es que un extremo tan relevante como el destino de la multa debe ser necesariamente regulado por el legislador y nunca librado a la discrecionalidad de los magistrados. Esta disposición de la Ley constituye, a nuestro juicio, un desatino muy grave que generaría una inseguridad jurídica inaceptable, especialmente para los consumidores.³³

En fin, sin pretender en absoluto haber agotado el estudio del precepto reformulado, podemos decir que la nueva redacción presenta una virtud esencial –redefinir la figura a través de su finalidad– y un desacierto igualmente crucial –someter

sancionatorio que debe deslindarse de la figura bajo examen. En todo caso, la desigualdad patrimonial entre las partes de la relación de consumo (así como la de carácter técnico, jurídico, fáctico, etc.) justifica la existencia de instituciones como los daños punitivos en el Derecho del Consumo, mas no por ello debe influir en su cuantificación.

33. Inseguridad que, por otra parte, podría desalentar las demandas ante pequeños daños –muchas veces causados masivamente–, ante la incertidumbre de obtener el actor, para sí, una suma que eventualmente justifique el esfuerzo de emprender la litis. A su vez, tampoco es coherente que el consumidor exija daños punitivos que no le serán asignados, ni que aquéllos solo procedan a instancia de parte cuando el Estado podría ser destinatario del monto de la condena; remitimos aquí a los puntos III.3 y III.4 del trabajo.

el destino de la condenación a la decisión de los jueces—. Por lo demás, se observa la introducción de mejoras y la subsistencia de defectos, que respectivamente celebramos y deseamos sean enmendados en oportunidad de su tratamiento legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en *Diario La Ley* del 9 de abril de 2008.
- *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, año X, N° VIII, agosto de 2008.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La consistencia de los daños punitivos”, en *LL* 2009-B, pp. 1165-1167.
- BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, en *Doctrina Judicial* 2004-3.
- “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, año XXIV, N° 23, 4 de junio de 2008.
- BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en *LL* 1994-B.
- COLOMBRES, Fernando M., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, en *LL* 2008-E.
- DIEZ PICASO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, N° 5, mayo de 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en *Anales, Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, N° 31, 1993.
- MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la Ley 24.240”, en NALLAR, Florencia y otros, “Nuevas tendencias de la responsabilidad civil: la prevención del daño. Efecto disuasorio de los daños punitivos y medidas

- autosatisfactivas”, publicación exclusiva en *Doctrina Judicial La Ley online*, <<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document?rs=&vr=&src=search&docguid=i410ED3BE9B30438E9A3E4F11EC1FF9E7>> consultado el 02/02/2011.
- PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en ANAYA, Jaime L. y ALEGRÍA, Héctor, *Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- *Daño Moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Segunda parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1993.
- RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, en *LL 2009-D*.
- TRIGO REPRESAS, Félix. A., “La prevención y el daño punitivo”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. (dirs.), *Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, Vol. 2008-2.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

TRADUCCIÓN Y AFINES

KRELL V. HENRY
AUDIENCIA ANTE LA COURT OF APPEAL [OF ENGLAND
AND WALES, CIVIL DIVISION], 11 DE AGOSTO DE 1903
([1903] 2 K. B. 740)*

INTRODUCCIÓN:

Apelación contra un fallo de Darling J.

La parte actora, Paul Krell, entabló una demanda contra C. S. Henry, la parte demandada, por £50, que representaba el saldo de £75, monto total que la demandada se había obligado a abonar por la locación de un departamento ubicado en Pall Mall 56A para los días 26 y 27 de junio, con el propósito de ver las procesiones que se celebrarían con motivo de la coronación de Su Majestad. La demandada negó su responsabilidad y reconvino solicitando el reembolso de la suma de £25 pagada en concepto de seña, fundando su pretensión en el hecho de que, al no haberse realizado las procesiones debido a un grave problema de salud del Rey, el contrato celebrado entre las partes carecía completamente de causa-fin (*consideration*).¹

Los hechos, no controvertidos por las partes, son los siguientes: El actor, al irse del país en marzo de 1902, dejó instrucciones a su abogado de que alquilara el inmueble de su propiedad, ubicado en Pall Mall 56A bajo las condiciones y dentro del plazo (máximo de 6 meses) que este consideraba apropiados. El 17 de junio de 1902 el demandado observó un cartel en la ventana del departamento del actor, anunciando que se alquilaban las ventanas para ver las procesiones de la coronación. El demandado consultó al encargado del inmueble y este señaló que la vista de las procesiones desde el inmueble era muy buena, por lo que eventualmente acordó alquilarlo por los dos días en cuestión, por una suma de £75.

El 20 de junio el demandado le escribió la siguiente nota al abogado del actor:

“Acuso recibo de vuestra nota del 18 del corriente, a la que adjuntó el formulario de contrato de locación del inmueble sito en Pall Mall, 56A, tercer piso, para su alquiler

*Traducción de María Soledad Manin y notas de Carlos Adrián Garaventa.

1. La causa-fin, en inglés *consideration*, es “La circunstancia que induce a la celebración de un contrato. La causa, motivo, precio, o influencia determinante que induce a una parte contratante a celebrar un contrato. La razón o causa material de un contrato. [...] Se trata de un elemento esencial y necesario para la existencia de un contrato válido legalmente vinculante para las partes” (BLACK, Henry, *Black's law dictionary*, St. Paul, West Publishing Co., 1990, p. 306).

durante los días 26 y 27 de este mes, por la suma de £75. Por las razones expuestas no puedo suscribir el contrato, pero de acuerdo a lo convenido telefónicamente, acompaño un cheque por la suma de £25 en concepto de seña y mucho le agradeceré que me confirme que tendré a mi disposición el uso de las citadas instalaciones durante los días del 26 y 27 (sin pernocte). Me comprometo a devolver el departamento y todo su mobiliario en perfecto estado. El 24 del corriente le abonaré el saldo de £50 para completar las £75 convenidas”.

El mismo día, el demandado recibió la siguiente respuesta del abogado del actor:

“Confirмо la recepción de su nota de la fecha, así como del cheque por valor de £25 adjunto en concepto de seña por el alquiler del inmueble de propiedad del señor Krell sito en Pall Mall 56A, tercer piso, por los días 26 y 27 de junio, y le confirmo que, de acuerdo a lo convenido, usted dispondrá del uso y goce del departamento durante esos dos días (sin pernocte) y que el saldo de £50 será abonado a quien suscribe el próximo lunes 24”.

Toda vez que las procesiones no se realizaron en los días originalmente previstos; a saber, el 26 y 27 de junio, el demandado se rehusó a abonar el saldo de £50 que presuntamente adeudaba en virtud del contrato celebrado por escrito el día 20 de junio, constituido por las dos cartas transcriptas *supra*. Ello dio lugar a la presente acción.

Sobre la base de la doctrina sentada en los casos *Taylor v. Caldwell* y *The Moorcock*, el 11 de agosto de 1902, Su Señoría el Dr. Darling J. resolvió que había una condición implícita en el contrato, conforme a la cual la procesión debía realizarse, y falló a favor del demandado respecto de la demanda y su reconvencción.

El actor apeló.

EXPOSICIÓN DE LOS LETRADOS:

Spencer Bower, K. C. y Holman Gregory, por la actora.

Nada se dice en el contrato acerca de la procesión de coronación; sin embargo, se admite que ambas partes esperaban que dicha procesión tuviera lugar, y el monto acordado en concepto de alquiler se fijó en relación a esta. El Dr. Darling J. sostuvo que tanto a la demanda como a su reconvencción les resultaba aplicable la doctrina de *Taylor v. Caldwell* y que el contrato había sido celebrado bajo la condición implícita de que la procesión debía realizarse. Consideramos que el razonamiento del juez es erróneo. Si este fuera correcto, el resultado sería que, en todos los casos de

este tipo, la parte no remunerada que realiza una promesa sería en efecto un asegurador de las esperanzas y expectativas de su contraparte.

Taylor v. Caldwell puede encontrarse en dos pasajes del Digesto. Empero, hay otras citas en el Digesto que guardan mayor conexidad con el caso, y demuestran que la condición implícita consistía en que no se produjera la extinción física del objeto del contrato.

[Intervención del juez Vaughan Williams: Los casos ingleses han extendido la doctrina del Digesto].

Los límites de la extensión son los siguientes: (1) la falta de existencia de una cosa que, a la fecha de celebración del contrato, no existía; (2) el caso de una cosa -por ejemplo, un barco, o una persona en el caso de locación de servicios- que perdiera la aptitud para realizar la tarea para la cual se celebró el contrato. Para que la parte obligada a pagar el precio fuera eximida de hacerlo, debería comprobarse lo siguiente: (1) ausencia de incumplimientos de su parte; (2) extinción física o falta de existencia del objeto del contrato; (3) el contrato, por tanto, debe haber resultado de cumplimiento imposible.²

En este caso no hubo incumplimiento por parte del demandado. Sin embargo, no se produjo la extinción física del objeto, y el cumplimiento del contrato era absolutamente posible. Es el principio N°1 del caso *Taylor v. Caldwell* y no el N°3 el que resulta aplicable al *sub examine*. Aquí el principio N°1 favorece directamente al actor, dado que el contrato era positivo y absoluto. En aquel caso, el *music hall* objeto del contrato se había quemado, por lo que el cumplimiento del contrato resultaba imposible para ambas partes.

[Intervención del juez Vaughan Williams: se refirió a *Wright v. Hall*].

Los precedentes citados en favor de la demandada; a saber: *Appleby v. Myers*, *Boast v. Firth*, *Baily v. De Crespigny*, *Howell v. Coupland* y *Nickoll v. Ashton* son diferenciables de este caso, en el cual dos de los elementos esenciales no existen.

Numerosos precedentes favorecen el planteo de la actora, tales como *Paradine v. Jane*; *Barker v. Hodgson*, *Marquis of Bute v. Thompson*; *Hills v. Sughrue*; *Brown v. Royal Insurance Co.*; todos ellos anteriores a *Taylor v. Caldwell*. Asimismo, hay otros casos posteriores a este, tales como *Kennedy v. Panama & c.*, *Mail Co.*; *In re Arthur*; *The Moorcock*.

El meollo de la cuestión radica en dilucidar cuál era la posición de las partes el 20 de junio y cuál fue el contrato que celebraron en ese entonces. El derecho que ese día tenía el actor era el de mirar por la ventana del departamento, con la oportunidad de ver la procesión desde allí; el único compromiso de la demandada era permitir

2. Los presupuestos mencionados hacen referencia a cuando el objeto del contrato se torna de cumplimiento imposible, pero nada tienen que ver con la causa-fin que es otro elemento diferente.

que ese derecho del actor pudiera ser gozado, y eso era todo lo que la actora podía pretender a través de la celebración del contrato.

Por supuesto, existía el riesgo de que la procesión –cuya anticipación le había otorgado valor de mercado al inmueble– se suspendiera por uno u otro motivo; pero dicho riesgo, en virtud del contrato, había pasado al demandado. Al celebrar el contrato con el demandado el actor dispuso de su facultad de alquilar el departamento a cualquier otra persona; pasó el derecho y el riesgo al mismo tiempo. No se puede introducir en el contrato una condición implícita que permita garantizar el cumplimiento de su objeto. De ese modo, no pudo haber existido una condición implícita que asegurara al demandado que podría ver la procesión. Este caso es sustancialmente análogo a *London Founders' Association, Limited, v. Clarke*, en el cual se sostuvo que en el contrato de compraventa de acciones de una sociedad no existía una condición implícita por la cual el adquirente debiera ser colocado en el mismo *status* que un accionista por registración. De igual manera, en *Turner v. Goldsmith*, caso en el que el demandado contrató al actor por un plazo determinado para ser agente de una actividad comercial que el propio demandado abandonó antes de que el plazo concluyera, se sostuvo que no había una condición implícita que requiriera la continuación de la actividad y, en consecuencia, se concluyó que el actor tenía derecho a los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual. Ello fue así pese a que parte de la cosa se había extinguido; aquí ninguna parte de la cosa se extinguió. El principio es que la Corte no puede deducir ninguna condición, salvo en caso de absoluta necesidad (*Hamlyn v. Wood*). Sin duda, en virtud del art. 7 de la Ley de Venta de Bienes (Sale of Goods Act) de 1893 (56 y 57, Vict. C. 71), cuando los bienes específicos objeto del contrato se destruyen el contrato se extingue, pero este no es el caso. Asimismo, el art. 14 afirma que, salvo mención expresa, no existe garantía ni condición implícita en relación a la calidad o aptitud de los bienes provistos en virtud del contrato. *Ashmole v. Cox* es un caso que favorece al actor, porque allí se sostiene que el comprador en el contrato asumió el riesgo de que el cumplimiento de este se tornara imposible por circunstancias imprevistas.

Los argumentos vertidos en *Blakeley v. Muller* también favorecen al actor en punto a la reconvencción.

[Intervención del letrado del demandado Duke: El demandante desiste de su reconvencción por £25, por ello, el único punto relevante se vincula con su responsabilidad por las £50].

En relación al tema principal, se advierte que tanto la decisión recaída en *Blakeley v. Muller* como la del Juez Darling J. en este caso se oponen al principio de *Taylor v. Caldwell*. El contrato es absoluto y el demandado no se resguardó contra

los riesgos, como pudo haberlo hecho, mediante la introducción de los términos adecuados en el contrato.³

Entonces, si afirmamos que utilizar el departamento era un mero permiso y, por tanto, revocable por no existir una certificación al respecto, podemos ahora concluir que aunque dicho permiso sea revocado puede perseguirse una acción por incumplimiento contractual (*Kerrison v. Smith*).

Para concluir, sostenemos que la Corte no puede inferir la existencia de una condición expresa por la que la actora se hubiese comprometido a que la procesión se realizara. No puede inferirse nada más allá de lo necesario para otorgar al contrato la eficacia que las partes tuvieron en miras al celebrarlo. No existe tal necesidad aquí; en realidad, la inferencia es en sentido contrario, toda vez que el alquiler había sido abonado con anterioridad a los días especificados; ello demuestra que el hecho de que la procesión se realizara no constituía la base del contrato, excepto en sentido popular. No podemos negar que cada parte tenía una expectativa, pero la posición es simplemente la siguiente: uno dice: “¿Va a alquilar el departamento?” y el otro le contesta: “Sí”. Eso es todo. El contrato no brindaba sino la posibilidad de que el demandado pudiera observar cualquier evento que ocurriera en los días mencionados.

Duke, K. C. y Ricardo, por el demandado.

La cuestión en disputa es, ¿cuál era en realidad el trato? El demandado sostiene que se trataba de un trato sometido a una condición implícita en virtud de la cual el inmueble arrendado se debía ubicar en frente de un determinado acto estatal que ocurriría por la proclamación real. Por tanto, dicho inmueble tenía una característica especial y cuando esta dejara de existir el contrato se extinguiría. No es posible atribuir culpabilidad a ninguna de las partes, pero a raíz de un imprevisto las instalaciones pierden esa característica. El monto acordado en concepto de canon locativo no debe soslayarse: equivale a varios miles anuales. ¿Qué explicación cabe, sino que el objetivo del demandado era ver la procesión? Había una presunción absoluta por parte de ambas partes de que la procesión pasaría.

El principio del fallo *Taylor v. Caldwell* conforme al cual un contrato de compraventa de un bien no puede ser interpretado como un contrato positivo, sino como sujeto a una condición implícita conforme a la cual el bien en cuestión debe continuar existiendo al momento del cumplimiento resulta plenamente aplicable a este caso. La certeza acerca de que la coronación y consecuente procesión ocurrirían era la base del contrato. Ambas partes celebraron un acuerdo vinculado con la ocurrencia de un evento determinado que le otorgaba al inmueble un carácter especial

3. Según esta postura, la causa-fin es admitida como elemento del contrato pero como un elemento accidental, el cual solo opera cuando las partes expresamente lo introducen.

cuyo valor debía ser afrontado por el demandado; pero, al no haberse concretado la condición, el inmueble perdió su valor diferenciado. El cambio en las características del departamento que, en virtud de un acuerdo con el actor, el demandado iba a ocupar fue tan sustancial que lo privó de su valor. Cuando las instalaciones se tornan inadecuadas para el propósito para las cuales habían sido alquiladas, el acuerdo se extingue (*Taylor v. Caldwell*, principio que fue adoptado por la Court of Appeal en *Nickoll v. Ashton*). Lo que aquí se preveía no era simplemente que la demandada fuera al departamento y se sentara allí, sino que pudiera ver la procesión, evento que ambas partes consideraban inevitable. Se trataba pues de una garantía implícita o condición fundada en la intención presunta y razonada de las partes (*The Moorcock*). Sin dudas, las observaciones de la Corte en ese caso se vinculaban con un objeto completamente diferente, pero el principio sentado era exactamente el mismo al de *Taylor v. Caldwell* y *Nickoll v. Ashton*. En *Hamlyn v. Wood* se sostuvo que en todo contrato debe haber una implicación razonable con el fin de dotar a la transacción de toda la eficacia que las partes pretendían que esta tuviera y que, sin dicha implicación, no habría contraprestación. En el caso de un decomiso no se celebran tratos colaterales, pero aquí hay un acuerdo, y lo que debe hacerse es dilucidar el significado y la intención que tuvieron las partes al celebrarlo.

[Intervención del juez Stirling: *Appleby v. Myers* se vinculaba con la celebración de un contrato para proveer maquinaria a un edificio; antes de que se perfeccionara el contrato, el edificio se incendió; en este caso se decidió que ambas partes debían quedar excusadas de cumplir con el contrato].

En ese caso se produjo el cumplimiento parcial del contrato, pero los argumentos del demandado son aún más fuertes. Cuando, como en este caso, el contrato es totalmente ejecutorio y la materia de este nunca se concreta, se produce su extinción.

[Intervención del juez Stirling: En *Baily v. De Crespigny*, caso en el que el cumplimiento de un compromiso se tornó imposible por el dictado de una Ley del Parlamento, se afirmó que la parte a cargo de este quedaba liberada].

[Intervención del juez Vaughan Williams: En *Howell v. Coupland* se consideró que el contrato se encontraba sujeto a una condición implícita en virtud de la cual las partes estarían justificadas ante el incumplimiento si este resultaba imposible por la pérdida del objeto].

Ello se aplica a este caso: era imposible que el actor le diera al demandado aquello que había sido objeto⁴ del trato entre estos y, por tanto, hay una falta total de contraprestación. En síntesis, la base del contrato era la realización de una

4. Aquí no está haciéndose referencia a lo que en la teoría general del contrato conocemos como el objeto, el cual en este caso sería el uso y goce de un bien inmueble por un período de tiempo determinado, sino que se está refiriendo al motivo o finalidad que llevó a que ese contrato se celebrara.

procesión, es decir, es un contrato basado en la futura existencia de una cosa: había una condición precedente de que una procesión pasaría frente al inmueble. De no haber tenido las partes la expectativa de que esta ocurriría en los días mencionados, no se hubiera celebrado ningún contrato. La base del contrato era, asimismo, la continuación de una cosa en una determinada condición; dado que el 20 de junio las habitaciones podrían ser descriptas como el lugar desde el cual se podría ver la procesión durante los dos días señalados; mientras que cuando llegaron esos días estas ya no podían ser descriptas de esa manera.

Holman Gregory replicó.

SENTENCIA:

Tribunal compuesto por los jueces Vaughan Williams, Romer y Stirling.

Vaughan Williams L. J. lee el siguiente voto:

La verdadera cuestión a resolver en este caso son los alcances, en el Derecho inglés, del principio del Derecho Romano que fue adoptado y aplicado en muchas decisiones y particularmente en el caso *Taylor v. Caldwell*. Dicho precedente cuanto menos deja claro que “cuando, en razón de la naturaleza de un contrato, las partes debían haber sabido desde el comienzo que este no podría ser concretado a menos que, llegado el momento del cumplimiento, una determinada cosa continuara existiendo, de modo que al celebrar el contrato deben haber contemplado la continuidad de dicha existencia como la base de aquello que se haría; entonces, ante la falta de una garantía expresa o implícita que la cosa debía existir, el contrato no puede considerarse un contrato positivo, sino sujeto a una condición implícita en virtud de la cual las partes deberían ser excusadas si, antes de la extinción, el cumplimiento se tornara imposible por destrucción de la cosa sin falta del contratante”. Entonces, queda absolutamente claro que se introdujo un principio del Derecho romano en el Derecho inglés. La duda, en este caso, se circunscribe al alcance de la aplicación de este principio. El Derecho romano se refería a *obligationes de certo corpore*. Cualesquiera fueran los límites en el Derecho romano, en el caso *Nickoll v. Ashton* queda claro que el Derecho inglés no solo aplica este principio a los casos en que el cumplimiento del contrato se torna imposible por la desaparición del bien objeto del contrato, sino también a los casos en que el evento que imposibilita el cumplimiento es la cesación o inexistencia de una condición expresa o estado de cosas, yendo a las raíces del contrato, y esencial para su cumplimiento. Se afirma, por un lado, que el bien específico, el estado de cosas o condición cuya continua existencia es necesaria para el cumplimiento del contrato –de manera que las partes del contrato deben haber contemplado la existencia continua de ese bien, condición o estado de

cosas como la base de lo que se realizaría en virtud del contrato— se limita a las cosas que constituyen el objeto del contrato o una condición o estado de cosas, presente o anticipado, que se menciona expresamente en el contrato. En sentido contrario, se dice que la condición o estado de cosas no necesita estar expresamente especificado; sino que resulta suficiente que surja claramente, por evidencia extrínseca, que esa condición o estado de cosas hubiese sido interpretada por las partes como la base del contrato, y que el carácter del evento que causa la imposibilidad sea tal que no pudo razonablemente haber estado dentro de las previsiones de las partes al momento de celebrar el contrato. En tal caso, los contratantes no se considerarán obligados por los términos generales que, si bien eran lo suficientemente amplios, no fueron utilizados con referencia a la posibilidad de un evento en particular que tornara imposible el cumplimiento del contrato. A mi entender, el principio del Derecho Civil, tal como se lo introdujo en el Derecho inglés no se limita a aquellos casos en que el evento que causa la imposibilidad de cumplimiento sea la destrucción o no existencia del bien objeto del contrato o de una condición o estado de cosas expresamente considerados como una condición de este. Considero que primero debe dilucidarse, no necesariamente de los términos del contrato, sino también, si es necesario, de las inferencias que surjan de las circunstancias que rodearon su celebración, reconocidas como tales por las partes, cuáles son los elementos esenciales del contrato, y luego plantearse si la asunción de un determinado estado de cosas constituye la causa-fin de dicho contrato. Si ello es así, la aplicación de los términos generales del contrato quedará limitada y, en ese caso, si el cumplimiento de este se tornara imposible en razón de la falta de existencia del estado de cosas que ambas partes interpretaban como su causa-fin, no habría incumplimiento del contrato así limitado.⁵ Ahora, ¿cuáles son los hechos del presente caso? El contrato se encuentra contenido en dos cartas intercambiadas el 20 de junio entre el demandado y el representante del actor, el Sr. Cecil Bisgood. Estas cartas no mencionan la coronación; simplemente mencionan el alquiler del departamento del Sr. Krell; o, mejor dicho, su uso, durante los días del 26 y 27 de junio (sin pernocte), por la suma de £75; de los cuales £25 fueron abonados en ese momento, quedando pendiente el saldo de £50, pagadero el 24 del mismo mes. Sin embargo, las declaraciones de las partes cuyo contenido, por acuerdo entre los contratantes, es considerado parte integrante del relato de los hechos del caso, demuestran que el actor exhibía en el inmueble de su propiedad, ubicado en Pall Mall 56A, tercer piso, un cartel que anunciaba que las ventanas desde donde se podía ver la procesión que se realizaría con motivo de la coronación real estaban en alquiler, y que ese anuncio indujo al demandado a consultar al encargado del

5. Cuando el acto carece de algún elemento esencial el contrato como tal no existe. Entonces, el razonamiento del juez Vaughan Williams es verdadero si la premisa de que la causa-fin es un elemento esencial del contrato es verdadera, porque ante su inexistencia no habría incumplimiento ya que ni siquiera habría un contrato.

inmueble, quien sostuvo que el propietario del departamento lo había puesto en alquiler para aquéllos que desearan ver desde allí la procesión real durante los días del 26 y 27, sin pernocte. A mi juicio se ofreció y se contrató el uso del inmueble con el objeto de ver la procesión. No se trató de una cesión del inmueble ni de un contrato de locación, sino de un permiso para usarlo para un propósito en particular, y no otro. En mi opinión, la ocurrencia de dicha procesión en los días anunciados y a lo largo del trayecto anunciado, que pasaba por Pall Mall 56A, fue considerado, por ambas partes, como la causa-fin del contrato; y creo que no puede razonablemente inferirse que las partes pudieran haber previsto, al celebrar el contrato, que la coronación no se realizaría en los días anunciados, o que esta no pasaría por el trayecto anunciado; asimismo considero que los términos que imponían al demandado la obligación de aceptar y pagar por el uso de las instalaciones durante los días mencionados, sin perjuicio de ser genéricos e incondicionales, no se utilizaron con referencia a la posibilidad de que ocurriera la contingencia particular que luego sucedió. Algunos de los argumentos expuestos sugirieron que si en este caso la ocurrencia, durante los días anunciados, de la coronación y procesión fuera la causa-fin del contrato y, por ende, los términos generales estuvieran limitados o calificados, en caso de que la coronación y la procesión no tuvieran lugar en el trayecto anunciado no subsistiría, en cabeza de las partes, la obligación de cumplimiento del contrato. Entonces, en el caso de que un taxista se hubiese comprometido a llevar a un pasajero a Epsom el día de la carrera a un precio razonable para dicho trayecto, por ejemplo £10, ambas partes del contrato quedarían liberadas si la realización de la carrera en Epsom por algún motivo resultara imposible. A mi entender el ejemplo no resulta análogo, toda vez que en este la realización de la carrera no es la causa-fin del contrato. Sin duda, el objetivo del pasajero sería ver la carrera, y el precio sería proporcionalmente elevado, pero el taxi no reuniría requisitos especiales que lo hicieran adecuado para la ocasión para la cual fue elegido. Cualquier otro taxi hubiese podido cumplir esa función. Además, considero que, en virtud del contrato de transporte en taxi, el contratante, aunque la carrera se suspendiera, podría haber dicho “Lléveme a Epsom; le voy a pagar la suma convenida; usted no tiene nada que ver con el propósito por el cual alquilé el taxi”, y si el taxista se negara, sería culpable de incumplimiento contractual, sin que hubiera nada que calificara su promesa de conducir al contratante a Epsom en un día determinado. Sin embargo, en el caso de la coronación, no había una mera intención del locatario de ver la procesión que se realizaría con motivo de esta, sino que la propia procesión y la posición relativa del departamento constituía la base del contrato, tanto para el locador como el locatario; y creo que si el Rey, antes del día de la coronación y después de la celebración del contrato, hubiese muerto, el locatario no podría haber insistido en alquilar el inmueble en esos días. En el caso del taxi, no podría haberse afirmado razonablemente que la carrera Derby era la causa-fin del contrato, del mismo modo en que lo era del permiso en este caso. En el presente caso, en el que inmueble fue ofrecido y contratado

al resultar particularmente adecuado con motivo de que su ubicación permitía ver la procesión que se realizaría con motivo de la coronación real, era seguro que dicha vista era la causa-fin del contrato, que es algo muy diferente a que se considere que propósito del hombre que contrató al taxi —a saber, para ver la carrera— era la causa-fin del contrato. Cada caso debe ser juzgado en virtud de sus propias circunstancias. En cada caso uno debe preguntarse, en primer lugar, ¿cuál era, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la causa-fin del contrato? En segundo lugar, ¿fue posible el cumplimiento del contrato? En tercer lugar, ¿tenía la circunstancia que imposibilitó su cumplimiento un carácter tal que las partes no hubieran podido preverla al momento de celebración del contrato? Si todas estas preguntas pudieran contestarse afirmativamente (y yo creo que es el caso) entonces ambas partes estarían exentas de responsabilidad. Según mi opinión, la procesión que se llevaría a cabo con motivo de la coronación era la base (*foundation*)⁶ de este contrato, y el hecho de que esta no se realizara impidió su cumplimiento; y, en segundo término, considero que la postergación de la coronación, en los términos del voto del señor Juez James Hannen en el fallo *Baily v. De Crespigny* fue un evento “de tal carácter que no puede razonablemente suponerse que pudo haber sido previsto por las partes al momento de celebrar el contrato; por ello los términos generales de este, no obstante resultar lo suficientemente amplios como para incluir este supuesto, no pueden obligar a las partes, puesto que no se utilizaron en referencia a la posibilidad de la contingencia que finalmente ocurrió”. La prueba parece reducirse al hecho de si el evento que causó la imposibilidad de cumplimiento pudo haber sido previsto o esperado. Parece difícil sostener, en un caso en el que ambas partes tienen en miras la ocurrencia de un evento cuya anticipación es la causa-fin del contrato, que alguna de las partes pudo haber previsto y debió haber tomado los recaudos necesarios frente el evento que impidió el cumplimiento del contrato. Tanto en *Jackson v. Union Marine Insurance Co.* como en *Nickoll v. Ashton* se sostuvo que las partes deberían haber previsto la posibilidad de que un hecho fortuito del mar pudiera demorar el barco y frustrar el emprendimiento comercial: en el primero de los casos citados, el traslado de los bienes a efectos del cual se celebró el contrato de transporte; en el segundo caso, la compraventa de los bienes que se embarcarían en el barco que se demoró. Sin embargo, en el primer caso, la Corte sostuvo que la base del contrato había sido que el barco llegaría a tiempo para concretar la operación comercial convenida y, en el segundo, que la nave llegaría a tiempo para cargar los bienes objeto de la compraventa. Me gustaría señalar que casos de este tipo son muy diferentes a los casos en los que un contrato, una garantía o compromiso están implícitos, tales como *The Moorcock* o cuando se afirma que estos no se encuentran implícitos, como en

6. *Foundation* es utilizado como sinónimo de *consideration* y significa “La base o principio subyacente” (*Illustrated Oxford Dictionary*, Gütersloh, Oxford University Press, 1998, p. 319, tercera acepción).

Hamlyn v. Wood. No obstante, *The Moorcock* es de gran importancia en el presente caso en cuanto demuestra que, cualquiera sea la implicancia sugerida —sea esta una condición, como en este caso, o bien una garantía o compromiso— uno debería, al evaluar si la condición implícita efectivamente existió, no solo analizar la letra del contrato sino también los hechos que rodearon a su celebración y al conocimiento de estos por las partes. En mi opinión, esta doctrina es plenamente aplicable a este caso. Por ello, en las acciones civiles del caso *Jackson v. Union Marine Insurance*, la cuestión acerca de si el objeto del contrato se había frustrado por la demora del barco, si bien el contrato de fletamento no estipulaba el horario en el que los transportistas debían abastecer el cargamento de vías de acero para San Francisco y no había términos expresos que indicaran la importancia del horario en dicha transacción se consideró una cuestión de hecho sometida a consideración del jurado; y ese fue un caso en el que, tal como lo indica Bramwell B. en su voto, la doctrina del fallo *Taylor v. Caldwell* tuvo gran relevancia para sostener la conclusión a la que se arribó en la sentencia, que al no haber llegado el barco en el horario contemplado para el viaje, sino en un horario que provocó la frustración de la operación comercial, no solo se habían incumplido los términos del contrato sino que también se había dispensado de responsabilidad al transportista, aunque este esgrimiera la justificación de que ninguna acción en su contra podía prosperar. En igual sentido fue el pronunciamiento en el caso *Harris v. Dreesman*, en el que la embarcación debía ser cargada, al no haberse especificado un horario, dentro de un plazo razonable; y, al analizar dicho plazo razonable, la Corte hizo lugar a las pruebas aportadas en relación a que los demandados, transportistas en el contrato, con conocimiento de los actores, no tenían control sobre la carbonería de la cual ambas partes sabían que llegaría el carbón, aunque todo lo que decía el contrato de fletamento era que la embarcación debía dirigirse a Spital Tongue's Spout (el depósito de la carbonería Spital Tongue) y allí embarcar la carga completa de carbón y cinco toneladas de coca que les entregarían los despachantes y sin perjuicio de que no había pruebas de que existiera una costumbre en el puerto en relación a la carga de las embarcaciones. Una vez más, en *Mumford v. Getting* se sostuvo que, al interpretar un contrato de locación de servicios celebrado por escrito, conforme al cual A prestaría servicios a B, los testimonios prestados oralmente eran válidos para dar cuenta del carácter en el cual B contrató a A. Véase también *Price v. Mouat*. El principio parece ser el que se señala en Taylor acerca de las pruebas, Vol. II art. 1082: “se puede afirmar, como principio general del derecho, que necesariamente deben admitirse las pruebas extrínsecas de los hechos materiales que permiten a la Corte deducir la naturaleza y las características de la materia sobre la cual versa el instrumento o, en otros términos, identificar a las personas y las cosas a las que el instrumento se refiere”. En su voto, el Juez Campbell manifiesta: “considero que, cuando hay un contrato de compraventa en una materia específica, a los fines de demostrar los alcances de dicha materia, las manifestaciones realizadas oralmente deben admitirse como prueba

de las cuestiones que estaban en conocimiento de las partes antes de la celebración del contrato y durante esta". Véase el voto de Campbell C.J. en *Mackdonald v. Longbottom*. Entiendo que los términos del juez Willes J. en *Lloyd v. Guibert* van en la misma dirección. Mi opinión es clara: lo que nos tenemos que preguntar es si, en este caso, en el que el objeto del contrato se frustró por la falta de ocurrencia de la coronación y de la procesión que se realizaría con motivo de esta en los días anunciados, las manifestaciones vertidas oralmente son admisibles como prueba para demostrar que la materia del contrato era un inmueble para ver la procesión, y que esto se encontraba en conocimiento de ambas partes. Sentado ello, no advierto dificultad alguna en el caso. A los fines de la aplicación de la doctrina de *Taylor v. Caldwell* no resulta esencial que la materia directa del contrato se hubiese destruido o hubiese dejado de existir a la fecha de celebración de este; basta con que el estado de cosas o la condición expresada en el contrato y esencial para su cumplimiento se hubiese modificado o dejado de existir en ese momento. En este caso, la condición que se frustró e impidió que se configurara lo que, conforme con las expectativas de ambas partes, era la causa-fin del contrato, no es expresamente mencionado como la condición del contrato o su propósito; no obstante, considero que, por los fundamentos brindados anteriormente, se debe aplicar el principio de *Taylor v. Caldwell*. Por ello, no resulta procedente el reclamo del actor por el saldo impago de £50 del precio acordado por el uso de las habitaciones. El demandado reconvino por la devolución de £25 abonados en la fecha del contrato; sin embargo, como dicha reconvencción fue desistida, no resulta necesario pronunciarse al respecto. Lo único que deseo agregar es que los hechos del caso no permiten la aplicación de la doctrina sentada en *Stubbs v. Holywell Co.*; que en el caso de contratos resulte directamente aplicable la doctrina de *Taylor v. Caldwell* la subsecuente imposibilidad no afecta los derechos adquiridos, porque el demandado tenía todo el día del 24 de junio para abonar el saldo, y el anuncio público de que la coronación y procesión no se llevarían a cabo en los días anunciados se realizó temprano la mañana del 24 y no podría esgrimirse ninguna pretensión hasta el final del día. Considero que la apelación debe ser desestimada.

Voto del Dr. Romer L. J.:

Con ciertas dudas he llegado a la conclusión de que a los hechos de este caso debe aplicarse la doctrina del caso *Taylor v. Caldwell*; consecuentemente, no debe hacerse lugar a la apelación. Mis dudas giran en torno a si se puede afirmar que las partes del contrato, en las circunstancias dadas, de ninguna manera hubiesen podido prever el riesgo de que por algún motivo u otro la coronación no se realizara en los días estipulados o, si esta se realizara, no pasara por un lugar que pudiera observarse desde las habitaciones mencionadas en el contrato y si, conforme a los términos del contrato, el riesgo no debía ser asumido por el demandado. Sin embargo, respecto

de la cuestión de hecho vinculada con la posibilidad de que las partes previeran los acontecimientos, concuerdo con la conclusión de Vaughan Williams L.J. y (por lo que creo) a la de mi camarada Stirling. Por lo tanto, adhiero a las conclusiones a las que llegó Vaughan Williams L.J. en su voto y no deseo agregar más consideraciones a las expuestas por él de modo tan exhaustivo y completo.

Voto del Dr. Stirling L.J.:

Manifiesta que tuvo la posibilidad de leer el voto de Vaughan Williams L.J., cuyos términos comparte en su totalidad. Aunque el encuadramiento del caso es sumamente difícil, considera que debe aplicarse la doctrina del caso *Taylor v. Caldwell*.

DECISIÓN:

No hacer lugar a la apelación interpuesta.

SOBRE LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO: COMENTARIO AL FALLO *KRELL V. HENRY*

ON THE ORIGINS OF THE CONTRACTUAL FAILURE OF CONSIDERATION DOCTRINE: NOTES ON *KRELL V. HENRY*

CARLOS ADRIÁN GARAVENTA* y MARÍA SOLEDAD MANIN**

Resumen: En materia de contratos no es pacífica la aceptación del instituto de la *frustración del fin del contrato*. El fallo *Krell v. Henry* es para la doctrina *causalista* el primer caso en el que se aceptó la existencia de la causa-fin como elemento de este. Empero, si leemos detenidamente el fallo de la *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)* encontraremos que la doctrina de este se identifica más con la de los *neocausalistas* que con la de los *causalistas*. Este trabajo se propone pasar revista del fallo *Krell v. Henry* y realizar un análisis crítico del instituto de la *frustración del fin del contrato* y su posible aplicación en nuestro Derecho, teniendo en cuenta los aportes de las tres escuelas teóricas que lo estudian: *anticausalistas*, *causalistas* y *neocausalistas*.

Abstract: The failure of consideration doctrine has not been peacefully accepted in the study of Contracts. The decision on *Krell v. Henry* case is, within the causalist doctrine, the first case where consideration was deemed an element of the contract. However, if we read thoroughly the judgment of the Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) we will find that principles laid down therein may be more properly identified with neocausalist than with causalist doctrine. This work intends to analyze *Krell v. Henry* case and to make a critical review of the failure of consideration doctrine and its possible application in our legal system, taking into account the three theoretical approaches on this question: *anticausalist*, *causalist* and *neocausalist*.

*Estudiante de abogacía (UBA); ayudante de *Contratos Civiles y Comerciales* (Facultad de Derecho-UBA) y de *Derecho de la Integración* (Facultad de Derecho-UBA); corresponsal argentino del *Global Sales Law*, investigación sobre compra-venta internacional (Universidad de Basilea, Suiza); procurador del estudio *Kors Noviks*, especializado en Derecho de Autor y Propiedad Industrial.

**Traductora pública de inglés (UBA) y abogada (UBA); maestranda en Derecho Administrativo (UBA); docente de *Derecho Administrativo* (Facultad de Derecho-UBA) y de *Protección Constitucional de los Consumidores y Usuarios* (Facultad de Derecho-UBA); integrante del área profesional y traductora del *Defensor del Pueblo de la Nación*.

Palabras clave: Contrato – Causa – Causa-fin – Frustración del fin del contrato

Keywords: Contract – Cause – Consideration – Contract’s failure of consideration.

Y no deliberamos acerca de los fines sino acerca de las cosas que llevan a los fines, pues ni el médico delibera acerca de si ha de curar ni el orador acerca de si ha de persuadir ni el político acerca de si ha de producir una buena legislación; ni ninguno de los demás lo hace acerca del fin, sino que, una vez que han puesto el fin, miran cómo y por medio de qué cosas se dará, y si parece que a través de muchas, examina por cuál se dará más fácilmente y mejor; y si se lo alcanza a través de una sola, cómo se dará a través de ella, y esta a su vez por cuál, hasta que llegan a la causa primera, que es la última en el descubrimiento.¹

I. OBJETIVO.

La sentencia del 11 de agosto de 1903 de la *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)* en el caso “Krell v. Henry” es citado por los estudiosos del Derecho civil² en materia de obligaciones y contratos como aquel caso del Derecho inglés que dio origen a la doctrina de la *frustración del fin del contrato* y que dejó la puerta abierta a la inclusión de la causa-fin como elemento de estas materias. Nuestro objetivo –habiendo accedido al texto completo de este fallo– no es trazar paralelismos ni diferencias muy profundas con la doctrina nacional elaborada en relación a este, sino analizar la fuente original y arribar a nuestras propias conclusiones.

En primer término, debemos señalar una cuestión terminológica primordial y de base en esta cuestión: en el Derecho anglosajón (y en este caso en particular) no se habla de causa-fin sino de *consideration* (contraprestación que se acuerda en una relación contractual) y, como señala Cabanellas, “el concepto se acerca al de causa-fin, pero no coincide con este” distinguiendo este término del de *animus donandi*, por ejemplo.³ No es un dato menor que se lo compare con este instituto, ya que la donación es el único contrato en el que se encuentra legalmente aceptada la causa-fin, cuando se dona a un heredero con la *finalidad* (intención) de mejorarlo en

1. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Buenos Aires, Colihue, 2007, p. 90.

2. [1903] 2 K. B. 740. En esta edición publicamos la traducción del fallo realizada por María Soledad Manin y anotada por Carlos Adrián Garaventa.

3. Vg. GASTALDI, José María, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t. I, p. 224.

su porción hereditaria; impidiendo que, después de la muerte del donante, cualquier otro de los sucesores pueda exigir la colación de lo donado. En este supuesto, la causa-fin de aquel contrato de donación se manifiesta con el instituto de la *dispensa de la colación* incluido expresamente en el testamento⁴ o, según interpreta parte de la doctrina, en el mismo contrato de donación.⁵ Sin embargo, Henri Black define *consideration* como: “*The inducement to a contract. The cause, motive, price, or impelling influence which induces a contracting party to enter into a contract. The reason or material cause of a contract. [...] It is a basic, necessary element for the existence of a valid contract that is legally binding on the parties*”.⁶ Asimismo debemos prestar atención, en el texto del fallo, a otro término que fue utilizado como sinónimo de *consideration: foundation*, que si bien no pertenece al vocabulario jurídico específico significa “*a basis or underlying principle*”.⁷

Previamente a comentar este fallo, haremos una breve síntesis de los alcances de la doctrina de la *frustración del fin del contrato*, así como también explicaremos de qué forma quienes la sostienen pretenden incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico y qué otras corrientes de pensamiento existen con respecto a este tema. Esto tendrá por objeto poder brindar una opinión suficientemente fundamentada con respecto a las posibilidades de aplicación de la doctrina de este fallo a nuestro sistema normativo e intentar articular una conclusión en torno a todo lo expuesto.

II. LA CAUSA-FIN Y LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO.

Partiendo de la distinción aristotélica de las causas en formal, material, eficiente y final, Alterini, Ameal y López Cabana explican que la causa-fin de una obligación responde al “¿para qué?” que tuvieron en miras las partes al contraerla,⁸ es la razón determinante del acto.⁹ Surge de la escisión del elemento *finalidad*

4. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor, *Law dictionary/Diccionario jurídico*, San Pablo, Editorial Heliasta, 2001, t. I p. 166.

5. ZANNONI, Eduardo, *Manual de derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 410.

6. AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 469/470.

7. BLACK, Henry, *Black's law dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, 1990, p. 306. “La circunstancia que induce a la celebración de un contrato. La causa, motivo, precio, o influencia determinante que induce a una parte contratante a celebrar un contrato. La razón o causa material de un contrato. [...] Se trata de un elemento esencial y necesario para la existencia de un contrato válido legalmente vinculante para las partes”.

8. *Illustrated Oxford Dictionary*, Gütersloh, Oxford University Press, 1998, p. 319, tercera acepción. “La base o principio subyacente”.

9. ALTERINI, Atilio, AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 62/63.

tradicionalmente incluido dentro de la causa-fuente (o eficiente, según el modelo aristotélico) a la que la doctrina civil *anticausalista* denomina *causa a secas*; a esto se refiere el artículo 499 del Código Civil cuando afirma que “no hay obligación sin causa”.¹⁰ Cómo este artículo pertenece al Libro II, Sección I del Código (de las obligaciones) y siguiendo un orden metodológico, el instituto de la causa-fin es estudiado dentro de las obligaciones en general; pero atento a la clasificación fundamental de las obligaciones en contractuales y extracontractuales, y toda vez que el “¿para qué?” relativo a una obligación depende de que esta sea contraída voluntariamente por las partes en virtud de un contrato es que solo la vemos plasmada en la *frustración del fin del contrato*.

Hablábamos recién de una doctrina “anticausalista”. Los distintos autores se enrolan en tres posturas doctrinarias distintas: a) *Causalista*, surge de las ideas de Domat y Pothier y está destinada a separar las motivaciones individuales de las partes del elemento *causa* (a secas); b) *Anticausalista*, desarrollada por autores como Ernest y Planiol, que niega la existencia de una causa-fin y afirman que esta se encuentra subsumida dentro del objeto, el consentimiento y la causa-eficiente de la obligación y c) *Neocausalista*, cuyas principales figuras son Capitant y Maury, conforme a la cual se atribuye un contenido teleológico a la causa-fin del negocio jurídico al vincularla con la finalidad de las partes al contratar. De esta manera, avanzan un paso más que los *causalistas* considerando a la causa-fin como elemento esencial del acto del que las partes no pueden prescindir, por ser necesario para su existencia, ya que está dado por la ley y es requerido bajo pena de nulidad.¹¹

En la doctrina nacional, encontramos diversas posturas interpretativas del Código Civil: a) Los *anticausalistas* (Salvat, Galli, Risolía, Spota, Boffi Boggero, Llambías y Barcia López) afirman que los artículos 499, 500, 501 y 502 están referidos a la causa-fuente de la obligación; b) Los *causalistas* (Machado, Colmo, Lafaille, De Gásperi, Busso, Borda y Videla Escalada) afirman que el artículo 499 se refiere a la causa-fuente y los artículos 500, 501 y 502 a la causa-fin, fundándose en que la nota al artículo 499 dispone que la obligación que tenga como causa-fuente un hecho ilícito no tiene valor alguno, mientras que el artículo 502 habla de la obligación fundada en una causa ilícita. Ergo, al no poder ser causa-fuente estamos hablando de causa-fin; c) Por su parte, Cordeiro Alvarez, con idénticos fundamentos que los *causalistas*, afirma que los artículos 499, 500 y 501 están referidos a la causa-fuente y que solo el artículo 502 se refiere a la causa-fin.¹²

10. ALTERINI, Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 256/257.

11. *Ibidem*, p. 63.

12. BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p.39.

Etimológicamente, la palabra frustrar proviene del latín *frustrare* y, en términos jurídicos, se la utiliza en el sentido de “dejar sin efecto un propósito contra la intención de quien procura realizarlo” o *frustrar un delito*, tal como –en su tercera acepción–, esta es definida por la Real Academia Española. Teniendo en cuenta esto, debemos definir a la *frustración del fin del contrato* como aquel hecho [jurídico] ajeno a la voluntad de las partes que deja sin efecto la *razón determinante del contrato* (causa-fin). Empero, como este sigue siendo válido, aún cuando nada motiva a las partes a cumplirlo, los *causalistas* le aplican el instituto de la *resolución* con efectos *ex tunc*, volviendo las cosas (en su faz patrimonial) a la situación anterior a la celebración del contrato.

Tras haber sintetizado la discusión doctrinaria en cuanto a este instituto, y luego de distinguir debidamente la causa-fin de la frustración del fin del contrato, estamos en condiciones de abordar el comentario del fallo bajo estudio.

III. EL FALLO.

El 20 de junio de 1902, las partes celebraron un contrato en forma escrita. Mediante este, la demandada alquiló a la actora un departamento en *Pall Mall* los días 26 y 27 de junio de ese mismo año. Se había anunciado que en esa fecha se realizaría el desfile de coronación del Rey de Inglaterra, que iba a pasar por el lugar donde estaba ubicado el departamento; no obstante, el contrato no contenía ninguna mención expresa a dichos desfiles, ni a ningún otro propósito determinante de la contratación. Como el desfile se suspendió debido a una grave enfermedad sufrida por el rey, la demandada se negó a pagar el monto de la locación; y, en consecuencia, Paul Krell inició demanda por cumplimiento de contrato, la que fue reconvenida por Henry por devolución del depósito (seña) realizado para reservar el departamento.

La demandada argumentó que, al no llevarse a cabo el desfile, la causa determinante del acto (*consideration*) había desaparecido. El juez de primera instancia sostuvo que en el contrato había una condición implícita, conforme a la cual este estaba subordinado a la realización del desfile de coronación. Por este motivo, falló a favor del demandado y contra dicha sentencia, Krell apeló.

La *Civil Division* de la *Court of Appeal*, al igual que el *a quo*, se fundó en los precedentes jurisprudenciales de “Taylor v. Cadwell” y “Nickoll v. Ashton”. En el primero de estos casos, se estableció que un contrato por la venta de una cosa no se debía interpretar como un contrato positivo sino que se lo debía considerar subordinado a una condición implícita conforme a la cual, al momento del cumplimiento de este, dicha cosa debía continuar existiendo. Vale aclarar que el caso utilizado como precedente se refería a una situación muy distinta del fallo bajo análisis ya que se vinculaba con la imposibilidad de entregar una cosa que había dejado de existir, y, por consiguiente, de cumplir con el contrato. Por esto es que este precedente se

complementa con el de “Nickol v. Ashton”, en cuanto a que la imposibilidad no está referida únicamente a la entrega de una cosa, sino también a una condición expresa o estado de cosas que es esencial para su cumplimiento.

La doctrina del fallo analizado es complementaria de los casos “Taylor v. Cadwell” y “Nickol v. Ashton”, toda vez que la *Court of Appeal* interpretó que no era necesario que la condición fuera expresa en el documento contractual, porque cuando se prueba inequívocamente que tal o cual condición o estado de cosas fue determinante, en sentido teleológico, a fin de que las partes lo celebraran, esta es considerada un elemento esencial del contrato. En este caso, la prueba estaba dada porque el anuncio publicitario de la oferta de alquiler del departamento decía, puntualmente, que el desfile de coronación pasaría frente a su ventana. En consecuencia, se decidió no hacer lugar al recurso de apelación.

IV. APLICACIÓN DE ESTE INSTITUTO EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO.

Puede observarse que la *Court of appeal* se enrola dentro de la posición *neocausalista*, ya que establece que la causa-fin es un elemento esencial del contrato. Este enfoque *neocausalista* resulta de aplicación imposible para nuestra jurisprudencia puesto que no hay una norma expresa que señale a la causa-fin como elemento esencial del contrato. Por ello, solo sería posible aplicar la solución que dan los *causalistas*, la cual vimos al finalizar el segundo apartado de este comentario. Es decir, que el contrato siguiera siendo válido pero que se le aplicara el instituto de la *resolución* con efectos *ex tunc* por haber perdido las partes –o, al menos, una de ellas– su interés en este.

No obstante señalar la existencia de un déficit legislativo, Alterini propone una vía alternativa por la cual sería posible declarar la nulidad del acto, señalando que, toda vez que la finalidad hace al acto jurídico, su falta lo arruina, ya sea porque no hubo voluntad, y, entonces, no hubo acto (doctrina del artículo 944 del Código Civil), o porque la voluntad estuvo viciada y el acto es inválido (artículo 1045 del Código Civil).¹³ Consideramos, sin embargo, que si bien el razonamiento de Alterini es brillante, comete un pequeño error: el “fin” al que se refiere el artículo 944 del Código Civil es: “establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”, se trata de la finalidad en sí del acto, independientemente de lo que las partes tuvieron en miras cuando lo celebraron. En el fallo comentado, el acto tenía por fin crear un derecho, y esto se logró perfectamente; el problema es que el fin de la demandada al crear ese derecho –interpretado teleológicamente– era ver el desfile de coronación, por lo que, al

13. ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Obligaciones...* cit., p. 65.

haberse frustrado este, perdió interés en su creación. A nuestro entender, al elaborar este razonamiento, nuestro autor está confundiendo la causa-fuente con la causa-fin, y lo que nos interesa, justamente, es discriminarlas.

La única forma que tienen los *neocausalistas* de conseguir que la causa-fin sea considerada un elemento esencial del acto es mediante su consagración como tal a través de una reforma legislativa, ya que solo son esenciales aquellos elementos que están así caracterizados por la ley. Entre este tipo de reformas, podemos señalar el Proyecto de Código Civil de 1993, que incluye a la causa como elemento esencial del contrato y la define así en su artículo 953 bis: “la causa del acto está constituida por el fin jurídico, inmediato y tipificante, procurado por las partes. También pueden integrar la causa los móviles que aquéllas hayan incorporado al acto, en forma expresa o tácita. Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada en él sea falsa si se funda en otra causa verdadera. Los fines jurídicos inmediatos y los móviles con jerarquía causal deben ser lícitos”. De este artículo nos interesa comentar brevemente las tres primeras oraciones: la primera se refiere a la causa-fuente y la segunda a la causa-fin; sin embargo, la más importante es la tercera, ya que es la que le otorga a ambas la calidad de elemento esencial y una presunción *iusuris tantum* de que existen y son ciertas.

El de 1993 es el único proyecto que contempla a la causa-fin como elemento esencial del contrato (en el mismo sentido que el fallo comentado), los restantes, si bien son *causalistas*, no siguen la doctrina *neocausalista*; exceptuando el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación confeccionado a partir de la convocatoria que el Poder Ejecutivo Nacional realizó mediante el Decreto 191/2011 que adopta una postura ecléctica entre estas dos posturas. En el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987, que fue vetado en su totalidad por el Poder Ejecutivo, la *frustración del fin del contrato* era considerada, en su artículo 1204, una causal de *resolución* del acto. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio, originado en la Cámara de Diputados de la Nación, contempla también la extinción del contrato por la frustración de su causa-fin con efectos *ex tunc* en su artículo 1200. El Proyecto de Código Civil de 1998 hace mención a la *rescisión* del contrato por frustración de su finalidad en el artículo 1059.

Finalmente, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación confeccionado a partir de la convocatoria que el Poder Ejecutivo Nacional realizó mediante el Decreto 191/2011 dispone en su artículo 281 que “la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. Este artículo se refiere en la primera oración a la causa-fuente y en la segunda a la causa-fin; a su vez, toma una postura ecléctica entre *causalistas* y *neocausalistas* al tomar como principio que la causa-fin es un elemento accidental

del contrato, pero aceptando también la posibilidad de que pueda llegar a ser un elemento esencial cuando es igualmente determinante para ambas partes (como ocurre en el caso “Krell v. Henry”).

La jurisprudencia tampoco ha seguido la línea de “Krell v. Henry”, por cuanto no ha otorgado a la causa-fin el *status* de elemento esencial del contrato. No realizaremos un examen exhaustivo de la abundante jurisprudencia nacional, nos limitaremos a citar uno de los primeros casos que fue seguido, en líneas generales, por los jueces *causalistas*. El fallo “Dominella, Aníbal c/Panadería y Confitería La argentina s/Reintegro de gastos”, dictado el 30 de julio de 1987 por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata, se refiere a un caso que, por su sencillez, nos es de gran ayuda para comprender cómo se debe razonar para saber si estamos ante un supuesto de frustración del fin del contrato. El actor había contratado un servicio de *lunch* para el casamiento de su hija; como los novios decidieron cancelar la boda, el actor desistió de dicho servicio antes de comenzar a ejecutarse el contrato, notificando a la demandada, que se negó a devolver el precio pagado. En el fallo se expresa que la resolución del contrato se produjo por resultar manifiesta la finalidad del actor al contratar el servicio, y que, cancelada la boda, este había perdido todo interés en ejecutar el acto. A modo de conclusión, podemos afirmar que si bien la justicia acepta la frustración del fin del contrato como una causal de extinción, no le otorga a la causa-fin el carácter de elemento esencial del acto.

V. OPINIÓN.

En el epígrafe de este trabajo, Aristóteles explica que las personas primero fijan su fin y luego de razonar detenidamente los medios para lograrlo terminan por seleccionar el más conveniente. Paradójicamente, los jueces deben realizar el camino opuesto. Es decir, partir del medio utilizado –que se materializa en un contrato– para intentar adivinar lo que las partes tuvieron en miras al celebrarlo.

El autor aludido también señala algo muy interesante con respecto a los fines, que se nos presentará como un gran problema para los jueces: “Como manifiestamente los fines son muchos, y elegimos algunos de ellos (por ejemplo, el dinero, las flautas y, en general, los instrumentos) con vistas a otra cosa, es evidente que no todos son completos; pero es claro que el fin más grande sería un fin completo. En consecuencia, si uno solo es completo, ese será el que buscamos, y, si son varios, el más completo de ellos”.¹⁴ Lo que el filósofo griego nos quiere señalar es que existe una pluralidad de fines; incluso existen fines que conducen a algún otro fin más completo y que es el fin más completo de todos aquel que vale.

14. ALTERINI, Atilio, *Contratos...* cit., p. 256.

Los jueces se ven en la difícil tarea de adivinar cuál es este fin. Incluso en el fallo comentado los jueces pudieron haberse equivocado, supusieron que la finalidad del demandado era ver el desfile, pero, cabría preguntarse: ¿y si Henry era en realidad un francotirador que, apostado en el balcón, quería asesinar al rey? En este caso, por ser ilícita la causa-fin, la obligación del contrato hubiera sido de ningún efecto. Si bien la solución del caso hubiera sido la misma, el contrato no hubiera caído por frustración de su fin, sino por ilicitud de su causa.

Es prácticamente imposible para el juez acertar perfectamente qué finalidad tuvo en miras la parte al celebrar un contrato; incluso para la contraparte puede ser imposible saber esto. Veamos otro contraejemplo muy similar a uno que en el fallo utiliza el juez Vaughan Williams: Supongamos que A se dirige al subterráneo y compra un boleto. Quien atiende la boletería, como representación física de la empresa de subte que está celebrando el contrato, solo interpreta que A tiene por finalidad dirigirse de un punto a otro del recorrido; nadie imagina que A tomó el subterráneo porque debía reunirse con B. Mientras espera que el tren subterráneo arribe a la estación B le comunica a A que le será imposible acudir al encuentro y reprograma la reunión. Si tomamos el razonamiento del fallo comentado, A podría pedir la anulación del contrato de transporte porque se frustró su finalidad. ¿Cómo prueba esto? Le basta con que B atestigüe en el juicio que iban a reunirse y que por una razón, ajena a la culpa de A, la reunión no pudo llevarse a cabo. A todo esto, la empresa de subte, que jamás pudo prever la finalidad de A, y que tampoco tuvo culpa en la frustración de la reunión, se ve obligada a devolver el precio pagado. ¿Es justo que la contraparte, que nunca supo la finalidad de A, esté obligada a hacer esto? ¿No causaría una gran inseguridad jurídica que cualquier persona pudiera pedir la anulación de cualquier contrato alegando que se frustró su finalidad, y utilizando como prueba un medio tan poco confiable como la testimonial? ¿No sería mejor que la finalidad estuviera plasmada en el contrato y que el medio de prueba fuera el propio documento?

En consecuencia, sostenemos que la inseguridad jurídica, producto de la doctrina *neocausalista* a la que adhiere la *Court of Appeal* en “Krell v. Henry”, es motivo suficiente para afirmar que la causa-fin no puede ser –por razones prácticas– un elemento esencial del contrato. En disidencia, proponemos que la causa-fin sea considerada un elemento accidental, o sea, un elemento que puede, o no, ser incluido en el contrato por las partes; pero que solo sea válido cuando las partes expresamente lo incluyan. Ello, por cuanto consideramos que el pensamiento *causalista* es acertado, pero que la doctrina de la sentencia bajo análisis es exagerada.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar Y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- ALTERINI, Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Buenos Aires, Colihue, 2007.
- AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BLACK, Henry, *Black's law dictionary*, , St. Paul, West Publishing Co., 1990.
- BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor, *Law dictionary/ Diccionario jurídico*, San Pablo, Editorial Heliasta, 2001.
- GASTALDI, José María, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- ZANNONI, Eduardo, *Manual de derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A MARISA HERRERA* **

Lecciones y Ensayos: *¿Qué es y qué función cumple el Derecho de Familia?*

Marisa Herrera: Desde el punto de vista clásico o dogmático es el conjunto o grupo de normas –muchas de ellas están en el Código Civil pero no todas: un típico ejemplo son las leyes de violencia familiar– que se ocupan y preocupan por regular las relaciones de familia; es decir, los derechos y deberes entre los diferentes integrantes de un grupo familiar, en tanto formen parte de ella o, de manera excepcional, aunque no lo sigan siendo (un ejemplo: la obligación alimentaria que subsiste en cabeza de los padres aún cuando se haya extinguido el vínculo debido a una sentencia de privación de “patria potestad”).

¿Qué función cumple? La misma que el derecho en general, el de pautas de convivencia, límites, prohibiciones o determinadas “autorizaciones” pero centrado en un ámbito sensible como lo son las relaciones familiares en clara interacción con el derecho de cada persona a desarrollar el modelo de vida –y de allí de familia– que quiera por aplicación del conocido art. 19 de la Constitución Nacional.

LyE: *¿Qué valoración le merece el Derecho de Familia argentino vigente?*

Dra. Herrera: El Derecho de Familia es esencialmente dinámico, en constante movimiento y por lo tanto, eminentemente crítico del *statu quo*, lo que se traduce en un constante interés o búsqueda por acortar la brecha existente entre derecho y realidad.

Desde la obligada mirada contemporánea y no tradicional, a la cual invita otra obligación, la perspectiva de Derechos Humanos, es necesario que el Derecho de Familia se modernice en su contenido, lo cual implica una fuerte revisión crítica a su “valoración”. Hablar de “pluralidad” en las formas de organización familiar que muestra la realidad social implica preguntarse sobre el papel que cumple o incumple el derecho para estar a tono con este complejo panorama y entretejido social. Esto

*Abogada, recibida con diploma de honor (UBA), especialista en Derecho de Familia (UBA) y Doctora en Derecho (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho-UBA) y Profesora Titular de Derecho de Familia (Facultad de Derecho-Universidad de Palermo). Investigadora del CONICET, Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” (UBA) y Directora e integrante de Proyectos de Investigación UBACyT y CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (Facultad de Derecho-UBA) y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho-UBA). Autora de numerosas publicaciones en su especialidad.

**La presente entrevista fue realizada por Jonathan Matías Brodsky.

es, de base, una valoración bien distinta a la que aún prima en el derecho, centrado en la familia matrimonial, heterosexual, cuyo objetivo primordial es tener hijos derivados del acto sexual y recién si ello no es posible, por adopción. Este es un modo de construir familias, pero no el único; siendo que comparte el escenario con otras tantas formas de estructuras familiares fundado en el principio de libertad, autonomía personal o vida íntima, por el cual cada persona puede desarrollar el proyecto autobiográfico que desee y dentro de este contexto, forjar lazos de afecto del modo que mejor le parezca, teniendo como límite la no afectación de derechos de terceros (una vez más, el mencionado art. 19 de la Constitución Nacional).

De este modo, la columna vertebral del Derecho de Familia ha cambiado y ello implica, de por sí, una valoración bien diferente: de una visión tradicional, conservadora y religiosa, a una plural, flexible y laica.

LyE: *El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación supone una reforma total: de aprobarse, derogaría y reemplazaría íntegramente el cuerpo vigente desde 1871. ¿Es necesaria, o apropiada, una reforma de esta magnitud del Derecho de Familia? ¿Qué ventajas considera que acarrearía, o qué inconvenientes podría generar?*

Dra. Herrera: Estoy muy comprometida con la reforma, por lo cual confieso que me es difícil observar o destacar “inconvenientes” ya que, en mi opinión, lo que podrían ser “inconvenientes” para algunos son –justamente– las principales virtudes de haber logrado una reforma sustancial y de raíz en un campo donde existen resistencias a mover algunas piezas a partir del miedo infundado, además de tramposo, de que así se “desmorona” la familia. Se trata de un proyecto cuyas virtudes se podrán observar al poco tiempo (por ejemplo, dejar de tener planteos de inconstitucionalidad que en los últimos tiempos han aumentado teniendo muchas veces acogida favorable, con lo que ello implica en el marco de un sistema de control de constitucionalidad difuso, como los casos de legitimación activa y plazos para plantear acciones de filiación, o el tener que esperar un plazo para divorciarse o la desigualdad de los hijos según sus padres estén o no casados por citar algunos ejemplos más comunes). Pero en especial, me interesa destacar las virtudes a largo plazo. ¿Cuál es el temor de que cada persona pueda delinear el tipo de familia que quiera en libertad y cuyos límites se centren en dos pilares totalmente en consonancia con los Derechos Humanos como lo son la solidaridad y la responsabilidad?

¿En qué se puede materializar estas virtudes a largo plazo? Es sabido que la ley tiene un fuerte valor simbólico, pedagógico y en definitiva, cultural. Si bien las llamadas leyes “especiales” o complementarias lo han tenido –solo cabe mencionar a modo de ejemplo la Ley 26.618 que ha extendido la institución del matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes– más lo es, cuando la reforma involucra *in totum* la legislación “madre”,

la columna vertebral del Derecho Privado, su Código Civil que se ocupa, entre tantísimas cuestiones, de regular el día a día de las personas. De este modo, modificar de raíz, es decir, desde los cimientos, los pilares sobre los cuales se ha edificado el Derecho de Familia vigente centrado o inspirado en principios del Derecho Canónico y pasar a que se construyan sobre principios de Derechos Humanos como la igualdad, libertad y la dignidad, implica una modificación sustancial, un cambio de perspectiva profundo.

Volviendo a los cambios a corto e incluso, a mediano plazo, además de los obvios o directos en las prácticas judiciales (por ejemplo, no se podría más plantear una batalla campal a través de las causales “culpables” de divorcio como sucede en las telenovelas en que siempre hay un “bueno” y un “malo”), habrá otros tantos que a modo de “efecto cascada” colaborarán, en definitiva, al cambio cultural aludido. Por citar algunos, en la enseñanza del Derecho de Familia y la obligación de ocuparse de temas que realmente preocupan y ocupan la realidad social; en los textos o materiales de lectura y formación de los operadores; en la necesidad de profundizar en ciertas herramientas como la mediación familiar que hace tiempo vienen mostrando sus virtudes; la implementación en todo el país de la idea de especialidad con todo lo que ello significa en el ámbito organizacional judicial, etc.

LyE: *¿Cómo cree que influiría en la familia argentina la reforma proyectada en materia de divorcio, particularmente la objetivación absoluta de las causales y la inmediatez y sencillez con que se podría obtener?*

Dra. Herrera: La reforma propone más que una “objetivación” de las causales de divorcio, se juega por un régimen único de carácter incausado. ¿Qué quiere decir? Un divorcio sin expresión de causa. A la justicia no le debería interesar hurgar en las razones –dolorosas o no– por las cuales los cónyuges o uno de ellos pretenden poner fin al vínculo matrimonial. En este contexto, no solo se flexibiliza, aligera y simplifica la regulación de fondo, sino también el proceso.

De esta manera la reforma recepta una práctica ya cotidiana. Cuando los cónyuges llegan a tribunales, en la gran mayoría de los casos, ya están “internamente” divorciados, por lo tanto, esta idea del régimen actual de un juez al mejor estilo “Roberto Galán” que pretende “reconciliar” a los cónyuges está totalmente alejada de la realidad social. ¿Cuál es la razón por la cual se puede creer que una persona totalmente ajena a la vida de las parejas tiene un determinado “don” (o “poder”) de reconciliar un lazo afectivo que los propios protagonistas no pudieron o quisieron recomponer? Esta idea del juez “todopoderoso” hace tiempo que está –y en buena hora– en crisis. ¿Cómo puede hacer el juez para lograr tal reconciliación? Como lo dice el Código Civil vigente en su art. 215, manifestándole en una audiencia privada los cónyuges al juez las razones por las cuales se hace “moralmente imposible la vida en común”. Es interesante cómo uno observa que al dar en la Facultad ciertos

temas como este referido al divorcio, la gran mayoría de los alumnos se sonríe y esgrime algún comentario crítico, como si se estuviera leyendo un artículo en el que se regula el sulky como medio de locomoción.

LyE: *¿Qué puede decirnos de la consagración de la fidelidad como un mero deber moral y no jurídico? ¿Podría la infidelidad constituir un daño resarcible desde la perspectiva de la responsabilidad civil?*

Dra. Herrera: En una primera versión del Anteproyecto, no se mencionaba de manera expresa el “deber moral de fidelidad” al entender que un Código Civil solo debe regular aquellos deberes de cuyo incumplimiento deriva una sanción o consecuencia en el plano jurídico. En este contexto, ningún Código Civil tiene una norma que diga que se debe ser buena persona, ya que no habría una sanción en el plano jurídico para aquellas personas que serían consideradas “malas personas” (¿por quién y sobre la base de qué parámetros?). Sin embargo, toda legislación y más una de tanta complejidad como lo es el Código Civil, es el resultado de ciertos consensos. Ciertos sectores —claramente, conservadores y defensores del “statu quo”— se opusieron fuertemente a que el deber de fidelidad quedara excluido del texto civil, por lo cual, se lo introdujo de manera expresa pero alegándose que se trata, precisamente, de un deber moral. ¿Por qué un “deber moral” y no jurídico? Porque en el régimen jurídico vigente, la sanción a la fidelidad permite que tras un proceso judicial contencioso, un cónyuge sea considerado “inocente” y el otro (“el infiel”), culpable, con efectos bien disímiles para uno y para otro sobre la base de esta conducta que habría significado una violación a un deber jurídico como lo es la fidelidad. Derogado el sistema de divorcio culpable, la fidelidad y otros deberes como el de convivencia no tienen razón de ser, quedando en el ámbito de la libertad, autonomía y derecho a que cada pareja desarrolle el proyecto conyugal que les parezca conveniente. ¿Y si fueran “swingers”? Está dentro de este halo de autonomía. ¿Y si ambos son “infieles” y se perdonan? Está dentro de este halo de libertad. ¿Y si quieren ser fieles? Está dentro del derecho de cada pareja construir su matrimonio sobre las bases de los principios que entiendan pertinentes.

En este contexto jurídico, si la fidelidad no es un deber jurídico y su incumplimiento no constituye una violación a una obligación jurídica, no se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil. El proyecto de reforma se ocupa de manera especial de aclarar alguna duda que podría derivarse de mencionar de manera expresa a la fidelidad aunque lo es como deber moral. De este modo, en los Fundamentos que acompañan al Proyecto se afirma que “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”. El Proyecto es contundente: no es posible reparar el daño

derivado de la infidelidad de un esposo porque, justamente, no constituye un daño jurídicamente reparable.

LyE: *En el ámbito patrimonial-matrimonial, ¿es conveniente que los contratantes tengan libertad para pactar un régimen de separación de bienes?*

Dra. Herrera: Es incongruente un régimen que permita la libertad de desarrollar el proyecto de vida en lo personal y no en lo patrimonial. Cierta “apertura” al régimen de bienes en el matrimonio es una manda constitucional, siempre con ciertos resguardos: y eso es lo que se ha proyectado. Por un lado, el régimen legal supletorio –si los cónyuges no pactan– es el actual, es decir, el de “comunidad”, el que mejor responde a la idea de “proyecto de vida en común” en el plano económico. En segundo lugar, si los cónyuges son menores de edad, estos no pueden tener otro régimen que el de comunidad, pudiendo decidir virar al régimen de separación recién cuando adquieran la mayoría de edad. En tercer lugar, una incorporación sustancial que plantea la reforma: la regulación de la figura de la compensación económica que tiende, precisamente, a compensar económicamente al cónyuge que se ha visto desfavorecido en ese plano a causa del matrimonio. Esta figura se deriva del mencionado principio de solidaridad –uno de los pilares sobre los cuales se edifica todo el régimen en materia de familia– en el ámbito económico, mediante una figura hábil para “corregir” cualquier posible desvío en la implementación de un determinado régimen.

LyE: *Uno de los cambios más importantes que traería el Proyecto es su regulación de las llamadas “uniones convivenciales”. Al respecto, una de las críticas que más fuertemente ha resonado en la doctrina es la relativa a los importantes efectos que se impondrían de forma imperativa a quienes no desean someterse a ese régimen. ¿Qué principios inspiran esta solución, y qué opina de ella?*

Dra. Herrera: Nuevamente se debe tener en cuenta el juego o peso y contrapeso entre los principios de libertad, solidaridad y responsabilidad. Me explico. A primera vista se podría afirmar que las uniones convivenciales no deberían ser reguladas ya que deberían quedar sujetas a la libertad de las personas y que, precisamente, debido a esta libertad, optaron por no contraer matrimonio. Ahora bien, ¿es justo que una persona, por el solo hecho de no haber pasado por el registro civil, no sea reparado en el daño sufrido por la muerte de su conviviente quien resultó atropellada por un auto? Además, ¿es justo beneficiar al autor del hecho debiendo pagar una menor indemnización si, por el contrario, la persona fallecida hubiera estado casada? ¿Es justo que los hijos de una pareja no casada no puedan beneficiarse de la protección de su vivienda a través de la figura del bien de familia porque sus padres no están casados, y los vecinos menores de edad del piso de al lado sí, porque sus

padres sí contrajeron nupcias, implicando esta situación una abierta discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales? ¿Y que una mujer se entere de que su pareja vendió la vivienda que hasta ese momento era el hogar familiar cuando ya está con un pie fuera porque no se le debe pedir el asentimiento previo o al menos anoticiarla? ¿O que los herederos de una persona que vive en pareja con otra hace tantísimos años la saquen de la vivienda que compartió hasta entonces con el fallecido porque al no ser heredera no puede alegar el derecho real de habitación del cónyuge (conviviente) superviviente, siendo que la vivienda es considerada un derecho humano y sujeto a una protección especial? Estos interrogantes, como tantos otros, permiten observar que el silencio legislativo cuasi total (porque el régimen vigente reconoce ciertos derechos y otros lo han sido por decisión jurisprudencial, con la discrecionalidad que ello significa), o sea, la aplicación lisa y llana y sin ninguna limitación de la libertad, conlleva una abierta injusticia, amén de cierta clara discriminación como en el caso de los hijos.

En este contexto, el desafío gira en torno a cómo regular; no si regular o no este tipo de uniones, sino a cómo alcanzar un régimen equilibrado entre el principio de libertad por un lado, y de solidaridad y responsabilidad por el otro.

De este modo, el Proyecto reconoce solo algunos derechos y deberes, aquellos directamente relacionados con derechos humanos como lo es la protección de la vivienda u obligaciones que se derivan también de manera directa de la noción de solidaridad.

Al solo efecto de pretender traer confusión y desprestigiar la reforma, se instaló la idea de que “es lo mismo el matrimonio que las uniones convivenciales”. Eso es falso y fácilmente comprobable. Las uniones convivenciales no generan un estado civil, no crean ninguna relación de parentesco, no generan obligación alimentaria, tampoco otorgan derechos hereditarios y menos aún, hacen nacer un régimen de bienes. ¿En este contexto se puede esgrimir alguna idea de “equiparación”? La respuesta negativa está a la vista.

LyE: *¿Qué relevancia e implicancias tiene la recepción en el Proyecto de la voluntad procreacional como fuente de filiación?*

Dra. Herrera: La voluntad procreacional es el elemento o eje central de la tercera fuente filial que introduce el Proyecto. Así como Vélez reguló en el Código Civil originario la filiación biológica o por naturaleza, y años más tarde –en 1948– se recepta la filiación adoptiva, se ha entendido que era momento de regular la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). ¿Por qué es una tercera fuente filial cuyo centro gira en torno a la noción de voluntad procreacional? Porque observa tantas diferencias con las otras dos fuentes filiales que amerita tener un tratamiento propio. Para poder comprender este panorama filial más complejo gracias al avance de la ciencia médica, es necesario distinguir

en términos de identidad (principal derecho humano involucrado en el este campo), la identidad biológica, de la identidad genética, y la identidad volitiva o voluntaria. Cuando un hijo nace del acto sexual, las tres vertientes o aristas señaladas están en las mismas personas; es decir, estas dos personas son los padres (si están casados, por la presunción que se deriva del matrimonio; y si no se está, por reconocimiento) porque lo biológico, genético y volitivo se concentra en ellos. En la filiación adoptiva ya la cuestión se complejiza un poco, porque lo genético y biológico está en la familia de origen (los padres) y el elemento volitivo en los adoptantes, priorizando el Derecho a los fines de la maternidad/paternidad este último, pero sin perder de vista la relevancia de los otros elementos que se ponen de manifiesto en el derecho a conocer los orígenes. En las TRHA la cuestión se complejiza aún más, ya que estas técnicas pueden practicarse con material genético de la pareja o con material de un tercero, lo que acontece cuando se trata de una pareja del mismo sexo: si son dos mujeres, es necesario material genético de un tercero, y cuando se trata de dos hombres, se ingresa a un supuesto especial como lo es el de la gestación por sustitución. En todos estos casos en los que se utiliza material de un tercero, la identidad genética está en cabeza de una persona (el donante), la identidad biológica (en quien lleva al niño y que además puede, a su vez, portar su material genético) e identidad volitiva (aquella persona que no aporta el material pero quiere ser el padre). Típico caso: yo estoy casada con un hombre, él no tienen semen de calidad y recurrimos a un banco de semen: el interrogante sobre la filiación es quién es el padre. Y lo es mi marido porque si bien el niño que nace no tiene su material genético, aquél ha nacido gracias a la “voluntad procreacional” y es este el elemento central para otorgar vínculo filial cuando se trata de niños nacidos de TRHA. Como consecuencia de ello, por ejemplo, si transcurrido un tiempo el marido se divorcia, no puede pretender impugnar su paternidad alegando que no lo une con el niño vínculo genético alguno, porque no es el dato genético lo que le importa a la ley para asignar paternidad cuando se trata de TRHA, sino la voluntad procreacional debidamente prestada.

LyE: *La recepción de la gestación por sustitución, o “maternidad subrogada”, ha sido uno de los puntos más discutidos del Proyecto. ¿Por qué es necesario o deseable que la ley admita y reglamente esta institución?*

Dra. Herrera: Este ha sido uno de los temas más sensibles que plantea la reforma en el campo del Derecho de Familia y la Bioética. Confieso que la gran mayoría de las críticas que han sido esgrimidas a la regulación proyectada en el campo del Derecho de Familia, han provenido principalmente de un mismo sector: el tradicional y conservador que hasta hace un tiempo monopolizaba el Derecho de Familia. En el tema de la gestación por sustitución, la crítica no solo viene de ese sector, sino también de algunas voces feministas, por lo cual, se le ha prestado especial atención a esta mirada crítica.

A la hora de preguntarnos qué hacer o qué postura seguir al respecto, las posibilidades eran tres: prohibir, silenciar o regular; se optó por esta tercera al considerar que regular es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s. Ni el silencio de la ley, ni la prohibición expresa pueden evitar que ello suceda. Regular implica controlar y así se puede brindar un mínimo de protección a la mujer que gesta, al niño que nace y a aquellos que prestan su voluntad procreacional para ese nacimiento, es decir, quienes quieren ser padres. Tengamos en cuenta que hoy, sin ley, esta técnica se realiza no solo en el extranjero (India, Ucrania, California, Rusia, etc.) sino en nuestro propio país, quedando todas las partes sometidas a una situación de incertidumbre jurídica en la que son más factibles los abusos de todas las partes y en la que el interés superior del niño no se ve resguardado. ¿Cuál es ese interés? El de asegurarle vínculo filial con aquellas personas que lo han buscado, deseado y querido como hijo/a. La regulación que se proyecta reconoce la complejidad que esta técnica encierra, por ello es el único supuesto de TRHA que exige, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico puede proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorice tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. Será el juez, junto al equipo interdisciplinario, quien deberá verificar si se cumplen determinados requisitos que aseguren los derechos de todos los involucrados, incluso y primordialmente, los del niño que vaya a nacer. La mujer gestante tendrá que prestarse a exámenes médicos y psicológicos que reflejen su capacidad psíquica y física para enfrentar este procedimiento; tendrá que haber tenido al menos un hijo propio para poder saber los riesgos e implicancias a los que se enfrentará en un embarazo y posterior parto; no puede aportar sus óvulos evitando de este modo los arrepentimientos; no recibirá una retribución por esta gestación, lo que no impide que se le reconozcan los gastos razonables que un embarazo implica (gastos médicos, de traslado); y lo más importante –y acá está el verdadero control para impedir abusos de mujeres en estado de vulnerabilidad– no podrá gestar para otros más de dos veces. Por parte de los comitentes, al menos uno de ellos debe aportar su material genético, ambos deben prestar el consentimiento previo, informado y libre que, debidamente homologado por el juez, será la causa fuente que determine que ellos son los padres de ese niño.

LyE: *En relación a la filiación post mortem en las THRA, se prevé la posibilidad –bajo ciertas condiciones– de implantar el embrión en la mujer habiendo fallecido su cónyuge o conviviente. Esta ha sido una disposición del Proyecto muy cuestionada en la materia. ¿Qué opina usted al respecto?*

Dra. Herrera: Esta disposición ha sido cuestionada, como tantas otras –o la gran mayoría en el campo de familia– por el mismo sector. Es que cuando se parte

de una mirada totalmente opuesta a la que ha primado hasta ahora, centrada en los derechos humanos y principalmente en las nociones de libertad con solidaridad y responsabilidad, los cambios son muchos, como así las resistencias, y la fertilización “post mortem” no ha quedado al margen de este democrático debate. En primer lugar, es dable destacar que la filiación “post mortem” es un supuesto excepcional que se regula para resolver qué sucede con la filiación del niño ante la posibilidad fáctica –por aplicación de la crioconservación– de que este sea concebido o implantado después de fallecido uno de sus progenitores. ¿Puede suceder que en pleno tratamiento de fertilización en el que se ha avanzado y se tienen embriones pero que aún no fueron implantados, la pareja de la persona que se los va a implantar se muera? El ideal es que nadie fallezca y que el tratamiento siga su curso –nadie duda de ello– pero la realidad es más compleja y puede ocurrir que, lamentablemente, la persona muera en pleno tratamiento. Esto es lo que prevé el proyecto de reforma, al igual que lo hace en el campo de la filiación adoptiva.

Al respecto, se ha afirmado –de manera errónea– que la fertilización “post mortem” implica traer al mundo niños “huérfanos”. Ello no es así. Se suele decir que son niños “huérfanos” aquellos que carece de ambos padres y en la “post mortem”, los niños tienen un progenitor, es decir, integran una familia monoparental, forma de familia constitucionalmente válida. ¿Acaso alguna vez se declaró la inconstitucionalidad de la adopción por persona sola, familia en la que los niños se desarrollan directamente en una familia con un solo adulto responsable?

Como regla, el proyecto dispone que no habrá relación jurídica entre el niño que nazca por el uso de las TRHA y la persona fallecida, salvo o como excepción, si concurren dos requisitos: 1) que la persona fallecida así lo haya dejado expresado en el formulario en el que prestó su consentimiento, o en un testamento; 2) que la implantación del embrión en la mujer se produzca dentro del año de producido el deceso. Siendo la voluntad procreacional un elemento central en la filiación derivada de las TRHA, si la persona lo previó e igualmente quiere que siga adelante el proyecto parental con su pareja, a pesar o aún si llegara a pasarle algo por lo cual perdiera la vida, el Proyecto entiende que debe dársele relevancia a esta manifestación.

La reforma no promociona ni favorece la filiación *post mortem*; solo regula un supuesto especial, y de manera restrictiva, para el supuesto excepcional de que la persona fallezca durante el tratamiento. Sin ley, los casos que han llegado a la justicia han sido resueltos según el criterio personal del juez. Ya que se regulan las TRHA, no debería desaprovecharse esta oportunidad para evitar inseguridad jurídica en un tema tan sensible.

Como se adelantó, cabe destacar que el Código Civil vigente prevé el supuesto también excepcional de la adopción “post mortem”: ¿qué sucede si en pleno proceso de adopción, otorgada la guarda de un niño a un matrimonio, uno de los integrantes fallece? La ley dice que el proceso sigue su curso, y que el niño genera vínculo también con la persona fallecida y por ende, no solo lo hereda sino que

además puede llevar su apellido. Incluso de esta misma manera lo ha resuelto la Corte Federal en un precedente del 26/09/2012, en el que se hace lugar a la adopción “post mortem” a favor de una persona ya fallecida en el marco de una adopción unipersonal, siendo que durante el proceso de adopción aconteció el deceso de la guardadora, único referente afectivo del pretense adoptado. ¿Por qué el legislador puede prever el supuesto excepcional del fallecimiento durante la adopción y no durante el tratamiento médico de TRHA? Con un plus: si la Corte Federal admite el vínculo filial “post mortem” ya sin progenitor –ni uno– a cargo; con más razón podría entenderse que en beneficio del niño sería en su interés que este pueda nacer pero en el marco de una familia monoparental. ¿Acaso sería mejor que no nazca antes de hacerlo en una familia monoparental? Fácil se observa cómo, si se analiza bien la reforma, todas las decisiones que se adoptan no son para restringir, coartar o violar derechos sino, por el contrario, para ampliarlos; ya que aquellos que no quieran llevar adelante el proceso de reproducción asistida cuando su compañero fallece, es claro que no estarán obligados a hacerlo; solo que en el Proyecto se permite en el caso de tener la intención de proseguir con el proyecto parental estableciéndose ciertos requisitos a modo de pautas claras. Solo eso; una vez más, nada para alarmarse creyendo –sin conocer el proyecto a fondo– que se destruyen familias o se violan derechos de niños y adolescentes en masa.

LyE: *En materia de adopción y responsabilidad parental, ¿entiende que el articulado del Proyecto serviría a una mejor protección del interés superior del niño? En tal caso, ¿qué innovaciones destacaría por su relevancia?*

Dra. Herrera: El Proyecto introduce varias reformas en estos dos campos o instituciones ya clásicas del Derecho de Familia desde una visión, nuevamente cabe resaltar, “no clásica”. En materia de “responsabilidad parental”, ya la denominación es una novedad porque se modifica la noción de “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, como lo hacen tantas legislaciones del Derecho comparado más contemporáneas. Una vez más, si el lenguaje no es neutro, el concepto de “patria potestad” se encuentra más que perimido. Es que si los hijos son sujetos de derecho y no objeto de manejo por parte de los adultos –padres– es evidente que la “potestad” y el “poder” de los padres no es la nota característica o básica que tipifica la relación entre padres e hijos en el marco de la obligada “democratización de las familias”. Esto está directamente relacionado con el llamado “principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes”, que no es otra cosa que aceptar –con total acierto– que no es lo mismo un bebé de meses, que un niño de 5 años, que uno de 9, que uno de 12 que un joven de 17 años. Si ello es así desde el punto de vista psicosocial, ¿por qué el Derecho no puede también dar respuesta o advertir estas diferencias? Es por esta razón que en el campo de la Bioética y en todo lo relativo al ejercicio de los derechos personalísimos, se ha creado la figura de la “competencia”,

la cual considera que una persona menor de edad puede prestar consentimiento para determinados actos y estos ser totalmente válidos a pesar de tratarse, desde el punto de vista de la capacidad civil, de un “incapaz de hecho relativo”. Receptar el principio de autonomía progresiva en el nuevo Código Civil implica introducir modificaciones en el régimen de la “responsabilidad parental”, ya que habría ciertos derechos que podrían ser ejercidos por los hijos y no ya estos reemplazados o sustituidos por sus padres a través de la figura de la representación legal.

Esta no es la única modificación y tampoco la más relevante. Otra que también merece ser destacada dentro del vasto campo de la “responsabilidad parental” se refiere al sistema del cuidado de los hijos tras la separación o ruptura de la pareja de adultos. Así, el régimen vigente prioriza a un padre sobre el otro; en especial, a las mujeres si se trata de una relación heterosexual, ya que la ley prefiere que la “tenencia” de los hijos menores de 5 años quede bajo su cuidado. La Ley de Matrimonio Igualitario confirmó la “puesta en alerta” de este tipo de preferencias fundadas en el género que lo único que logran es reafirmar roles estereotipados y tradicionales, por los cuales las mujeres “naturalmente” tienen un “don” para lo doméstico y entre ello, para criar a un hijo. ¿Qué pasa cuando se trata de un matrimonio conformado por dos mujeres o dos hombres? Ahí la Ley 26.618 dijo que la variable a ser tenida en cuenta para dirimir algún conflicto sobre la “tenencia” (otro concepto perimido, ya que la “tenencia” se utiliza para los objetos como la tenencia de armas y no para los sujetos, los hijos en este caso), es el interés superior. ¿Acaso este principio no debe ser el eje para dirimir cualquier tipo de conflicto, sea en el marco de una pareja de igual o de diverso sexo? Hoy los hombres en una relación heterosexual están en peor condición jurídica que las parejas del mismo sexo lo cual es contradictorio con la idea de “igualdad” que campea en la regulación del matrimonio, valga la redundancia, igualitario.

En este contexto revisionista, el interrogante gira en torno a cuál es el régimen jurídico que mejor se condice con la idea de que no debe haber preferencia por un padre sobre otro, sino que ambos sigan tan presentes en la vida de los hijos aún después de la ruptura de la pareja o, en otras palabras, que tal corte incida lo menos posible en el vínculo de los padres con sus hijos y que, así, se pueda dar cumplimiento con un principio básico de derechos humanos cuando se trata de niños y adolescentes como lo es el derecho a permanecer y ser cuidados por ambos progenitores y por igual. En el Derecho comparado contemporáneo el régimen que cada día tiene mayores adeptos es el del cuidado compartido, es decir, que se mantenga el mismo sistema de fuerte presencia de ambos padres en la vida de los hijos con independencia del lugar físico o a pesar de que los niños puedan tener dos hogares en los cuales arraigar su centro de vida. De este modo, la biparentalidad es el principio general ante la ruptura de la unión entre los padres y la uniparentalidad (el cuidado a cargo de uno solo), la excepción.

En el campo de la filiación adoptiva, los cambios que introduce la reforma también son varios y todos ellos de gran relevancia. Aquí solo voy a compartir algunos que me parecen, en mi opinión, los más importantes. En primer lugar, se habla de los benditos “tiempos” en la adopción. Justamente, el Proyecto establece o marca los tiempos que deberían durar los procesos para que un niño no se pase viviendo años en un hogar sin regresar con su familia de origen pero tampoco decidir su ingreso a otro núcleo familiar a través de la adopción. Para ello, se recepta el proceso de declaración de la situación en adoptabilidad, en la cual los padres son parte de este proceso con pleno derecho de defensa, y precisamente por ello, como tienen plena intervención en esta etapa, ya en el proceso de adopción propiamente dicho no es necesario que participen. En esa instancia, la ruptura con la familia de origen o al menos que el niño pueda permanecer con ellos ya está decidido en el proceso de declaración. Así, procesos claros, con objetivos precisos, implican una mejor organización procedimental que favorece la cuestión del tiempo.

Otro de los cambios es que, si bien se mantiene el doble régimen de adopción simple y plena, se permite la flexibilización de ambos. Que la adopción plena pueda dejar subsistente el vínculo jurídico con algún pariente de origen; lo que vendría a dar respuesta a los casos en que por razones extremas los hermanos deben ser adoptados por familias diferentes y si se decide la adopción plena, entre los hermanos se extingue el vínculo jurídico y si se opta por la simple, ella no permite crear vínculos jurídicos con la familia adoptiva –y por ende, los padres de los adoptantes no son los abuelos de los adoptados–. En este contexto, el régimen actual sería una especie de “manta corta”, o me tapo los pies y tengo frío en el pecho o a la inversa. La idea es pensar figuras con las cuales se pueda cubrir todo el cuerpo, es decir, ser todo beneficio y no tener que admitir ciertas pérdidas; máxime en el campo de la adopción en el que suele haber historias de vulnerabilidad detrás y por ende, al flexibilizar los tipos de adopción (una plena menos plena o una simple más plena o con la posibilidad de crear lazos jurídicos con algún pariente o varios de los adoptantes) se pretende que la adopción sea una figura a la medida de la complejidad jurídico-afectiva que se presente, tendiente a sumar y no restar vínculos.

Por último, se amplía y así se mejora la incidencia del desarrollo del derecho a conocer los orígenes en la adopción, ya que al profundizarse sobre este derecho el que ha adquirido autonomía desprendiéndose del derecho a la identidad, principalmente la doctrina, ha realizado varias y acertadas críticas. Por ejemplo, el derecho a acceder al expediente de adopción por parte del adoptado está habilitado actualmente a los 18 años de edad. Ello estaba pensado cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años y por ende, era un supuesto de mayoría anticipada. Con el tiempo, la edad en la que se adquiere la plena capacidad civil bajó a los 18 años, por lo cual, es evidente que tal normativa quedó poco “novedosa” al facultar al adoptado a conocer su historia desde un momento obvio, la mayoría de edad. Esta mirada crítica fue entrecruzada con el mencionado principio de autonomía

progresiva de niños y adolescentes. ¿A qué edad el adoptado debería legalmente quedar autorizado a poder conocer sus orígenes por iniciativa propia? La reforma responde: a ninguna. Entiende que de conformidad con el principio de autonomía progresiva, no es necesario establecer de manera fija una edad determinada, siendo que cada historia de adopción y, en definitiva, cada persona tiene su propio grado de madurez; por lo cual, no se recepta una edad determinada sino que se lo deja abierto al desarrollo madurativo de cada uno, entendiendo que la mera decisión del adoptado de conocer su historia, constituye una presunción de madurez ya que ha exteriorizado su interés y que este debe ser audible. Ello no quiere decir que no deba resolverse acerca del cómo es el proceso –con qué ayuda o colaboración– para acceder a este conocimiento o revelación sobre su historia de adopción. Una vez más, las nociones de libertad con responsabilidad y solidaridad se dejan ver de manera clara.

LyE: *Usted fue una de las profesoras convocadas por la Comisión de Reformas para colaborar en la redacción del Anteproyecto. ¿Cómo describiría su experiencia y qué puede contarnos del modo en que se ha trabajado?*

Dra. Herrera: Más allá de la sanción o no del Proyecto, ha sido y aún es para mí, una experiencia única. Lo que he aprendido –en muchísimos sentidos, no solo desde el punto de vista académico– en estos dos años de trabajo intenso, jamás lo hubiera logrado ni en el mejor posgrado. Los debates internos que hemos tenido en los equipos de trabajo, realmente fueron de una riqueza que hubieran merecido ser grabados y tener así una “pieza” o excelente herramienta para diferentes estudios. Las diferentes versiones en la redacción de los articulados, el tema de la técnica legislativa, las críticas que se esgrimieron, las que se aceptaron y las que no y por qué, y también, cómo nos ha unido desde lo humano el defender con convicción y pasión un trabajo colectivo.

Familia ha generado mucho debate. Muchos de ellos, un poco “subidos de tono”, al igual que sucedió por ejemplo con el debate sobre el divorcio o para tener un recuerdo más cercano, el del matrimonio igualitario. Ahora me viene a la mente una anécdota. En el último Congreso Internacional de Derecho de Familia que se realizó en Mar del Plata en octubre del 2012, en un salón colmado con más de mil personas, se expusieron las principales líneas del proyecto y se abrió a preguntas que por la cantidad de gente, debían ser por escritas indicando a quien iban dirigidas. Allí estábamos Aída Kemelmajer, integrante de la Comisión de Reformas y quien comandó el equipo de Familia; Nora Lloveras, de la Universidad Nacional de Córdoba; y yo. La pregunta esgrimida por un titular de Familia y Sucesiones de la UBA iba dirigida a mí, claramente la más “débil” del panel, que decía más o menos así: “A la Dra. Herrera, de todas las cantidades de críticas que se le han hecho a Familia, cuál se digna o cuál piensa o va a reconocer?”. Con esta pregunta se inauguró la primera rueda de respuestas y contestó Aída Kemelmajer diciendo, más

o menos lo siguiente: “De todas las críticas esgrimidas en el campo del Derecho de Familia, el 95% son ideológicas, y esas son imposibles de aceptar, reconocer o consensuar; el 5% restantes, las que son jurídicas, se acaba de enviar un archivo que se llama “ajustes” a la Bicameral para que tenga en cuenta los cambios que se proponen”. Entre los “aprendizajes” que me ha dejado –y aún me deja– la reforma, es el de optimizar el esfuerzo, saber en qué ámbitos y con qué personas, el intercambio y el debate pueden ser realmente fructíferos y enriquecedores y en cuáles, no vale la pena malgastar el tiempo tan preciado para construir, sin odios ni resentimientos.

LyE: *Para finalizar, ¿quisiera dejarnos una última reflexión sobre el Proyecto de reforma respecto del Derecho de la Familia?*

Dra. Herrera: Así como el tiempo nos ha dado la razón con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, el Proyecto de reforma, si por fin se convierte en ley, será la fiel aplicación de lo que tan genialmente ha dicho la francesa Elisabeth Roudinesco en su obra “La familia en desorden” cuando asevera: “(...) a los pesimistas que suponen que la civilización corre el riesgo de ser devorada por clones, bárbaros bisexuales o delincuentes de suburbios, concebidos por padres extraviados y madres vagabundas, haremos notar que esos desórdenes no son nuevos –aunque se manifiesten de manera inédita– y, sobre todo, que no impiden la reivindicación actual de la familia como el único valor seguro al cual nadie puede ni quiere renunciar. Los hombres, las mujeres y los niños de todas las edades, todas las orientaciones sexuales y de todas las condiciones la aman, la sueñan y la desean”. Esto es, ni más ni menos, lo que pretende la reforma en el campo del Derecho de Familia; una familia en plural en la que cada uno pueda armarla, amarla, soñarla y deseirla como quiera, en libertad.

LyE: *Doctora Herrera, muchas gracias.*

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas. Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).
4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
 - a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en *itálicas*), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, pp. 49-50.

b. Capítulos de libros. Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en *itálicas*), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, t. 1, p. 81.

c. Artículos publicados en revistas. Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en *itálicas*), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

d. **Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012.

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
 - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s)
 - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.
7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.

8. El envío de trabajos para su publicación en Lecciones y Ensayos implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

De formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista Lecciones y Ensayos, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Si querés participar de Lecciones y Ensayos, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de Lecciones y Ensayos es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

