

E

EN LETRA

DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL

Año II, Nº3
Junio de 2017
ISSN 2525-0140

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN 2525-0140.

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por el **CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales
Uruguay 546, piso 2°, departamento 3 (C1015ABL)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

direccion@enletracyc.com

Diseño gráfico de las tapas confeccionado por **Luciana PAPAIZAN**.

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. El **CEICJUS**, EN LETRA, EN LETRA DERECHO PENAL, EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

CONSEJO EDITORIAL

Directora

María Sol BLANCO GRANADA

Editores Senior

Jonathan Matías BRODSKY

Agustina PEREZ

Editores

Martina BERGAMINI

María Eugenia BORRAJO

María Sol DALLOCHIO

Lucía del Valle DELLA PORTA

Ignacio Federico RUHKIECK

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

María Florencia CLÉMENT (Universidad Nacional del Litoral) | **Juan Manuel COLLA** (Universidad de Buenos Aires) | **Francisco FERRER ARROYO** (Universidad de Buenos Aires) | **Silvia FERNÁNDEZ** (Universidad Atlántida Argentina) | **Norma GARCÍA MARTÍNEZ** (Universidad Nacional de La Pampa) | **Carolina IUD** (Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo) | **Luciane KLEIN VIEIRA** (Pontificia Universidade Católica de Campinas / Universidad de Buenos Aires) | **Eleonora LAMM** (Universidad Nacional de Cuyo) | **Juan Miguel LITVACHKES** (Universidad Nacional de Córdoba) | **Rosalía MARTÍNEZ RIAL** (Universidad Torcuato Di Tella / Universidad del CEMA / Fordham University) | **Victoria PELLEGRINI** (Universidad Nacional del Sur) | **Christian PETTIS** (Universidad de Buenos Aires) | **Elian PREGNO** (Universidad de Buenos Aires) | **Nieve RUBAJA** (Universidad de Buenos Aires / Universidad Nacional de José C. Paz / Universidad de San Isidro)



EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL (difundida más simplemente como EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL) es una publicación semestral inaugurada en junio de 2016, dirigida por un Consejo Editorial de jóvenes graduados universitarios. Su premisa fundamental consiste en promover el debate académico acerca de materias actuales de interés general, enmarcadas en el Derecho Civil y/o en el Derecho Comercial.

Tres declaraciones y garantías:

1. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que se ajusten a los [estándares y requisitos de publicación](#).
2. EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL es un espacio abierto y plural. Los autores podrán enviar libremente sus contribuciones más allá de cuáles sean las opiniones reflejadas en la obra. La calidad académica de los trabajos es el único parámetro relevante para su evaluación.
3. El uso de un lenguaje que no discrimine ni reproduzca esquemas discriminatorios entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de EN LETRA DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de manifestar nuestro interés semántico en el idioma español. En este sentido, y para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español *o/a*; *los/las* y otras formas sensibles al género con el fin de marcar la presencia de ambos sexos, el Consejo Editorial ha optado por utilizar la forma masculina en su tradicional acepción genérica, considerándola relativa tanto a hombres como a mujeres. No obstante, el criterio diverso que pudieran haber adoptado otros autores será respetado, y sus obras se publicarán de modo intacto en cuanto a este aspecto refiere.

ÍNDICE

EDITORIAL	1
------------------------	---

COLUMNAS EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL

“¿Quién le hace la publicidad a Mr. Músculo? Tensiones entre libertad de expresión, publicidad y derechos de las mujeres”, <i>Agustina PEREZ</i>	3
--	---

ARTÍCULOS

“Sobre jueces y lagunas normativas. Comentarios a Normative Systems. La cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial”, <i>José Luis MONTI</i>	14
--	----

“La necesidad de una nueva ley de defensa de la competencia: análisis del proyecto presentado ante el Poder Legislativo”, <i>Santiago DEL RÍO</i>	45
---	----

“La obligación de registrar el contrato de fideicomiso. Consecuencias de la falta de registración ante el concurso del fiduciante”, <i>María Cecilia HOSOWSKI</i>	62
---	----

“Gestación por sustitución: las graves implicancias de la ausencia de regulación de una práctica instaurada en la realidad argentina”, <i>Maximiliano NITTO y Fiorella BIANCHI</i>	75
--	----

“El derecho de los niños, niñas y adolescentes a intervenir en las decisiones sobre su cuerpo y su salud”, <i>Ivana CAJIGAL CANEPA</i>	95
--	----

“La regulación de las directivas medicas anticipadas, entre una luz y una sombra”, <i>Leonardo GERI</i>	121
---	-----

“Cooperación cautelar internacional. Posibles desarrollos para una justicia transnacional más efectiva”, <i>Cecilia L. PARSCHECHIAN GARABETIAN</i>	137
--	-----

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN	154
--	-----

INDEX

EDITORIAL	1
EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL COLUMNS	
“Who makes Mr. Muscle advertising? Tension between freedom of expression, advertising and women’s rights”, <i>Agustina PEREZ</i>	3
ARTICLES	
“On Judges and legal gaps. Comments to Normative Systems. The issue in the new Civil and Commercial Code”, <i>José Luis MONTI</i>	14
“The need for a new antitrust law: an analysis of the bill sent to the Congress”, <i>Santiago DEL RÍO</i>	45
“The Duty to Register Trust Agreements and the Effects of the Failure to Do so upon the Commencement of the Trustor’s Insolvency Proceedings”, <i>María Cecilia HOSZOWSKI</i>	62
“Gestational surrogacy: the lack of regulation of a common practice in Argentina and its serious implications”, <i>Maximiliano NITTO y Fiorella BIANCHI</i>	75
“The Right Of Children And Adolescents To Get Involved In The Decisions Regarding Their Body And Health”, <i>Ivana CAJIGAL CANEPA</i>	95
“The regulation of advance healthcare directives, in between light and shadow”, <i>Leonardo GERI</i>	121
“International Precautionary Cooperation. Possible developments for a more effective transnational justice”, <i>Cecilia L. PARSECHIAN GARABETIAN</i>	137
SUBMISSION GUIDELINES AND REVIEW PROCESS	154

EDITORIAL

La publicación de esta tercera edición tiene un significado especial para nuestro Consejo Editorial. Hace un año presentábamos al mundo académico el primer número de la Revista, con las expectativas y ansiedades que todo trabajo inaugural representa para sus participantes. Hoy, a un año de tan importante evento, creemos que hemos recorrido un camino de aprendizaje, aunque —por supuesto— mucho más largo es el camino que queda por delante.

En esta edición, el Comité Evaluador Externo, plenamente consolidado, ha aportado su saber al evaluar detallada y criteriosamente cada uno de los originales recibidos. Sin lugar a dudas, su colaboración ha ayudado a dotar de mayor profesionalismo y cientificidad nuestro quehacer editorial.

Comenzamos este número con la ya tradicional Columna que caracteriza el inicio de las publicaciones del CEICJUS, en esta oportunidad a cargo de nuestra Editora Senior, Agustina Perez. En ella, la autora, con una mirada crítica y actual, reflexiona sobre la tensión entre la libertad de expresión y la publicidad sexista.

Un artículo de autoría de José Luis Monti da inicio a la sección de artículos de la Revista. En su trabajo, el autor analiza el accionar de los jueces en casos de lagunas normativas, poniendo especial énfasis en el problema que representa la justificación de la sentencia ante tales situaciones.

Luego, pasamos al área del Derecho Comercial de la mano de Santiago del Río y Cecilia Hoszowski. Del Río aborda y fundamenta la necesidad de obtener la aprobación de la nueva ley de defensa de la competencia (actualmente bajo análisis del Poder Legislativo), atento el desactualizado sistema legal que impera en Argentina en dicha área. Hoszowski, por su parte, analiza la obligación de registrar el contrato de fideicomiso a la luz de la legislación actual, resaltando el vacío legal que existe ante la no registración frente al concurso o quiebra del fiduciante.

Más adelante, se abordan las temáticas actuales del Derecho de Familia. Maximiliano Nitto y Fiorella Bianchi examinan la controvertida figura de la gestación por sustitución, tanto a la luz del ordenamiento jurídico argentino como desde una perspectiva de Derecho Comparado. Por su parte, Ivana Cajigal Canepa reflexiona sobre la importancia de tener en cuenta la opinión de niños, niñas y adolescentes cuando se trata de intervenciones médicas que afecten su cuerpo y su salud.

En materia de derechos fundamentales, Leonardo Geri analiza el régimen jurídico local sobre directivas médicas anticipadas, a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho Comparado.

Cierra esta edición de la Revista el trabajo de una joven abogada uruguaya, quien ha confiado en EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL para publicar su *opera prima* en materia de Derecho Internacional Privado. La autora sostiene que existe una imperiosa necesidad de actualizar e intensificar las soluciones vigentes en materia de cooperación cautelar internacional con miras a garantizar una mejor realización transnacional de la justicia.

De esta manera presentamos el tercer número de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL, que marca a su vez nuestro primer aniversario, a la espera de continuar contando con el apoyo y confianza de autores que deseen dar a conocer sus trabajos científicos a la comunidad académica a través de nuestra publicación.

Consejo Editorial de EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de junio de 2017

¿QUIÉN LE HACE LA PUBLICIDAD A MR. MÚSCULO?

TENSIONES ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PUBLICIDAD Y DERECHOS DE LAS MUJERES

Agustina PEREZ*

“Es preciso comprender cómo las grandes estrategias de poder se incrustan, hallan sus condiciones de ejercicio en microrrelaciones de poder... Designar estas microrrelaciones, denunciarlas, decir quién ha hecho qué, es una primera transformación del poder”

*“Diálogos con M. Foucault”,
Rev. Ornicar; 10, 1977 en BONINO MÉNDEZ (s/f)*

El promedio de tiempo por día que pasan los argentinos frente a la TV, según datos de 2011, es de 6 horas, o un total de 42 horas semanales (LATIN AMERICAN MULTICHANNEL ADVERTISING COUNCIL, 2011), más que una jornada laboral full time. Según cálculos de 2016, en Argentina el 73% de las personas tiene acceso en promedio a dos pantallas (entre celular, tablets, computadora y demás dispositivos), el 30% a tres y el 3% a una. A su vez,

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), con orientación en Derecho Internacional Público (2012). Ex consultora de UNICEF Argentina (2014-2016) y ex pasante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Ex alumna adscripta a proyectos de investigación y becaria del Consejo Interuniversitario Nacional (2012-2013). Integrante de proyecto de investigación UBACyT desde 2011. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2015-2016, UBA) y alumna del Programa de Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública de la Universidad de San Andrés. Ha tomado cursos de posgrado y especialización en género, niñez, familia y derechos humanos en universidades nacionales y extranjeras. Autora de capítulos de libros, artículos de doctrina, ponencias y comunicaciones a Congresos sobre temas de su especialidad. Co-fundadora y Editora Senior de la Revista En Letra – Derecho Civil y Comercial.

tienden a consumir mucho más contenido a través de internet (34%, nueve puntos porcentuales más arriba que la media latinoamericana).

Según datos del INDEC (2011: 6), el 97.1% de los hogares argentinos cuenta con televisión, 89,4% con radio, 85,6% con celular, 61,9% con teléfono fijo, 52,8% con computadora y 43,8% con acceso a internet. La disponibilidad de tecnologías de la información y comunicación (TICs) aumenta considerablemente (de 7 a 15 puntos porcentuales) en caso de que en el hogar existan adolescentes de entre 12 y 17 años (INDEC, 2011: 8). El mismo estudio señala que se observa un mayor acceso a TICs en los hogares con mayores niveles educativos alcanzados y, en general, la mayoría de las personas que usa esas TICs destina su empleo a actividades de ocio o recreación, con mayor preponderancia de adolescentes y jóvenes (INDEC, 2011: 13).

A su vez, 6 de cada 10 niños, niñas y adolescentes de entre 10 y 19 años se comunican usando celular y 8 de cada 10 usan Internet (UNICEF, 2016: 6). Sin embargo, las niñas y las adolescentes están más tiempo conectadas que sus pares varones; 58% de las mujeres entrevistadas durante el estudio de UNICEF dijo estar conectada todo el tiempo, versus el 44% de los varones (UNICEF, 2016: 16). Este consumo es avalado, intencional o involuntariamente por parte de los adultos, ya que en un 93% de los casos se realiza en espacios compartidos de la casa (living, comedor) (UNICEF, 2016: 18).

En un contexto híper mediatizado, estimulado y conectado, donde el bombardeo de información (directa o indirecta) y de productos es constante, la publicidad (con más razón, aquella considerada sexista) no resulta una herramienta y estrategia inocua, sino todo lo contrario.

La publicidad es definida, según el art. 4 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (n° 26.522), como “toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”. En este contexto, la publicidad sexista podría ser definida como aquella que utiliza (deliberadamente o no) imágenes estereotipadas sobre el rol de los hombres y las mujeres para vender un producto o servicio.

Es decir, la publicidad sexista vulnera, fundamentalmente, los principios rectores de Derechos Humanos (y los derechos en sí mismos) conocidos como igualdad y no

discriminación, así como también obstaculiza, a todas luces, el avance, ejercicio y respeto de los derechos de las mujeres.

Se relaciona, a su vez, directamente con la libertad de expresión, los derechos de consumidores y consumidoras y, claro está, con la ética profesional con que el marketing opera y el Estado (des)controla.

El Estado argentino y la región latinoamericana en particular han realizado a través del tiempo grandes esfuerzos por velar por la garantía de la libertad de expresión. Antecedentes nacionales datan de los años 80' e incluyen lo que hoy conocemos como doctrinas “Campillay”,¹ “de la real malicia”² y “Patitó”,³ pasando por otros casos más recientes y resonantes sobre libertad de expresión en internet⁴ y ley de medios audiovisuales.⁵ Sin embargo, no se desprende de la jurisprudencia local que se haya registrado una preocupación por la relación entre la libertad de expresión y las consecuencias (mediatas o inmediatas) de la publicidad sexista.

Por su parte, a nivel regional el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tampoco se queda atrás. La Corte IDH ha construido una sólida jurisprudencia e interpretación del alcance de la libertad de expresión, que comenzó con la opinión consultiva n° 5/85, y continuó a partir del año 2001 con casos emblemáticos como *Olmedo Bustos vs. Chile*; *Ivcher Bronstein vs. Perú*; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; *Claude Reyes vs. Chile*; *Kimel vs. Argentina*, entre otros. Lo mismo ha hecho la CIDH a través de, por ejemplo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fundada en 1997). No obstante, hasta el momento el SIDH no ha teorizado ninguna vinculación en torno a la triangulación entre libertad de expresión-publicidad-derechos de las mujeres.

Aun así, la Relatoría es consciente de que la publicidad “representa una fuente de ingresos muy relevante para la viabilidad o desarrollo de los medios de comunicación” y que “al mismo tiempo, el uso de los medios de comunicación para transmitir información de

¹ CSJN, “Campillay, Julio c/ Diario la Razón y otros”, 15/5/1986

² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “New York Times contra Sullivan”, 9/3/1964 (376 U.S. 254, 1964).

³ CSJN, “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, 24/06/2008.

⁴ Ver al respecto CSJN, “Sujarchuk, Ariel Bernardo C/ Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, 1/8/2013.

⁵ Ver al respecto CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, 29/10/2013.

interés público es una herramienta importante y útil para los Estados” (CIDH – RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, 2009: párr. 122).

Pero, ¿cuál es el mensaje que el Estado quiere posibilitar a través de la publicidad? ¿Quién se enriquece y quién se empobrece en esta dinámica? Nuestro país tiene las mismas obligaciones y responsabilidades de velar por todos los derechos humanos, no solo aquellos atinentes a la libertad de expresión, sino también en relación a los derechos de las mujeres. Sin embargo, la balanza no parece equilibrada.

La ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales viene a reforzar a nivel doméstico obligaciones asumidas internacional y regionalmente (como las que surgen de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres). En la mencionada norma, la violencia contra las mujeres es definida como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal” (art. 4).

Esta ley reconoce, a su vez, que existen diversos tipos de violencia, entre ellos la violencia simbólica, entendida como aquella que “a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmit[e] y reprodu[ce] dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (art. 5, inc. 5). Además, entre las modalidades de ejercicio de las violencias, reconoce la violencia mediática como “la publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres (...) legitimando la desigualdad de trato o construy[endo] patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres” (art. 6 inc. f).

Al respecto de aquella violencia, el decreto reglamentario 1011/2010 establece que será tarea del Consejo Nacional de las Mujeres coordinar con las “áreas que correspondan” (señalamiento evidentemente vago) “las acciones necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la difusión de mensajes o imágenes que (...) 1) inciten a la violencia, el odio o la discriminación contra las mujeres [y] 2) tiendan a perpetuar patrones sexistas de dominación masculina (...)”.

En palabras de MAFFIA Y MORETTI (s/f: 1) esta modalidad de violencia “consiste en la imposición cultural de sujetos dominantes hacia sujetos dominados, mediante la naturalización del dominio y las jerarquías así como de los roles y estereotipos de género”. En este contexto, es importante destacar que “uno de los aspectos que hace riesgosa e impune la violencia simbólica es que es difícil identificarla claramente como una forma de violencia, y muchas veces aparece como una elección de la propia víctima, ya que constituye el precio de su aceptación en el sistema de dominio androcéntrico” (MAFFIA Y MORETTI, s/f: 1). Este efecto de "incorporación", como señalan las autoras, “impacta directamente sobre nuestra subjetividad y nuestros cuerpos, haciéndonos perder nuestra vivencia directa de él para mediarla por los valores de la cultura” (MAFFIA Y MORETTI, s/f: 6).

Es por ello que, ya sea por ubicar a la mujer como principal (o, mejor dicho, única) responsable de la esfera de lo doméstico, por identificarla como un objeto meramente sexual o por directa e impunemente categorizarla como un ser “inferior”, los discursos sexistas y cosificantes, legitimados a través de la publicidad, constituyen discriminación y violencia contra la mujer.

A ello, se le suma como factor negativo la cantidad de tiempo que nuestra sociedad se encuentra expuesta a medios de comunicación que conviven con (y viven gracias a) la publicidad: una publicidad que, como dijimos, refuerza conceptos estereotipados de las mujeres (y los hombres) e interfiere en la subjetividad de adultos y en la conformación de la identidad de niños, niñas y adolescentes, reforzando patrones culturales discriminatorios y legitimando determinados roles y formas de ser y hacer en cabeza de hombres y mujeres.

Pese a que, dadas estas observaciones, resulta evidente que la publicidad podría ser utilizada (y debería ser utilizada por los Estados) como una herramienta transformadora de dichos patrones culturales discriminatorios, la legislación argentina no es del todo clara al respecto, y mantiene a la publicidad en una zona de regulación gris.

Por ejemplo, el artículo 3 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual establece entre sus objetivos “promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual”. A su vez, según el art. 81 inc. i de la misma ley, “los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes”. Sin embargo, la publicidad que vemos a diario en la TV, radio y redes sociales no da cuenta de este compromiso democrático de respeto por los derechos humanos y la ley no prevé sanciones para la publicidad sexista.

Se pueden rastrear otros esfuerzos legislativos (y argumentativos) recientes, pero el resultado es similar. La Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual estableció el 2014 como el “año de lucha contra la violencia mediática hacia las mujeres y la discriminación de género en los medios audiovisuales” e instituyó por ley el día 11 de marzo como el “Día Nacional de la Lucha contra la Violencia de Género en los Medios de Comunicación”. El CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria) prevé en su Código de Ética que la publicidad no deberá en modo alguno lesionar “los conceptos y valores esenciales de la sociedad como lo son (...) las personas (...)” (art. 4) y que en consecuencia la publicidad no debe tener “expresiones o representaciones (...) [que] estimulen cualquier forma de discriminación” (art. 5). El Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión tiene habilitada una sección de reclamos para realizar denuncias sobre, entre otras cuestiones, publicidad sexista y cuenta con Recomendaciones para una Publicidad Inclusiva y No Sexista que tienen por objetivo proporcionar herramientas con el fin de deconstruir la estereotipación y estigmatización de la mujer en el discurso publicitario y, al mismo tiempo, habilitar otras representaciones de las masculinidades y de la diversidad sexual. En cualquiera de los casos, la publicidad sexista persiste.

Lo cierto es, entonces, que la violencia simbólica existe y está lejos de ser erradicada en los medios de comunicación en general y en la publicidad en particular.

Lo más grandes defensores de la libertad de expresión se apoyan en la idea de que “sin libertad de expresión no puede haber libertad” y que por ello “no debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión” (Declaración de Chapultepec, 1994), pero ¿es posible avalar, en pos de dicha libertad de expresión, la creación (o el refuerzo) de patrones culturales estereotipados que inciden directamente en las posibilidades reales de ejercicio de los derechos por parte de todos los ciudadanos en igualdad (también real) de condiciones? No es posible ejercer ningún tipo de libertad en condiciones de subordinación, como la que alienta y perpetúa la publicidad sexista. Después de todo, cuando algunos sujetos “se encuentran en una situación de opresión, de violencia simbólica, carecen de autoridad perceptiva sobre sus propias experiencias y adoptan sobre ellas las descripciones en tercera persona de la cultura dominante” (MAFFIA Y MORETTI, s/f: 7).

La publicidad sexista da cuenta, también, de los “micromachismos” persistentes en nuestra sociedad. Este término, acuñado por el psiquiatra argentino BONINO MÉNDEZ (s/f), alude a aquellos ejercicios del poder patriarcal que por su menor intensidad pasan desapercibidos y son aceptados, pero que perpetúan el machismo. Es “micro” porque, al decir de FOUCAULT, permanece en “lo capilar, lo casi imperceptible, lo que está en los límites de la evidencia”, pero “violenta y minan, insidiosas y reiteradamente la autonomía, la dignidad y el equilibrio psíquico de las mujeres” (BONINO MÉNDEZ, s/f).

Así, este tipo de publicidad, a través de la perpetuación de los estereotipos de género y la representación cotidiana de micromachismos, contribuye a la “desigual distribución del ejercicio del poder sobre otros u otras [que] conduce a la asimetría relacional” y ello se traduce, a su vez, “en la creencia generalizada de que los varones tienen derecho a tomar decisiones o a expresar exigencias [físicas, emocionales, de cuidados, etc.] a las que mujeres se sienten obligadas, disminuyendo su valor y necesitando la aprobación de quien a ellas les exige” (BONINO MÉNDEZ, s/f).

¿Por qué, si no, se mostraría a las mujeres satisfechas en las publicidades de fragancias “Poet” y otros limpia pisos, orgullosos de cómo sus maridos se sienten a gusto en una casa limpia y ordenada, con una mujer de peso perfecto y sin arrugas, que además es la principal y única encargada de las tareas de cuidado y de las tareas domésticas (por ello también sana con “Pervinox” transparente, limpia con “Ala” —porque ensuciarse hace bien— y cocina con las nuevas bolsitas saborizadas “Knorr” —porque además, es una mujer “moderna —)? ¿Por qué, si no, esa mujer pediría auxilio desesperada a (su príncipe azul) Mr. Músculo cuando es atacada por los monstruosos gérmenes del baño o la suciedad imposible de la cocina que pide ayuda? En definitiva, ¿por qué, si no, la mujer debería quedar literalmente encerrada en una caja de cristal de “Blem” de la cual no se le permite salir incluso cuando terminan sus “obligaciones” domésticas?

Estos son algunos ejemplos de la publicidad sexista que pueden verse a diario en todos los medios de comunicación. Pero el martirio no termina allí y se ofrece en todas las edades, solo para recordarles a las mujeres cuál es “su” (¿verdadero?) lugar. Desde pequeñas la magia de las princesas de Disney y la saturación rosada de los juegos de cocina, limpieza, cochecitos de bebés y mamaderas invade la infancia. Luego, los tampones y toallitas higiénicas mega flexibles con olor a jazmín y rococó de flores y pintitas rosas (por supuesto) y lilas para no mancharse (como si algo propio de la naturaleza fuera criminal) y una moda imposible (para mujeres esqueléticas e inexistentes) ataca a las adolescentes. Finalmente, en la crisis de la (im)perfección aparecen las infaltables cremas (también mágicas, por supuesto) anti-age, anti-celulitis, anti-flacidez, anti-todo lo biológicamente natural y consecuencia (bastante lógica) del paso del tiempo.

Ello sin contar las constantes referencias a la competitividad y envidia que realizan las publicidades (donde se alienta a niñas, adolescentes y mujeres a competir entre ellas por ser la más linda, la más flaca, y las muchas otras categorías que pueden agregarse después de ese “más”), y la continua referencia a una imagen estereotipada de las mujeres como consumistas implacables y derrochadoras de dinero (y si es del marido, mejor, así se refuerza también la supuesta dependencia económica)... La enumeración (a todas luces no taxativa) puede seguir hasta el cansancio.

De esta estigmatización negativa dan cuenta los datos relevados por el OBSERVATORIO DE LA DISCRIMINACIÓN EN RADIO Y TELEVISIÓN (2015a). Un estudio realizado por dicha institución da cuenta de que “del total de registros sobre violencia contra las mujeres, el 48 por ciento han sido completamente discriminatorios y alejados de toda perspectiva de género y/o derechos humanos”. Las actitudes relevadas incluyen “insultos y descalificaciones, estereotipaciones, así como también la presencia dominante de un modelo de belleza único al tiempo que la vinculación de las mujeres a roles domésticos, madres sacrificadas y/o consumidoras empedernidas” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2016: 68).

El estudio también indica la existencia de casos donde se asocia a las mujeres “a la sumisión y dependencia o se las identifica bajo la etiqueta de ‘bruja’ o ‘mala amiga’”. Estas discriminaciones “naturalizan mitos, creencias y valores que refuerzan los estereotipos de género que subordinan y colocan a las mujeres en una situación de inferioridad” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2016: 9)

Estos comportamientos, según el OBSERVATORIO DE LA DISCRIMINACIÓN EN RADIO Y TELEVISIÓN (2015b), alientan “el quiebre de los lazos de solidaridad entre las mujeres [que] resulta funcional al patriarcado porque obstaculiza el empoderamiento de las mismas y redundan en facilitar su subordinación, disciplinamiento y dominación material y simbólica”.

Es preciso hacer énfasis aquí: no se trata de percepciones ni de hipótesis sobre la publicidad sexista, sino de datos. En relación a los reclamos del público recibidos por el Observatorio en 2015 se realizaron un total de 290 reclamos, de los cuales el 57 por ciento incluyó casos de violencia contra las mujeres. “Sobre dicho total, el 36 por ciento corresponde a situaciones de VCM [violencia contra la mujer] en programas de radio, televisión y otros; mientras que el 21 por ciento son situaciones de VCM en publicidades” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2016: 68).

Todo ello empora cuando, además de destruir la personalidad e integridad de las mujeres (sean adultas, adolescentes o niñas) al forzarlas a ajustarse a estándares de belleza imposibles de alcanzar y/o a comportamientos denigrantes, situaciones de subordinación, o comentarios vejatorios que obstaculizan el ejercicio de sus derechos, los estereotipos las empobrecen.

Según un estudio del Comité Económico Conjunto del Congreso de Estados Unidos, para una “típica” mujer trabajadora del país del norte, la brecha salarial en relación a sus “pares” hombres es del 20%, lo que equivale a ganar U\$10,500 menos al año, aproximadamente U\$5 500,000 menos a lo largo de la vida. A ello, se le suma que los

productos y servicios específicamente "destinados" a mujeres (por su uso o su color rosa) son, el 42% de las veces, más caros que aquellos destinados a hombres, en un promedio que oscila entre un 4% y un 13% más de onerosidad (aunque a veces aquellos pueden llegar a ser hasta un 50% más caros) (JOINT ECONOMIC COMMITTEE, 2016). La situación en Argentina no dista de ser muy similar en torno a las consecuencias y resultados proyectados por aquel documento.

Sin embargo tampoco puede negarse que, en los últimos años, en nuestro país ha habido una mayor visibilización de la problemática de la desigualdad y violencia de género, aunque no por ello soluciones contundentes y efectivas. Recientemente (y a modo de ejemplo), a fines de 2016 el Consejo Nacional de las Mujeres instituyó, dentro del Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2017 – 2019 (una deuda que tenía el Estado a nivel internacional), la medida n° 13 que apunta a la prevención y erradicación de la violencia mediática y simbólica. Así, bajo el eje de prevención que tiene como objetivo general “promover la transformación de patrones culturales que naturalizan la violencia contra las mujeres” y el sub eje comunicación, cuyo objetivo específico es el de “profundizar la deconstrucción en la sociedad en su conjunto de los estereotipos de género que naturalizan la violencia sexista” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2016: 82), la medida n° 13 busca “fortalecer la asistencia técnica en radio, televisión y plataformas virtuales para la difusión de mensajes no sexistas, uso de lenguaje inclusivo y la prevención de la violencia simbólica” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2016: 85) y busca elaborar materiales y guías de comunicación, consolidar el mecanismo de recepción de denuncias y producir y difundir investigaciones, todo ello con un plazo (¿alcanzable?) de enero a diciembre de 2017.

Ahora bien, ¿es esto suficiente? La respuesta es no. Las líneas que anteceden tienen el propósito, humilde pero férreo, de arrojar luz sobre una de las tantas manifestaciones de la violencia contra las mujeres y honrar el preámbulo de la Convención de Belem Do Pará: “la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”.

La libertad de expresión no puede ejercerse en desmedro de otros derechos igualmente relevantes para una sociedad verdaderamente democrática e igualitaria. En este sentido, “la difusión de mensajes e imágenes estereotipadas no solo legitiman la desigualdad de las mujeres, sino que continúan construyendo o legitimando patrones socioculturales que responden a una sociedad patriarcal y machista” (CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, 2017). Los límites al discurso publicitario son más que un objetivo loable y una obligación ética: constituyen un imperativo de Derechos Humanos.

No ser permeables a las formas sutiles de violencia es el primer paso para poner en evidencia, cuestionar y criticar la publicidad sexista, para que, una vez identificada como tal, podamos diseñar recursos para prevenirla y evitarla y, por sobre todo, sancionarla oportunamente, contribuyendo así a la creación de una sociedad verdaderamente justa e igualitaria.

Bibliografía

BONINO MÉNDEZ, L. (S/F) “Micromachismos: La violencia invisible en la pareja”, EuroPROFEM - The European MenProfeminist Network. consultado en [http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/es-masc/54es_mas.htm] el 15/5/17.

CIDH – RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (2009) “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente” Consultado en: [<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Radiodifusion%20y%20libertad%20de%20expresion%20FINAL%20PORTADA.pdf>] el 12/5/17.

CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES (2016) “Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres 2017 – 2019”, CABA. Disponible en: http://www.cnm.gob.ar/recursos/PlanNacionalDeAccion_2017_2019Ult.pdf (13/5/17).

— — (2017) “Acciones sobre violencia simbólica y mediática Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, jueves 11 de mayo de 2017, C.A.B.A. Disponible en [<http://www.cnm.gob.ar/noticias1705.php#nota1>] consultado el 13/5/17.

INDEC (2011) “Encuesta Nacional sobre Acceso y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (ENTIC) Resultados del tercer trimestre de 2011”. Consultado en [<http://www.indec.gov.ar/bajarInformedePrensa.asp?idc=37DB4687D-3BACB32F229C4E7B42BE5762941FE2C6BE449291FEFF313D51211CA9FEFF0FD2338BC1E>] el 17/4/17.

JOINT ECONOMIC COMMITTEE (2016) “The Pink Tax.How Gender-Based Pricing Hurts Women’s Buying Power”, consultado en [https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/8a42dfo4-8b6d-4949-b20b-6f40a326db9e/the-pink-tax--how-gender-based-pricing-hurts-women-s-buying-power.pdf] el 15/5/17.

LATIN AMERICAN MULTICHANNEL ADVERTISING COUNCIL (2011) “La TV sigue fortaleciéndose en Argentina”, Comunicado de Prensa, 22/09/2011, consultado en

[<http://www.lamac.org/argentina/comunicados/la-tv-sigue-fortaleciendo-en-argentina>] el 17/4/17.

MAFFÍA, D. Y MORETTI, C. (s/f) “Violencia mediática y simbólica”, consultado en [http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_3/optativa/violencia_mediatica.pdf] el 12/5/17.

OBSERVATORIO DE DISCRIMINACIÓN EN RADIO Y TELEVISIÓN (2015A) “Monitoreo de las prácticas y discursos discriminatorios en la Televisión”, consultado en [<http://www.obserdiscriminacion.gob.ar/wp-content/uploads/2015/11/Monitoreo-al-24-11.pdf>] el 15/5/17.

— — (2015b) “Publicidad ‘Mujeriegas’ de Alto Palermo”, consultado en [<http://www.obserdiscriminacion.gob.ar/?p=2956>] el 13/5/17.

UNICEF (2011) “Encuesta a adolescentes: Consumo de medios”, consultado en [<https://www.slideshare.net/unicefargentina/unicef-argentina-encuestaconsumosadolescentesembargado>] el 17/4/17.

— — (2016) “Kids online chic@s conectados. Investigación sobre percepciones y hábitos de niños, niñas y adolescentes en internet y redes sociales”, consultado en [https://www.unicef.org/argentina/spanish/COM_kidsonline2016.pdf?utm_source=KIDSONline&utm_medium=webPublicaciones&utm_term=WebPastilla&utm_campaign=Kidsonline-WEB-Publicaciones] el 5/6/2017.

SOBRE JUECES Y LAGUNAS NORMATIVAS.

COMENTARIOS A NORMATIVE SYSTEMS. LA CUESTIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

José Luis MONTI**

Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2016

Fecha de aprobación: 10 de marzo de 2017

Resumen

El objetivo del presente trabajo consiste en rever la actividad de los jueces en los supuestos de lagunas normativas, es decir, cuando el caso sometido a juzgamiento no presenta una solución dentro del ordenamiento jurídico. Este análisis llevará al autor a indagar lo que hacen los jueces en tales situaciones y, en particular, la problemática que plantea la justificación de su sentencia.

El autor analizará la cuestión no sólo desde la óptica de la teoría general, sino también a través de las disposiciones de nuestro ordenamiento legal, en especial, el Código Civil y Comercial de la Nación, y también desde el punto de vista de la práctica judicial.

* El presente trabajo configura una versión corregida y ampliada de su primera versión publicada en *Jurisprudencia Argentina* en el mes de noviembre de 2016 (Rev. n° 3 del 19-10, p. 17 y ss.).

** Abogado con diploma de honor por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor por la Universidad de Buenos Aires en el área de Filosofía del Derecho. Profesor Consulto a cargo de la Cátedra de *Elementos de Derecho Civil (Parte General)*. Profesor invitado en la Univ. T. Di Tella y en cursos de postgrado en UCES, Univ. Austral, UCA, UMSA, entre otros. Ejerció la profesión de abogado hasta ingresar al Poder Judicial de la Nación como Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia (1981). Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (1991-2011). Es autor de varios libros y numerosas publicaciones de doctrina, así como participaciones en congresos y conferencias, en el país y en el extranjero.

Palabras clave

Jueces – lagunas normativas – sistema normativo – Código Civil y Comercial de la Nación – justificación de sentencias – creación de derecho – práctica judicial

ON JUDGES AND LEGAL GAPS.

COMMENTS TO NORMATIVE SYSTEMS. THE ISSUE IN THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Abstract

The aim of this paper is to review the activity of judges in cases of legal gaps, that is, when the case under review does not present a solution within the legal system. This analysis will lead the author to investigate what the judges do in such situations and, in particular, the problem raised by the justification of its judgment.

The author will analyze the issue not only from a general theory point of view, but also through the provisions of our legal system, especially the Civil and Commercial Code, as well as from a judicial practice point of view.

Keywords

Judges – legal gaps– normative system – National Civil and Commercial Code – justification of judgments – creation of law – judicial practice

I. Introducción

En su ya clásica obra *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*,¹ con frecuencia conocida por el título de la primigenia versión inglesa: *Normative Systems*

¹ Esta obra fue esclarecedora para la teoría general del derecho y un aporte fundamental en las investigaciones sobre lógica de los sistemas normativos. Ha inspirado a muchas generaciones ulteriores de estudiosos de esas disciplinas en los principales centros de investigación del mundo. Es pues

(NS), Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin² (AB) (1974) dedicaron largas reflexiones al problema de las *lagunas* en los sistemas normativos y su relación con la actividad jurisdiccional, tema que fue también tratado en diversos trabajos posteriores de Bulygin.³ El propósito de este ensayo es rever un aspecto particular de la tesis allí expuesta, que se refiere a la actividad de los jueces en los supuestos de las denominadas *lagunas normativas*, vale decir, cuando el caso sometido a juzgamiento no encuentra *solución* en el orden jurídico vigente. Según lo expresado en NS, en tales supuestos, para justificar su decisión el juez tiene que ‘crear una norma general’ que solucione el *caso genérico*, de la cual habrá de derivar luego la solución de la controversia que le fue planteada.

Esa sugerente expresión requiere, a mi modo de ver, algo más que una clarificación desde el punto de vista semántico, y nos lleva de la mano a indagar lo que el juez tiene que hacer o de hecho hace en tales situaciones y, en particular, el problema que plantea la justificación de su sentencia. En esa línea, procuraré analizar la cuestión no sólo desde la óptica de la teoría general —como ha sido estudiada en NS—, sino también a través de las disposiciones de nuestro ordenamiento legal, en especial, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), así como desde el punto de vista de nuestra práctica judicial. Por otra parte, la referida tesis de AB suscitó reacciones adversas desde otra perspectiva, cual es la tendencia a pensar el orden jurídico en general, incluido el derecho privado, como un sistema cerrado en el que no habría posibilidad de lagunas, de manera que, para completar el cuadro, corresponde explorar brevemente esa tesis, en la medida que se relaciona con los argumentos aquí expuestos.

II. Sobre la labor de los jueces: variaciones en una antigua melodía

Los interrogantes en torno de lo que los jueces hacen, de la labor que despliegan como piezas necesarias en la dinámica de un orden jurídico, se escuchan cíclicamente a la manera de un *ritornelo*, cual acordes repetidos de una antigua melodía. El tema que trataré aquí es apenas una pequeña *variación* dentro de esa partitura.

En otro memorable texto de nuestra literatura jurídica, CARRIÓ (1965) hizo referencia a los desacuerdos entre juristas y, en especial, a la polémica acerca de si ‘*los jueces crean derecho*’. Para el autor, el eje de la controversia entre quienes daban una respuesta

merecido el reconocimiento a sus autores, dos profesores ejemplares, a cuyo respecto (en particular de Eugenio Bulygin) me honra haber sido un antiguo discípulo.

² A lo largo del presente trabajo, cuando se mencione a ambos autores en conjunto, se los dominará “AB”.

³ Entre muchos: BULYGIN (2003), BULYGIN (2009).

afirmativa o negativa a esa cuestión no pasaba por un desacuerdo sobre hechos, ya que todos sabían -en mi opinión quizá debió decir ‘creían saber’- lo que los jueces hacen. Tampoco se reducía a un problema puramente verbal, pues, aunque un análisis terminológico podía ayudar a esclarecer los términos de la disputa, no bastaba para agotarla, razón por la cual concluyó que se trataba de un *desacuerdo de actitud*,⁴ es decir, una polémica donde el uso de los enunciados *no era descriptivo*. Si bien la frase en cuestión tenía esa apariencia, su uso era en verdad *pseudo-descriptivo* y encubría las preferencias de quienes la afirmaban o negaban. Los primeros procuraban revalorizar la función jurisdiccional y alentar un rol más activo de la judicatura en el ejercicio de sus atribuciones, mientras que los segundos eran proclives a preservar un esquema clásico de drástica separación entre la labor legislativa de creación de normas generales y la judicial consistente sólo en su aplicación a los casos particulares.

El tiempo transcurrido fue dejando atrás algunos resquemores que subyacían en esa controversia descrita por Carrió, aunque aún hoy subsisten bajo nuevas formas ciertas discrepancias actitudinales acerca de lo que los jueces hacen y, sobre todo, de lo que *debieran hacer*.⁵ Inclusive persisten también ciertos resabios de los problemas verbales que rodeaban la cuestión. De hecho, BULYGIN (2003), en un trabajo posterior a NS, expresa sus reparos respecto de la clásica tesis de Kelsen en el sentido que la emisión de sentencias por el juez —cuya parte dispositiva contiene una norma individual— pueda considerarse como ‘creación del derecho’,⁶ a menos que la norma general en la que funda su decisión no sea una norma creada por el legislador sino por el mismo juez.

Sin ánimo de volver sobre la cuestión lingüística en torno de lo que cabe entender por ‘crear derecho’ —ambos términos afectados de *vaguedad* y de una *poderosa carga emotiva*, al decir de CARRIÓ (1965) —,⁷ parece conveniente introducir breves precisiones al respecto. Es cierto que, en el lenguaje generalizado, al hablar de *derecho* —en sentido objetivo—, se hace referencia al conjunto de normas *generales* vigentes, es decir, aquellas que pueden tener mayor incidencia en la vida colectiva por su aptitud potencial para regir hacia el futuro los comportamientos de individuos y grupos que interactúan en la sociedad.

⁴ Esta expresión fue tomada de Charles L. Stevenson, a quien cita en *Ethics and Language*.

⁵ Sobre este último aspecto ver MONTI (2015).

⁶ Si bien coincide con Kelsen que “la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general”, observa enseguida que “esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de ‘creación del derecho’”.

⁷ Pensó que en esos factores se hallaba quizás la raíz de la controversia, ver ob. cit. nota 6 en p. 82 y p. 87.

Pero desde otra perspectiva —en la que insistía Kelsen— que procura registrar el orden jurídico en su integridad, como un sistema, cabe considerar también parte del derecho a las normas individuales.

En todo caso, a fin de despejar equívocos, parece necesario señalar que la norma individual contenida en la sentencia no es superflua, porque sin ella no puede haber *efectos normativos primarios*, según la terminología que usan AB en su obra. Sea la sentencia *declarativa* o *normativa* —son también los términos usados por AB—, esos efectos no se producen en el mundo sin el dictado de la sentencia. Por eso, no parece descabellado que se utilice la expresión *creación normativa* —por cierto, despojada de la carga emotiva— en estos casos en que se trata de la emisión de normas *individuales*.⁸

Se ha dicho que no es dable hablar aquí de *creación* porque el juez se limitaría a repetir en un caso singular lo que ya está expresado en una norma general. Es más, durante casi todo el siglo XIX se pensó que eso es lo que *debe* hacer el juez, es decir, *ser la boca que pronuncia las palabras de la ley*, como decía Montesquieu.⁹ Tal concepción, empero, parece tomar en cuenta sólo los casos más simples, cuya solución resulta clara en una norma general, lo que supone dejar de lado gran parte de la actividad jurisdiccional. En efecto, además de las frecuentes complicaciones en el plano fáctico y probatorio, la labor de selección del material normativo en que se fundamentará la solución suele ser muy ardua, ya que requiere a veces combinar, coordinar o compatibilizar disposiciones dispersas en múltiples subsistemas normativos dentro del mismo orden,¹⁰ lo que involucra también la

⁸ No sólo en el caso de las sentencias. Puede decirse lo mismo de los contratos y los actos jurídicos en general que, con base en una norma de habilitación que confiere a los particulares la potestad (facultad, competencia en sentido amplio) de *reglar sus derechos*, contienen *normas* particulares que imponen obligaciones, prohibiciones o confieren derechos, a los sujetos que son parte en ellos.

⁹ Estas expresiones de Montesquieu, que luego aparecerían como emblema de la llamada *escuela exegética*, fueron criticadas por situar al juez como un autómatas que aplica mecánicamente los textos sin preocuparse por la realidad subyacente. Creo que es una crítica injustificada. El noble francés que devino magistrado en Burdeos, cuando escribe en 1748 su “*espíritu de las leyes*”, mira con admiración la situación institucional en Inglaterra luego de la Revolución de 1688, pero vive en una Francia donde los tribunales están habituados a impartir justicia en nombre del monarca absoluto, quien se reserva la última palabra, creando inseguridad en los derechos de los súbditos. Por eso es comprensible que recomendara que los jueces tuvieran un *poder*, diferenciado del monarca, pero *nulo* para que no distorsionaran la fuerza de las leyes. Es claro que, en un contexto distinto, ese temor carece de sentido.

¹⁰ Con más asiduidad que la que podría suponerse se encuentran estas situaciones en la labor judicial, como experimenté y advertí en diversos trabajos: MONTI (2000), MONTI (2006a) MONTI (2006b), MONTI (2007).

formulación de definiciones de los conceptos jurídicos.¹¹

El resultado de esa tarea compleja, casi de ingeniería conceptual, que se engloba sin mucha precisión bajo el rótulo de *interpretación*, tiene muchas veces un componente, mayor o menor, de creatividad, el cual se hace más ostensible en los supuestos de laguna porque se introduce una solución no prevista. Pero aun soslayando este aspecto, corresponde insistir en que, sin el acto normativo del juez, no se producen los *efectos normativos primarios* de la sentencia. Es decir, la norma individual contenida en ella es una pieza necesaria en la dinámica del sistema jurídico, pues, como el propio Bulygin ha expresado en varias ocasiones, el juez no emite *proposiciones normativas*, enunciados descriptivos que informan a las partes lo que el ordenamiento dice, sino que dicta una norma que dirige el conflicto y obliga a una de ellas a hacer lo que la otra requiere, o le permite no hacerlo, etcétera.¹²

Ahora bien, en punto a lo que interesa analizar, dicen AB (1974) que “sólo cabe hablar de auténtica creación normativa del juez cuando éste —como suele ocurrir en los casos de lagunas normativas o axiológicas— modifica el sistema, creando una nueva norma general”.¹³ Esta difundida idea de AB en el sentido que, cuando los jueces tienen que resolver en supuestos de *lagunas normativas*, crean una *nueva norma general* que modifica el sistema normativo, no parece apropiada, al menos en los sistemas de derecho continental, salvo en las hipótesis específicas en que el propio ordenamiento así lo prevé (v. gr.: fallos plenarios, sentencias de tribunales de casación y otros).¹⁴

Pero dejando a salvo esas hipótesis excepcionales, en los regímenes de derecho codificado no encuentra una explicación clara la referencia a que, en los supuestos de lagunas normativas, los jueces *crean normas generales*.

¹¹ Bulygin insistió sobre este aspecto de la tarea judicial, atribuyendo a Alchourrón el haber llamado la atención al respecto; ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1991).

¹² Al responder las tesis de Atria y Ruiz Manero, en BULYGIN (2003). En otro pasaje, es cierto, dice que preferiría hablar de ‘disposición’ o ‘mandato’ al referirse a la parte resolutive de la sentencia; pero estas preferencias lingüísticas no desdibujan el sentido normativo de la decisión que adopta el órgano judicial.

¹³ Esta frase, inserta en la nota 16 AB (1974:213), condensa las ideas desarrolladas en el texto.

¹⁴ En los sistemas donde rige el *common law*, con su dinámica propia basada en la regla del *stare decisis*, la expresión de AB puede ser exacta en la medida que la sentencia de un tribunal genere un nuevo precedente que será obligatorio para futuros casos que tengan las mismas características que el resuelto.

III. Aclaraciones necesarias: ¿qué significa decir que el juez ‘crea una norma general’ en los supuestos de lagunas normativas?

Parece útil recordar que en NS, las lagunas normativas se describen como un hiato o vacío dentro de un conjunto definido de normas. Para caracterizarlas se parte de un *universo de discurso*, es decir, un conjunto de situaciones o estados de cosas que exhiben ciertas *propiedades* definidas como relevantes por las normas de un *sistema normativo*, sobre cuya base se confecciona un repertorio finito de casos posibles (*universo de casos*), los cuales se correlacionan con un conjunto de soluciones (*universo de soluciones*), que son determinadas acciones deónticamente modalizadas (es decir, calificadas como obligatorias, prohibidas, permitidas). En ese cuadro, si aparece un *caso no correlacionado con ninguna solución* se dice que hay una ‘laguna normativa’. Explica BULYGIN (2003), en trabajos posteriores, que esa hipótesis no es equivalente a una ‘ausencia de regulación’. Observa que, si bien las lagunas normativas son casos no regulados (no prohibidos ni permitidos en sentido fuerte —o sea expresamente—), no todas las conductas no reguladas configuran una laguna normativa con el alcance expuesto. Esa distinción, empero, no parece tener mayor relevancia en cuanto aquí interesa, dado que Bulygin admite que los casos no regulados pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas, de modo que la resolución de tales casos requeriría también el dictado de una norma individual cuya justificación reposaría a su vez en una norma general que, por hipótesis, no existe y que, por lo tanto, debiera ser creada por el juez.¹⁵

En situaciones como las descriptas, a las que aludiré genéricamente como *lagunas normativas*, se plantea el interrogante del epígrafe: ¿qué se quiere significar cuando se dice que en tales situaciones el juez ‘crea una norma general’? La respuesta requiere algunas precisiones.

(i) Podría pensarse que esa frase es usada de un modo figurativo, con el simple propósito de explicar que el juez, al desarrollar el fundamento de su sentencia en estos casos, tiene que *formular* una ‘norma general’, de la cual se deriva la norma individual que contiene una solución para el caso no regulado que debe decidir. Tal ‘norma general’, que no está explicitada en el orden jurídico, sería invocada por el juez como parte de su secuencia argumental. La presencia de esa ‘norma general’ en su razonamiento tendría una

¹⁵ *Brevitatis causae* no trataré aquí la cuestión acerca de la comparación entre las dos situaciones, vale decir, un hiato dentro de un conjunto normativo y la falta total de regulación. Para un estudio de esa problemática y la controversia de Bulygin y Atria al respecto ver: MONTI (2014).

función meramente argumental, que incide sí en la decisión, pero que, como se agota allí, no es susceptible por sí sola de producir un cambio en el orden jurídico, en el sentido de introducir formalmente en él una nueva norma general.¹⁶

(ii) De su lado, si la expresión a que se alude se entiende en un sentido más fuerte y literal, cuando se afirma que en los supuestos de lagunas normativas el juez *crea una norma general*, ello equivale a decir que, en estos casos, el juez estaría efectivamente *emitiendo* una ‘norma general’ que se inserta sin más en el orden jurídico y lo modifica, aun cuando formalmente regiría *sólo para ese caso*. Este parece ser el alcance con que se entiende la expresión en el enfoque propuesto en NS, como consecuencia de un argumento al que haré referencia en el apartado siguiente.

Como puede verse, las dificultades semánticas con que tropezamos en el intento de responder el interrogante inicial provienen, principalmente, del uso de la palabra ‘crear’, cuya ambigüedad y vaguedad son fácilmente perceptibles. La dificultad es mayor si la frase a que se ha hecho referencia se entiende en el sentido descrito en (ii).

En efecto, puede admitirse que cuando se dice que el juez ‘crea’ una norma general, hay que entender esto en el sentido de que formula o elabora *ex novo* un enunciado de esa forma como parte de su argumentación,¹⁷ bien que se trataría de una ‘norma general’ que

¹⁶ Lo dicho no excluye, por cierto, que mediante un fallo –sobre todo si proviene del más alto tribunal judicial– pueda introducirse un cambio en el derecho positivo. No son pocos los ejemplos que hallamos en el derecho argentino. Basta recordar el caso “*Siri*”, del 27/12/1957 en que la CSJN admitió el *amparo* de los derechos reconocidos en la constitución, sin necesidad de una reglamentación especial, precedente que produjo un cambio trascendental en el derecho vigente. Sin embargo, no parece que sea éste el sentido que se desprende de NS cuando se hace referencia a la creación de una norma general por el juez. No se alude allí a la posibilidad de que las sentencias, en los supuestos de lagunas normativas, creen un precedente que a su vez tendrá, por persuasión o por la autoridad del tribunal, gravitación en fallos ulteriores, generando una corriente jurisprudencial que modificará el sistema. No obstante, cabe observar que esta situación fue tenida en cuenta en NS (ob. cit., p. 223), con la finalidad de demostrar el error de Kelsen cuando afirma que los jueces pueden resolver un caso no reglado con base en el ‘derecho preexistente’ si su decisión es denegatoria de la demanda.

¹⁷ Al redactar este párrafo he tenido en cuenta una oportuna observación de Eugenio Bulygín acerca de la noción de norma general que, por cierto, comparto. Efectivamente, en su formulación se trataría de una *norma general*, tanto en cuanto a los sujetos como en cuanto a la ocasión, según la nomenclatura de Von Wright. Pero empíricamente hablando, estaría destinada a regir sólo en el caso que el juez resuelve. Y sólo en esa medida introduce un cambio en el sistema, al regular *ex novo* un supuesto hasta entonces no reglado. Pero en otros casos similares, los jueces podrán o no adoptar la misma solución, es decir, invocar como *premisa* la misma norma general u otra, a menos que medie algún

sólo sería tal en su formulación, como enunciado normativo, pero en los hechos no podría regir otros casos particulares que sean instanciación del caso genérico al que dicha norma se refiere, por la sencilla razón que se halla encapsulada en los fundamentos de la norma individual (considerandos de la sentencia).

Además, admitir que el juez argumenta a partir de una ‘norma general’ que formula en su sentencia, no significa decir que pone en vigencia esa norma general, algo que el juez no está habilitado a hacer. No parece que quepa afirmar que en estos casos los jueces introducen en el orden jurídico normas generales que quedan como en un limbo, de modo tal que se tornarían ineficaces si ningún otro juez las aplica, o se convalidarían si otros jueces las invocan como fundamento de sus sentencias.¹⁸ Sería ésta una situación un tanto desconcertante, a la que, sin embargo, parece conducir el argumento que AB desarrollan en el capítulo VIII de NS,¹⁹ al cual me referiré con más detalle seguidamente.

IV. Reparos al planteo de Normative Systems

Para sustentar su tesis, AB sostiene que las tres exigencias que habitualmente convergen sobre el juez: (1) la prohibición de abstenerse de juzgar o *principio de inexcusabilidad*, (2) la obligación de juzgar conforme al derecho²⁰ y (3) la prohibición de modificar el derecho, “son incompatibles entre sí en el caso de laguna y sólo pueden coexistir si el sistema es completo”. En consecuencia, contrariamente a lo que sostienen Kelsen y otros autores, consideran *insoluble* esa situación, a menos que se admita que el juez, en tal hipótesis, *crea una norma general*.

procedimiento de casación o de unificación (fallo plenario) que inserte como obligatoria alguna de las formulaciones posibles.

¹⁸ Más bien, si ocurre esto último, parece que la situación podría describirse mejor diciendo que el conjunto de los jueces ha comenzado a fundar sus decisiones en un enunciado normativo elaborado por ellos, que no está expresado en el orden jurídico, de modo que habrían introducido, ahora sí, una norma general de origen jurisprudencial, que se ha incorporado como una *norma consuetudinaria*.

¹⁹ En el apartado 6, bajo el título “¿Puede el juez resolver un caso de laguna sin modificar el derecho?”, ob. cit., p. 217 y ss.

²⁰ Cuando dicen ‘conforme a derecho’ hacen referencia a lo que denominan *sistema primario* o sistema del súbdito, esto es, las normas destinadas a regir la conducta de los individuos en general, que se distingue del *sistema secundario* o sistema del juez, cuyas normas se dirigen primordialmente a éstos (como las reglas enunciadas en el texto) y son consideradas normas de segundo nivel (o segundo grado) porque se refieren —directa o indirectamente— a otras normas (ob. cit., p. 213). Ver coincidencias con esta distinción en HART (1965).

Creo advertir un error en ese razonamiento. El error radica en considerar que, al ordenar al juez que resuelva el caso (1) y que funde su decisión en el sistema primario (2 y 3), el orden jurídico le exige atenerse —en los casos de laguna normativa— a las normas que, por definición, *no contienen* una solución para el caso a resolver. Se daría entonces un dilema sólo superable si el juez crea una norma general que modifica el sistema primario, porque si no infringiría la regla (2).

Pero la obligación de fundar la sentencia *en los casos de laguna normativa* no podría entenderse en el sentido de derivar una solución que sería *inhallable*. En el derecho argentino encontramos una pista interesante para comprender el alcance que cabe atribuir al deber del juez en estos casos. El art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield decía con clara y precisa redacción que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes”.²¹ El nuevo Código mantiene la directiva en su art. 3 que dice: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Aunque el nuevo texto suprime el refuerzo que tenía el anterior en punto a la inadmisibilidad de pretexto alguno basado en defectos de las leyes, nada obsta a que tal advertencia se conserve como pauta complementaria implícita a fin de delimitar los alcances del deber de resolver.²²

Es obvio que si el juez debe resolver el caso que le ha sido sometido a decisión aún en tales supuestos, en particular cuando hay *silencio* en la ley —o sea ausencia de regulación del caso—, el alcance del deber de juzgar no puede entenderse sino en el sentido que el juez puede *crear directamente* la norma individual, es decir, sin derivación de una norma general preexistente que solucione el *caso genérico* del cual el que debe decidir es una instanciación, puesto que tal norma general, por definición, *no está* o no permite una inferencia idónea debido a su *obscuridad* o *insuficiencia*.

En estos casos, pues, la obligación de juzgar (1) se cumple con la emisión de la sentencia cuyo contenido es puesto por el juez. Y la de sujetar la fundamentación del fallo al derecho vigente (sistema primario), reglas (2) y (3), se cumple con: (a) la verificación de que

²¹ La expresión ‘bajo pretexto’ contenida en el art. 15 del Código de Vélez, no puede entenderse en el sentido que el codificador considerase que en realidad no habría ‘silencios’ en la ley y sólo podrían surgir como un eventual ‘pretexto’ del juez para eludir su deber. Los términos del art. 16 del mismo Código muestran lo contrario. De modo que la directiva del art. 15 apuntaba simplemente al juez, para indicarle que no podía excusarse de cumplir con dicho deber alegando el silencio de la ley, hoy diríamos aduciendo la existencia de una laguna normativa. La fuente de este último (art. 4 del Código Civil francés) lo corrobora al añadir que si el juez se niega a juzgar con tales pretextos puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

²² Con alcance más general, así también lo ha sugerido MOISSET DE ESPANES (2016).

no hay en él una norma que contenga el caso genérico del que sería instanciación el caso a resolver y (b) proporcionando argumentos que puedan considerarse una *fundamentación razonable* de la decisión adoptada. De ese modo se cumple con el deber de *juzgar* en caso de *silencio*. Con las adaptaciones necesarias estaríamos ante un supuesto similar al del Código Civil Suizo al que se alude como ejemplo en NS.²³

En mi opinión, el argumento de que en estos casos el juez *crea una norma general*, una expresión que aparece contra-intuitiva, puede superarse considerando que, al imponer el deber de *juzgar a todo trance*, el orden jurídico presupone o contiene una autorización (explícita como en el ejemplo suizo o cuanto menos implícita) para que el juez en esos supuestos emita una norma individual, aunque *no sea* estrictamente derivable de una norma general contenida en el orden jurídico. Tal autorización forma parte del sistema del juez (sistema secundario) y es una consecuencia inescindible de la regla que le exige resolver el caso aún en ausencia de una norma general que prevea una solución para dicho caso; norma general que, además, el juez *no podría emitir válidamente*.²⁴

Dentro de este esquema, al igual que en el planteo formulado por AB en NS, carece de relevancia que la sentencia importe admitir o denegar la demanda, ya que en ambos supuestos se requiere una *fundamentación razonable* de la solución alcanzada (como expresa ahora el art. 3 del CCCN), aunque esta afirmación ha dado lugar a algunas discrepancias que examinaré más adelante.

Finalmente, debo atender otro argumento sugerido por Bulygin²⁵ en defensa de su tesis de que los jueces, al decidir los casos de laguna normativa, crean una norma general.

²³ Según el art. 1, segundo párrafo, de ese código, a falta de una disposición legal aplicable el juez debe pronunciarse según el derecho consuetudinario y, a falta de éste, *según la regla que él adoptaría como legislador* (traducción mía de la versión en italiano del código). El ejemplo fue citado por Kelsen (1944: 174).

²⁴ En el derecho argentino y en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, los jueces no están habilitados para emitir normas generales, salvo en algunas situaciones excepcionales ya aludidas, bien que podría decirse que, tanto en las sentencias de casación como en los fallos plenarios, la norma resultante está primordialmente dirigida a los mismos jueces y/o a los tribunales inferiores, de modo que se trataría de una regla secundaria. Como sea, es claro que la función asignada a los jueces consiste en el *conocimiento y decisión de las causas* en que les corresponde intervenir según las leyes de competencia (arts. 116, 75 inc. 12, 5 y 123, CN; art. 21, ley 48), en las cuales dictan sentencias (normas individuales). La emisión de normas generales (función legislativa o reglamentaria, arts. 75 y 99, CN), particularmente las que integran el sistema primario, está asignada a órganos diferenciados de los jueces.

²⁵ La observación fue hecha al conocer un borrador de este trabajo.

Se vincula con el principio de igualdad ante la ley. Dice que el juez no puede condenar a NN a hacer 'x' sin decir que todos en la situación de NN deben hacer 'x'. De manera que la norma que invoca como base de su decisión es una *norma general*, sin que importe que otros jueces no la apliquen, ya que, en todo caso, su ineficacia no le resta el carácter de general. Esta observación es más que sensata, pero no alcanza a mi modo de ver para derrotar los reparos antes señalados.

Como se ha dicho, podemos aceptar que el juez, al desarrollar los argumentos en que funda su decisión, de manera explícita o tácita, concluirá probablemente *formulando* un enunciado que expresa una 'norma general' comprensiva de la situación fáctica que configura el caso que está llamado a resolver. Pero ese enunciado, más allá de su eventual apariencia, *no puede ser considerado propiamente una norma*, porque no integra el sistema normativo. Solo es parte de la argumentación de la sentencia, fruto de las razones que el juez invoca para justificar su decisión, y como tal se parece más bien a una *proposición normativa*. Es cierto que ésta se define como una 'oración jurídica' que consiste en un 'enunciado externo acerca de las normas',²⁶ con clara referencia al lenguaje de los operadores jurídicos o de textos de doctrina, pero no advierto obstáculo en que con esa expresión se haga referencia a los asertos contenidos en los considerandos de la sentencia, que, sin ser textos doctrinarios, están destinados a *informar* sobre las razones en que el juez funda su decisión.

De todos modos, cabe reiterar que una cosa es *argumentar* con base en que NN, en la situación H, al igual que cualquier otro en su lugar, debe hacer 'x', y otra distinta sería decir que, al resolver el caso, el juez *incorpora* al sistema una norma general que impone hacer 'x' en la situación H.

La observación de Bulygin parece dar a entender que el carácter general de la norma que, según él, emite el juez, vendría impuesto como consecuencia del principio de igualdad, puesto que al condenar a NN a hacer 'x' tiene que afirmar que todos en la situación de NN deben ser condenados a hacer 'x'. Sin embargo, el juez no necesita afirmar eso —ni lo hace habitualmente—, porque la regla que impone la igualdad de todos los habitantes ante la ley es una *norma* que *ya integra* el orden jurídico.²⁷ Por eso no es necesario que el juez

²⁶ Estas expresiones provienen de un valioso trabajo de BULYGIN (1991), donde traza un análisis comparativo con las exposiciones de Hart y Dworkin.

²⁷ En el derecho argentino está expresada en el art. 16 de la CN. Está primordialmente (aunque no exclusivamente) dirigida a los diversos órganos del gobierno, los que tienen funciones legislativas o reglamentarias y también los jueces, lo que permite atribuirle el alcance de una regla secundaria. Es una regla aceptada en casi todos los ordenamientos legales, aunque podría no existir, como en los regímenes monárquicos absolutistas o en otros contemporáneos no menos desagradables.

introduzca cada vez un cuantificador universal al fundar sus decisiones, *trátase o no de un supuesto de laguna*. Y si el juez lo hiciera, siguiendo el argumento de Bulygin, para satisfacer la exigencia de igualdad, no implicaría introducir una nueva norma general, pues una afirmación de esa índole tendría solo el alcance ya señalado, sin que se extienda más allá de la solución concreta que ha diseñado para el caso que tiene que resolver.

V. El problema de la fundamentación de la sentencia en supuestos de laguna. Incidencia de las reglas del nuevo Código y de la práctica judicial

A esta altura, una pregunta que cabe formular sería: ¿cómo o sobre qué bases puede el juez construir los fundamentos de su sentencia cuando falta una norma que establezca una solución para el caso genérico sobre el que tiene que decidir? La cuestión es compleja, trasciende los esquemas lógico-normativos y sus reglas de inferencia, y requiere analizar otros aspectos que pueden incidir en la respuesta.

V.A. Alcances del problema

Por una parte, el punto de partida sería, naturalmente, considerar que para justificar el dictado de una norma individual conforme con un sistema S (o también llamado “S”) es necesario hallar una norma general de S de la que se deduzca la calificación deóntica que realiza la norma individual. Esta premisa subyace en la exposición de NS, pero llevada al extremo en supuestos como el que nos ocupa, conduce a que la cuestión se torne insoluble, como allí mismo se expresa. Ya que si una sentencia se encuentra justificada *si y solo si* hay una norma general que prevé el caso genérico que corresponde al caso individual a decidir, entonces en *ningún* supuesto de laguna normativa la sentencia podría estar fundada, porque en tales casos, por definición, esa norma general no existe, a menos que sea puesta por el juez.

Por otra parte, desechado ese enfoque por los reparos que he señalado en apartados anteriores, la vía alternativa propuesta no está libre de dificultades. Es cierto que las reglas *secundarias* de S, es decir, las que determinan la competencia material, territorial, etc., para juzgar el caso, así como las que dicen cómo tiene que proceder el juez en esos supuestos, v. gr.: las que exigen que la sentencia esté fundada (art. 163, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) o ‘razonablemente fundada’ (art. 3 CCCN), pueden no parecer suficientes por sí solas para suplir el vacío normativo, porque no anticipan una solución concreta del caso y podrían justificar *cualquiera* de las alternativas posibles (*i.e.* admitir o

rechazar la demanda).²⁸ Pero caben aquí un par de advertencias: (a) por lo pronto, dichas reglas sí cumplen el papel que en el clásico esquema kelseniano se asigna a una *norma superior*: decir quién y cómo debe dictar la *norma inferior*, condiciones necesarias de esta última, y (b) aunque esas reglas secundarias no provean una solución concreta para el caso genérico (*ergo* para el individual a resolver), suelen establecer parámetros para su determinación y, en correlación con el resto de las normas del sistema, fijan los límites a que se tiene que ajustar el juez en esa tarea.

En primer lugar, aunque parezca obvio, la solución que adopte el juez tiene por límite la antijuridicidad, al decidir el caso *no puede contrariar* las normas del sistema primario. Esa alternativa se encuentra vedada, porque el juez debe obediencia al orden legal y entre los delitos penales se prevé el *prevaricato*.²⁹ A menos que declare la inconstitucionalidad (o invalidez) de una norma, el juez no puede contradecirla. Ese límite, sin embargo, no le impide crear una solución para un caso que no sea directamente derivable de una norma del sistema primario.

Por cierto, fundar la sentencia en los supuestos de lagunas normativas, desde que se trata de conductas no normadas o casos cuyas propiedades no aparecen reflejadas en las normas generales, exige al juez elaborar *ex novo* una solución. Labor compleja, en la que podría, v. gr., redefinir términos normativos, invocar argumentos *a fortiori* o *a pari*, dos especies del argumento por *analogía*,³⁰ o aún aplicar los llamados *principios generales del derecho*, bien que esos u otros instrumentos tienen que ser especificados en su relación con el caso concreto. Desde un punto de vista pragmático, el grado de discrecionalidad puede variar en función de las características del caso, y lo que podría llamarse la porción *creativa* de la decisión varía correlativamente.

Para examinar más de cerca vías posibles de respuesta al interrogante inicial será útil analizar algunas alternativas que proporcionan los modelos legislativos y la práctica judicial.

²⁸ Esta observación fue hecha por Ezequiel H. Monti en el Seminario permanente de Lógica y Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, co-dirigido por Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta.

²⁹ El art. 269 del Código Penal Argentino impone una sanción al “juez que dictare *resoluciones contrarias a la ley expresa* invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas” (lo transcrito en cursiva pertenece al autor).

³⁰ Ver el precursor estudio de ALCHOURRÓN (1961), reproducido en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991).

V.B. La solución del Código Civil Suizo

Siguiendo el ejemplo que se propone en NS, cabe examinar si sería suficiente para justificar la sentencia en los casos de laguna, una regla como la del C.C. Suizo que, en tales casos, habilita al juez para decidir *según la regla que él adoptaría como legislador*.

BA dicen que sí. Comparto esa respuesta, aunque creo pertinente advertir que dicha regla, pese a su apariencia, no contiene un *cheque en blanco* para que el juez disponga *cualquier cosa*. De hecho, el mismo artículo 1 del C.C. Suizo, en el párrafo (3) que sigue al transcripto, añade que el juez tiene que atenerse a *la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas (sic)*. De modo que la facultad conferida al juez no es tan *abierta*, por ejemplo, no significa un permiso para indagar libremente los ‘fines’ a los cuales, según su creencia o lo que su ideología le dicta, debería adecuarse la solución del caso. Aun cuando no tuviera ese agregado, no cabe suponer que la regla citada habilitaría al juez, por ejemplo, a contradecir otras normas (primarias o secundarias) de S, como condenar a quien no ha sido parte, imponer una obligación sin causa, admitir una conducta prohibida, etcétera.

Es que el rol de *legislar* —salvo el lejano primer constituyente— siempre se encuentra en alguna medida acotado. El Parlamento tiene el límite impuesto por la constitución. Y en el caso del juez, si bien no suele usarse la expresión ‘legislar’³¹ para aludir a la emisión de normas individuales (sentencias), es claro que el contenido de éstas está acotado por las normas generales del sistema (constitución, leyes, etc.). Por eso, cuando el C.C. Suizo utiliza esa expresión que parece un tanto insólita referida a los jueces, les confiere a éstos la potestad de decidir el caso de laguna *como si fuese legislador*, en el sentido de configurar una solución normativa no contenida en las normas generales del sistema, pero *no los convierte en legisladores*, sino que siguen siendo jueces. El genuino legislador podría alterar otras normas generales del sistema, derogarlas o modificarlas. Estas alternativas no le son dadas al juez en el caso de laguna. Su rol *legislativo* se agota en introducir una solución *para el caso que juzga* que no estaba contenida en las normas de S, pero no podría modificar otras normas de S. Creo que este es un dato relevante para sustentar mi observación a NS.

³¹ Kelsen la usa cuando sostiene que, entre el supuesto en que el tribunal aplica normas del derecho sustantivo ya existente como cuando se halla autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente el caso (creando la norma), sólo media una diferencia de grado. Expresa: “al prescribir una sanción, el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho, del mismo modo que el legislador es siempre órgano aplicador de normas jurídicas, en cuanto la legislación es acto de cumplimiento de preceptos constitucionales” KELSEN (1969: 173).

V.C. La cuestión en el derecho argentino: el código de Vélez Sársfield y el nuevo CCCN

¿Eran equiparables a la regla del C.C. Suizo las directivas contenidas en los arts. 15 y 16 del Código Civil de V. Sársfield? En su caso, ¿pueden esas reglas considerarse contradictorias en cuanto obligan al juez a fallar (aún en caso de *silencio* de la ley) y, a la vez, le imponen atenerse a la ley que, por hipótesis, no resuelve el caso? La respuesta a estos interrogantes ¿es predicable también de las reglas correlativas del nuevo código, arts. 3, 1 y 2?

El art. 15 del código de Vélez se refería al *silencio* de la ley, por tanto, parece que se impone una respuesta afirmativa a la primera pregunta. Y en cuanto a la segunda, tal como se hubo ya expresado en el párrafo IV, creo que no había contradicción, punto en el que no coincido con NS. En el contexto del código cabía interpretar que la obligación de fallar ‘aún en caso de silencio’ (art. 15) suponía precisamente, por necesaria implicación, la ausencia de una norma general aplicable al caso, lo que equivale a decir que *no había una ley* a la cual sujetarse. El art. 16 completaba el esquema normativo y despejaba cualquier duda sobre su coherencia. La obligación de fallar existía siempre, aún en caso de laguna (*silencio de la ley*). En estos casos, cuando la cuestión no encontraba respuesta en la *letra* ni en el *espíritu*³² de la ley, el art. 16 le indicaba al juez que buscara la solución en los ‘principios de leyes análogas’ y, en su caso, en ‘los principios generales del derecho’.

De esa manera, el código le proporcionaba al juez criterios, ciertamente amplios, para justificar su decisión. Pero hay que enfatizar una vez más que *amplitud* no quiere decir ‘cualquier argumento’, pues rigen los límites a que ya hice referencia antes y, por otra parte, los criterios para encontrar una solución no eran totalmente vacuos, podían orientar al juez en la tarea de *formular* un enunciado continente de una solución para el caso genérico, que permitiera derivar la norma individual para el caso a decidir. Por las razones que veremos en seguida, por encima de diferencias de pluma, creo que este panorama no ha cambiado en el código vigente y la respuesta al último interrogante sigue siendo afirmativa.

El nuevo código ha mantenido en su art. 3 la exigencia del viejo art. 15, cuyo epígrafe dice precisamente *deber de resolver*, aunque la parquedad de la nueva regla hace necesario, como señalé, acudir al texto anterior para recordar que ese deber no cesa ante posibles deficiencias de las normas a aplicar o ante la ausencia de norma. Y así como el art. 16 del

³² Esta referencia al *espíritu* de la ley, permitía considerar que el caso se hallaba implícitamente comprendido en la norma, aunque no en su expresión literal. Solía leerse como alusión a la *ratio legis*, a las razones subyacentes en las normas del sistema respecto de la materia legislada.

código anterior era el complemento apropiado de la obligación de fallar, hoy suplen ese papel los arts. 1 y 2 del CCCN. Esas reglas requieren un análisis más detenido ya que pueden suscitar ciertos problemas de orden técnico que deben ser advertidos.³³ Veamos.

V.C.1. El artículo 1 primera parte CCCN

El art. 1 tiene como epígrafe ‘fuentes y aplicación’, términos que se refieren al ‘derecho’, ya que éste es el título del capítulo donde se encuentra. La expresión ‘fuentes del derecho’, sin embargo, es equívoca y puede inducir a confusión.³⁴ Asimismo, el art. 1 CCCN comienza con una tautología. Dice que “los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables”. Pero, afirmar que una norma *rige un caso* significa que esa norma le es aplicable, de modo que cuando se alude a *los casos regidos por este código*, no se dice otra cosa que el código les es aplicable. Por tanto, la citada frase equivale a decir que: ‘los casos que deben ser resueltos según este código, deben ser resueltos según este código’. Las tautologías no son algo ‘malo’, la lógica se nutre constantemente de ellas, pero por encima de su apariencia, no dicen nada acerca del mundo, ni del mundo físico ni del mundo de las normas, de ahí el desacierto de esa frase inicial.

El art. 1 añade que los casos deben resolverse ‘conforme con la Constitución Nacional y los tratados’ —una directiva innecesaria porque los jueces *deben* aplicar esas normas (art. 31 CN y art. 21 ley 48)—, y a continuación expresa que: “[A] tal efecto [o sea para la aplicación de las leyes] se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”. Esta exigencia de considerar ‘la finalidad de la norma’ que se ha de aplicar, expresada en singular, alude

³³ Al respecto, ver MONTI (2012), en donde expuse mis objeciones a esos textos cuando aún eran parte de un proyecto.

³⁴ Las llamadas *fuentes formales*, es decir las que son *vinculantes* para el juez y a las que se refiere el artículo, no son una entidad diferente del *derecho*, algo que tendría una existencia independiente frente a éste. Por el contrario, las normas legales o consuetudinarias, que se enuncian como *fuentes formales*, en tanto forman parte del orden jurídico vigente, *son* en verdad el derecho mismo. A su vez, las denominadas *fuentes materiales* normalmente hacen referencia a elementos extrajurídicos que, aunque varían según los autores, suelen aludir a los múltiples factores o motivaciones que *ejercen influencia* sobre los órganos de aplicación. La confusión que empaña el uso de la expresión, habitualmente aplicada a fenómenos disímiles entre sí, hace que su utilidad resulte al menos opinable. Los agregados a la palabra *fuentes* (formal-material) no resuelven el problema, porque más allá que las normas que integran un orden jurídico aparecerían como ‘fuentes’ de sí mismas, el uso promiscuo de esa palabra insinúa la presencia de un factor *común*, que induce a situar en una misma línea tanto a la ley como a la jurisprudencia, los ‘principios’ o ‘valores’, las opiniones doctrinarias, la equidad, la razón, etc., lo que empalidece la necesaria diferenciación entre las normas generales y las motivaciones que pueden incidir en los órganos encargados de su creación o aplicación. Sobre este problema ver Monti (2009).

inequívocamente a la *ratio legis*, la razón que justifica la existencia de dicha norma. Es un antiguo principio de hermenéutica jurídica,³⁵ que se reitera luego en el art. 2 relativo a la interpretación de las leyes.

V.C.2. El artículo 1 segunda parte CCCN

La parte final del art. 1 CCCN alude a los usos, *prácticas* y *costumbres*, que “son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Mantiene así la solución del art. 17 del código anterior,³⁶ pero al enfatizar el carácter *vinculante* de las normas consuetudinarias *praeter legem*, es decir, las que rigen en situaciones no regladas legalmente, habilita a los jueces para aplicarlas directamente, sin invocación de parte. No es afortunada, en cambio, la inclusión del supuesto en que “*los interesados*” se refieren a los usos y costumbres: (i) ante todo debió decir *cuando las partes en sus convenciones* se remiten a ellos; (ii) pero éste no es un caso de aplicación de la costumbre en cuanto tal, pues ella sólo resulta aplicable como parte del contrato mismo (norma individual), merced a la fuerza obligatoria que le acuerda una norma legal (art. 959 CCCN).

Se ha señalado también el pleonasma que implica el agregado de la palabra ‘prácticas’ porque estaría ya implicada en los otros dos términos usados, que tienen una larga tradición en el lenguaje jurídico.³⁷ Sin embargo, el término incorporado puede servir para reforzar la tesis sostenida por MOISSET DE ESPANES (2016) en el sentido que los vacíos y silencios del nuevo código sobre tópicos que estaban regulados en el código de Vélez y que han desaparecido con la global derogación de su articulado, sin que se establecieran soluciones contrarias, podrían conservar vigencia como ‘costumbres’ a través de esta regla

³⁵ En este sentido dice LLAMBIÁS (2003: 99) que ‘el motivo de la norma, o ‘ratio legis’, es la razón que la justifica, la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción la norma busca y por consiguiente se erige en fin de su institución’..

³⁶ La redacción anterior, al partir del principio inverso [los usos y costumbres *no pueden crear derechos sino...*], tendía a reforzar la prelación de la ley escrita (art. 19 CN) sobre las normas consuetudinarias, tal vez porque éstas, al no estar formuladas, carecen de la precisión de las normas escritas. De todos modos, el actual art. 1, con otra redacción, mantiene la misma solución pues, al final del texto, excluye la fuerza obligatoria que se confiere a las normas consuetudinarias cuando ellas fueran *contrarias a derecho*.

³⁷ Nada se dijo en los fundamentos del proyecto. El diccionario de la RAE para la acepción pertinente define ‘práctica’ así: *uso continuado, costumbre o estilo de una cosa*. De manera que el significado de la expresión se diluye en la sinonimia con las otras palabras (usos, costumbres). Para exhibir alguna singularidad tendría que tener un complemento, v. gr. *prácticas forenses, comerciales, etc.*; pero el texto guarda silencio, de modo que todas ellas estarían comprendidas.

del art. 1 *in fine*, CCCN.³⁸ Siguiendo esa idea podría interpretarse que la palabra ‘prácticas’ incluye en su referencia a las prácticas *forenses*, entendidas como un catálogo de las soluciones observadas por los tribunales y la doctrina respecto de los casos que ya no están regulados, soluciones que se hallaban cristalizadas en las antiguas disposiciones del código centenario y que vendrían a recobrar aplicabilidad por esta vía indirecta.

V.C.3. El artículo 2 CCCN

Este artículo, bajo el epígrafe de *interpretación*, viene en rigor a suplantar el 16 del anterior código. Comienza indicando cómo debe ser interpretada la ley: “teniendo en cuenta sus palabras”, a lo que añade “sus finalidades”. Esta expresión debe entenderse circunscripta a la *ratio legis*, la razón que justifica la norma que se interpreta, en clara correlación con igual referencia contenida en el art. 1, como se ha dicho.³⁹

La secuencia siguiente plantea un problema al referirse a las ‘leyes análogas’, puesto que su principal función no consiste en servir de meros instrumentos para interpretar otro texto legal, sino más bien en proporcionar *pautas para resolver los casos no previstos*, es decir, suplir los vacíos o lagunas del ordenamiento legal. Los autores del proyecto, en los *fundamentos*, para justificar ese rol secundario que se atribuye a las leyes análogas, afirman que no son tratadas como *fuentes*, sino como criterios de interpretación, ‘para dar libertad al juez en los diferentes casos’ (*sic*). La frase es bastante enigmática, aunque parece indicar que el juez puede emplear la analogía en ambos sentidos. A renglón seguido destacan que la función hermenéutica tiene importancia en supuestos en que pueda haber “discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales”.

Hay aquí una confusión. Si dos normas rigen un mismo caso, una legal y otra consuetudinaria, de ser ellas compatibles la solución es integrarlas en procura de una solución adecuada del conflicto. Pero si fuesen incompatibles, se impone la prevalencia de

³⁸ En ob. cit. MOISSET DE ESPANES (2016).

³⁹ Este es el criterio que ha prevalecido en la doctrina. En los fundamentos del proyecto se insiste en evitar un anclaje histórico (v. gr. la intención del legislador) y se dice que la regla apunta a considerar las finalidades objetivas del texto normativo al momento de su aplicación. Otros criterios atribuyen mayor amplitud significativa a la referencia a los *finés* en esta materia, pero con la consecuencia que, en función de la finalidad, se podría alterar o apartar el propio texto normativo, como en el Código Civil soviético cuya declaración inicial decía: “la ley protege los derechos privados siempre que no sean ejercidos contrariamente a su fin económico y social”; lo que dio lugar a notorias arbitrariedades. Al respecto ver RÉBORA (1960: 63 y ss.).

la norma legal, tal como lo exige el art. 1 *in fine*. El argumento es, pues, sólo aparente, y deja sin previsión clara qué ocurre con la otra función de las ‘leyes análogas’, que es precisamente la principal, es decir, suplir los vacíos de la ley. Pero más allá de lo que pensaron los autores del proyecto, el texto legal (que suele ser más sabio) no excluye esta última. Antes bien, es dable entender que comprende a ambas, ya que al decir que la ley debe ser interpretada *teniendo en cuenta* —entre otras cosas— *las leyes análogas*, ese *tener en cuenta* es tanto para precisar el alcance de sus disposiciones (en clave Vélez diríamos para superar la *obscuridad* o *insuficiencia* de la ley), como para llenar sus vacíos (*idem*, su *silencio*).

El art. 2 agrega la indicación de tener también en cuenta los ‘tratados sobre derechos humanos’ y ‘los principios y los valores jurídicos’. Sobre esta última expresión puede hacerse una advertencia similar a la atinente a la analogía, en tanto, como pauta hermenéutica, principios y valores contribuyen también a suplir las lagunas. En punto a cuáles tienen que ser los principios o valores computables, cabe entender que se trata de aquellos *derivables* del propio sistema jurídico,⁴⁰ como parece indicarlo la frase final del mismo artículo al decir: *de modo coherente con todo el ordenamiento*. Dicho criterio tiene necesaria correlación con una pauta interpretativa consagrada secularmente, en el sentido que la interpretación de las leyes no puede ceñirse a textos aislados, sino que debe ser *sistemática*. En las palabras de la Corte Suprema de la Nación,⁴¹ requiere dar a cada una de sus disposiciones normativas pleno valor y efecto, sin oponer las unas a las otras.

V.C.4. *La cuestión en la práctica judicial: análisis de casos o situaciones no reglados expresamente*

Uno de los tantos méritos que cabe reconocer a NS es el haber ideado un modelo de análisis de casos —configurados en función de propiedades definidas normativamente y en conexión con un conjunto de soluciones derivables del orden jurídico— que permitió obtener una definición más refinada de laguna, pero que, a la vez, consiguió poner la lógica normativa en contacto directo con la realidad de los problemas con que tienen que lidiar abogados y jueces. Aún hoy se sigue utilizando ese modelo basado en el caso de las adquisiciones de inmuebles a *non domino* y la existencia o no de obligación de restituir el

⁴⁰ Tal vez era preferible mantener la fórmula *principios generales del derecho* que estaba en el art. 16 del código anterior y que conservó el proyecto de 1998 (art. 5), por su arraigo en nuestra tradición jurídica.

⁴¹ Fallos: 303:278, 696, 1041; 304:1181; 307:518; 311:1614, 1833, 2091; 312:193, 295, 1461, 1614; y muchos otros.

bien por parte de un adquirente a título oneroso y de buena fe.⁴² Teniendo en cuenta ese antecedente, puede ser útil traer a colación otro ejemplo de una situación que no se hallaba prevista legalmente, a fin de examinar el problema de la fundamentación de la sentencia en la práctica judicial.

Se trata de la situación del adquirente de buena fe de un inmueble, mediante ‘*boleto de compraventa*’,⁴³ que ha abonado un 25 % del precio convenido. Esta situación se hallaba prevista en el art. 1185 bis del Código Civil anterior (texto agregado por la ley 17.711 en 1.968), que establecía la *oponibilidad* del boleto de compraventa otorgado en esas condiciones al concurso o quiebra del vendedor.⁴⁴ Ese artículo, empero, no daba respuesta a la situación en que el derecho del titular del *boleto* pudiera verse afectado en el marco más reducido de una ejecución individual, en la que un acreedor del vendedor podía obtener el embargo cautelar del inmueble y la subsiguiente ejecución para cobrar su acreencia con el producido de la venta judicial. En este caso ¿era aplicable la misma solución prevista para la ejecución colectiva operada en el concurso o quiebra del vendedor? La respuesta no era unívoca. Algunos tribunales entendían que la norma no era aplicable a ese caso porque literalmente sólo se refería al ‘concurso o quiebra’, mientras que otros daban una respuesta afirmativa,⁴⁵ basados en que el supuesto de la ejecución individual podía

⁴² La cuestión ha sido resuelta hoy expresamente en el art. 392 del nuevo CCCN, que trata los efectos de la nulidad de actos jurídicos respecto de terceros en cosas registrables, en sustitución del art. 1051 del Código de Vélez. Su parte final dice: los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho. La solución es congruente con la jurisprudencia mayoritaria anterior (ver: CNCom, sala C, 23.10.2009, ‘Dayjo SAICFIC v. Chein, Jorge y otros s. ordinario’).

⁴³ Un instrumento privado de uso frecuente en las operaciones inmobiliarias, pero cuyo perfeccionamiento requiere de la escritura pública, que luego se inscribe en el registro inmobiliario para su publicidad respecto de terceros.

⁴⁴ Esta previsión debía su origen a una circunstancia que había tenido cierta notoriedad en los años ’60, cuando la quiebra de varias empresas constructoras había afectado a numerosos adquirentes de departamentos con *boleto de compraventa*, la mayoría en posesión de esos inmuebles destinados a vivienda, dejándolos sin protección frente a los otros acreedores de la fallida, al ejecutarse aquellos inmuebles en el procedimiento de realización del haber concursal. Este origen explica que en la ley de concursos 19.551 se incluyera una prescripción idéntica al art. 1185 bis, con el solo agregado de que el inmueble fuese destinado a vivienda, requisito que fue luego suprimido en la nueva ley de concursos 24.522 (art. 146) quedando igualados ambos textos.

⁴⁵ Esta tendencia prevaleció en el nuevo código, que dedica sendos artículos para cada supuesto. Uno genérico, que confiere *prioridad* al derecho del comprador de buena fe con boleto de compraventa sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido, detallando varios requisitos: pago del 25 % del precio antes de la traba, que hubiera contratado con el titular registral del inmueble o algún sucesor legítimo de él, que el boleto tenga fecha cierta y que la adquisición tenga publicidad registral o posesoria (art. 1170 CCCN); el primero de esos requisitos estaba explícito y los

considerarse implícitamente incluido en la norma o guardaba sustancial *analogía* con el previsto en ella. Al pronunciarme en un caso donde se había planteado la cuestión, opté por esta segunda alternativa, como uno de los argumentos para justificar la decisión en favor del adquirente con boleto, frente a la acción de un acreedor del vendedor, con base en *los principios de leyes análogas*, según preveía el art. 16 del C. de Vélez.⁴⁶ Recordaré brevemente un pasaje de lo argumentado en tal sentido pues se vincula con los desarrollos precedentes.

Sostuve que esa solución hallaba sustento en “*los llamados argumentos a fortiori y a pari*”, en cuanto *permiten extender una solución normativa a casos diversos de los literalmente reglados, pero que aparecen relacionados con ellos, sea porque el principio legislado les es aplicable con mayor razón (a fortiori, relación transitiva y asimétrica), sea porque se hallan en paridad de circunstancias (a pari, relación transitiva, simétrica y reflexiva), tal como hace ya varias décadas los explicara Carlos E. Alchourrón en un meduloso artículo publicado en la Rev. Jurídica de Buenos Aires (‘Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari’, 1961, vol. IV, p. 177).*⁴⁷ No cabe duda, a mi ver, que si el adquirente de un inmueble en las condiciones descriptas por el art. 1198 bis puede hacer prevalecer su derecho respecto del conjunto de todos los acreedores del vendedor, en la situación más crítica para el patrimonio de éste y, por ende, para la posibilidad de aquéllos de satisfacer sus acreencias, con mayor razón será oponible su derecho a un acreedor individual del vendedor in bonis, que cuenta con mejores posibilidades de cobro al poder agredir aún los restantes bienes de éste. Y si se quiere, desde el punto de vista de la situación correspectiva de los sujetos en conflicto, no se advierte qué diferencia podría aducirse en el caso entre la ejecución individual y la colectiva, susceptible

otros eran exigidos como presupuestos de la buena fe y su exteriorización. El otro artículo mantiene la oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra del vendedor (art. 1171 CCCN).

⁴⁶ En la causa ‘*Saiegh, Daniel O. s. tercería de dominio en Mariezcurrena v. Ajón s. ejecutivo*’ la CNCom, sala C, el 25 de septiembre de 2001, resolvió el conflicto a favor del derecho invocado por el comprador con boleto, quien había adquirido el inmueble veintiséis años antes, tenía desde entonces la posesión, había abonado la totalidad del precio y contaba con una sentencia anterior que había ordenado la escrituración del bien a su favor, la que no se había concretado. El tribunal admitió la tercería deducida por el comprador, aunque para alcanzar esa solución, mis dos colegas sólo se basaron en las peculiares características del caso y no en la aplicación del art. 1185 bis del código anterior.

⁴⁷ La idea central que ALCHOURRÓN (1961) expuso en ese trabajo consistía en mostrar que, a pesar del uso promiscuo que los juristas hacen de ciertos argumentos que consideran como parte de una ‘lógica jurídica’, en particular los argumentos *a fortiori*, no utilizan adecuadamente esos instrumentos, entre otros motivos porque omiten pasos necesarios en el razonamiento. Suele haber así premisas que permanecen implícitas, como si fuesen saltos lógicos, lo que puede llevar a deducciones erróneas o inválidas. Con ejemplos demostró cómo debían desarrollarse esos argumentos y puso en evidencia que, con esas advertencias y enriquecidos por la ‘lógica de las relaciones’, los antiguos argumentos mantenían su utilidad, sin que fuera menester abandonarlos en función de la ‘experiencia’ o de una supuesta ‘nueva lógica’ como proponía una opinión criticada por el autor.

de incidir de algún modo en la oponibilidad del derecho del adquirente, estatuida en la norma tantas veces citada (argumento a pari)''.

El párrafo transcrito recuerda el valioso ensayo de ALCHOURRÓN (1961), aunque el desarrollo argumental no tuvo la completitud que aquél aconsejaba.⁴⁸ A la vez, dicho párrafo ejemplifica un modo de justificar la solución alcanzada en la sentencia respecto de un caso no previsto en el derecho vigente, con base en una argumentación *intrasistemática*. Vale decir, fundada en: (i) las reglas secundarias contenidas en el ordenamiento legal, (ii) los procedimientos o métodos de inferencia que esas mismas reglas indican, y (iii) las normas primarias del sistema que, en función de los referidos métodos, cabe considerar relevantes.⁴⁹

En suma, el análisis del problema que plantea la fundamentación de la sentencia en casos de lagunas normativas, muestra el uso de ciertas reglas y esquemas argumentales que tienden a proporcionar a los jueces medios para resolver esos casos, en tanto se hallan habilitados para configurar una solución no prevista en el sistema vigente. Pero tales reglas no representan más que eso, es decir, criterios o pautas de adecuación que el juez puede utilizar para la solución del conflicto que debe resolver; ellas no anticipan la solución ni pueden considerarse en modo alguno como una suerte de ‘principios de clausura’ en el derecho privado. Sobre este tema versa, precisamente, el apartado siguiente.

⁴⁸ En efecto, hay varias premisas implícitas o que requerirían un desarrollo más preciso. Por ejemplo: el adquirente de un inmueble con boleto de compraventa en la situación descrita por el art. 1185 bis (la designo como Q) podía oponerse a la ejecución del bien dispuesta en la quiebra del vendedor para satisfacer los créditos de los acreedores de éste; esto significa que, en la situación (Q), la ley daba prioridad al derecho del adquirente en el conflicto con el derecho de todos y cada uno de esos acreedores de agredir los bienes inscriptos a nombre de su deudor. La razón para conferir tal prioridad era preservar incólume la situación del adquirente. Las connotaciones propias de (Q) hacen que tal situación fuera la *más gravosa* para los acreedores del vendedor, en orden al mayor grado de dificultad para el cobro efectivo de sus créditos. En consecuencia, es dable inferir que, en toda situación *menos gravosa* para dichos acreedores que (Q), correspondía reconocer esa misma prioridad; la ejecución individual (EJ) es una situación *menos gravosa* que (Q) para cualquier acreedor en orden al grado de dificultad para el cobro de su acreencia; por tanto, cabe admitir la citada prioridad en la situación (EJ).

⁴⁹ En este sentido, recordando el antiguo art. 16 del Código de Vélez, si la solución del caso no está explicitada en la ley (en su *letra*), puede hallarse *implícita* en la norma (en su *espíritu*), v. gr.: si un menor puede celebrar contrato de trabajo a partir de los 14 años, puede recibir el pago de su retribución, dar recibo, hacer aportes, etc.; o bien, la solución puede ser inferida por *analogía* (como en el ejemplo mencionado), o con base en los llamados *principios generales del derecho*, hoy ‘principios jurídicos’, que son reglas muy amplias (explicitadas como tales o reiteradas en múltiples normas más específicas), aplicables en una categoría de materias, como por ejemplo, en las relaciones patrimoniales, la regla que veda el enriquecimiento sin causa, o más amplia aún, como la que prohíbe causar un daño injustificado.

VI. La tentación de convertir el derecho privado en un sistema cerrado. Respuesta a ciertas reminiscencias ‘cossianas’

El interrogante con que iniciamos el acápite anterior no ofrecería dificultades para quienes consideran que el derecho *siempre* tiene una solución para cada caso posible. Este parecer, en cuanto niega que haya lagunas, ha sido respondido con sólidos argumentos en NS,⁵⁰ y aquí aceptaremos la tesis allí expuesta en el sentido que, salvo en los que cabe llamar sistemas *completos*,⁵¹ tales lagunas existen. Otra opinión, muy cercana a la primera, si bien admite la posibilidad de lagunas normativas, considera que los jueces pueden resolver todos los casos sometidos a su decisión, incluidos los de laguna o no regulados, sin modificar el derecho existente. Esta tendencia tiene una larga prosapia que, en cierto modo, se remonta entre nosotros a Carlos Cossio. En época más reciente, en este punto de vista convergen diversas variantes, como las expresadas por Juan Ruiz Manero, Fernando Atria y Manuel Atienza,⁵² entre otros.

El famoso circunloquio *cossiano* afirmaba que puede haber lagunas *en la ley*, pero no hay lagunas *en el derecho*, simplemente porque hay jueces. Tal como advirtiera en su momento CARRIÓ (1965), lo cierto es que esa respuesta, además de introducir confusión por un uso equívoco de las palabras ‘ley’ y ‘derecho’,⁵³ no resuelve el problema de las lagunas. En su momento pudo servirle a Cossio para hablar de la ‘plenitud hermética del derecho’,

⁵⁰ Ver los capítulos VII y VIII; también las observaciones de BULYGIN (1974: 84 y ss.)

⁵¹ Como los regímenes penales donde rige la regla *nulum crimen nulla poena sine lege*. Esta regla, según opinión común, opera como una norma expresa de clausura, en el sentido que si una conducta (acción u omisión) no aparece descripta (tipificada) en alguna de las figuras penales, entonces, desde el punto de vista penal es facultativa para los individuos.

⁵² Las referencias que se realizan en el presente apartado a Manuel Atienza, Fernando Atria y Juan Ruiz Manero están tomadas de comentarios efectuados en los caps. III y IV de BULYGIN (2009), por su autor.

⁵³ En la frase citada la palabra ‘derecho’ parece oponerse a ‘ley’. En nuestra doctrina se suele distinguir entre ley en *sentido material*, como sinónimo de *norma general*, cualquiera fuese el órgano que la hubiere emitido (es decir, sea el parlamento, o también el poder ejecutivo en ejercicio de su facultad reglamentaria o un órgano administrativo, etc.), y ley en *sentido formal*, que serían sólo aquellas que emite el congreso o una legislatura. Podría pensarse que en la frase citada la palabra ‘derecho’ se usa como ‘ley en sentido material’, o sea con una denotación más amplia (que incluiría, por ejemplo, las normas consuetudinarias), mientras que la palabra ‘ley’ vendría usada en su sentido restringido o formal. Sin embargo, dada la conclusión a que arriba (*no hay lagunas en el derecho porque hay jueces*) parece que la noción de *derecho* en este contexto es usada con un alcance distinto, que dejaría de lado la idea central del ‘orden jurídico’ como un conjunto ordenado de normas y se acerca más al lenguaje de los sociólogos cuando hacen referencia a un aspecto (subsistema) del sistema social global (organización de la sociedad en su conjunto) cuya función consiste en dar respuesta a los conflictos o demandas que se plantean dentro del grupo social.

pero la afirmación en sí es casi trivial, ya que el *quid* de la cuestión consiste, precisamente, en saber si el juez puede (o no) derivar del orden jurídico (más exactamente de sus normas *primarias*) soluciones para todos los casos que le toca juzgar.

Las otras opiniones mencionadas, a las que sólo me referiré superficialmente⁵⁴ y en la medida que interesa a los fines de este trabajo, parecen coincidir, a través de diversas vías argumentales, en que el juez —al contrario de lo expresado en NS— no tiene *discrecionalidad* para resolver los casos de laguna, ya que éstos pueden encontrar solución en el derecho existente. De ese modo procuran despejar o minimizar la significación del problema.

Atria sostiene que las lagunas normativas, de existir, no implican que el juzgador tenga discreción para admitir o rechazar la pretensión deducida en tales supuestos. Porque la tarea del juez consiste en verificar si el demandado ha violado una norma primaria o no, debiendo en este último caso rechazar la demanda. Esta visión, aunque puede resultar compatible con el modelo del proceso penal —como se ha visto— falla en materia *civil* (en sentido amplio, es decir como equivalente a lo *no penal*). Añade Atria que, en los casos de laguna o *difíciles*, el juez *no crea* derecho, sino que *adecua* las reglas existentes, para lo que necesita argumentos morales no basados en fuentes.⁵⁵

Con análoga perspectiva, Ruiz Manero parte de la idea de equiparar las acciones *no reguladas* (carentes de *status deóntico*) con aquellas otras que se hallan expresamente permitidas. Considera que cuando una conducta no está regulada normativamente, esto significa que el sistema no impone restricción alguna sobre la conducta, y el sujeto *es libre* de realizarla o abstenerse de hacerlo. Por eso dice que la ‘no regulación’ equivale *pragmáticamente* a ‘regulación permisiva’.⁵⁶ Este criterio no sólo sería de aplicación en el ámbito penal sino también en materia civil (*no penal*). Con apoyo en esa equivalencia pragmática, sostiene Ruiz Manero que no sólo en el caso de norma expresa permisiva, sino también en los supuestos de ‘no regulación’, el juez tendría que rechazar la demanda, para

⁵⁴ A partir de las referencias contenidas en los trabajos de BULYGIN (2009).

⁵⁵ La palabra *adecuar* parece introducir cierta incógnita, porque es compatible con la idea de crear una solución no prevista sin contradecir el derecho existente. En el ejemplo descrito en V (iv) podría decirse que hubo una ‘adecuación’ de la regla del art. 1185 bis, en un sentido amplio de ‘adecuar’. En cuanto a los ‘argumentos morales’ creo que siempre están presentes en las soluciones, pero esos argumentos no necesariamente son ajenos a las ‘fuentes’; por el contrario, las valoraciones que subyacen en las mismas normas permiten orientar en la búsqueda de soluciones no previstas.

⁵⁶ Se entiende en este caso ‘permiso’ en sentido fuerte, es decir que ‘permitido p’ implica ‘permitido p’ y a la vez también ‘permitido ~p’ (Pp = Pp.P~p). A fin de clarificar la formalización, para este uso ‘fuerte’ de la función ‘permitido’ se utiliza a veces ‘facultativo’ (Fp = Pp.P~p).

lo cual le bastaría en este último caso el solo argumento que al no estar prevista la conducta en cuestión, ésta sería libre.

Atienza por último, si bien con algunos reparos puntuales, coincide básicamente con las críticas que formulan los autores citados a la concepción expuesta en NS. Particularmente, en cuanto allí se describe al derecho como un *conjunto de reglas* que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, en un contexto que deja margen para casos individuales no subsumibles en tales reglas, casos en los cuales el juez tiene discreción, en sentido *fuerte*, para establecer una solución *ex novo*. Atienza parte de la idea que el derecho ha de ser concebido como una práctica social y, en lo que interesa, considera que en todo caso las *lagunas* se suplen con la analogía y los principios. Precisamente, señala que el problema de las lagunas no es otro que el de si existen criterios de corrección en la utilización de la analogía: estima que esos criterios existen y se condensan en la idea de coherencia respecto de ciertos principios y valores, lo que permite una progresiva innovación en el sistema, manteniendo su identidad. Considera que tal enfoque permite concluir que la tesis de Bulygin, de la discreción del juez en sentido fuerte, carece de justificación.⁵⁷

Como se ve, un rasgo común a las opiniones citadas, consiste en cuestionar la tesis de NS en punto a la discrecionalidad judicial en los supuestos de laguna.

En ese sentido, como bien advierte BULYGIN (2009: 93-95) en el proceso civil (*no penal*) no hay ninguna norma que obligue al juez a rechazar la demanda en caso de laguna (ausencia de regulación). En efecto, su obligación consiste en dictar un pronunciamiento para resolver el caso.⁵⁸ Esa decisión puede *condenar* o *absolver*, y en cualquiera de esas

⁵⁷ También aquí, en relación con las observaciones de Atienza, es pertinente recordar el caso mencionado en V (iv), puesto que allí se utilizó la analogía preservando la coherencia con ciertos ‘principios y valores’ que cabía inferir del sistema; y de ese modo se introdujo una *innovación* en él, al dar una solución normativa a un caso no previsto. Pero, a mi ver, esto en modo alguno contraría la tesis de Bulygin. El tribunal podía dar dos respuestas a la cuestión planteada: una desechando la aplicación del artículo en el supuesto de ejecución individual (EJ) con base en su literalidad; otra que la admitía, razonando como lo hizo. Aunque contrarias entre sí, dichas respuestas no eran incompatibles con el derecho vigente, en el sentido que no contradecían sus normas. El tribunal actuó, pues, *discrecionalmente*, pues optó por una de las respuestas posibles al introducir una solución que no estaba antes en el sistema aplicable, pero no lo hizo *arbitrariamente*, sino que dio *razones* para fundamentar su decisión. Creo que ése es el sentido como debe entenderse ‘discrecionalidad’ en la tesis de Bulygin, que no debe confundirse con ‘arbitrariedad’.

⁵⁸ Como establecían los arts. 15 y 16 del Código de Vélez y ahora el art. 3 del CCCN.

alternativas debe estar *fundada*.⁵⁹ Tanto si se admite o se desestima la pretensión, la situación es *simétrica* en cuanto al deber de fundar la solución que se adopte.

En cambio, cuando hay una norma que expresamente permite al demandado no hacer lo que reclama el actor, razona BULYGIN (2009: 93), dicha norma sí “establece una obligación para el juez: la obligación de rechazar la demanda”. Así, el mundo en que ‘p’ está expresamente permitida no es idéntico al mundo de *ausencia de regulación* de ‘p’. Empíricamente hablando, en el primero el juez debe rechazar la acción, mientras que en el segundo tiene un poder discrecional para admitir o desechar la pretensión.

Otro aspecto en el que convergen las opiniones referidas al comienzo, radica en la evocación de ciertas normas que hoy suelen integrar los códigos o compendios legales o jurisprudenciales vinculados con el derecho privado. Son las que contienen los llamados *standards jurídicos* o conceptos *válvula*, tales como la buena fe, la prohibición del abuso, etc., así como la remisión a los *principios generales del derecho*. La idea subyacente es que, dada la flexibilidad de esas pautas, pueden ellas funcionar como un *cierre* del sistema, a la manera del principio de clausura kelseniano.

Sin embargo, contrariamente a dicha sugerencia, esos conceptos presuponen un *sistema abierto* y constituyen una orientación para el intérprete, en el caso para el juez, en su tarea de crear una norma individual cuando no hay normas generales que prevean el caso que tiene ante sí, o ciertas propiedades de éste no aparecen correlacionadas con el universo de soluciones normativas. En efecto, el sistema sigue siendo *abierto* porque esos principios o nociones *válvula* no son equiparables a ‘normas de clausura’, en tanto no imponen una solución determinada del caso. Es decir, no se desprende de ellos una calificación deóntica para cualquier acción no prevista específicamente en otras reglas, como acaece en el clásico *nulum crimen* (-Vp = Pp .P-p). Sin una regla de clausura como la ejemplificada en el marco de los regímenes penales, no parece que quepa hablar de completitud en el sentido de solución de todos los casos posibles.

VII. A modo de síntesis (algunas ‘notas’ en la vieja melodía)

Las reflexiones que anteceden no pretenden ser sino algunas ‘notas’ introducidas en la partitura de esa antigua melodía aludida al comienzo. Para concluir, haré una precaria síntesis recordatoria de los temas centrales y algunos comentarios adicionales.

⁵⁹ Esto significa que debe dar razones acordes con ‘las pretensiones deducidas’, ‘jurídicamente calificadas’ (ver art. 163, inc. 6, del C. Procesal).

En primer lugar, en los supuestos de lagunas normativas, el juez se encuentra autorizado a emitir una norma individual que contiene una solución no derivable de una norma general (primaria) existente en el sistema. Para hacerlo no tiene que ‘crear’ esa norma general que, por hipótesis, falta; ni está habilitado para insertarla formalmente en el sistema. En todo caso, sólo la *formula* como parte de la secuencia argumental de su sentencia, cuya parte dispositiva configura una norma individual, que sí introduce un cambio, en tanto su contenido no estaba específicamente predeterminado. Eso sí, al emitir esa norma individual tiene que sujetarse a las restantes normas que integran el orden jurídico, como la que veda dictar sentencias *contra legem* (prevaricato) y la que ordena preservar la igualdad ante la ley, de la misma manera que tiene que respetar las reglas de competencia y las procedimentales.⁶⁰

Este enfoque no afecta en modo alguno el esquema clásico basado en la doctrina de la separación de poderes. En efecto:

- (i) si bien acepta cierta potestad de creación normativa por parte de los jueces, ellos sólo pueden ejercerla cuando el legislador no ha previsto una solución para el caso que deben resolver; y aunque la determinación acerca de si un caso se encuentra o no previsto es resorte propio de los jueces, los argumentos en que se sustenta su decisión y el contenido de la solución que introducen, al ser explicitados en los fundamentos de la sentencia, permiten un control externo acerca de su correspondencia con el sistema normativo —v. gr. sobre la existencia de la laguna y la no contradicción de la solución con otras normas—, así como de su coherencia interna;
- (ii) los jueces deben proceder en estos casos siguiendo las pautas o directivas habitualmente proporcionadas por el mismo orden jurídico;
- (iii) esa atribución sólo puede ser ejercida en el caso concreto (individual) que tienen que resolver, de manera que los alcances de la decisión que adoptan y la norma individual en que se plasma, se limitan a ese caso.

Nada de esto es asimilable a la función propiamente legislativa, en la que, a diferencia de las decisiones de los tribunales y sus fundamentos —como señala Bulygin—

⁶⁰ Aún podría plantearse la posibilidad de que el juez no respete esos límites. En tal caso, si la decisión se convalida no sólo habría un contenido primario que altera en parte los parámetros preexistentes, sino a la vez una reformulación de las reglas de reconocimiento del orden jurídico, problema que fue en su momento examinado por CARRIÓ (1973), entre otros.

las exposiciones de motivos normalmente no inciden en el texto legal y éste rige con prescindencia de ellas. La imagen mental que genera la expresión ‘creación normativa’ puede dar a entender que hay una superposición o confusión de roles que, en rigor, no existe. El juez sigue actuando en estos casos como tal, resolviendo el conflicto sometido a su decisión, con un margen más amplio de *discreción*, pero no de ‘arbitrio’.

En segundo lugar, dentro de tal contexto, un problema central parece ser el atinente a la fundamentación de la sentencia en los supuestos de laguna, cuestión que suele hallarse regulada por el propio sistema normativo, como se ha visto en el apartado V.⁶¹ En el análisis de este problema hay que tomar en cuenta los alcances de las reglas que habilitan a los jueces a decidir los casos no previstos, cuyo modelo emblemático para NS fue el código suizo con su famoso artículo, disposición que, como se ha visto, es análoga a las del Código de Vélez y también lo es —con las advertencias señaladas— a las del nuevo CCCN. El examen más detallado de las disposiciones de este último, pone en evidencia algunas fallas y silencios, que pueden ser superados a partir de los preceptos del código anterior. Por otra parte, la perspectiva desde la práctica judicial muestra la posibilidad de dar una respuesta *intrasistémica* en la decisión de los casos no previstos.

En tercer lugar, sobre la base de las razones expresadas en VI, cabe concluir que las pautas o *standards* que habitualmente contiene el orden jurídico para orientar a los jueces en la elaboración de una solución para situaciones no previstas, no excluyen el margen de *discreción* que aquéllos tienen para emitir su decisión, ni son equiparables ni pueden erigirse en una especie de ‘principio de clausura’ en la órbita del derecho privado.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, C. (1961) “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”, *Rev. Jurídica de B. Aires*, IV, p. 177 y ss; reproducido en ALCHOURRÓN, C. E, BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid.

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1974) *Introducción a la metodología*, Buenos Aires, Astrea.

⁶¹ La presencia misma de tales reglas muestra que no hay contradicción entre la norma que establece el deber de los jueces de fallar en todos los casos y hacerlo conforme al derecho, como se ha explicado en IV.

BULYGIN, E. (1966) “Sentencia judicial y creación de derecho”, *La Ley*, t. 124; incluido también en ALCHOURRÓN, C. E, BULYGIN, E. (1991) *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, cap. 19, p. 355 y sig.

CARRIÓ, G. (1965) *Notas sobre derecho y lenguaje*, tercera parte, cap. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 79 y ss.

— (1973) *Sobre Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea.

— (1991) *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, en ALCHOURRÓN, C., *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991, cap. 8, p. 185.

— (2003) “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, nro. 18.

— (2009) “Creación judicial del derecho”, en BULYGIN, E., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid.

HART, H.L.A. (1965) *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, cap. V, p. 99 y ss.

KELSEN, H. (1969) *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Textos Universitarios, p. 174.

LLAMBIAS, J.J. (2003) *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, Buenos Aires, LexisNexis, p. 99.

MOISSET DE ESPANES, L., (2016), *Los silencios del nuevo código*, disertación en la Facultad de Derecho, UNBA, 25.4.2016.

MONTI, E.H. (2014) “Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, nro. 1, abril de 2014, p. 33.

MONTI, J.L. (2000) “El concordato como negocio jurídico (Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso)”, *La Ley*, 9.11.2000, t. 2000-F, pp. 1089-1098.

— — (2006a) “El régimen de bienes en el matrimonio ante la acción de los acreedores de los cónyuges”, *Rev. de la Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional*, año XVIII, n° 41-42, julio-diciembre 2006, pp. 55-68.

— — (2006b) “Los competidores en el concurso preventivo (incidencia del abuso del derecho en esta materia)”, *J. A. sobre Competencia desleal*, LexisNexis, 13.12.2006, pp. 14-25.

— — (2007) “Conflicto de privilegios prendario y laboral en el régimen concursal, estudios en homenaje a Enrique Manuel Butty”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número extraordinario, 28.9.2007.

— — (2009) “Estudio Preliminar sobre los Fallos Plenarios”, en Plenarios de Derecho Comercial, Colección Plenarios t. II, *La Ley*.

— — (2012) “Reflexiones liminares sobre la proyectada reforma en materia civil y comercial”, *Rev. Aequitas*, USAL.

— — (2015) “Escepticismo epistemológico y neutralidad en la ciencia del derecho” –Algunas críticas a la teoría crítica”, *Aequitas Virtual*, publicación de la USAL, nro. 23.

RÉBORA, J.C. (1960), *Derecho Civil y Código Civil*, Buenos Aires, Eudeba, p. 63.

LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ANÁLISIS DEL PROYECTO PRESENTADO ANTE EL PODER LEGISLATIVO

Santiago DEL RÍO*

Fecha de recepción: 16 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 1° de mayo de 2017

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar los novedosos institutos y correcciones que prevé, respecto del sistema actual, el proyecto de ley de defensa de la competencia que actualmente se encuentra bajo la revisión del Poder Legislativo.

A lo largo del artículo, el autor reconoce la necesidad de la reforma legislativa para la realización de análisis más proactivos, sin perjuicio de lo cual reflexiona al comentar que en el pasado hubo otros intentos de reforma que no llegaron a ser implementados.

Palabras clave

Defensa de la Competencia – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – conductas colusorias – concentraciones económicas – régimen de clemencia

THE NEED FOR A NEW ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF THE BILL SENT TO THE CONGRESS

* Abogado por la Universidad del Salvador (Argentina). Egresado del posgrado en Economía de la Competencia en el King's College, Londres. Asociado Senior en *Marval, O'Farrell & Mairal*.

Abstract

This work is aimed at analyzing the new legal notions and amendments included in the antitrust bill, currently in Congress.

Throughout the article, the author recognizes the need for an amendment to antitrust regulations and examines some other past amendment attempts which were unsuccessful.

Keywords

Antitrust regulations – Argentine Antitrust Commission – collusion – cartels – leniency regime

I. A modo de introducción

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “Comisión”) ha trabajado con varios legisladores a efectos de preparar un proyecto para el dictado de una nueva ley de defensa de la competencia (el “Proyecto”), el cual ha sido objeto de consulta durante la segunda mitad del 2016 y que actualmente se encuentra presentado ante el Congreso.

El Proyecto es un paso necesario, tendiente a renovar y actualizar la aplicación del régimen de competencia, abordando cuestiones que han sido ignoradas o no han sido tratadas correctamente por las administraciones pasadas.

El presente artículo se centrará tanto en los cambios esenciales que están siendo implementados como en las razones que han contribuido a su modificación.

II. ¿El fin de la discusión con respecto a la autoridad de aplicación?

En el año 1999 la Ley de Defensa de la Competencia, n° 25.156 (la “LDC”) creó la figura del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (el “TNDC”) como máxima autoridad de la norma, el cual operaría como un organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía. Sin embargo, el TNDC nunca fue constituido por el Poder Ejecutivo.

Ante los cuestionamientos presentados a nivel judicial con respecto a la autoridad de la LDC, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló un sistema de aplicación dual para

la aplicación de la LDC hasta la creación del TNDC.¹ Mediante dos fallos, la Corte consideró que el sistema anterior al dictado de la LDC, por medio del cual la Comisión llevaba a cabo un análisis técnico sobre el control de concentraciones económicas e investigaciones de conductas anticompetitivas y emitía un dictamen a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía (la “Secretaría de Comercio”), quien posteriormente resolvía, resultaba vigente hasta tanto se constituyese el TDC.

Dicho sistema dual continuó generando una nueva serie de problemas, en tanto la LDC se encontraba redactada contemplando la existencia de una sola autoridad, mientras que en la práctica las funciones atribuidas por la ley debían dividirse entre la Comisión y la Secretaría de Comercio.

Este escenario se agravaría en 2014 con la modificación parcial de la LDC por la ley 26.993 (la “Ley Modificatoria”), la cual estableció que el Poder Ejecutivo designaría a una autoridad de aplicación de la LDC, la cual sería “asistida” por la Comisión. Bajo la Ley Modificatoria, en la práctica, la totalidad de las facultades procedimentales y de investigación de la Comisión fueron considerablemente disminuidas, reduciendo su alcance de aplicación a acciones limitadas. Sin embargo, a pesar de los cambios introducidos por la Ley Modificatoria, en términos prácticos el sistema dual se mantuvo atento a que, por un lado, la autoridad de aplicación no fue designada oportunamente al ser emitida la Ley Modificatoria y, por el otro, cuando fue designada dos años más tarde (mediante el decreto 718/2016), se terminó eligiendo a la Secretaría de Comercio, reflejando a nivel normativo lo que ya acontecía en la realidad por más de 15 años.

El Proyecto modifica este sistema dual, creando una nueva Autoridad Nacional de la Competencia (la “Autoridad”), como máxima autoridad en temas de defensa de la competencia.

Los miembros de la Autoridad serán designados por el Poder Ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, los presidentes de las comisiones de Defensa de la Competencia de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el Ministerio de Producción de la Nación y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Asociación Argentina de Economía Política.

¹ “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II”, 5/06/2007 (S.C.C. 1216 L. XLI) y “Reactivos Franco s/ apel. resol. CNDC”, 5/06/2007 (SC, R.1172, L. XII).

La Autoridad estará compuesta por tres divisiones: (i) el Tribunal de Defensa de la Competencia (el “Tribunal”); (ii) la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas; y (iii) la Secretaría de Concentraciones Económicas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia estará integrado por cinco miembros de los cuales por lo menos dos serán abogados, y otros dos licenciados o con posgrados en ciencias económicas. Este Tribunal estará a cargo de imponer las sanciones previstas en el Proyecto, resolver imputaciones, conceder medidas de prueba, homologar soluciones consensuadas entre las partes de un procedimiento por conducta anticompetitivo, emitir recomendaciones pro-competitivas con respecto a actos legislativos o reglamentos, resolver la aprobación de las concentraciones económicas y llevar a cabo las investigaciones de mercado y estudios que considere pertinentes, entre otras funciones. Asimismo, impondrá las tasas que los individuos y/o las compañías tendrán que abonar al momento de notificar concentraciones económicas. Este rol de toma de decisiones es el que actualmente cumple la Secretaría de Comercio.

El Proyecto prevé que las funciones actuales de instrucción de la Comisión sean asumidas por dos divisiones.

Por un lado, se creará la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas con el objetivo de llevar a cabo investigaciones de conductas anticompetitivas, encontrándose facultada para recibir denuncias, conferir traslados, celebrar audiencias, careos, pericias, realizar allanamientos (con la conformidad de los ocupantes o mediante orden judicial), solicitar medidas cautelares al juez competente, producir prueba, proponer sanciones al Tribunal y llevar a cabo todo tipo de acto conducente a la tramitación de este tipo de investigaciones.

Por su parte, la Secretaría de Concentraciones Económicas tendrá como principal objetivo recibir, tramitar e instruir las notificaciones de concentraciones económicas y las solicitudes de opiniones consultivas presentadas ante la Autoridad. Asimismo, podrá decidir la aprobación de las concentraciones que califiquen para un proceso de revisión “abreviado” o de *fast-track*, cuyos requerimientos deberán ser determinados por el Tribunal.

Por último, el Proyecto crea una nueva autoridad que operará como participante externo del sistema: la Subsecretaría de Fomento de la Competencia. Este organismo operará dentro del ámbito de la Secretaría de Comercio y será designado por el Ministerio de Producción.

Esta Subsecretaría contará con un amplio rango de funciones y facultades, tales como la posibilidad de intervenir en procesos de control de concentraciones económicas como parte interesada, requerir la iniciación de investigaciones ante el Tribunal, emitir informes no vinculantes a la Autoridad, solicitar la colaboración de organismos públicos o de privados interesados, defender o impugnar las resoluciones del Tribunal y llevar a cabo una serie de actividades de abogacía de defensa de la competencia, como entrenamientos o asesoramiento a personas físicas o empresas, entre otras funciones.

Como puede observarse, la Autoridad no dependerá de la Secretaría de Comercio, pero aún existirá cierta influencia de dicho organismo, dado que un intermediario podrá intervenir en los asuntos de competencia, solicitando investigaciones o requiriendo la adopción de ciertas medidas, las cuales deberían luego ser decididas por el Tribunal.

La institucionalización con divisiones de tareas y responsabilidades debidamente asignadas resulta por demás bienvenida, proveyendo al sistema de una previsibilidad con la que no cuenta en virtud de la falta de implementación de reformas anteriores.

III. Una nueva Cámara de Apelaciones

Un camino similar al de la autoridad de aplicación ha sido el que ha atravesado la discusión con respecto a la Cámara de Apelaciones competente. A lo largo de la última década ha existido una gran discusión en torno al organismo competente para decidir en la materia.

Por un lado, se sostuvo que debía decidir la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial y por otro, que debía intervenir la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Incluso ambas cámaras han dictado sentencias sobre cuestiones de defensa de la competencia.

Esta cuestión fue oportunamente tratada en el año 2014 a través de la Ley Modificatoria, la cual creó la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo que, en teoría, abordaría los asuntos relacionados con el consumo, incluidos casos de defensa de la competencia. Sin embargo, dicha Cámara nunca fue creada y se mantuvo la discrepancia.

El Proyecto busca resolver esta duda y crea una Cámara Nacional de Apelaciones en Defensa de la Competencia, la cual consistirá en una sala especializada dentro del marco de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial.

IV. Tipificación de conductas: la inclusión de participaciones en empresas competidoras

El Proyecto no presenta mayores diferencias con la LDC en lo que refiere a las posibles tipificaciones de las conductas anticompetitivas. En particular, no existen importantes diferencias en lo referente a las conductas unilaterales o de abuso de posición dominante, encontrándose las mayores novedades en lo vinculado a acuerdos con competidores.

En este sentido, puede identificarse a la tipificación de las tenencias o cargos cruzados entre empresas competidoras, como una nueva definición provista en el marco de la defensa de la competencia argentina.

Hasta el momento, las participaciones accionarias en compañías competidoras eran analizadas principalmente como cuestiones relacionadas al control de concentraciones económicas, y no como posibles conductas anticompetitivas. El precedente más significativo en este sentido es el caso *Telecom/Telefónica*,² en el cual la Comisión impuso una multa por notificación tardía al considerar que, aunque no hubiese habido toma de control, si en el caso existía acceso al competidor más relevante, la transacción debía ser notificada para su aprobación en tanto dicho acceso generaba los mismos efectos. Este fue el único caso en donde una consideración de este alcance fue efectuada, pero igualmente generó una discusión sobre el alcance efectivo del control.

El Proyecto enumera, dentro de las posibles infracciones a la norma, a la “participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director o la participación accionaria en dos o más empresas competidoras entre sí”. Si bien la primera sección de la cita resulta clara, ya que puede entenderse que existen conflictos de interés para una persona al detentar cargos en forma simultánea entre competidores, la segunda parte genera una serie de interrogantes con respecto a su aplicación.

En primer término, cabe preguntarse qué es lo que ocurriría en el caso de fondos de inversión que detenten acciones de varias empresas pero que no lleven a cabo decisiones con respecto a la estrategia competitiva de las mismas (a saber, que se conduzcan con directorios independientes).

Asimismo, no resulta evidente cual sería el umbral mediante el cual la tenencia accionaria podría ser considerada como anticompetitiva. El Proyecto no habla de “control”

² Dictamen CNDC n° 835 de fecha 12 de octubre de 2010.

(entiéndase, la toma de decisiones estratégicas de la empresa), lo cual —cumpliéndose con los umbrales de notificación y sin mediar la aplicación de alguna de las posibles excepciones— podría implicar una revisión bajo el régimen de concentraciones económicas, sino de “participación accionaria”. De esta manera, puede interpretarse que el objetivo buscado sería limitar el posible acceso a información confidencial de competidores, sea para coordinar una colusión o bien para poder verificar su cumplimiento.

En tal sentido, también cabría diferenciar entre los escenarios en donde la tenencia accionaria podría otorgar acceso a información que podría ser utilizada en términos competitivos, con respecto a aquellos en los que se trataría de una mera inversión sin posibilidad de influenciar el comportamiento de la empresa competidora ni en los cuales se podría obtener información que resultaría útil para la propia.

En virtud de estos interrogantes, la regulación del Proyecto deberá proveer algún tipo de guía con respecto a los posibles enunciados, a efectos de evitar posibles desinversiones innecesarias o que no resulten violatorias del interés económico general.

V. Conductas colusorias per se

Una de las deficiencias más graves que se ha evidenciado en cuanto a la aplicación de las normas de defensa de la competencia en Argentina ha sido la persecución de carteles, en comparación con las investigaciones referentes a conductas unilaterales o en relación con el control de concentraciones económicas.

Esta dificultad se debe a diversos factores que han imposibilitado a la Comisión contar con los recursos necesarios para descubrir y perseguir de manera efectiva los carteles. Por un lado, un contexto inflacionario apremiante que posicionó como prioridad para las autoridades los asuntos concernientes con la fijación de precios de manera unilateral y, por otro, la devaluación del peso que dio lugar a un incremento de notificaciones de concentraciones económicas, sobrecargando de trabajo a la Comisión. De hecho, las investigaciones de carteles más relevantes que la Comisión ha realizado se remontan al año 2005 con los casos *Cemento*³ y *Oxígeno Líquido*.⁴

³ Dictamen CNDC n° 513 de fecha 25 de julio de 2005.

⁴ Dictamen CNDC n° 510 de fecha 8 de julio de 2005.

En este sentido, la Comisión ha tenido grandes limitaciones en términos de recursos para perseguir a carteles, llegando incluso a recurrir a teorías de paralelismo consciente,⁵ en casos sin bases legales sólidas y cuyas decisiones serían luego revocadas en sede judicial.

Bajo la LDC, no existen conductas anticompetitivas *per se*, dado que se establece que debe existir un daño actual o potencial al interés económico general para que se considere a la conducta como anticompetitiva.

El Proyecto contiene la misma regla, pero incluye ciertas prácticas que se presumen como perjudiciales al interés económico general al ser realizadas entre dos o más competidores, tales como: (i) fijación de precios, (ii) acuerdos de producción o cuotas de comercialización o la restricción de dichas actividades con la misma intención, (iii) asignación de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; y (iv) manipulación de licitaciones. El Proyecto establece que estas conductas serán consideradas como anticompetitivas y, por lo tanto, serán nulas de pleno derecho.

Esta regla *per se* no implica que la Autoridad podrá determinar sin prueba alguna que ha existido una conducta anticompetitiva, sino que —en caso de contar con dicha evidencia— se considerará a la conducta como perjudicial al interés económico general. Esto generará una mayor carga probatoria, la cual —conforme se analizará a continuación— se buscará facilitar a la autoridad.

VI. La creación del régimen de clemencia

Conforme fuera mencionado, a lo largo de los últimos años la persecución de carteles ha sido prácticamente nula, en virtud de la falta de recursos necesarios para dicha tarea. El Proyecto busca solucionar este problema mediante la implementación del instituto de la clemencia, herramienta de delación que ha resultado efectiva a nivel internacional. Si bien en el año 2010 la Comisión había propuesto una modificación de la LDC para incorporar este procedimiento, nunca se lograron avances significativos a favor de su implementación.

⁵ Por paralelismo consciente deben entenderse aquellas prácticas colusorias que se realizan sin comunicación entre los competidores. El principal obstáculo en estas interpretaciones radica en la producción de la prueba que acredite este tipo de conducta. Conforme analiza MOTTA (2004): “Observar que los precios se mueven de manera similar no es suficiente para establecer que las empresas sean culpables de colusión. Shocks externos comunes tales como el incremento de precios de materia prima a todos los proveedores o una suba de la inflación o un incremento en precios de propiedades probablemente llevarán a que todos los vendedores incrementen sus precios proporcionalmente, sin que ello implique que estén coludiendo”.

El Proyecto establece un régimen de clemencia (el “Programa”), con dos escenarios diferentes para las partes infractoras en conductas colusorias: (i) exención o (ii) reducción, dependiendo de la adecuación a los requisitos establecidos en la norma, estableciendo la diferencia la rapidez con la que se presenten las partes a proveer la información al Tribunal.

Conforme el Proyecto, los infractores deben cumplir todos y cada uno de los siguientes requisitos para poder obtener una exención de las sanciones: (i) ser el primero, entre los involucrados en la conducta, en proveer información y aportar elementos de prueba, tanto en el caso en que la autoridad aún no hubiese iniciado la investigación como en el caso en que la haya iniciado pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud no contase con evidencia suficiente; (ii) cesar de forma inmediata su accionar, excepto que a juicio del Tribunal —y con el fin de preservar la investigación— se determine lo contrario; (iii) cooperar plenamente de manera continua y diligentemente con el Tribunal hasta la conclusión del procedimiento; y (iv) no destruir, falsificar u ocultar pruebas de la conducta anticompetitiva, ni divulgar su intención de acogerse al presente beneficio, salvo que sea a otras autoridades de competencia.

Nótese que, si bien en versiones anteriores del Proyecto se establecía un requisito adicional, a saber, que la empresa solicitante no fuera la “líder” de la conducta anticompetitiva, éste requisito no fue incluido en la versión remitida al Poder Legislativo. Dicha eliminación puede atribuirse a la posible dificultad en determinar si una empresa realmente pudo haber sido líder o no en un acuerdo en el cual —por definición— busca generarse la menor cantidad de pruebas y registros posibles.

Aquellas partes que no fueran las primeras en aplicar para obtener el beneficio de exención del Programa podrán requerir una reducción de las sanciones, siempre que satisfagan los restantes requisitos y aporten a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal. El Proyecto establece que la reducción puede variar entre un 20% y 80% del máximo de la sanción aplicable. El monto de reducción será determinado por el Tribunal en consideración al orden cronológico de presentación de la solicitud.

El Proyecto también incluye una disposición de “beneficio complementario”, a través del cual aquellas partes que no pudiesen solicitar la exención con respecto a una conducta anticompetitiva, pero que pudieren revelar y reconozcan una segunda conducta anticompetitiva concertada, pueden obtener una exención en esta última y una reducción de un tercio de la sanción o multa, que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta. Esta modalidad, conocida internacionalmente como “*leniency plus*”, busca generar la participación de empresas multi-producto que pueden estar participando en más de un acuerdo con competidores en diferentes mercados.

Con respecto a su implementación, el Proyecto dispone específicamente que el acogimiento al beneficio de exención o reducción de las sanciones o multas no puede llevarse a cabo conjuntamente por dos o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada. Sin embargo, la empresa y sus directores u otros miembros de su personal podrán solicitar la aplicación del Programa de manera conjunta.

Asimismo, el Proyecto también establece que los participantes del Programa no sólo tendrán estos beneficios bajo la normativa de competencia, sino que también obtendrán inmunidad de las sanciones establecidas en los artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación y de las sanciones de prisión que de cualquier modo les pudieran llegar a corresponder por las conductas anticompetitivas informadas.

Por último, el Proyecto establece que en el caso que existieran procesos judiciales posteriores con respecto a las conductas informadas por las partes acogidas por el Programa (a saber, demandas de daños y perjuicios), no se brindará acceso a los documentos o información provistos por los beneficiados procurando salvaguardar su confidencialidad. Esta limitación busca proteger a quienes hayan aplicado al Programa, con el objetivo de evitar un escenario en donde dichas personas obtengan inmunidad de las multas o sanciones administrativas, pero que se utilicen los documentos aportados para iniciarles acciones por daños y perjuicios.

La herramienta de la clemencia promete ser una de las novedades más importantes del Proyecto y, en caso de prosperar su implementación, resultará una herramienta vital para la mejora del sistema de detección de carteles del Tribunal.

VII. Mayores sanciones por conductas anticompetitivas

Todos los montos establecidos en la LDC han sido erosionados por las múltiples devaluaciones y procesos inflacionarios que han aquejado a nuestro país desde el año 1999.

Esto resulta evidente al analizar los montos de las posibles multas, que hoy oscilan entre \$10.000 y \$150.000.000. Si bien esos montos solían ser considerados disuasorios en el pasado, hoy pueden ser considerados sumas menores que hasta podrían ser “presupuestados” por empresas interesadas en llevar a cabo actos anticompetitivos.

El Proyecto busca remediar este atraso en la determinación de las multas, estableciendo las siguientes alternativas para su imposición: (i) hasta el 30% del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto, (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado

por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico; o (iii) el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según dos o más de los criterios establecidos se aplicará la multa de mayor valor.

Finalmente, en caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos anteriormente, como alternativa podrá ser fijada hasta una suma equivalente a 200.000.000 de Unidades Móviles (unidad de referencia creada por el Proyecto), la cual se irá ajustando de manera anual por el Tribunal. El valor inicial de las Unidades Móviles establecido en el Proyecto es de \$15, por lo que puede observarse que se buscan generar montos máximos mucho más onerosos que los actuales.

Este incremento en las sanciones se ve complementado con un cambio respecto a su pago. El Proyecto elimina el sistema de *solve et repete* que había sido incorporado a la LDC en el 2014 por la Ley Modificatoria, que preveía el pago de las multas para poder acceder a la instancia de apelación. El Proyecto elimina dicha incorporación, por lo que los infractores deberán llevar a cabo el pago únicamente ante la confirmación judicial de las sanciones impuestas.

VIII. Reparación de daños y perjuicios

Han existido muy pocas acciones de daños y perjuicios iniciadas como consecuencia de violaciones a la LDC. Esto puede atribuirse al hecho de que las conductas anticompetitivas (y en particular, la persecución de carteles) no han sido investigadas de manera considerable en los últimos años. Uno de los cambios más significativos del Proyecto es un capítulo específico dedicado a la reparación de daños y perjuicios que incluye diversos cambios al sistema actual.

El Proyecto establece que una vez que la resolución del Tribunal quede firme, la acción de reparación de daños y perjuicios tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo y que el juez competente, fundará su fallo en la resolución del Tribunal. Asimismo, el Proyecto también dispone la posibilidad de aplicar una multa civil en favor del damnificado, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Conforme se establece en el Proyecto, cuando más de una persona o compañía sea responsable de la acción dañosa, todos responderán de manera solidaria en el pago de daños y perjuicios o sanciones. Esto resulta de particular relevancia para los participantes de conductas colusorias, en donde cualquiera de los integrantes del cartel será responsable de manera solidaria frente a todos los perjudicados.

En el caso de acciones concertadas con otras personas, se establece como principio general la responsabilidad solidaria de todos los participantes frente a los damnificados (sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondieran).

El Proyecto incluye una disposición específica que regula el escenario de aquellos acogidos por el Programa y establece que podrán ser eximidos o percibir una reducción de su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios. Resta por ver si dicho lenguaje será clarificado en discusiones parlamentarias del Proyecto, pero podría interpretarse que la exención o reducción dependerá del grado general de inmunidad garantizado a la compañía.

Dicha regla de inmunidad ante daños y perjuicios tendrá dos excepciones: (i) con respecto a sus compradores o proveedores directos e indirectos y (ii) con respecto a otras partes perjudicadas, únicamente cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma conducta.

IX. Concentraciones económicas: una actualización necesaria

Hasta el momento, el presente artículo se ha enfocado en el régimen de persecución de conductas anticompetitivas, una de las dos principales áreas de acción de todo régimen de defensa de la competencia.

Corresponde, entonces, tratar el otro procedimiento contemplado en la LDC, el análisis de concentraciones económicas, el cual se centra en los posibles riesgos que podrían conllevar ciertas compras o fusiones en los mercados en los cuales tendrán impacto.

La LDC introdujo este sistema en el año 1999, estableciendo el umbral de notificación (a saber, el monto del volumen de negocios de las partes intervinientes) en \$ 200.000.000 a efectos de solo “captar” aquellas transacciones que involucren operaciones económicas de una cierta relevancia económica. Por su parte, se estableció que la excepción de *minimis*,⁶ tanto con respecto al precio local de la transacción como de

⁶ La excepción de *minimis* se encuentra contemplada en el artículo 10 inciso e) de la LDC, siendo aplicable a “las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 6° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho

los activos transferidos, fuera de \$ 20.000.000, evitando de esta manera que participantes grandes del mercado tuvieran que realizar notificaciones por operaciones menores o de mero trámite.

Con respecto a la parte procesal, se estableció un plazo de notificación de hasta una semana luego del cierre de la transacción para llevar a cabo su notificación ante la Comisión, lo cual generó una serie de interrogantes con respecto a los efectos de la operación en cuestión. Ello así atento a que la ley estableció que la misma no tendría efectos entre las partes o terceros hasta tanto fuera aprobada por la Comisión. Esto sería luego aclarado por la opinión consultiva n° 62 de la Comisión, en la cual se determinó que las transacciones podían notificarse luego del cierre de la operación, pero que la posible denegatoria de la Comisión operaría como una condición resolutoria, retro trayendo los efectos de la transacción.

Conforme surge del cuadro que se acompaña a continuación, fueron muy pocas las transacciones efectivamente rechazadas por la autoridad:

Año	Concentraciones presentadas	Aprobaciones	Condicionamientos (conductuales)	Condicionamientos (estructurales)	Observ. cláusulas no competencia	Rechazos
1999	8	8	-	-	-	-
2000	168	165	1	1	1	-
2001	108	105	-	3	-	-
2002	26	24	1	-	-	1
2003	38	35	1	-	1	1
2004	42	38	2	1	1	-
2005	50	44	4	1	1	-
2006	63	60	1	1	1	-
2007	36	34	-	-	-	2
2008	38	35	-	1	2	-
2009	48	44	1	3	-	-
2010	45	37	3	1	3	1
2011	43	37	1	1	4	-
2012	44	39	1	-	4	-
2013	41	36	-	1	4	-
2014	48	45	-	1	2	-
2015	35	30	2	-	3	-

importe, o el de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$ 60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado”.

2016	60	60	-	-	-	-
Total	941	876	18	15	27	5
(%)		93,09	1,91	1,59	2,87	0,53

Fuente: Estimación propia, en base a antecedentes públicos de la Comisión.

Finalmente, la LDC establecía un plazo reducido de análisis —45 días hábiles, bajo apercibimiento de considerar a la transacción como tácitamente aprobada— el cual no fue seguido por la Comisión en virtud de una interpretación mediante la cual determinaba que el primer pedido de información suspendía el plazo. Esta interpretación conduciría a demoras de más de tres años en la emisión de resoluciones, aún en aquellos casos en donde no existían cuestiones complejas ni identidad en las actividades de las partes sujetas a la transacción.⁷

Las razones de la demora pueden rastrearse en la gran cantidad de expedientes que fueran iniciados en los últimos años de la primera década del siglo, fruto de las devaluaciones y procesos inflacionarios que convirtieron al umbral de \$ 200.000.000 en una unidad de medida obsoleta. Sumado a ello la poca presión que tenía la autoridad para emitir resoluciones, atento a que las transacciones eran notificadas luego del cierre de la operación. Conforme puede observarse del cuadro acompañado, estas demoras no implicaron necesariamente un alto nivel de intervención o rechazo de operaciones, sino que por el contrario, alrededor del 95% fueron aprobadas sin condicionamiento alguno.

Una de las modificaciones más importantes introducidas por el Proyecto es la creación de un nuevo sistema de control de concentraciones económicas, que (i) incrementa los montos, tanto del volumen de negocios de las empresas afectadas, como para la excepción de *minimis*, (ii) busca reducir los tiempos de revisión, y (iii) establece un sistema suspensivo.

El Proyecto modifica el umbral de notificación mediante el uso de Unidades Móviles, que serán actualizadas de manera continua. De esta manera, el nuevo umbral se encontraría alcanzado si el grupo comprador y la compañía objeto poseen un volumen de negocios de 150.000.000 Unidades Móviles (estableciéndose el valor inicial de la Unidad Móvil en \$15), incrementando el umbral a un monto acorde a su función principal: captar a aquellas transacciones que impliquen operadores económicos de importante cuantía.

⁷ Para mayor abundamiento, se remite al trabajo de GRECO, E. y otros (2012).

La misma actualización tiene lugar con respecto a la excepción de *minimis*, que ahora resulta aplicable si (i) el monto de la operación y el valor de los activos situados en el país que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, la suma resultante de 20.000.000 de Unidades Móviles; y (ii) de cumplirse la anterior condición, si las empresas involucradas no hubiesen llevado a cabo operaciones en el mismo mercado relevante por 20.000.000 de Unidades Móviles en los últimos doce meses o por 60.000.000 de Unidades Móviles en los últimos treinta y seis meses.

Como se ha mencionado, el Proyecto también establece un régimen suspensivo en el cual las partes no podrán cerrar la transacción sin contar con la aprobación del Tribunal. Este punto implica una gran diferencia con el sistema actual, en el cual las partes pueden cerrar la transacción y notificar a la autoridad hasta una semana después de dicho cierre.

Como consecuencia de este sistema suspensivo, el Proyecto establece sanciones para los casos en los que las partes cierran la operación sin contar con aprobación del Tribunal (conocidas a nivel internacional como *gun jumping*). Dicha circunstancia será pasible de una multa diaria de hasta un 0,3% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico y, en caso de no poder determinarse dicho monto, una multa diaria de hasta 750.000 Unidades Móviles. La multa será determinada por el Tribunal desde el vencimiento de la obligación de notificar una concentración económica o desde que se perfecciona la toma de control sin autorización de la Autoridad.

Sin embargo, cabe señalar que, conforme a las disposiciones transitorias del Proyecto, el régimen suspensivo se hará efectivo un año después de la promulgación de la ley, con la finalidad de otorgar suficiente tiempo a la Autoridad a finalizar con el cúmulo de procesos de concentraciones económicas con los que cuenta y poder adaptarse al nuevo sistema de manera efectiva.

El Proyecto también incorpora novedades sobre los tiempos de tramitación de estos expedientes, estableciendo que la Autoridad emitirá su decisión dentro de los 45 días, con una extensión de 120 días adicionales en caso que la transacción necesitase mayor escrutinio. Transcurrido dicho plazo sin mediar resolución, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, contemplándose en el Proyecto que la reglamentación implementará un mecanismo mediante el cual se certifique el cumplimiento de estos plazos.

En lo que concierne al análisis propiamente dicho, resulta bienvenida la referencia a una posible reglamentación de un proceso sumario para aquellas concentraciones que el Tribunal considerase con menor probabilidad de resultar perjudiciales al interés económico general. Si bien no se proveen mayores detalles, resultaría lógico que las transacciones de

conglomerado (aquellas en donde no existen superposición de mercados a nivel horizontal ni vertical) califique bajo este procedimiento abreviado.

Asimismo, se incorpora como novedad que, cuando el Tribunal considere que la transacción podría generar un perjuicio al interés económico general, deberá convocar a las partes involucradas a una audiencia especial para considerar las posibles acciones remediales que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia. A su vez, el Tribunal emitirá una resolución detallando los problemas competitivos que pueden observarse en la transacción.

Finalmente, el nuevo sistema también incluye un mecanismo que permite a los terceros presentar sus comentarios sobre la concentración económica en cuestión. Estas observaciones serán notificadas a las partes para que puedan expedirse con respecto a las mismas. Por su parte, se establece específicamente que la Autoridad no se encontrará obligada a resolver respecto de las presentaciones realizadas por terceros.

Esta posibilidad de que los terceros manifiesten sus reparos u observaciones sobre la transacción en análisis implica un importante avance con respecto al sistema actual, en donde ni siquiera existe publicidad de los procedimientos bajo trámite, encontrándose gravemente limitada la posibilidad de personas afectadas por la transacción a participar en estos procesos.

X. Observaciones finales

Como se ha analizado a lo largo de este artículo, la aplicación de la normativa de defensa de competencia en Argentina ha demostrado deficiencias graves a lo largo del tiempo, provocadas por diversos factores, tales como: la distorsión de las razones para el uso de la defensa de la competencia, el incremento acelerado de la cantidad de concentraciones económicas, la correspondiente disminución de los recursos asignados para una efectiva persecución de carteles y la falta de consenso en cuestiones básicas tales como la autoridad de aplicación de estas normas.

El Proyecto procura solucionar la mayoría de los problemas suscitados en la última década, al buscar crear una autoridad independiente, incrementar el interés y las herramientas necesarias para la persecución de carteles, aumentar las sanciones, implementar un programa de clemencia, adoptar un sistema específico con respecto a la reparación de daños y perjuicios y aliviar la carga del proceso actual, excesivamente burocrático en los procedimientos de concentraciones económicas. La redacción del Proyecto claramente denota un conocimiento de los problemas actuales en la implementación de la LDC, siendo bienvenido este emprendimiento asentado en la realidad.

Sin embargo, como también se ha demostrado, ya han existido esfuerzos previos que han intentado resolver dichos asuntos creando nuevas instituciones que nunca terminaron de ser implementadas en la práctica. El camino hacia una nueva ley de defensa de la competencia comienza a vislumbrarse; resta observar si efectivamente podrán alcanzarse los objetivos buscados por el Proyecto.

Bibliografía

GRECO, E. y otros (2012) *El control de Fusiones y Adquisiciones en Argentina (1999-2011): Indicadores de desempeño*, Buenos Aires, GPR Economía. Disponible en <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/41890/>.

MOTTA, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.

LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR EL CONTRATO DE FIDEICOMISO. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGISTRACIÓN ANTE EL CONCURSO DEL FIDUCIANTE

*María Cecilia HOZSOWSKI**

Fecha de recepción: 9 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2017

Resumen

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial no existía obligación alguna de registrar los contratos de fideicomiso. Ahora bien, esta situación ha cambiado con la entrada en vigor de dicho Código, el cual establece la obligatoriedad de la registración para esta clase de contratos.

Sin perjuicio de ello, la regulación de dicha obligatoriedad resulta insuficiente, en tanto deja varias cuestiones sin legislar. El autor analiza esta situación junto con las consecuencias que traería no cumplir con dicha obligación ante el concurso o quiebra del fiduciante. Finalmente, el autor se pronuncia sobre las mejoras que aún faltan hacer para lograr una correcta implementación del sistema en la práctica jurídica.

Palabras clave

Fideicomiso – Registro – IGJ – fiduciante – fiduciario – contrato – patrimonio fideicomitado – concurso

THE DUTY TO REGISTER TRUST AGREEMENTS AND THE EFFECTS OF THE FAILURE TO DO SO UPON THE COMMENCEMENT OF THE TRUSTOR'S INSOLVENCY PROCEEDINGS

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) (2009). Maestranda en Derecho Empresario por la Universidad Austral (Argentina). Correo electrónico de contacto: mceciliahoszowski@gmail.com.

Abstract

Before the new Argentine Civil and Commercial Code became effective, there was no duty to register trust agreements. This changed with the new Code, under which the registration of this type of agreements is required.

Now, this duty proved to be deficient in that there are several issues that remain unregulated. The author goes into this issue as well as the effects of not complying with the duty upon the commencement of the trustor's insolvency or bankruptcy proceedings. Finally, the author ponders over the improvements needed to enable a proper implementation of the new system in legal practice.

Keywords

Trust – registration – IGJ – trustor – trustee – agreement – trust assets – insolvency

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCCN”) establece que todos los contratos de fideicomiso deben inscribirse en el Registro Público que corresponda (artículo 1669). Se trata de una cuestión novedosa que no se encontraba contemplada bajo la ley 24.441.

En la primera parte de este trabajo analizaremos detenidamente la obligación de registrar el contrato de fideicomiso teniendo en cuenta que la norma en cuestión resulta incompleta, pues omite las cuestiones que hacen a su cumplimiento. En efecto, no se aclara cuál es el registro competente; ni quién debe cumplir con la manda de registrar el contrato. Tampoco establece cuáles son los efectos de dicha inscripción ni cuál es la sanción por la falta de cumplimiento. Y, si bien en un primer momento se pensó que dicha regulación sería objeto de una reglamentación posterior, lo cierto es que al día de hoy ello no ha ocurrido.

En segundo lugar, analizaremos las implicancias de no cumplir con la obligación de registrar el contrato ante el concurso o quiebra del fiduciante. Al respecto, estudiaremos las diferentes alternativas que pueden presentarse en la práctica, teniendo en cuenta que la transmisión de los bienes fideicomitidos al fiduciario no opera con la inscripción del contrato.

II. Registro Competente. Antecedentes normativos

El CCCN estableció la obligatoriedad de inscribir los contratos de fideicomiso en el “Registro Público que corresponda” sin aclarar de qué registro se trata y si es uno distinto al antiguo Registro Público de Comercio, lo que llevó a diferentes interpretaciones sobre la cuestión.

Desde un punto de vista estrictamente formal, luego de sancionado el CCCN, se debería haber dictado un decreto que reglamentara sus disposiciones.

Sin embargo, no se dictó decreto alguno y fueron los antiguos Registros Públicos de Comercio los que primero se arrogaron dicha competencia y reglamentaron en qué casos las inscripciones de los contratos de fideicomiso quedarán bajo su competencia.

La Inspección General de Justicia (“IGJ”) fue el primer Registro Público en regular esta cuestión mediante el dictado de la resolución 7/2015 de fecha 28 de julio de 2015. Al respecto, no debe perderse de vista que se trata en definitiva de un organismo dependiente del Poder Ejecutivo reglamentando una ley nacional. No sólo ello, sino que incluso con el dictado de la resolución 7/2015 (en lo que se refiere a la registración de fideicomisos) la IGJ fue más allá y legisló algunas cuestiones que el CCCN no previó, tales como la creación de un Registro de Fiduciarios, cuestión que posteriormente fue dejada sin efecto.

Al respecto —y asumiendo la constitucionalidad de la normativa y que la IGJ contaba con facultades suficientes para dictarla de la manera en que lo hizo (en lo que se refiere a la registración de fideicomisos)—, la entidad referida se arrogó competencia para la registración de los contratos de fideicomiso en dos supuestos: (a) cuando al menos uno de los fiduciarios tuviera domicilio real (o especial) en la Ciudad de Buenos Aires; y (b) respecto de los fideicomisos de acciones y de cuotas de una sociedad sujeta a la fiscalización societaria de la IGJ, sin importar si el fiduciario tiene domicilio en o fuera de la Ciudad de Buenos Aires.

En cuanto a la registración de los contratos de fideicomisos financieros, la regulación no era clara acerca de si excluía la registración de todos ellos o únicamente de los que contaban con oferta pública.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires dictó el decreto 300/2015, el que establece el funcionamiento de un Registro Público de Contratos de Fideicomiso en el ámbito de la Ciudad, a través de herramientas electrónicas. Asimismo, se dictó la resolución 566/SECLYT/15 (la “Resolución 566/SECLYT/15”), implementando el Registro de Contratos de Fideicomiso a través de un registro electrónico.

Así las cosas, y a pesar de que el decreto 300/15 no lo establece expresamente, la Ciudad de Buenos Aires parece entender que el Poder Ejecutivo, por oposición al Poder Legislativo, es el órgano competente para dictar la normativa en cuestión en esta jurisdicción y para la registración de todos los contratos de fideicomiso.

El 10 de marzo de 2016, la IGJ dictó la resolución 6/2016 —modificatoria de la Resolución 7/2015—, arrogándose la competencia únicamente de registrar los contratos de fideicomiso y sus modificaciones, cuyos objetos incluyeran acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en ese organismo. Además, se excluyeron expresamente de su competencia la registración de los fideicomisos financieros con oferta pública.

Al día de hoy, ni el decreto 300/15, ni la Resolución 566/SECLYT/15 hacen referencia a las disposiciones sobre registración de contratos de fideicomiso dictadas por la IGJ. Tampoco las resoluciones de la IGJ refieren a las disposiciones dictadas por la Ciudad de Buenos Aires.

Consecuentemente, al día de la fecha existen dos registros que regulan la inscripción de los contratos de fideicomiso en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, coincidiendo la competencia de ambos para algunos supuestos.

III. ¿Quién es el responsable de la registración del contrato de fideicomiso?

Otra cuestión que no se encuentra legislada en el CCCN es cuál de los sujetos del contrato tiene a su cargo la obligación de registrar el contrato de fideicomiso.

Por nuestra parte, entendemos que esta obligación pesa sobre el fiduciario, toda vez que es quien se encarga de la administración de los bienes del fideicomiso. Ello, claro está, salvo que las partes hubieren acordado algo distinto en el contrato.

Nuestra posición se ve respaldada por lo dispuesto por la Resolución 7/2015 conforme fuera modificada por la Resolución 6/2016 (artículo 284 de la Resolución 7/2015). Al respecto se prevé que el primero que deberá intentar la registración es el fiduciario. Y en caso de que este no lo intentara en el plazo de 20 días corridos desde la celebración del contrato, la inscripción del contrato podrá ser solicitada por el fiduciante, beneficiario o fideicomisario, indistintamente. No se nos escapa que lo dispuesto por la Resolución 7/2015 solo aplica para determinados supuestos sujetos al contralor de la IGJ. Sin embargo, ello no obsta que pueda ser tomado como una pauta de interpretación para la cuestión bajo análisis.

IV. Efectos de la registración. Consecuencias ante la falta de registración

El CCCN no reguló los efectos de la registración de los contratos de fideicomiso ante el Registro Público correspondiente, como así tampoco las consecuencias ante la falta de cumplimiento.

Ante este escenario, únicamente parecerían haber dos posibilidades. Por un lado, podría llegar a afirmarse que la registración del contrato tiene efectos constitutivos, es decir, que el acto recién nace con su inscripción en el Registro respectivo. Esta solución parecería ser a todas luces excesiva. Más aún cuando no existe una norma expresa que así lo establezca.

Por el contrario, podría juzgarse que la registración tiene efectos declarativos, en el sentido de que el contrato nace desde que fue celebrado por las partes e incluso tiene

efectos entre ellas, por lo que la finalidad de la registración sería darle publicidad a terceros y con ello oponibilidad frente a éstos.

Por su parte, MOLINA SANDOVAL (2016) sostiene que cabe una tercera variante que es que la inscripción del contrato de fideicomiso únicamente tiene efectos informativos. Consecuentemente, la falta de registración no conllevaría su inoponibilidad ni menos su nulidad. Agrega también que ésta es la interpretación que hace la IGJ en los considerandos de la Resolución 6/2016.

Ahora bien, no debe confundirse la registración del contrato de fideicomiso con la registración de los bienes que fueran cedidos al patrimonio fideicomitado. En cuanto a este último punto, el CCCN regula a partir de cuándo la transferencia de la propiedad fiduciaria surte efectos respecto de terceros. Así, siguiendo el criterio de la derogada ley 24.441, dispone que *“el carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros una vez cumplidas las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”* (artículo 1683 del CCCN y artículo 12 de la derogada ley 24.441). Las formalidades a cumplir para perfeccionar la transferencia fiduciaria dependerán del bien de que se trate, siendo la tradición respecto de los bienes no registrables; la notificación al deudor cedido respecto de la cesión de derechos; y la inscripción en el registro correspondiente respecto de los bienes registrables.

Entonces, el CCCN regula dos clases de inscripciones con relación a los fideicomisos: la primera es la registración del contrato de fideicomiso, y la segunda es la registración o cumplimiento de las formalidades correspondientes con relación a los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado.

Ahora bien, no caben dudas de que la registración de los bienes registrables que componen el patrimonio fideicomitado a nombre del fiduciario tiene como finalidad la publicidad a favor de terceros. Entre partes el acto es válido desde su perfeccionamiento. Entonces volvamos con el interrogante original, ¿cuál es en definitiva la finalidad de la registración del contrato de fideicomiso?

ACHARES DI ORIO (2016) sostiene que la registración del contrato tiene como finalidad hacer oponibles a terceros las disposiciones del acuerdo no vinculadas con la transmisión del dominio de los bienes. Ello es así puesto que el carácter fiduciario de los bienes

registrables tendrá efectos desde que se cumplen los recaudos exigidos de conformidad con la naturaleza de éstos.

En la misma línea, y con relación a los bienes inmuebles que conforman el patrimonio fideicomitado, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires entiende que *“la oponibilidad que se procura a través de la publicidad registral, en relación con el carácter fiduciario del dominio, se obtiene a través de la inscripción en el Registro Inmobiliario (art. 1683), por lo cual, necesariamente, la inscripción que prevé el artículo 1669 del CCyCO. – en el Registro Público – en todo caso podría entenderse para la oponibilidad de otras cláusulas del contrato que nada tienen que ver con la transmisión del dominio de los bienes”* (ACHARES DI ORIO, 2016: 61).

Por su parte, KIPER y LISOPRAWSKI (2016) afirman que, de conformidad con el esquema del CCCN, la transferencia de la propiedad a favor del fiduciario se perfecciona una vez que se cumplen los recaudos exigidos por la naturaleza de los bienes en cuestión. Entonces, cuando se trata de bienes registrables la registración del contrato tendrá como finalidad darle mayor publicidad y, en todo caso, para valorar la mala o buena fe de un tercero.

V. Efectos ante la falta de registración y sus implicancias en el concurso o quiebra del fiduciante

Habiendo aclarado cuál es la situación actual en cuanto al registro de los contratos de fideicomiso, cabe analizar las diferentes situaciones que pueden presentarse ante la falta de registración del contrato y/o del cumplimiento de las exigencias requeridas de conformidad con la naturaleza del bien en cuestión, para hacer efectiva la transferencia del dominio fiduciario, todo ello frente al concurso o quiebra del fiduciante. Veamos.

V.A. Registración del contrato y cumplimiento de los recaudos para la transferencia del dominio fiduciario

La mejor situación para el beneficiario del fideicomiso es que se haya cumplido con la registración del contrato y con los recaudos correspondientes para la transferencia del dominio fiduciario. Así, éstos serán, en principio, oponibles a la masa del concurso o quiebra. Ello sin perjuicio de las acciones de ineficacia que los acreedores puedan intentar

de conformidad con los artículos 118 y 119 de la Ley de Concursos y Quiebras (la “LCQ”), o incluso de la acción de fraude.

V.B. Falta de registración del contrato y cumplimiento de los recaudos para la transferencia del dominio fiduciario

Una de las situaciones que puede presentarse es que se hayan cumplido los recaudos para la transferencia del dominio fiduciario, pero se haya omitido la registración del contrato de fideicomiso.

Aquí sin dudas cobrará relevancia la postura que se adopte con relación a los efectos de la registración del contrato. Es que si se llegara a considerar que la registración tiene efectos constitutivos, entonces su omisión privaría de efectos al acto.

Pero si se está por la postura que entiende que la registración tiene efectos declarativos, su omisión privaría de eficacia al contrato frente a terceros, pero no entre las partes del contrato.

Por último, si se está por la postura que entiende que la inscripción tiene efectos informativos, en principio, la falta de inscripción en nada afectaría.

Sin embargo, no debe perderse de vista que se han cumplido los recaudos que hacen al perfeccionamiento del dominio fiduciario. En este caso, cabe analizar los diferentes supuestos que pueden suscitarse en función de la naturaleza de los bienes que compongan al patrimonio fideicomitado.

En el caso de encontrarnos frente a un patrimonio fideicomitado conformado por bienes registrables, el beneficiario estaría en mejores condiciones frente a la masa concursal para defender la existencia del contrato de fideicomiso toda vez que la transmisión fiduciaria debe inscribirse en un Registro Público, situación que genera publicidad respecto de la transmisión —y en cierta forma también respecto del contrato— y que cualquier persona puede fácilmente comprobar. Entonces, mal podrán alegar los acreedores que no tenían conocimiento del contrato porque justamente la inscripción de los bienes en el Registro implica notificación. Más aún, la masa concursal tampoco podría desconocer la

transmisión fiduciaria a favor del patrimonio fideicomitado toda vez que basta con la solicitud de un certificado de dominio del bien en cuestión para comprobar esa situación.

En el supuesto de que nos encontremos frente a bienes no registrables, la situación se complica para el beneficiario puesto que la transmisión fiduciaria opera con la tradición posesoria sin que medie inscripción en un Registro Público que genere publicidad frente a terceros acerca del acto en cuestión. Y si bien se ha operado la transmisión fiduciaria de conformidad con lo exigido por el CCCN, lo cierto es que se ha omitido cumplir con la inscripción del contrato de fideicomiso.

La misma situación que en el párrafo anterior se plantea cuando nos encontramos frente a una cesión de derechos, donde ésta se perfecciona con la notificación al deudor cedido, sin que medie inscripción en un Registro Público.

En los dos últimos casos, el mejor argumento para el beneficiario será alegar que la omisión de registrar el contrato no priva de efectos a la transmisión fiduciaria, la cual ya ha operado de conformidad con los requisitos del CCCN y, por tanto, los bienes en cuestión han quedado ajenos a la masa concursal. En todo caso, no le serán oponibles a la masa ciertos términos y condiciones del contrato de fideicomiso, ajenos a la transmisión de los bienes del fideicomiso.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, la masa concursal tendría un importante argumento para sostener que el contrato de fideicomiso no le es oponible a pesar de haberse cumplido con la transmisión fiduciaria del bien en cuestión, toda vez que no se ha cumplido con ningún acto que le haya dado publicidad al contrato. Es más, si se está por la posición que considera que la registración del contrato es constitutiva, alegará que el contrato ni siquiera ha nacido y que esa transmisión fiduciaria no tiene razón de ser.

Aquí sin dudas el juez del concurso tendrá que meritar las circunstancias especiales que rodean a cada caso en particular para llegar a la mejor solución posible.

V.C. *Registración del contrato y omisión del cumplimiento de los recaudos para la transferencia del dominio fiduciario*

Otra posibilidad es que se haya cumplido con la registración del contrato pero no se haya llegado a cumplir los recaudos correspondientes para la transferencia del dominio fiduciario.

Aquí la masa concursal no podrá desconocer la existencia del contrato de fideicomiso toda vez que se ha cumplido con su registración. Sin embargo, sí se encontrará en condiciones de alegar que los bienes en cuestión le pertenecen a la masa toda vez que no se ha cumplido con la transferencia del dominio fiduciario.

Por su parte, ACHARES DI ORIO (2016) distingue diferentes soluciones en función de la naturaleza de los bienes en cuestión. Así, entiende que si se trata de bienes registrables el beneficiario podría sostener que los bienes pertenecen al fideicomiso en función de la aplicación, por analogía, de lo dispuesto en la LCQ¹ y en el CCCN² respecto de la oponibilidad de los boletos de compraventa de inmuebles frente al concurso, siempre que se trate de adquirentes de buena fe. No obstante ello, reconoce que los supuestos no son idénticos toda vez que para que el boleto sea oponible el comprador debe haber abonado el 25% del

¹ Artículo 146 LCQ. “Promesas de contrato. Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante el expreso pedido del síndico y del tercero, manifestado dentro de los TREINTA (30) días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado.

Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”.

² Artículo 1171 del CCCN. “Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”.

precio del bien en cuestión, situación que nunca se dará en el fideicomiso y que, eventualmente, podría dar lugar al fraude.

En los casos donde se encuentren en juego bienes no registrables, el autor citado entiende también que el beneficiario podría argumentar que los bienes se encuentran en el patrimonio fideicomitado aunque no termina de explicar cuáles son los motivos de su posición.

Finalmente y en cuanto a los casos donde media cesión de derechos, el mencionado autor no llega a la misma conclusión que en los casos anteriores, en virtud de que esta situación sí se encuentra contemplada expresamente en la ley. En efecto, el CCCN prevé expresamente que la cesión no tiene efectos respecto de la masa del concurso si es notificada con posterioridad a la presentación en concurso o a la sentencia de quiebra (artículo 1623).

V.D. Falta de registración del contrato y omisión del cumplimiento de los recaudos para la transferencia del dominio fiduciario

El último supuesto que puede presentarse es que se haya omitido cumplir tanto con la registración del contrato como con los recaudos necesarios para que opere la transferencia del dominio fiduciario. Aquí la situación del beneficiario no es nada alentadora. El beneficiario no cuenta prácticamente con argumentos para sostener la oponibilidad del contrato ni de los bienes fideicomitados frente al concurso o quiebra del fiduciante.

En lo que respecta al contrato de fideicomiso, ACHARES DI ORIO (2016) sostiene que si el contrato tuviere fecha cierta, el beneficiario podría llegar a alegar que cuenta con eficacia probatoria frente a terceros.

Sin perjuicio de lo expuesto, no se puede dejar de destacar que no todo está perdido para el beneficiario, puesto que detrás del contrato de fideicomiso de garantía existe una obligación principal que el deudor se comprometió a cumplir. Consecuentemente, y sin perjuicio de que le será sumamente difícil al beneficiario hacer valer su garantía, el beneficiario tendrá la opción de verificar su crédito con relación a la obligación principal, concurriendo al proceso como un acreedor más.

VI. Conclusión

En nuestra opinión aún queda un largo camino por recorrer en cuanto a la obligación de registración del contrato de fideicomiso bajo el CCCN. En primer lugar, no quedan claras las cuestiones que hacen al cumplimiento de esta obligación: no se establece cómo se cumple con la obligación, ante qué Registro Público debe hacerse la inscripción, el plazo para hacerlo, ni quién debe intentarlo.

Tampoco queda claro cuál es el propósito de la nueva disposición del CCCN que manda a registrar los contratos de fideicomisos. Lo cierto es que bajo la ley 24.441 no parecen haberse suscitado inconvenientes que se derivaran en la necesidad de implementar esta obligación. A nuestro entender parecía suficiente con que se cumplieran las formalidades para transferirle al fiduciario la propiedad de los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado.

Conforme lo analizado arriba, la obligación de registrar el contrato de fideicomiso no se trata de una cuestión menor puesto que tiene importantes consecuencias ante el eventual concurso o quiebra del fiduciante.

Nos resulta sumamente difícil adoptar una postura en particular respecto de cuáles son los efectos de la registración del contrato toda vez que entendemos que aún faltan definir las cuestiones que hacen al cumplimiento de esta obligación.

Asignarle efectos declarativos o constitutivos a la registración del contrato traen aparejadas consecuencias sumamente importantes, las cuales difícilmente puedan ser aceptadas en ausencia de una norma expresa que lo disponga. Así las cosas, nos inclinamos por la posición que entiende que la registración tiene efectos informativos toda vez que es la postura que menos efectos gravosos asigna a la omisión de cumplir con la registración.

Bibliografía

ACHARES DI ORIO, F. (2016) “La oponibilidad del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario frente a terceros en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Temas de derecho comercial*, La Ley, año 2, N° 4.

LISOPRAWSKI, S.; KIPER, C. (2016) “Registro de Contratos de Fideicomiso. La reciente Resolución General (IGJ) 7/2015”, en ACHARES DI ORIO, F., “La oponibilidad del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario frente a terceros en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Temas de derecho comercial*, La Ley, año 2, N° 4, p. 61.

MOLINA SANDOVAL, C.A. (2016) “La registración del fideicomiso”, *La Ley*, 28/03/2016; cita online: AR/DOC/870/2016.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LAS GRAVES IMPLICANCIAS DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE UNA PRÁCTICA INSTAURADA EN LA REALIDAD ARGENTINA

Maximiliano NITTO y Fiorella BIANCHI***

Fecha de recepción: 15 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2017

Resumen

En el presente artículo se propone analizar la figura de la gestación por sustitución. Se comenzará por investigar las técnicas de reproducción humana asistida, sus orígenes, su recepción en Argentina y su evolución hasta lograr convertirse en normativa vigente. Posteriormente, se examinará en profundidad el instituto bajo estudio, comparando las diversas posturas que han tomado los países acerca de su regulación y el lugar que fue obteniendo en la legislación interna —desde el Código de Vélez hasta el Código Civil y Comercial—. Finalmente, desarrollaremos las graves implicancias que genera —en la práctica— la ausencia de regulación.

Palabras clave

Gestación por sustitución – maternidad subrogada – Código Civil y Comercial de la Nación – técnicas de reproducción humana asistida – mujer gestante – comitentes – voluntad procreacional – filiación – Derecho de la salud – judicialización – bioética – Derecho a la familia – igualdad ante la ley – Derecho a la dignidad – interés superior del niño

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Secretario académico del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de segunda de la asignatura “Elementos de Derecho Civil (parte general)”, cátedra a cargo del Dr. Manuel Cobas. Colaborador de “Derecho a la Salud”, curso a cargo de la Dra. Marisa Aizenberg. Contacto: maximilianonitto@gmail.com.

** Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Ayudante de la asignatura “Obligaciones Civiles y Comerciales”, cátedra a cargo de la Dra. Sandra Wierzba. Colaboradora de “Derecho a la Salud”, curso a cargo de la Dra. Marisa Aizenberg. Contacto: fiore.bianchi@hotmail.com.

SURROGACY GESTATION: THE ABSENCE OF REGULATION OF AN ARGENTINIAN PRACTICE AND ITS SERIOUS IMPLICATIONS

Abstract

The present paper analyzes the surrogacy gestation subject. We will begin by examining the human assisted reproduction techniques, their origins, their admission in Argentina, and their evolution while becoming a substantive regulation. Subsequently, the institution herein observed will be deeply examined by comparing the different positions that have been taken by other countries regarding its regulation as the position that has been chosen by the Argentinian legislation, that is, from the Velez's Civil Code to the new Civil and Commercial Code. Finally, we will evaluate the serious implications that are being caused due to the absence of regulation.

Keywords

Surrogacy gestation – surrogate motherhood – National Civil and Commercial Code – human assisted reproduction techniques – expectant mother – committents – *Procreation will* – Filiation – Health rights – judicial procedure – Bioethics – Family rights – equality before the law – Dignity right – best interest of the child

I. Delimitación del objeto de estudio

El estudio del presente trabajo se centrará en investigar la situación de la gestación por sustitución en Argentina, las incontables problemáticas que genera su falta de regulación, sus posibles soluciones, mas limitándonos únicamente a lo concerniente al derecho interno.

No desconocemos el existente turismo reproductivo¹ que en muchos casos conlleva esta práctica, ni la fuerte vinculación que tiene con el Derecho Internacional Privado. Empero, su omisión es voluntaria a los efectos de cumplir con los límites anteriormente propuestos.

¹ LAMM (2012) denomina “turismo reproductivo” a aquellos casos en los que parejas o individuos comitentes, que disponen de medios económicos, se trasladan a otros países donde la práctica se encuentra regulada, para contratar a través de agencias a la mujer que gestará su hijo y luego establecer el vínculo filial en dicho país.

II. Introducción

Ningún concepto permanece estático a lo largo del tiempo, y el significado jurídico de “familia” no ha sido la excepción. El modelo que hasta hace unas décadas era preponderante en la sociedad ha ido perdiendo virtualidad, permitiendo el avance de nuevos y numerosos tipos de familia.

A tal punto es así que —lejos de querer brindar una definición— nos limitaremos a mencionar los múltiples modelos de familia existentes en la actualidad: uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, familias ensambladas (SCOTTI, 2012). Todos ellos conforman, en el presente, diversos tipos de familias que el ordenamiento jurídico no puede desconocer ni dejar de regular.

A su vez, los avances científicos han contribuido a modificar el significado y alcance de los conceptos, logrando resultados que hasta hace unas décadas eran impensados. No hay que olvidar que hasta el siglo pasado el único modo de concebir era de forma natural, dentro del aparato reproductor femenino. Sin embargo, la tecnología ha conseguido implementar grandiosas innovaciones en la materia. Por tal motivo, hoy se han logrado disociar dos conceptos que durante mucho tiempo se consideraron inescindibles: sexo y concepción.

De esta manera, y coincidiendo con LAMM (2012), gracias a la tecnología —especialmente a las técnicas de reproducción humana asistida— es posible la reproducción sin la realización del acto sexual, y la concepción de un niño/a por fuera del seno materno. Sucede que, ineludiblemente, esta separación entre la procreación humana y el ejercicio de la sexualidad, suponen cambios estructurales que el derecho debe analizar y normar.

Es por ello que, a la luz de estas transformaciones, incluso ha variado la noción de “maternidad”, pudiendo disgregarse en 3 tipos: la genética, la gestacional, y la socioafectiva—que pueden, o no, convivir en la misma persona— (GIL DOMINGUEZ, FAMÁ, HERRERA, 2010).

III. Derechos reconocidos por los tratados internacionales

Con la reforma de 1994, la Constitución Nacional mencionó por primera vez el “derecho a la salud” de manera expresa —aunque no autónoma— en su artículo 42. Pese a ello, el acierto más destacado en materia sanitaria se encuentra en el artículo 75 inciso 22 que otorgó jerarquía constitucional a ciertos Tratados Internacionales de Derechos

Humanos² que contienen expresamente la consagración del derecho a la salud como un derecho humano fundamental.

De esta forma y, a través de los tratados, el Estado ha dejado de tener un rol pasivo —por el que se limitaba a no intervenir negativamente en el disfrute de los derechos de sus ciudadanos—, para pasar a tener una función activa como administrador, garante y controlador del sistema.

Al respecto, la observación general n° 14, realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha señalado que el derecho a la salud no debe ser entendido como un mero derecho a estar sano sino que entraña libertades y derechos que deben ser respetados en un marco de igualdad y no discriminación. Así, les impone a los Estados tres deberes: respetar, proteger y cumplir.

Adentrándonos concretamente en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, mencionaremos específicamente aquellos que tienen estrecha relación con el objeto de estudio y cuyas normas consideramos vulneradas por nuestro país.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer: se desprende de su artículo 5, apartado b, la importancia de la maternidad como función social; de su artículo 12, las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica. Asimismo, surge de su artículo 16, el reconocimiento más importante en materia planificación familiar: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...”*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: aquí también observamos numerosos artículos que consagran el respeto de los derechos de las personas en igualdad de condiciones, entre ellos el artículo 11, que establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar³; y el artículo 17, referido a la

² El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, incorporó originariamente diez Tratados Internacionales de Derechos Humanos, dejando abierta la posibilidad de incluir otros a través del proceso legislativo que el propio artículo establece.

³ La CIDH, en el fallo “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica” del 22 de noviembre de 2012, interpretó de manera amplia del concepto de libertad, entendiéndolo como la capacidad de

protección de la familia, que reconoce en los apartados 1 y 2 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Bajo este fundamento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “CIDH”) ha expresado en el precedente “*Artavia Murillo*”⁴ que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Protocolo de San Salvador: en ambos instrumentos se hace mención a que los Estados deben garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico — artículo 14, apartado “b” del protocolo de San Salvador, y artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre—.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”: el artículo 4, apartados a, b, c, e y f, establece: *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”*.

Declaración Universal de Derechos Humanos: el artículo 12 reza *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 15 indica *“Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*.

hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad así definida, es un derecho humano básico. Asimismo ha dicho que el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, formando la maternidad parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Considerando así, que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, en el sentido genético o biológico.

⁴ CIDH, “*Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*”, 28/11/2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: el artículo 23.1 establece “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En el mismo orden de ideas, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos; como así disponer de la información y de los medios para ello, y alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Reconoce a su vez el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Por último, la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU⁵ estableció que la salud reproductiva es “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a “métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados”. Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de esos derechos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

IV. Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Orígenes y evolución dentro del derecho argentino

Durante la mayor parte de la historia, la descendencia de la humanidad se produjo por la unión de hombres y mujeres considerados fértiles, cuyo resultado era la procreación de un ser vivo nuevo, diferente, con entidad y genética propia. Es por ello que, para aquellas parejas que no lograban concebir un hijo por causas de esterilidad o infertilidad, la única posibilidad de formar una familia era a través de la adopción.

⁵ La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU fue llevada a cabo en Beijing en 1995, disponible online: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

Sin embargo, a lo largo de los años la ciencia se ha propuesto encontrar la respuesta a numerosos dilemas de la humanidad, representando el campo de la salud, un desafío constante. En materia de concepción, en 1978 nació la niña Louise Brown, a partir de una técnica innovadora, para esa época, que se denominó “fecundación in vitro”. El caso “Brown” fue bautizado como el primer bebé “probeta”, puesto que su concepción había sido lograda a partir de la unión de un óvulo y un espermatozoide —provenientes de sus progenitores— pero fuera del sistema reproductor femenino.

De allí en adelante, la ciencia y la tecnología han generado incontables avances, —siendo la fertilización in vitro una de las tantas TRHA que existen en la actualidad— permitiendo así que muchas parejas e individuos pudieran formar una familia con descendencia sanguínea propia.

Empero, los avances científicos rara vez son pacíficos. Por el contrario, a menudo distintos sectores de la sociedad ofrecen resistencia a estos cambios por considerar que contrarían la moral y ética imperantes.

En nuestro país, el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha generado calurosos debates legislativos, cuyos orígenes se remontan al año 1985, cuando se presentó el primer proyecto legislativo para regularlas.

No obstante, recién en 2011 comenzaron las discusiones parlamentarias, adoptando el Estado el rol protagónico, hasta entonces desempeñado por el sector privado.⁶

Uno de los mayores debates alrededor de las TRHA ha sido si se las debía considerar como una solución para la infertilidad, y —de ser así— quiénes y cómo debían acceder a ellas. Esto no era menor ya que, si se consideraba que el problema sólo radicaba en la infertilidad —valorándola como una “enfermedad”—, se recortaba su acceso, limitándolo a un determinado grupo de personas y excluyendo a aquellos que, pese a no ser estériles, también requerían de estas técnicas para concebir —como las parejas homosexuales o personas solteras—.

Finalmente, se legisló a las TRHA desde la esfera de los derechos sexuales y reproductivos, entendiendo que abarcaban varias dimensiones: derecho a la igualdad,

⁶ En tal sentido, creemos necesario aclarar que si bien en Argentina el uso de las TRHA no estaba prohibido, era una práctica a la que sólo podían acceder personas que contaran con los recursos económicos necesarios para solventarlas.

derecho a formar una familia, derechos reproductivos, derecho a la no discriminación por orientación o identidad sexual.⁷

Con el antecedente de la ley 26.618,⁸ el 25 de junio de 2013 se promulgó la ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, cuyo artículo 7 estableció como beneficiarios a todas las personas mayores de edad, sin hacer distinción de sexo u orientación sexual.

No obstante ello, y pese a resultar un gran avance, la situación no quedaba resuelta debido a que, si bien a través de los artículos 121 y 126 de la Constitución Nacional, las provincias delegaron en la Nación ciertas facultades que les eran propias, se reservaron — entre otras potestades— el poder de legislar en materia sanitaria. Por tal motivo, el Congreso Nacional tiene el poder suficiente para dictar una norma sanitaria con carácter de orden público, pero las provincias no están obligadas a adherir a ella y, menos aún, a cumplir con su contenido.

Tanto es así que, desde la promulgación de la ley 26.862 a la fecha, tan sólo ocho provincias han adherido⁹ y seis han sancionado sus propias normas.¹⁰ En cambio, otras provincias, tales como Jujuy, Salta, Formosa, Corrientes, Tucumán, Catamarca, Santiago del Estero, San Juan y Mendoza no cuentan con normativa propia ni con adhesión a ley nacional.

Paralelamente a la sanción de la mencionada ley, existía en el país el Anteproyecto del Código Civil y Comercial (CCCN), cuyo origen se debió al exhorto realizado por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 191/2011.¹¹ En él se incluía el reconocimiento de la filiación a partir de las técnicas de reproducción humana asistida, a la vez que incluía —y tal como se

⁷ Son los fundamentos brindados por la Diputada Iturraspe en la reunión 11- 8va. Sesión ordinaria de la Honorable Cámara de Diputados, de fecha 27 de junio de 2012. Versión taquigráfica online disponible en: <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/>.

⁸ Esta ley modificó el Código Civil, reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹ Chubut (ley 1-503 de agosto de 2013); Santa Fe (ley 13.357 de septiembre de 2013); La Pampa (ley 2.737 de octubre de 2013); San Luis (ley III-0868 de noviembre del 2013); Entre Ríos (ley 10.301 de mayo de 2014); La Rioja (ley 9.440 de octubre de 2013); Chaco (ley 7.645 de julio de 2015) y Misiones (ley XVII-87 de octubre de 2015).

¹⁰ Neuquén (ley 2954 de agosto de 2015); Tierra del Fuego (ley 995 de agosto de 2014); Santa Cruz (ley 3225 de julio de 2011); Córdoba (ley 9695 de noviembre de 2009); Buenos Aires (ley 14208 de diciembre de 2010) y Río Negro (ley 4557 de junio de 2010).

¹¹ A través del cual se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

desarrollará en el apartado siguiente— a la gestación por sustitución como un medio idóneo para la procreación.

Sin embargo, el Anteproyecto terminó sufriendo serias modificaciones, y las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —con excepción de la gestación por sustitución— quedaron reguladas en los artículos 560 a 564 del CCCN.

Así, el CCCN¹² ha sorteado —aunque parcialmente— las desigualdades que anteriormente observábamos en aquellas provincias que habían optado por la no regulación de las TRHA. Ello es así en tanto, en tales provincias, continúa siendo una cuenta pendiente regular el modo en que las personas podrán acceder a estas técnicas en condiciones de igualdad con respecto al resto de los habitantes del territorio argentino.

V. Gestación por sustitución

No existe consenso doctrinario acerca de la denominación adecuada para ese tipo de TRHA, sin embargo, consideramos que resulta más preciso el término “gestación por sustitución”, por ser el concepto que mejor se adecua —o menores contradicciones presenta— a su definición.

Por oposición, descartamos los términos “maternidad subrogada” o “madre sustituta”, ya que “maternidad” supone una noción más extensa que la de “gestar” —y, como veremos a continuación, en este instituto la mujer únicamente se propone gestar un embrión para otro, es decir, poner su cuerpo a disposición—.

Igualmente dejamos de lado las voces “alquiler de vientre” o “madre de alquiler”, y todas aquellas que hagan alusión al nacimiento de una relación contractual —expresa o tácita, con o sin fines de lucro, entre parejas o individuos comitentes y la mujer gestante—. Este tipo de contratos son, en nuestro ordenamiento jurídico, nulos de nulidad absoluta, puesto que al estar el cuerpo humano fuera del comercio resultan de objeto prohibido.¹³

Creemos acertado definir entonces a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida, por medio de la cual una mujer, denominada

¹² Por ser normativa de fondo con aplicación obligatoria para todo el territorio nacional.

¹³ Para profundizar la explicación, este tipo de contratos devendrían nulos conforme lo establecido en los arts. 958, 1003 y 1004 del CCCN, por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres, y por recaer sobre cosas que no están en el comercio.

gestante, acuerda de manera altruista con una persona —mujer u hombre— o con una pareja —homosexual o heterosexual—, denominada comitentes, poner su cuerpo a disposición a los fines de gestar un embrión. Este embrión puede contener material genético del/los comitente/s y hasta, incluso, de la mujer portadora. Sin embargo, una vez nacida la persona, el vínculo filial deberá ser emplazado al/los comitente/s. En ningún caso, existirá filiación con la mujer gestante.

A su vez, dentro de este tipo de TRHA, debemos distinguir dos modalidades. Por un lado se encuentra la gestación por sustitución plena o total, donde la mujer portadora, además de brindar su cuerpo para la gestación, aporta los gametos femeninos —óvulos— que son fecundados con espermatozoide del comitente o de un donante. Para poder llevar a cabo este tipo de técnica basta con la inseminación artificial, ya que es la gestante la que aporta parte del material genético. Se trata entonces de una técnica de baja complejidad.¹⁴

Por otro lado se halla la modalidad parcial, en la cual la concepción tiene lugar a partir del aporte del material genético —gametos femeninos— de una mujer distinta de la gestante. Si bien este aporte generalmente proviene de la mujer comitente, puede ocurrir que provenga de un donante —determinado o anónimo—. Es así que para poder llevar a cabo la gestación, debe realizarse una fecundación in vitro —técnica de alta complejidad—, donde la unión entre óvulo y espermatozoide se efectúa fuera del sistema reproductor femenino.

Así es como, a través de la definición puede advertirse su importancia: esta técnica es la única posibilidad para algunas familias de tener un hijo biológico, con material genético propio. Tal es el caso de las parejas de hombres homosexuales, la mujer a la que un embarazo puede producirle un grave riesgo de muerte,¹⁵ o aquella que se encuentra

¹⁴ De acuerdo con lo establecido en el decreto 956/2013 -que reglamenta la ley 26.862- se clasifica a las técnicas como de baja y alta complejidad: “Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tienen lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.” Por su parte, indica que las de baja complejidad son “aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada,, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical, o intravaginal, con semen de la pareja o donante”.

¹⁵ O enfermedades como por ejemplo: distrofias musculares, miopatías, valvulopatías cardíacas, hipercoagulabilidad, entre otras.

imposibilitada de gestar ante la ausencia de útero,¹⁶ y el hombre soltero que desea llevar adelante un proyecto de parentalidad.

Sin embargo, la doctrina no ha sido pacífica en aceptar esta figura. Por el contrario, se han desarrollado fuertes debates jurídicos, éticos y morales, concernientes a la dignidad y el respeto por el ser humano. Algunos autores¹⁷ sostienen que, de aceptarse esta técnica, la mujer portadora será utilizada como objeto de explotación, viéndose principalmente afectadas aquellas mujeres que se encuentren en un estado de vulnerabilidad económica, social y cultural.

Otros doctrinarios exponen que la gestante se vuelve un mero instrumento para lograr la concepción del hijo de un tercero, cosificando de esta manera a la figura femenina y fomentando su comercialización. Entienden que esta práctica vulnera el derecho subjetivo de la mujer portadora, su integridad física, moral y psicológica, su dignidad y su salud (TARABORRELLI, 2016).

Este debate ha tenido lugar no sólo en Argentina sino en muchos otros países del mundo, llevando a los Estados a adoptar diferentes posturas respecto de su regulación. En tal sentido, consideramos que en la actualidad pueden verificarse tres posiciones:

1. Prohibición de la figura.¹⁸
2. Admisión: dentro de esta vertiente podemos encontrar a la admisión amplia, que es aquella que recepta plenamente la figura;¹⁹ y la parcial, que la regula imponiéndole ciertos requisitos y condiciones.²⁰

¹⁶ La ausencia congénita de útero es denominada por la medicina como “Síndrome de Rokitansky”.

¹⁷ Entre ellos: ZANNONI (1998: 533), BOSSERT (1985: 237), RIVERA (2007: 414), SAMBRIZZI (2012: 24).

¹⁸ Tal es el caso de Alemania, Suecia, Francia, Italia, España, Austria.

¹⁹ Ucrania, Rusia, India, algunos Estados de Estados Unidos como California, Illinois, Arkansas y Maryland. Brevemente y en palabras de VILAR GONZÁLEZ (2014), mencionaremos el caso de California, por tratarse de uno de los más paradigmáticos, debido a que “*declara legalmente a los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con él. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción*”.

²⁰ México, Australia, Sudáfrica, Israel, Canadá, Brasil, Reino Unido, Nueva Zelanda. Bajo esta postura cada país exige el cumplimiento de diversas condiciones que se hallan previstas en su propia legislación. A modo de ejemplo, en Israel, algunos de estos requisitos son: la gestante debe ser soltera; los

3. Abstención: es la postura adoptada por nuestro país, por cuanto no se incluye a la gestación por sustitución en la ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, decreto 956/13, o en el CCCN. Esta posición será analizada en profundidad en el apartado siguiente.

V.A. La evolución en el derecho argentino

El origen de nuestro ordenamiento jurídico sienta sus bases en el Derecho Romano. De allí que el viejo Código de Vélez en su artículo 242 establecía que la maternidad quedaba demostrada por la irrefutable prueba del parto,²¹ receptando de ese modo el antiguo principio “la madre siempre es cierta” —*mater semper certa est*—.

No obstante, el avance de la tecnología no fue ajeno al cuerpo humano, y menos aún, en materia de salud, en cuanto a los modos de concepción. A tal punto es así que, a diferencia de lo que establecía el Código de Vélez,²² y adaptándose a los tiempos modernos, el artículo 19 del CCCN determina que el comienzo de la persona humana se produce desde la concepción. Es decir que ya no se requiere necesariamente que se lleve a cabo dentro del seno materno. Así, el Código deja abierta la posibilidad de concebir una persona humana de manera asistida y fuera de él.

Creemos significativo destacar que el Anteproyecto del CCCN regulaba en su artículo 562 la figura bajo análisis. En él se resaltaba la importancia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución —mujer gestante y comitente/s—. Asimismo, determinaba que la filiación entre

embriones deben haberse creado de forma in vitro con óvulos de la comitente o de otra mujer; la gestante no puede estar relacionada a la comitente. Grecia, por su parte, establece que: la gestante debe probar que se encuentra sana física y psíquicamente; la comitente no debe exceder la edad de 50 años; la gestante y los comitentes deben ser ciudadanos o residentes permanentes del país en donde se va a llevar a cabo la práctica; se permite compensación por los gastos, pero se prohíbe cualquier otro tipo de beneficio económico.

²¹ Artículo 242 del Código Civil: “La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

²² Artículo 70 del Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieron con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

el niño nacido y el/los comitente/s quedaría establecida mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes, y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El Anteproyecto indicaba también que, previo a la homologación, el juez debía acreditar que: había sido resguardado el interés superior del niño por nacer; la gestante tenía plena capacidad, buena salud física y psíquica; al menos uno de los comitentes había aportado los gametos; uno o ambos comitentes poseía imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término; la gestante no había aportado sus gametos; la gestante no había recibido retribución; la gestante no se había sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; la gestante había dado a luz a, al menos, un hijo propio.

El artículo proyectado finalizaba estableciendo que, si se carecía de autorización judicial previa, la filiación quedaría determinada por naturaleza.

De esta forma, el Anteproyecto adoptaba la postura de la admisión parcial, por cuanto decidía regular la figura pero imponiéndole ciertos límites y requisitos.²³ En sus propias palabras y coincidiendo plenamente con ellas: *“se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición”*.²⁴

Sin embargo, al llegar a la Cámara de Senadores, los legisladores optaron por suprimir la regulación de la gestación por sustitución, modificando sustancialmente el artículo 562. Esta decisión tuvo como fundamento la falta de consenso existente en torno a la reglamentación de este tipo de prácticas que, como hemos expuesto anteriormente, provoca fuertes debates éticos, morales y jurídicos. Por ello intuimos que para evitar que

²³ Al decir de los fundamentos del Anteproyecto: *“Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”*. Explica particularmente sobre la gestación por sustitución que: *“esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres”*.

²⁴ Fundamentos del Anteproyecto del CCCN. Versión online: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

este tipo de discordancias terminaran retrasando o impidiendo la sanción del Código, finalmente decidieron excluirla.

Es así que se llegó a la redacción actual del mencionado artículo: “*Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*”.

En suma, y a modo de síntesis, el Código en vigor establece dos cuestiones fundamentales: la concepción puede producirse dentro o fuera del seno materno; empero, y aun tratándose de THRA, la filiación le corresponderá a la mujer que haya dado a luz y a quien tenga —hombre o mujer— la voluntad procreacional.

Sostenemos que el artículo 562 representa un avance parcial en la materia, en la medida en que logra poner en un segundo plano el aspecto genético, para darle preeminencia a la voluntad de quien o quienes desean ser padres. Sin embargo no permite la posibilidad de que el nacido tenga filiación con una mujer distinta de la que lo ha gestado.

Es así que nos encontramos con el siguiente encuadre jurídico: la gestación por sustitución carece expresamente tanto de reconocimiento como de prohibición, empero de la letra del artículo anteriormente mencionado se infiere que esta técnica se encuentra vedada, al determinar que el nacido siempre tendrá vínculo filial con la mujer que lo dio a luz.

Esto ha llevado, en la práctica, a que los nacidos bajo este tipo de procedimiento deban obtener el reconocimiento filial a través de un pronunciamiento judicial.²⁵ En este sentido, algunos jueces han resuelto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 CCCN, por entender que éste constituye una barrera para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, reconocidos por instrumentos internacionales de máxima jerarquía jurídica. En este sentido argumentan que, como la gestación por

²⁵ Algunos fallos son: “H. M. y otro s/ medidas precautorias”, Juzgado de Familia de Lomas de Zamora Nro. 7, 30/12/2015, cita MJJ97208; “S. G. G y otros s/ filiación”, Tribunal Colegiado de Rosario, 27/05/2016; “A. R. C. y otros c/ C. M. J. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, junio 2016; “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 8, 20/09/2016; “C. F. A. y otro c/ R. S. M. L. s/ impugnación de maternidad”, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, 18/05/2015, cita AR/JUR/12711/2015.

sustitución no se halla expresamente prohibida, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido —artículo 19 de la Constitución Nacional—, lo que vuelve al artículo 562 CCCN. incompatible con las protecciones establecidas en ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos²⁶ y en nuestra norma fundamental.

Por lo hasta aquí expuesto, consideramos que Argentina ha dejado pasar la gran oportunidad de incluir, dentro de un código de fondo obligatorio para todo el territorio nacional, a la gestación por sustitución como una técnica viable, permitiéndole la posibilidad de formar una familia a un amplio grupo de individuos, entre ellos parejas de hombres homosexuales, hombres solteros, mujeres imposibilitadas de gestar, y mujeres cuyos embarazos pueden producir un grave riesgo para su salud.

V.B. Graves implicancias de la ausencia de regulación de la gestación por sustitución

Para desarrollar los efectos negativos que genera la falta de regulación de esta técnica, primero debemos identificar los actores intervinientes. En este tipo de prácticas necesariamente participan:

- a- Una mujer en calidad de “gestante”;
- b- Una persona —hombre o mujer— o una pareja —homosexual o heterosexual— en calidad de comitente/s;²⁷ y
- c- Uno o más niño/a/s, como fruto de ese embarazo llevado a término.

V.B.1. Respeto de la mujer gestante

Situación laboral: si se trata de una mujer que se encuentra prestando tareas en relación de dependencia para un tercero, debemos preguntarnos qué ocurrirá cuando, a

²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño -artículos 3.1, 7, 8, 18-, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -artículos 2, 4, 16- y Convención sobre Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad -artículos 1, 3, 6, 23, 25-.

²⁷ También es posible que intervenga un banco de gametos, cuando el material genético es donado. Sin embargo, al efecto del análisis propuesto, la figura no es relevante.

través de esta técnica, la mujer quede embarazada y se lo notifique a su empleador. No existen dudas que deberá hacer uso de la licencia correspondiente, pero, ¿deberá hablarse de licencia por “maternidad”?²⁸ ¿O se deberá modificar la ley de Contrato de Trabajo creando un nuevo tipo de licencia? ¿Podría suceder que el empleador se negara a abonar el salario correspondiente por el tiempo que ella dure? Bien podría alegar que ese hecho altruista de su trabajadora pertenece a la esfera de su intimidad y por tal motivo no tiene la obligación de solventar económicamente dicha decisión.

Cobertura médica: aquí el problema se presenta un poco más complejo ya que se deben analizar numerosas situaciones. Principalmente, se debe determinar quién debe acarrear el costo de la cobertura sanitaria de la mujer gestante durante el embarazo, parto y posparto. Debemos cuestionarnos ¿Qué ocurre si la gestante posee una cobertura de salud a través de una obra social o de una empresa de medicina prepaga? ¿Son ellos quienes deben cubrirlo? Probablemente ofrezcan sus reparos y consideren que todo el proceso deba ser soportado por el agente de salud del/los comitente/s, ya que son ellos quien/es recurren a esta técnica debido a su imposibilidad de concebir. Particularmente nos inclinamos por esta última postura, ya que consideramos que la gestación por sustitución es un tipo de TRHA, por lo que, el hecho de que se requiera del cuerpo de una mujer portadora para llevar a término un embarazo deseado por los comitentes, no implica que dicha cobertura deba ser erogada por un agente sanitario distinto al de éstos últimos.

Ahora bien, resulta más difícil aún dilucidar quién debe proporcionar la cobertura sanitaria en los casos en los que, como consecuencia de dicho embarazo, en la mujer gestante se generen secuelas o desarrolle problemas de salud, como por ejemplo: diabetes gestacional, enfermedades hepáticas, entre otras. Aquí, por el contrario, propiciamos que los gastos y tratamientos deben ser solventados por la obra social o empresa de medicina prepaga de la gestante. Arribamos a esta conclusión ya que la cobertura de las afecciones de salud, independientemente de su origen, es la finalidad de los servicios que prestan estos agentes de salud.

Incapacidad sobreviniente: en ese caso ratificamos lo mencionado en el párrafo precedente. Sostenemos que es el agente de salud²⁹ de la mujer gestante el que debe brindar los servicios correspondientes si ha quedado con alguna incapacidad sobreviniente como consecuencia del embarazo. Sin embargo, ¿qué ocurre si, como resultado de esa incapacidad, ésta no puede volver a trabajar o no puede volver a quedar embarazada?

²⁸ Recordemos que, tal como expusimos en el apartado V, “maternidad” supone una noción más extensa que la de “gestar”.

²⁹ Ya sea que se trate de una obra social o de una empresa de medicina prepaga.

¿Podrá reclamar algún daño o indemnización al/los comitente/s? Consideramos que la respuesta es negativa por cuanto la gestación por sustitución implica una decisión altruista y una asunción de riesgos por parte de la portadora, quien ha brindado el debido consentimiento³⁰ para llevar a cabo dicha práctica.³¹

Cuidados durante el embarazo: durante todo el transcurso del embarazo, la mujer gestante debe cuidar su salud de una manera especial. Así es que cualquier embarazada debe evitar consumir alcohol, tabaco, drogas ilegales, entre muchas otras recomendaciones. A su vez, debe concurrir a controles periódicos con el obstetra y cumplir con las pautas por él indicadas, ya sean análisis de sangre, vacunas, ecografías, y numerosos exámenes médicos tendientes a observar el correcto crecimiento y desarrollo del embrión. Empero, no debemos dejar de recordar, que la mujer se encuentra gestando un bebé para un tercero, ¿qué sucede si no cumple con los recaudos y cuidados correspondientes? ¿Cómo podrían acceder los comitentes a conocer el estado de salud de la mujer y de su hijo por nacer, si esta última se negara? ¿En qué carácter podrían solicitar los antecedentes médicos de la paciente o una entrevista con el obstetra que sigue el embarazo? Como posible respuesta, consideramos que el ámbito de intimidad y confidencialidad establecido por la ley 26.529³² debería ser ampliado a/los comitente/s —únicamente en lo concerniente al embarazo, parto y posparto en este tipo de TRHA— puesto que ellos serán los progenitores de ese hijo por nacer. Por ello, sostenemos que —siempre dentro de un marco de discrecionalidad y bajo estricto criterio profesional—, deberán poder conocer y participar de los controles de la gestante, resultados de los exámenes médicos, el estado de salud del feto, etc.

Vemos aquí, una vez más, otra dificultad que podría ser subsanada si la práctica en estudio estuviese regulada y contenida bajo la mirada y el acompañamiento de las autoridades sanitarias.

V.B.2. Respeto de la gestante y los comitentes

Negativa ante la entrega/recepción del niño/a: tal como están dadas las condiciones en la actualidad, la gestación por sustitución se realiza en condiciones que distan de ser ideales. En este contexto, debemos pensar ¿qué podría ocurrir si, al momento del nacimiento del bebé, la mujer gestante no deseara hacer entrega del niño al/los

³⁰ De conformidad con lo establecido en los artículos 1719 y 1720 del CCCN.

³¹ Por supuesto que ello no incluye a los reclamos por responsabilidad civil médica que puedan recaer sobre los efectores de salud, tanto por su propia actividad como por la omisión del deber de informar.

³² Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, art. 2.

comitente/s? ¿Cómo podrían reclamarlo? A la inversa ¿cómo resolveríamos el dilema si fuesen los comitentes quienes no desearan recibir al hijo nacido? Este último caso podría ser frecuente en aquellos casos en los que bebé naciera con alguna enfermedad o discapacidad.³³

V.B.3. *Respecto del niño/a nacido*

Comitente/s que fallece/n durante el embarazo: ¿Qué ocurre con el bebé si, previo a su nacimiento, muere el único o ambos comitentes? En el caso de una pareja, si uno de los dos fallece, se espera que el otro se haga cargo del menor. Volvemos a observar que, debido a la ausente regulación, la mujer gestante queda desprotegida e inmersa en un gran dilema. ¿Quién queda a cargo del nacido? ¿A quién se le emplazará el vínculo filial? ¿A los fenecidos? ¿A la gestante, pese a no haber deseado un hijo y no tener vínculo genético con él?

VI. **Corolario**

Los problemas descriptos a lo largo del presente trabajo son algunos de los tantos que se pueden generar en la práctica cotidiana. Probablemente todos, o muchos de ellos, ya estén ocurriendo pese a no haber llegado a la justicia o a los medios de comunicación.

No obstante ello, no debemos desconocerlos y, menos aún, mirar hacia un costado. Sostenemos que la forma de reducirlos o contenerlos es generando un marco regulatorio propicio, que tenga por fin evitar la desprotección y la vulneración de los derechos de los diversos actores intervinientes.

Consideramos que el reconocimiento de estas técnicas es la primera forma de aceptar la realidad en la que vivimos. El hecho de seguir sin reconocerlas o, incluso, de negarlas, únicamente genera la creencia errónea de que dejarán de realizarse.

Respetamos la opinión de quienes no aceptan esta técnica como una alternativa en la generación de una nueva vida, pues sin dudas se trata de una temática que provoca muchas dudas e incertidumbres respecto de sus consecuencias.

³³ Tal es el caso de una pareja australiana que no quiso recibir a su hijo nacido por gestación por sustitución, a través el vientre de una mujer tailandesa, por padecer de Síndrome de Down. Más en: https://www.clarin.com/sociedad/Alquilaron-ventre-rechazaron-sindrome-Down_o_Bkttf1T95wmx.html

Sin embargo, consideramos que rechazar la gestación por sustitución no brinda una solución al problema de fondo, por el contrario, hace más riesgoso el proceso y vulnera aún más la situación de todos los actores involucrados.

Descartamos todo tipo de remuneración que tenga como fin retribuir económicamente a la mujer gestante por brindar el cuerpo para la consecución de un embarazo. No así la compensación por los gastos generados como consecuencia de ello.

Asimismo, sostenemos que el/los comitente/s no podrán elegir a cualquier mujer para comenzar este proceso. Por el contrario, compartimos la propuesta³⁴ de que esta última surja dentro del marco de un registro debidamente controlado por la máxima autoridad sanitaria, el Ministro de Salud de la Nación, en el cual, la mujer que desee inscribirse cumpla con ciertos requisitos, tales como: someterse a un control médico completo; entrevistas psicológicas y sociales; haber tenido al menos un hijo propio; junto con los demás requerimientos que muy acertadamente habían sido previstos por el Anteproyecto.

El presente trabajo ha sido elaborado creyendo en la necesidad de incluir a la gestación por sustitución como una de las técnicas de reproducción humana asistida, cuya finalidad es la de posibilitar ser padres a aquellos que de manera biológica se han visto impedidos de serlo.³⁵ No reconocerla, privaría a diversos sujetos, —como hombres homosexuales, hombres solteros, mujeres imposibilitadas de gestar, y mujeres cuyos embarazos pueden producir un grave riesgo para su salud— de poder formar una familia de conformidad con lo establecido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

No debemos perder de vista que, para estos individuos, el recurso de la gestación por sustitución no es una opción más entre las muchas técnicas posibles. Por el contrario, aquellos que deben recurrir a ella para lograr concebir un hijo genéticamente suyo, no tienen otra opción. Su única posibilidad de ejercer su derecho a constituir una familia en el ámbito de su privacidad y sexualidad es recurriendo a esta técnica.

Como es de pleno conocimiento, la realidad avanza continuamente y mucho más rápido que el derecho. La práctica que analizamos a lo largo de este trabajo ya está

³⁴Proyecto de ley S-2574/15, disponible online en:

www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/366126/downloadPdf

³⁵ Al respecto, existe actualmente el proyecto de ley 5759-D-2016 con estado parlamentario que busca regular la figura bajo estudio. Disponible online en:

<http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>

instaurada no sólo en Argentina, sino en el mundo entero y, probablemente, su origen haya tenido lugar mucho antes de lo que imaginamos.

Los pronunciamientos judiciales sobre la materia nos advierten que tan sólo un puñado de casos ha llegado a la justicia, sin embargo ¿cuántos otros se deben haber producido en las sombras?

Reconocer los hechos que suceden en la realidad y enmarcarlos dentro de un plexo normativo, sin duda alguna servirá para disminuir los riesgos y las consecuencias negativas que hemos tratado de esbozar a lo largo de estas páginas.

Bibliografía

- BOSSERT, G. (1985) *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M., HERRERA, M. (2010) *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar.
- LAMM, E. (2012) “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, julio 2012.
- RIVERA, J. (2007) *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- SAMBRIZZI, E. (2012) “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, *La Ley*, 2012-1, pp. 24-33.
- SCOTTI, L. (2012) “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en derecho*, año 1, n° 1, pp. 267-290.
- TARABORRELLI, R. (2016) “Algunas consideraciones sobre el alquiler de vientres y la integridad física”, *Estilo Caja, Revista de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, n° 52, pp. 10-12.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014) “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de derecho UNED*, n° 14.
- ZANNONI, E. (1998) *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A INTERVENIR EN LAS DECISIONES SOBRE SU CUERPO Y SU SALUD

*Ivana CAJIGAL CANEPA**

Fecha de recepción: 2 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2017

Resumen

Sabido es que la necesidad de escuchar a los niños, niñas y adolescentes, y de tener en cuenta su opinión, constituye uno de los ejes fundamentales sobre los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aun así, tanto en el medio público como privado, a diario asistimos a permanentes vulneraciones de este derecho fundamental de la niñez y la adolescencia, siendo el ámbito de las ciencias de la salud uno de los contextos en los que se observa mayor reticencia a brindarles la efectiva participación que las normas garantizan.

Quizás con fundamento en el desconocimiento, o en el temor a eventuales planteos bioéticos y/o judiciales posteriores, cotidianamente se deniega a los niños, niñas y adolescentes la intervención que por su sola condición de persona humana les es propia en relación a su cuerpo y su salud.

En este comentario, nos interesa repensar cuáles son los principios sobre los que se asienta este derecho y cómo se materializa el interés superior del niño, que garantiza a toda

* Abogada, Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas, ambos por la Universidad del Salvador (Argentina). Mediadora Especialista en Mediación Familiar (Redes Alternativas) y Maestranda en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Docente auxiliar de la Cátedra de Derecho Civil I, Derecho Civil y docente a cargo del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (FCEyJ) de la Universidad Nacional La Pampa (UNLPam). Investigadora del Proyecto de Investigación “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colectivos Específicos y su impacto en La Pampa (1994/2013)” y Coordinadora de la Comisión de Salud del Observatorio de Derechos Humanos, ambos de la FCEyJ de la UNLPam.

persona ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta, en relación a toda práctica médico-sanitaria en que aquellos se encuentren involucrados.

Palabras clave

Derecho a la salud – Derecho a ser oído – capacidad progresiva – Interés Superior del Niño – competencia bioética

THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS TO GET INVOLVED IN THE DECISIONS REGARDING THEIR BODY AND HEALTH

Abstract

It is known that listening to children and teenagers and considering their opinions, constitute one of the general principles of the Convention on the Rights of the Child.

Nevertheless, in both public and private sectors, we constantly witness violations of this fundamental right, being the field of health sciences one of the contexts in which it is observed greater reluctance to give children and adolescents the effective participation that the norms guarantee.

Based on the lack of knowledge, or on the fear to possible subsequent bioethical and/or legal issues, children and adolescence are daily deprived of the possibility to get involved in the decisions which, for the sole condition of human being, are related to their own body and health.

In this perspective, we are interested in thinking further which are the principles this right is based on and how is implemented children's superior interest to guarantee all people to be always listen, and —progressively— to decide for himself/herself in all medical practice in which were involved.

Finally, this article aims to rethink the fundamentals of this right and how the best interest of the child materializes, guaranteeing that every child is heard and their opinion is taken into account in relation to any medical practice in which they are involved.

Keywords

Right to health – Right to be heard – evolving capacities – Best interests of the child – bioethical competence

I. Palabras introductorias

Analizar cualquier temática en la que se encuentren involucrados intereses de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) exige un abordaje a la luz de lo que denominamos el “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes”,¹ el cual los concibe como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección; en otras palabras, implica pasar de la llamada “Doctrina de la Situación Irregular” a la “Doctrina de la Protección Integral”. En este marco, la Convención sobre los Derechos del Niño se erige como un instrumento internacional trascendental de derechos humanos.

El conjunto de normas internacionales que configuran el referido sistema produjo un profundo cambio en la forma de concebir a la niñez y la adolescencia, que poco a poco se fue alejando del sistema patriarcal en el que las decisiones eran tomadas únicamente por los padres o tutores de los NNA, para ir reconociendo paulatinamente su derecho a ser escuchados y a decidir por sí mismos, siempre de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Aún hoy, a casi treinta años de la aprobación de la Convención por la Organización de Naciones Unidas, más de diez de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (nº26.061), y casi dos de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), cotidianamente asistimos a fuertes resistencias de algunos sectores al momento de generar las condiciones necesarias que garanticen el efectivo cumplimiento de los derechos que estas normas reconocen.

En este comentario, nos proponemos plantear algunas directrices que consideramos podrían ayudar a iluminar el camino hacia el efectivo respeto del derecho de todo NNA a intervenir en las decisiones vinculadas a su cuerpo y su salud.

Pues, ¿pueden todos ellos decidir por sí mismos? ¿Pueden hacerlo sobre todo acto médico, y con prescindencia de su edad y posibilidad de comprensión? Éstos y otros

¹Dentro del cual, la Convención sobre Derechos del Niño es sin dudas el instrumento fundamental, cuyo art.3º inc. 1º sienta como principio rector: “[E]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. También, entre otras normas internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.10 inc. 3º: “[S]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (...)”; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 7º impone a los Estados Parte la obligación de tomar “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”.

interrogantes que se presentan a diario a los profesionales de la salud no hallan —al menos, no todos— respuesta en las normas jurídicas vigentes. Entonces, ¿qué criterios interpretativos deberían aplicarse para dar respuesta a estos cuestionamientos?

Reconocer el derecho a expresar su opinión, y en algunos casos incluso la facultad de decidir por sí mismo respecto a una práctica médica, exige determinar previamente si nos encontramos frente a una persona “competente”, entendiendo la competencia en un sentido bioético.

Vale aclarar que preferimos hablar de “competencia bioética”, en lugar emplear el concepto decimonónico de “capacidad”, sin perjuicio de reconocer que en muchas oportunidades ambos términos son utilizados indistintamente por la doctrina. En este sentido, la capacidad constituye un atributo de la personalidad en tanto aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, que es ejercida mientras los NNA son menores de edad —como principio general— por sus representantes legales²; en tanto que la competencia “no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud” (WIERZBA, 2012: 123). Es decir, que el fundamento del ejercicio de los derechos personalísimos, redundando en el concepto bioético de competencia, como aptitud natural vinculada estrechamente al discernimiento, en tanto facultad de comprender la práctica médica y sus eventuales consecuencias.

Habiendo realizado dicha aclaración, cabe mencionar que la competencia a la que referimos no se obtiene “automáticamente” al momento de cumplir una edad determinada, sino que se va adquiriendo progresivamente a lo largo de la vida. A su vez, decidir si una persona resulta competente, presupone que ésta haya sido debidamente informada de acuerdo a su nivel de comprensión, principio fundamental que en el caso de los NNA se vuelve especialmente importante ya que la extensa franja etaria que comprende la niñez y la adolescencia denota a priori que dicho nivel varía significativamente en el transcurso de los años. Al mismo tiempo, se exige no perder de vista la necesidad de considerar a cada NNA en particular, frente a cada práctica de salud concreta, como paso previo fundamental para interpretar la competencia progresiva a la que aludimos, en el sentido que mejor convenga a su interés superior.

² Conforme el art. 26, 1º párrafo del CCCN: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...)”.

II. Un presupuesto fundamental: escuchar al NNA

Podríamos reconocer que en Argentina, el proceso de adecuación a nivel normativo a los nuevos paradigmas internacionales comenzó en 1990, con la ratificación del Congreso Nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley n°23.849, tratado que luego adquirió jerarquía constitucional con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994.

A pesar de ello, entendemos que no fue sino hasta el año 2005, con la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (n°26.061), que la legislación interna dio “el gran paso”³ alineándose a los postulados trazados por el denominado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en lo referido a la infancia.

Resulta oportuno recordar, en el ámbito del derecho internacional que los derechos a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta, a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y al respeto de su interés superior, constituyen los valores fundamentales sobre los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño (OG-12/09).⁴

A su vez, al proponernos analizar el derecho de NNA a intervenir activamente en las decisiones que se adopten en relación a su cuerpo y su salud, nos parece necesario reconocer, como presupuesto del ejercicio de este derecho, la generación de las condiciones necesarias para que éste pueda manifestarse. Es decir, que pueda preguntar, expresar sus ideas, que éstas sean tenidas en cuenta en la decisión que finalmente se adopte y, en el caso que deba dejarse de lado su opinión, que le sean explicadas las razones. Incluso, en aquellos supuestos en que su edad y grado de madurez lo permitan, que pueda decidir por sí mismo, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

En relación al reconocimiento en el ámbito internacional del derecho del NNA a ser escuchado, creemos oportuno recordar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece “1. [L]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

³Aun cuando en la actualidad, transcurridos más de diez años, esta ley continúa conviviendo con numerosas normas propias del antiguo sistema tutelar, tanto nacionales como provinciales; circunstancia que exige en cada caso particular realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y de todos los tratados internacionales que componen el “bloque de constitucionalidad”, de forma tal de preservar y garantizar los derechos de la niñez.

⁴ Con OG-12/09 me referiré a la Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado.

al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Refiriéndose específicamente al derecho a la salud, “(...) es fundamental en la realización de los derechos del niño a la salud y el desarrollo, el derecho a expresar su opinión libremente y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (art. 12) (...). Para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de éstos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones” (OG-4/06, parr.8)⁵ y “antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del ‘interés superior del niño (art. 3)’” (OG-4/06, parr.32).

En el ámbito de nuestro derecho interno, la Ley de Protección Integral, en su artículo 3º, segundo párrafo, apartado b), exige respetar “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

Este principio insoslayable, ha sido receptado por el CCCN, que en dos normas genéricas reconoce expresamente que “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona” (artículo 26, párrafo 3º) y que “las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (artículo 707).

Finalmente, no podemos dejar de recordar, y ya específicamente vinculado al tema que nos ocupa, que aún antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, la Ley de Derechos del Paciente (nº 26.529),⁶ en su artículo 2º inc. e), al enunciar los derechos fundamentales del paciente, ya mencionaba expresamente que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley nº26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

⁵Con OG-4/03 me referiré a la Observación General nº 4 del Comité de los Derechos del Niño sobre salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre Derechos del Niño.

⁶ Esta norma, al igual que la ley nº 26.061, continúa en vigencia coexistiendo con el CCCN.

Como puede observarse, las normas reseñadas —tanto en el ámbito internacional como nacional—, nos conducen a concluir ineludiblemente en la necesidad de escuchar al NNA y tener en cuenta su opinión, permitiéndole ejercer por sí mismo progresivamente sus derechos, como única forma de garantizar su interés superior.

En otras palabras, escuchar a los NNA previo a resolver cuestiones vinculas a su salud resulta esencial para no frustrar sus derechos constitucionales y convencionales y constituye la única forma de reconocer y dar primacía al interés superior de los mismos. Dicho principio/derecho debe guiar toda interpretación de los alcances de sus derechos en general, y en particular, a la salud, ya que de no ser así los NNA pasarían a convertirse en un mero objeto de dicha representación (SOLARI, 2005).

III. Dos principios rectores en el ejercicio del derecho humano a la salud

Siguiendo esta línea, creemos necesario analizar los ejes fundamentales sobre los que se asienta el derecho de los NNA de decidir por sí mismos sobre su propio cuerpo y su salud, a fin de definir criterios interpretativos aplicables a la hora de adoptar decisiones al respecto, toda vez que resulta imposible al ordenamiento jurídico receptor la infinita variedad de casos que cotidianamente se presentan. A nuestro entender, este nuevo paradigma se erige sobre la base del reconocimiento de la competencia progresiva de los NNA, que ha de ser interpretada siempre a la luz —y sin perder nunca de vista— su interés superior.

Consideramos que estos principios nos permitirán analizar la eventual facultad de los NNA para decidir sobre su cuerpo y su salud, lo que en definitiva redundará en el respeto de su integridad y dignidad personal, en tanto derechos humanos fundamentales.

III.A. La competencia progresiva

Adquiere particular importancia en relación al ejercicio de este derecho, determinar en primer lugar si nos encontramos frente a una persona “competente”; para luego, en su caso, indagar respecto a si se encuentra en condiciones de prestar un consentimiento informado⁷ válido para la práctica médica de que se trate.

⁷ Entiéndase, conforme el art. 59 del CCCN, que “[E]l consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...)”; en un sentido similar a lo que ya disponía el art. 5 de la Ley de Derechos del Paciente (n° 26.529) en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud: “[E]ntiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)”

En este punto, lo que en definitiva reviste mayor importancia, es que la competencia bioética a la que aludimos no se adquiere en un momento preciso y determinado sino que es consecuencia de la evolución madurativa de la persona y por tanto deberá resolverse en cada situación concreta. Se trata, pues, de determinar si para una práctica médica en particular esa persona debe —o no— ser considerada competente para decidir por sí.

Sin duda estamos ante una situación compleja y que suele generar “desconfianza” en los operadores de salud, quizá por desconocimiento o bien por temor a ser pasibles de cuestionamientos, incluso judiciales, por parte de los representantes legales de los NNA. Esto se debe a que en definitiva, son ellos sobre quienes recae la responsabilidad de decidir sobre la facultad de comprensión del acto y sus consecuencias por parte del NNA en cada caso concreto. Al respecto, HIGHTON Y WIERZBA (2003: 200-201) nos recuerdan que:

“la competencia (...) no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.

En idéntico sentido se expresa CIRUZZI (2011: 31), quien por su parte indica que:

“la competencia bioética (...) no se alcanza en un momento determinado, sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio”.

Como puede verse, no existe un momento preciso ni determinado a priori en el que una persona se torne competente para decidir sobre su cuerpo y su salud. De allí que “a partir de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho [hoy de ejercicio] exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño”.⁸

Ahora bien, más allá de lo expresado respecto a la necesidad de considerar a “cada persona” frente a “cada práctica médica en particular”, debe recordarse en este punto que el CCCN nos brinda algunos principios construidos sobre la base de segmentaciones etarias, que conjugados con otros, existentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin duda

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones Civil, sala B, "K., M. y otro c. K., M. D.", 19/03/2009.

constituyen un parámetro de utilidad práctica insoslayable para los profesionales de la salud.

Se trata de segmentaciones *iuris tantum* que se edifican siguiendo el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-17/2002, párr. 101),⁹ que ha expresado:

“(…) hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto [de niño]. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

De esta forma, nuestro Código, en consonancia con los principios sentados por los tratados de derechos humanos que constituyen el denominado “bloque de constitucionalidad” (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) parten de reconocer a los NNA en tanto sujetos, con poder de decisión progresivo conforme su edad y grado de madurez (WIERZBA, 2015).

Así, el artículo 26 del CCCN, distingue tres grandes “grupos”, respecto de cada uno de los cuales asume presunciones *iuris tantum* sobre su competencia: los niños y niñas desde su nacimiento hasta los doce años inclusive; los adolescentes mayores de trece y menores de dieciséis; y finalmente los —aún adolescentes— desde los dieciséis.¹⁰

En primer lugar, respecto a los niños de hasta doce años de edad, el CCCN establece que ejercen los derechos vinculados a su salud como regla general a través de sus representantes legales, sin perjuicio de la necesidad de que sean escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta, siempre que de acuerdo a su edad y grado de madurez pueda comprender el acto.¹¹

Acordamos con KRASNOW (2012: 18), en que “la facultad de decisión de los representantes legales de niños y/o adolescentes se deberá medir en función de éstos para comprender la situación que atraviesan. Si pueden discernir los alcances de las dolencias que los afectan, debe garantizarse el derecho de participación”.

⁹ Opinión consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

¹⁰ Recordemos que la mayoría de edad en la actualidad se adquiere a los dieciocho años (art. 25 CCCN).

¹¹ Respecto a la necesidad de escuchar al NNA y a tener en cuenta su opinión, remitimos a lo expuesto anteriormente al analizar este derecho como presupuesto fundamental del reconocimiento de los derechos del niño respecto a su cuerpo y su salud.

Resulta pertinente recordar que el decreto n° 1089/12, reglamentario de la ley n° 26.529, enfatiza sobre la necesidad de propiciar la intervención de los NNA en todos los actos médicos. Así, en su artículo 5, al regular el consentimiento por representación en el caso de los menores de edad que por razones intelectuales o emocionales no puedan comprender la práctica de que se trate, exige escuchar su opinión cuando puedan comprender sus alcances, y tener en cuenta, a los fines del consentimiento informado, “(...) las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo del proceso, según su competencia y discernimiento”.

Pero más allá de la intervención personal que las normas nacionales y convencionales garantizan a todo NNA, no debe perderse de vista que la circunstancia de que sean los representantes legales aquellos a través de quienes ejercen sus derechos en relación a su cuerpo y su salud, en modo alguno puede importar un ejercicio discrecional o absoluto, sino que la decisión de los padres encontrará siempre como límite el mejor interés del hijo/a, pues: “(...) sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres”.¹² De allí que se haya reconocido que “el director de un hospital se encuentra legitimado ética y jurídicamente para interponer una acción constitucional de amparo, cuya finalidad tiende a la protección de la integridad física de una menor no autorizada por su madre por razones religiosas a realizarse una transfusión sanguínea, en caso que la misma sea necesaria durante una intervención quirúrgica”.¹³ En otras palabras, la decisión que en ejercicio de la responsabilidad parental tomen los padres en ningún caso podrá ir en contra del interés superior sus hijos.

Pues en definitiva,

“la interpretación de los derechos de la patria potestad [hoy responsabilidad parental] que poseen los actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley n° 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno en el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante progenitores no puede efectuarse, en la situación en que sea vean vulnerados”.¹⁴

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., C. s/adopción", 02/08/05.

¹³ Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, en LLBA, 2005-641.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "N.N.O.U., V. s/ protección y guarda de personas", 12/06/2012.

Más recientemente, frente a la negativa de una madre a acceder al plan obligatorio de vacunación respecto de su hijo, aduciendo no estar de acuerdo con la “medicina tradicional”, el hospital realizó una presentación judicial en la que se resolvió que:

“deben garantizarse dichos derechos [los del niño a su más alto nivel de salud posible] por sobre el interés de su progenitora de no acceder a su vacunación, ordenando que la misma se realice de manera obligatoria y hasta compulsiva, si fuere menester, debiendo respetarse, aún en esta última instancia, el derecho del niño y de su madre a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades”.¹⁵

En segundo lugar, el Código se refiere a los adolescentes mayores de trece y menores de dieciséis años, respecto a los cuales debe distinguirse si se está frente a un tratamiento invasivo o que comprometa negativamente su estado de salud o provoque un riesgo grave en su vida o su integridad física, en cuyo caso se requerirá el consentimiento del adolescente con la asistencia de sus progenitores. En este punto, resulta de interés recordar que

“antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del ‘interés superior del niño’ (art.3)” (OG-4/06, parr.32).

No obstante, la propia norma establece que en caso de conflicto, la cuestión debe resolverse sobre la base de la opinión médica en relación a la conveniencia de la práctica. En cambio, si se tratara de un acto médico que no revista tales características, el adolescente podrá decidir por sí mismo, sin intervención de sus representantes legales.

Insistimos, pues, que el norte que ha de guiar la interpretación de cuál será la decisión a adoptar en caso de conflicto entre la postura del NNA y sus representantes, no podrá ser otro que su interés superior, determinado en el caso concreto, como establece el artículo en análisis, teniendo especial consideración del criterio sostenido por los profesionales de la salud que atienden al paciente.

La solución de la norma, como observamos, nos remite a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que sólo pueden ser analizados frente a cada situación concreta.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 7 de la Primera Circunscripción Judicial de Río Negro, “Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (P.O.D.) s/ Medida de protección de derechos”, Expte. N° 1496/14/J1, noviembre de 2015.

Pues, ¿qué es invasivo y qué no lo es? ¿Qué práctica o tratamiento compromete el estado de salud del paciente o pone en riesgo su salud o integridad?

Apunta GONZÁLEZ DE VICEL (2016: 3) que constituyen actos invasivos “(...) aquéllos que, además de impactar de modo notorio en el cuerpo de la persona, cuentan con entidad para colocar en peligro la salud comprometiéndola de algún modo, o colocando en riesgo la vida del individuo, sea de manera directa o por las consecuencias —aún no deseadas— de su implementación”.

Ahora bien, determinar si una práctica médica concreta reviste o no el carácter de invasiva ha dado lugar a debates doctrinarios, en el marco del cual algunos autores han sostenido que son muy pocos aquellos procedimientos que merecen ser calificados de no invasivos ni peligrosos (WIERZBA: 2015); en tanto que otros, han optado por realizar una enunciación casuística —aun cuando meramente ejemplificativa— que incluso pudiera funcionar como guía para hallar soluciones analógicas en otros supuestos (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM y FERNÁNDEZ: 2015).

Nuestra jurisprudencia ha expresado que cuando se analiza la competencia de un paciente pediátrico para decidir por sí según la práctica médica de que se trate, debe tenerse en cuenta “la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores”.¹⁶

Sin perjuicio de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, que aún antes de la entrada en vigencia del CCCN han comenzado a diseñar líneas interpretativas respecto a qué prácticas han de ser consideradas invasivas, no podemos dejar de señalar que fruto del trabajo de numerosos especialistas en el tema,¹⁷ el 9 de diciembre de 2015 el Ministerio de Salud de la Nación emitió la resolución n° 65/2015, en la cual sienta su criterio respecto al concepto de invasividad utilizado por el CCCN. En tal sentido, sostiene que “debe leerse como tratamientos de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud (...). Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”, especificando que “la evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica que contemple los diversos aspectos de la salud integral. El riesgo de una práctica sanitaria es definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa

¹⁶Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Conciliación y Familia, Villa Dolores, “C.J.A. y otra s/ solicitan autorización”, 21/09/2007.

¹⁷ Entre ellos, Sonia Ariza Navarrete, Paola Bergallo, Silvia Fernández, Gustavo Gallo, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Emiliano Litardo y Nelly Miyersky.

probabilidad”, concluyendo que “las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período comprendido entre los 13 y los 16 años son aquellas en las que existe evidencia científica que muestre una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNA y no como en aquellas que tal consecuencia pudiera existir”.

A su vez, en lo que respecta al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos —siguiendo el criterio ya fijado en 1985 por la Cámara de los Lores de Inglaterra en el *leading case* “Gillick”—¹⁸ se establece que “desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo”.

Claramente, la determinación respecto a la invasividad de una práctica en los extremos resulta sencilla, pero en la mayor parte de los casos —y máxime cuando el tiempo para decidir es escaso— es una cuestión que exige una resolución conforme una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico como la que en este comentario propiciamos.

En tercer y último lugar, el CCCN menciona al tercer grupo, integrado por quienes ya han cumplido dieciséis y son aún menores de dieciocho años, que en principio gozan de plena competencia para la toma de decisiones sobre su cuerpo y su salud, sin que pueda privilegiarse la opinión de sus padres o tutores.

Sin embargo, esta “mayoría de edad anticipada” del adolescente a partir de sus dieciséis años vinculada a las decisiones respecto a su cuerpo y su salud, reconoce en nuestro ordenamiento jurídico algunas excepciones en las que se exige mayoría de edad.

En este sentido, debemos recordar que si bien la entrada en vigencia del nuevo CCCN importó la derogación de algunas leyes especiales, ello no aconteció en relación a la legislación sanitaria, en virtud de lo cual toda divergencia respecto de las “edades mínimas” requeridas por la norma de fondo y por las leyes especiales exigirá un especial esfuerzo interpretativo.

De allí que no debe perderse de vista que esta presunción no podrá ser nunca considerada en términos absolutos, debiendo ceder cuando en función de las circunstancias del caso la decisión adoptada contradiga el interés superior del propio adolescente. Pues

¹⁸ Nos referimos al conocido precedente dictado por la Cámara de los Lores (Inglaterra) “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS”, 3 All ER 402 (HL), a partir del cual se configuró la “categoría” de NNA “Gillickcompetent”, constituida por aquellos NNA que poseen suficiente aptitud y grado de madurez para prestar un consentimiento informado válido, aun cuando no cuentan con la edad mínima para hacerlo por sí mismos, conforme los ordenamientos legales.

“(…) es dable considerar que en ciertas etapas de la vida puede existir mayor vulnerabilidad para la toma de decisiones (...), y que por tanto (...) requieren de la ayuda de un familiar o allegado para expresar su voluntad informada al tiempo del acto médico” (WIERZBA, 2012: 123).

De allí que, como apuntábamos, las presunciones etarias establecidas en la norma de fondo deben ser interpretadas en relación a numerosas leyes sanitarias que, manteniendo su vigencia, establecen criterios diferentes.

Entre ellas, podemos mencionar la Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos (n° 24.193), que en su artículo 15 establece que “sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años (...)”. En principio, y dado el carácter claramente mutilante que implica la dación de un órgano respecto del dador y la provisoriedad que suelen tener las decisiones adoptadas en la adolescencia, resulta a priori razonable la exigencia de mayoría de edad; sin perjuicio de lo cual circunstancias especiales pueden ameritar conclusiones diferentes. Es ilustrativo de ello el caso Saguir y Dib,¹⁹ en el que nuestro máximo tribunal hizo lugar a la petición de los padres de una niña menor de edad que solicitaban que se autorizara la donación un riñón de ella a favor de su hermano, quien padecía una insuficiencia renal crónica.

La ley n° 22.990, conocida como Ley de la Sangre, por su parte, si bien admite que puede ser donante toda persona a partir de los dieciséis años, exige que los menores de dieciocho deben contar con autorización de sus padres o sus representantes legales a tales fines (art. 44 inc. a y b, respectivamente). Ahora bien, coincidimos con WIERZBA (2012) en que la seguridad de los procedimientos de extracción de sangre, sumado a tratarse de tejidos de rápida renovación, redundan en un escaso riesgo a la salud del dador. Por tanto, realizando una interpretación integradora de todo el ordenamiento jurídico, puede concluirse que la exigencia de autorización por parte de los representantes legales del adolescente debe ceder cuando, a criterio del profesional interviniente, el joven cuente con aptitud para comprender el acto y sus consecuencias, pudiendo por tanto decidir en forma autónoma respecto de la práctica.

En materia de tratamientos integrales hormonales, en virtud de las consecuencias que los mismos importan para la salud y la posible irreversibilidad de sus consecuencias, entendemos que de conformidad a lo establecido en la legislación sanitaria especial (artículos 5 y 11 de la Ley de Identidad de Género) resulta exigible el consentimiento informado del adolescente, con el asentimiento de sus representantes legales; dejando a salvo el derecho del joven a solicitar la correspondiente autorización judicial cuando le fuere

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06 de noviembre de 1980, Id SAIJ: FA80000000.

denegado este último. Ahora bien, si en cambio el reconocimiento de la identidad de género autopercebida exigiera una cirugía, tal como en el supuesto del “cambio de sexo”, coincidimos con KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM Y FERNÁNDEZ (2015) en que es exigible la mayoría de edad, dado que la práctica excede el ámbito del cuidado del propio cuerpo.

Otro supuesto de interés, es el referido al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, tal como hemos expresado, y como sostenidamente ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia a partir del caso Gillick referenciado. Entendemos como principio general que el adolescente ha de considerarse —salvo circunstancias que podrían acontecer en un caso particular— competente para recibir información y tomar aquellas decisiones que crea convenientes en materia de salud reproductiva; e incluso a partir de los trece años, por tratarse de un supuesto enmarcado en el artículo 26, tercer párrafo del CCCN. Ello así, sin perjuicio de que cuando el ejercicio de este derecho importe un tratamiento invasivo, como por ejemplo por tratarse de un dispositivo intrauterino, se requerirá —de quienes aún no han cumplido dieciséis años— el asentimiento de sus representantes legales.

Ahora bien, creemos que debe hacerse una distinción: si la cuestión se encontrase enmarcada en la Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (n° 26.862), deberá exigirse mayoría de edad para poder revestir la calidad de beneficiario (artículo 7); sin perjuicio de que en los supuestos en que resulte médicamente justificada la necesidad de criopreservar material genético propio, será suficiente contar con el consentimiento del adolescente, exigiéndose además —particularmente en la mujer por el carácter netamente invasivo de la práctica— la conformidad de sus representantes legales.

Como hemos intentado ejemplificar con los supuestos enunciados, la legislación sanitaria en nuestro país es profusa y dispersa, lo que impide —aún luego de la entrada en vigencia del CCCN— emitir conclusiones únicas aplicables a todos los supuestos. En este punto, coincidimos con WIERZBA (2012: 138), quien expresa que

“(…) si bien ciertos principios generales del derecho como el que establece que la ley especial prevalece sobre la general, y que la ley posterior deroga la anterior, podrán orientar la interpretación, muchas veces habrá otras soluciones posibles. Pues el Derecho a la Salud siempre se ocupará de cuestiones bien dinámicas y particulares, debiendo asignarse prioridad en casos concretos a valores tan importantes como la vida o la dignidad, decidirse sin demora en situaciones inesperadas, y siempre considerar los riesgos que las respectivas decisiones supondrán para el propio paciente y para terceros”.

Ahora bien, otro dilema interpretativo que nos exige prestar especial atención, está dado por aquellos supuestos en que el adolescente, en ejercicio de su autonomía progresiva en el cuidado de su cuerpo y su salud, decide ejercer su derecho de forma tal que ello amenaza o vulnera negativamente su integridad o incluso su propia vida. Dicha situación

reviste gran importancia sobre todo en el caso de quienes ya han cumplido los dieciséis años, toda vez que a priori serían competentes para decidir por sí, de conformidad al último párrafo del artículo 26 del CCCN.

Planteos como éste refuerzan nuestra conclusión de que los lineamientos que establece el CCCN constituyen presunciones *iuris tantum*, que habrán de ser interpretadas en cada caso concreto. De allí que el respeto de la autonomía progresiva de los NNA no importe un derecho sin límites, cuando su ejercicio repercuta en contra de la propia vida o integridad del adolescente.

Si bien es cierto que a mayor autonomía del joven, deberá ir decreciendo proporcionalmente la función de orientación de sus progenitores, ello no implica que esta desaparece, ya que aquella es una parte fundamental del ejercicio de la responsabilidad parental; de otro modo importaría dejar al adolescente, en una particular etapa en la que su propia personalidad se está configurando, librado a su propia suerte.

A la vez, decidir en qué casos ha de intervenir y, en su caso, los alcances de dicha intervención, reviste máxima importancia, toda vez que si la misma fuera más allá del resguardo de los derechos fundamentales del adolescente, importaría en la práctica retrotraernos al viejo sistema tutelar, en que los adultos decidían por el NNA.

Al respecto, FREEMAN (2006: 272) nos aporta:

“no estaríamos tomando los derechos en serio si sólo respetáramos la autonomía cuando consideráramos que el agente está haciendo lo correcto. Pero también estaríamos fallando en reconocer la integridad de un niño si le permitiéramos elegir una acción, como consumir heroína o no acudir a la escuela, que pudiera dañar seria y sistemáticamente la consecución subsecuente de la plena personalidad y el desarrollo. La prueba de ‘irracionalidad’ debe también estar limitada de manera que justifique la intervención sólo hasta el punto necesario para evitar el daño inmediato, o para desarrollar las capacidades de elección racional por las cuales el individuo pueda tener una oportunidad razonable de evitar esos daños”.

Cabe entonces preguntarnos, cuáles son los requisitos que deben existir para poder hablar de una “intervención justificada”. En nuestra opinión, y coincidiendo con CILLERO BRUÑOL (2011), estos conflictos no son susceptibles de ser resueltos por la lógica de aspectos formales ni pueden establecerse a priori reglas interpretativas, sino que habrá de decidirse —reiteramos— en cada caso concreto. Pues el límite está dado, como adelantamos, en el resguardo de interés superior del NNA, al que referiremos en el apartado siguiente.

Finalmente, y aún a riesgo de resultar superfluo, debe tenerse presente que los alcances de las situaciones analizadas redundan en el ejercicio del derecho de los NNA al cuidado de su cuerpo y su salud conforme su competencia progresiva, más no importan consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico, pues el primer aspecto

refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad.²⁰

III.B. *El interés superior*

Tal como hemos expresado, toda persona menor de edad tiene derecho a intervenir en forma personal, con alcance diferenciado según su competencia bioética, en cualquier decisión de salud que la involucre, como única manera de satisfacer su interés superior.

En este punto, cabe entonces preguntarnos qué es este principio.

La “doctrina del interés superior”, como hemos referido anteriormente, se encuentra consagrada en el artículo 3º, inc. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, como principio rector de toda cuestión relativa a los NNA; sin perjuicio de que ella no define qué es lo que ha de entenderse por “interés superior”.

Sin lugar a dudas, nos encontramos frente un concepto amplio, susceptible de diversas interpretaciones y cuya concreción en definitiva depende del caso concreto. Excedería el objeto de este artículo realizar un análisis profundo de sus alcances, pero nos parece importante señalar algunas ideas centrales.

Como una primer aproximación, podríamos decir junto a COLAZO (2010: 2) que “el interés superior del niño es precisamente el cumplimiento y garantía de todos y cada uno de los derechos que la ley le adjudica al niño como titular, es la protección integral del niño, y ésta solo puede efectivizarse con el efectivo cumplimiento de sus derechos”.

Se trata de una “definición marco”, de una idea en constante evolución y transformación, que varía en su interpretación tanto en función de cada momento histórico como de las pautas sociales y culturales de cada Estado (ALSTON Y GILMOUR-WLASH, 1999).

Reconociendo que sus alcances se encuentran condicionados por las particularidades de cada sociedad y que varían conforme los momentos históricos, entiende GROSMAN (1993: 1) que su consideración “sirve: A) Como pauta de decisión ante un conflicto de intereses; así frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. B) Como criterio para la intervención del Estado, cuando las acciones de los padres perjudican al menor”.

No puede dejar de mencionarse que el Comité de los Derechos del Niño indicó que el interés superior del niño posee una triple dimensión (OG-14/13).²¹ Es por un lado un derecho-

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Naccache, Fiamma Nerina c/ Editorial Televisa Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 1-febrero-2016, ID SAIJ: SUCo410366.

interés sustantivo, en tanto “consideración primordial (...) de aplicación directa” que ha de ser seguida siempre que deba tomarse una decisión que involucre intereses de NNA. Pero a la vez, constituye un derecho- principio jurídico interpretativo fundamental, que ante posibles apreciaciones requiere siempre elegir la que más lo satisfaga, y un derecho-garantía, es decir, una “norma de procedimiento” que exige la vigencia de garantías procesales de modo tal de que sea considerado en toda decisión que se adopte, debiendo explicarse cuáles han sido los criterios que permiten concluir que el mismo ha sido respetado.

Por su parte nuestra Ley Nacional de Protección Integral, en el art. 3º lo define como: “(...) la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, indicando que para ello deben reconocerse especialmente — entre otros— “su condición de sujeto de derecho” y “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

El “interés superior”, requiere necesariamente la intervención del NNA en todas las cuestiones vinculadas al ejercicio de sus derechos; entendiendo que tal participación ha de ser activa —de acuerdo a su madurez y posibilidad de comprensión— y no meramente formal, es decir, “escuchando” al NNA y teniendo en cuenta esa opinión. Coincidimos con FUGARETTA (1998: 4), cuando sostiene que “no puede de manera alguna restringirse la posibilidad de expresarse y que tanto su presencia como su intervención adquieren significación jurídica. O sea que su intervención deberá ser merituada en toda decisión que se tome respecto de su persona”.

Ahora bien, aun cuando reconozcamos la necesidad de escuchar al NNA, continúa siendo complejo decidir en un caso concreto cuál es, de todas las decisiones posibles, la que mejor satisface su interés superior. Al respecto, nos parece importante señalar como criterios orientadores, los elementos que deben ser tenidos en cuenta en su evaluación: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la educación y a la salud. En relación a este último,

“si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en

²¹ Con OG-14/16 me referiré a la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado” (OG-14/16, parr.77).

Si bien hemos venido sosteniendo la necesidad de generar ámbitos a fin de posibilitar la escucha al NNA y tener esa opinión en cuenta, ello no conduce necesariamente a sostener que todos se encuentren en condiciones de prestar su consentimiento informado para la práctica médica que se trate. La competencia bioética presenta características particulares por su sola condición de NNA, cuyo desconocimiento importaría ignorar la protección especial que en virtud de ella merece.

En otras palabras, vedar al NNA su intervención en estas decisiones, dejándolo al margen de las mismas, importaría una clara vulneración de sus derechos fundamentales, un comportamiento claramente inscripto en la “Doctrina de la Situación Irregular”. Pero en el otro extremo, admitir su plena competencia como principio ineludible importaría desconocer su propia condición de sujeto en desarrollo, dejándolo librado a su propia suerte en la toma de decisiones. Nos referimos, por ejemplo, a las situaciones en que la decisión del adolescente pueda afectar negativamente el cuidado de su cuerpo o su salud, y que exigen hallar una solución que no podrá ser otra —insistimos— que la que mejor satisfaga el interés superior del NNA.

Oportunamente, se dijo que

“debe rechazarse la solicitud de autorización para la interrupción del embarazo de una menor violada, incoada por su madre, pues el mejor interés de la joven se corresponde con el respeto a su voluntad de querer continuar con la gestación, tener el bebé y que éste no sufra ningún daño, debiendo darse a dicha expresión de voluntad el efecto de un acto jurídico realizado con discernimiento, de tal modo que no existe el consentimiento informado de la mujer encinta para proceder al aborto”.²²

Mucho más recientemente, en un caso en que se planteaba un conflicto en relación a una transfusión de sangre entre una adolescente de dieciséis años que manifestaba querer curarse (si bien debido a que padecía una hipoacusia severa, presentaba limitaciones para comunicarse generando dudas respecto de su competencia para comprender la práctica) y su progenitora se oponía por ser Testigo de Jehová, se resolvió que:

“corresponde autorizar a una Menor que padece síndrome mielodisplásico a realizarse un Trasplante de Médula Ósea al que su Madre se negaba por ser Testigo de Jehová, en tanto, si bien la madre afirmaba que el tratamiento va en contra de sus principios religiosos, lo cierto es que el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño, máxime cuando es un deber del Estado asegurar la salud y es aquí donde se

²²Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "B., L. A.", del 16/9/2008, La Ley del 27/11/2008.

produce la colisión entre la autonomía de los padres de elegir el sistema de salud con el que protegerán a sus hijos, y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma a todos los niños”.²³

Es necesario encontrar un equilibrio. La competencia bioética de los NNA ha de reconocer un límite, y este está dado, en nuestra opinión, en su interés superior. Pues “(...) tan contrario al ansiado ‘interés superior del niño’ es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM Y FERNÁNDEZ, 2015: 4).

En definitiva, sostener que la cuestión debe resolverse conforme el mejor interés del niño, implica “salvaguardar la dignidad del menor en tanto persona” (PRIEUR, 1999 en CIRUZZI, 2011: 49), teniendo siempre presente que tomar una decisión en relación a la salud es una decisión de carácter personalísima, debiendo propenderse por tanto a que sea el propio paciente quien lo haga cuando ello sea posible.

Como puede observarse, decidir cuál es en el caso la solución que mejor satisface el interés del NNA exige tener en cuenta cada práctica concreta, no siendo susceptible de trasladarse sin más a otras situaciones que en principio se presenten como similares. Ello así, ya que una misma persona puede resultar competente para decidir sobre una intervención y no sobre otra. Además, quien aún no pueda considerarse competente en relación a un acto médico en particular, debe ser igualmente involucrado y acompañado en la medida de lo posible, pues se trata de decisiones que en definitiva redundan en el ejercicio de sus derechos personalísimos, y por tanto, en su dignidad personal.

A su vez, reconocer el interés superior del niño como principio rector de toda cuestión que involucre directa o indirectamente sus intereses, exige de los operadores un cambio profundo en todas las intervenciones. En este sentido, la OC 17/02 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos expresa que: “[E]l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

Pues en definitiva, el reconocimiento de los derechos de los NNA exige modificar nuestras prácticas como operadores, procurando que el “interés superior” “(...) no se transforme en un mero cambio retórico y discursivo, sino que sea acompañado de verdaderas transformaciones de prácticas institucionales que den cuenta de la importancia de respetar y garantizar este principio-derecho, en la entelequia de que todos los derechos

²³ Juzgado de Menores de Corrientes, “M., D. A. y Otros s/Víctimas”, 29-04-2016, (IJ-CIV-761).

humanos, incluso los de los NNyA, son de carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado” (PEREZ, 2016: 4).

IV. Los Comités de Bioética: un posible ámbito de solución

Sin perjuicio lo expuesto, y más allá de los parámetros generales que podamos esbozar respecto a la debatida cuestión que nos ocupa, no debe desconocerse que la cuestión de determinar, en cada caso concreto, si la persona —en el caso, NNA— goza de suficiente discernimiento para comprender la trascendencia de la práctica médica de que se trate, y —en su caso— si esta decisión debe ser respetada en todos los casos, resulta un tema complejo y —como apuntábamos— de “desvelo” de los profesionales de salud.

Coincidimos en este punto con CIRUZZI (2011: 55) quien, citando a Hernández Marnrique, sostiene que “en el campo de la asistencia sanitaria, la evaluación de la capacidad no puede generalizarse, siempre debe referirse al consentimiento para la realización de un procedimiento diagnóstico y terapéutico en particular. Además, la capacidad puede fluctuar de un momento a otro y no ser constante. Tampoco es absoluta, ya que se puede ser capaz para determinadas cuestiones y no para otras”.

Claramente, dicha determinación se torna dificultosa, máxime cuando se trate de la realización o negativa de prácticas²⁴ que puedan poner riesgo la salud o incluso la vida del paciente. De allí que el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los NNA vinculados a la salud exijan evaluar cada situación en particular teniendo especialmente en cuenta la evolución de su desarrollo psicofísico de cara al ejercicio de estos derechos fundamentales; evaluación que en muchos casos resulta imposible de realizar por una única persona.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo del tema, lo que excedería la pretensión del presente trabajo, nos parece pertinente esbozar algunas ideas respecto de aquello/s sobre quién/quienes recae la toma de decisiones respecto a estos dilemas de claro tinte bioético.

En algunos supuestos, seguramente la mayoría, habrá que referirse al profesional de la salud que atiende al paciente. Pero en otros casos, la complejidad de la situación exige la actuación de un equipo interdisciplinario, en el que puedan ser analizadas y discutidas las diversas aristas que presenten los hechos.

De allí que creemos propicia la conformación de “Comités de Bioética” en el ámbito de los centros de salud tanto públicos como privados, en el seno de los cuales —más allá de

²⁴ Recordemos en este punto que el consentimiento informado requerido importa tanto la posibilidad de aceptar una práctica médica, como así también la de negarse a su realización.

su estructura— se puedan resolver estas situaciones con la celeridad que habitualmente requieren. A su vez, que estos se erijan en tanto organismos que brinden a los operadores de los equipos de salud —al menos en los albores del nuevo paradigma en la materia— seguridad y respaldo en la decisión de reconocer plena competencia a un adolescente cuando goza de aptitud de comprensión de la situación, ello así incluso frente al desconocimiento (o incluso la oposición) de sus representantes legales cuando correspondiere.

La solución que propiciamos no resulta desconocida por la norma. De hecho, el decreto n° 1089/12, reglamentario de la ley n°26.529, en el segundo párrafo de su artículo 2° inc. e, establece que en caso de conflicto entre la voluntad expresada por el NNA y la de sus representantes legales, o entre la de estos últimos entre sí, el profesional de la salud debe elevar el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o incluso de otra institución si fuere necesario, a los fines de recabar su opinión.

Ahora bien, esta solución normativa axiológicamente incuestionable ¿resulta factible desde una dimensión sociológica, cuando a casi dos años de la entrada en vigencia del CCCN hay aún provincias que no cuentan con ningún Comité de Bioética? Sin duda, la solución que proponemos exige que en forma urgente se propicie la creación de estas instituciones donde no las hay, a la vez que se fortalezcan las existentes.

Sin perjuicio de ello, y si bien del espíritu de las normas nacionales e internacionales referenciadas en este artículo pueda concluirse una clara intencionalidad de “desjudicialización” de estos temas, el propio CCCN reconoce la posibilidad de que sean los jueces competentes en la materia quienes en definitiva tomen la decisión final cuando las estructuras administrativas resultan insuficientes para dar una acabada respuesta en concordancia con los intereses en juego. Así, el artículo 26 CCCN garantiza en la parte final de su segundo párrafo el derecho de todo NNA a intervenir con asistencia letrada en las eventuales situaciones de conflicto que puedan suscitarse, y en un mismo sentido el artículo 677 CCCN presume que el adolescente goza de autonomía para estar en juicio ya sea en forma conjunta o independientemente de sus progenitores, con asistencia letrada. Ello así, en tanto reconocimiento a su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todo asunto que le concierna, en particular, en aquellas decisiones vinculadas a su persona y al ejercicio de sus derechos personalísimos, cuya intimidad debe ser preservada.²⁵

Cabe agregar que la profusa legislación que anteriormente apuntábamos, en algunos supuestos exige necesariamente la intervención judicial a los fines de garantizar el

²⁵ En este sentido, entre otros, véase el precedente jurisprudencial “S., E. D. y otro c/ I. H. R. R. s/ Daños y Perjuicios”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial De Mercedes, sala II, 28-06-2012, en L.L.B.A., Año 19, N° 8, septiembre de 2012, p. 839 y ss.

derecho de los adolescentes, lo que ha llevado a exigir dicho contralor en relación a la internación de adolescentes mayores de dieciséis años.

Recientemente, se ha resuelto que

“(…) la internación de salud mental cuenta con una ley específica, por lo que esa regulación especial descarta la aplicación de la general, aun cuando esta última sea posterior. La intervención judicial de ningún modo conspira contra la autonomía progresiva que el Código garantiza a las personas menores de edad y en especial con la mayoría anticipada para los adolescentes de la franja de 16 a 18. Por el contrario, aporta una garantía reforzada para la preservación de sus derechos, cuya necesidad se acrecienta, a fortiori, en caso de adolescentes en situación de vulnerabilidad (…) El art. 37 inciso f) de la ley n° 26.061 dispone que el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de niños, niñas y adolescentes constituye una medida de protección ordinaria reservada al organismo de aplicación. Nada dice en caso de que ese tratamiento se produzca con internación, lo que permite colegir que, siendo una medida más gravosa, excede el ámbito de las medidas ordinarias y por consiguiente requiere contralor judicial”.²⁶

De esta forma, en todas las instancias, e incluso en el ámbito judicial, el conflicto se resolverá sobre la base de los principios rectores que apuntamos: derecho a ser oído, competencia progresiva y respeto del interés superior del NNA, actuando éste como co-partícipe, es decir, como “participante activo en el ejercicio, protección y supervisión de sus derechos” (DELLE VEDOVE, s/f: 7).

V. Palabras finales

El efectivo respeto del derecho de los NNA en relación a su cuerpo y su salud exige que sean escuchados de cara a toda intervención médica, y a su vez, que la opinión que expliciten sea especialmente considerada en la decisión que finalmente se adopte.

Ello así, en el entendimiento de que es el propio paciente la persona que en primer lugar debe ser escuchada y tenida en cuenta, sea este mayor o menor de edad y en tanto se encuentre en condiciones físicas y psíquicas para prestar su consentimiento frente a la práctica concreta en cuestión. En tal sentido, la doctrina ha manifestado que “(…) no debemos perder de vista que nos estamos refiriendo a decisiones personalísimas del individuo, vinculadas a derechos inalienables, por lo que, en principio, nadie mejor que la misma persona afectada para tomar la decisión más conveniente, fundamentada en una información clara, detallada, precisa y sencilla brindada por el profesional actuante” (CIRUZZI, 2011: 49-50).

²⁶ Juzgado de Familia de la III Circunscripción Judicial de Río Negro, “F., M. S. s/ Ley 26.657” Expte. 21.202/16, 29/01/2016.

Ahora bien, en virtud de que nadie puede consentir sobre lo que no conoce, sólo podremos decir que se ha garantizado la intervención personal de los NNA sobre las decisiones vinculadas a su cuerpo y su salud, en tanto hayan sido acabadamente informados acorde a su particular nivel de comprensión.

Destacamos como fundamental que la diferenciación señalada entre los conceptos de competencia y capacidad en referencia al ejercicio de los derechos personalísimos en general y en lo relativo a las decisiones sobre la salud en particular, es una cuestión medular. Sólo puede comprenderse a partir del entendimiento de que la noción de consentimiento informado —requerido frente a cada acto médico— se vincula estrechamente con el discernimiento, y por tanto con la competencia, mas no necesariamente con la capacidad civil.

Pero con ello no basta. Se exige, a su vez, dejar de lado segmentos etarios estancos —que sólo podrían funcionar como meros criterios orientadores— para considerar la competencia progresiva de cada NNA, interpretándola en el sentido que mejor convenga a su interés superior.

No puede dudarse entonces que una persona “competente” ha de ser siempre escuchada y respetada en su voluntad, y que ello resulta de plena aplicabilidad a los niños/as y en particular a los adolescentes, quienes presumiblemente se encontrarían en mejores condiciones para comprender los diversos aspectos relativos a la práctica médica, análisis que debe realizarse en relación a cada paciente concreto y de cara a cada acto médico en particular.

Se impone así el reconocimiento de la existencia de un nuevo paradigma en la consideración de la niñez y adolescencia, cimentado sobre la base de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales de jerarquía constitucional en tanto instrumentos de obligatoria aplicación que desplazan a los NNA desde una posición de meros objetos de protección hacia su reconocimiento como sujetos de derecho. Se trata de un paradigma insoslayable en toda situación en la que de una u otra forma se encuentre en juego algún derecho de un NNA, más aún cuando refiera a un derecho humano fundamental, como lo es en el caso que nos ocupa la posibilidad de decidir sobre su propio cuerpo y su salud.

Destacamos estos principios —competencia progresiva e interés superior— en el convencimiento de que en definitiva constituyen el eje principal que nos permitirá dilucidar situaciones conflictivas, sobre la base de reconocer que el derecho de todo NNA a intervenir en las decisiones vinculadas a su cuerpo y a su salud de acuerdo a sus principios morales, religiosos, éticos y otros, es la única forma en que se garantiza el efectivo respeto de sus derechos humanos.

Bibliografía

ALSTON, P. Y GILMOUR-WALSH, B., (1999) *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derecho del niño y de los valores culturales*, España, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

CILLERO BRUÑOL, M., (2011) “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista de Pensamiento Penal*, Mayo de 2011, pp. 1-15, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28723.pdf>] el 21/04/2017.

CIRUZZI, M. S., (2011) *La autonomía del paciente pediátrico. ¿Mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica.

COLAZO, I. I., (2010) “Perspectiva constitucional del usufructo paterno-materno a la luz del interés superior del niño”, Buenos Aires, Infojus.

DELLE VEDOVE, M. J. (s/f), “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. Tomando más en serio los derechos de los niño La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente”, consultado en [http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/abogados-en-accion/la-autonom_a-progresiva-el-principio-que-garantiza-el-ejercicio-personal-de-los-derechos-del-ni_o-la-posible-colisi_n-con-el-inter_s-superior-especial-an_lisis-de-los-actos-m_dicos-del-adolescente-ab-maria-julia-delle-vedove/at_download/file] el 21/04/2017.

FREEMAN, M., (2006) “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *Revista de Derechos del Niño*, nº 3 y 4, p.p. 251-279, Santiago de Chile, Andros.

FUGARETTA, J. C. (1998) “El derecho del menor a ser oído”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/juan-carlos-fugaretta-derecho-menor-ser-oido-daca980041-1998/123456789-oabc-defg1400-89acanirtcod>] el 21/04/2017.

GONZÁLEZ DE VICEL, M (2016) “Adolescencia: cuando los derechos y la salud se desencuentran”, Buenos Aires, Derecho Para Innovar. Consultado en [https://dpicuantico.com/area_diario/comentario-a-fallo-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-18-13-09-2016/] el 21/04/2017.

GROSMAN, C., (1993) “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en

[http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacn930223-grosman-significado_convencion_derechos_nino.htm] el 21/04/2017.

HIGHTON, E. I., WIERZBA, S. M., (2003) “Consentimiento informado”, en GARAY, O. E., *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, La Ley, pp. 191-206.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., Y FERNÁNDEZ, S. E. (2015) “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-oabc-defg1640-51fcanirtcod>] el 21/04/2017.

KRASNOW, A., (2012) “Infancia, adolescencia y salud mental”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120194-krasnow-infancia_adolescencia_salud_mental.htm] el 21/04/2017.

PEREZ, A., (2016) “Sobre cómo debe interpretarse el interés superior del niño previsto en Código Civil y Comercial a la luz de los estándares internacionales”, Buenos Aires. Consultado en [<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/07/Inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-Agustina-P%C3%A9rez.pdf>] el 21/04/2017.

SOLARI, N., (2005) “El Derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el Proceso Judicial”, *DJ*, 2005-3-1053, Buenos Aires, La Ley.

WIERZBA, S. M., (2015) “La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVII-Número 9, Buenos Aires, La Ley.

— — (2012) “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho Privado*, año I, Nro. 2, Buenos Aires, Infojus.

LA REGULACIÓN DE LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS, ENTRE UNA LUZ Y UNA SOMBRA*

Leonardo GERI**

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2017

Resumen

El presente artículo realiza un análisis de las directivas médicas anticipadas como instituto integrante del núcleo biojurídico incorporado a nuestro sistema legal a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El trabajo comienza con un análisis de la regulación normativa de las directivas médicas anticipadas. A continuación, destaca positivamente lo que se considera una “luz” —la prohibición de la eutanasia— y resalta negativamente lo que se considera una “sombra” —la falta de un sistema de renovación de directivas—, finalizando con una síntesis de las conclusiones arribadas como consecuencia del análisis jurídico realizado.

* El presente artículo se encuentra basado en una ponencia titulada “La regulación de las directivas médicas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, presentada en el IV Congreso Estudiantil de Derecho Civil realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante los días 14, 15 y 16 de marzo de 2016. En esta ocasión, mi ponencia fue comentada por el Prof. Dr. Adrián Schopf, a quien agradezco especialmente. Dedico este trabajo a todos los hermanos chilenos, que desde un primer momento me recibieron con los brazos abiertos en su casa de estudios. Guardo en mi memoria una experiencia académica compartida con personas de gran calidez humana.

** Estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina).

Palabras clave

Código Civil y Comercial de la Nación – directivas médicas anticipadas – eutanasia – Bioderecho – derechos personalísimos

THE REGULATION OF THE ADVANCE HEALTHCARE DIRECTIVES, BETWEEN A LIGHT AND A SHADOW

Abstract

The present paper makes an analysis of the advance healthcare directives as an institute of the biological core incorporated to our legal system by the new National Civil and Commercial Code.

It begins with an analysis of normative regulations regarding advance healthcare directives. Then, it highlights positively, what is considered a "light" —the prohibition of euthanasia— and it emphasizes negatively, what is considered a "shadow" —the lack of a system of renewal of the advance directives—, finalizing with a synthesis of the conclusions to which the author arrives as a consequence of the legal analysis conducted.

Keywords

Civil and Commercial Code – advance healthcare directives – euthanasia – Biolaw – personal rights

I. Introducción

Luego de que el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield rigiera la vida de los argentinos durante más de 140 años, el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (el "CCCN"). Se trata de un cuerpo legal de 2.671 artículos que unificó la legislación civil con la comercial y cuyos cambios más profundos se verifican en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales. Un progreso lógico, si se tiene en cuenta que la actual codificación se desarrolló a la luz de un contundente bloque de constitucionalidad y convencionalidad que sintetiza los avances del último siglo en el reconocimiento de los derechos humanos.

De este modo, se van instalando entre nosotros nuevos y desafiantes paradigmas jurídicos. Uno de ellos es el denominado “proceso de constitucionalización del Derecho Privado”, en razón del cual la ley civil se erige como un reflejo de los principios constitucionales y convencionales vigentes, dejando atrás la concepción de división absoluta entre el Derecho Público y el Derecho Privado que imperó hasta finales del siglo pasado. Como consecuencia de ello, la persona humana se ubica como centro y eje de todo el sistema legal.

Entre los hechos que impulsaron dicha reestructuración del pensamiento jurídico se encuentran los significativos avances biomédicos que marcaron la historia de la humanidad en las últimas décadas. Consciente de la necesidad de aplicar criterios de justicia en este ámbito, el jurista contemporáneo ha trasladado al campo del Derecho la reflexión bioética, que no hace más que retomar el cuestionamiento eterno del ser humano sobre sí mismo y su dignidad, aplicándolo al campo específico de la biomedicina (ANDORNO, 2012).

En este esquema, el CCCN presenta un núcleo biojurídico compuesto por un catálogo de normas que regulan aspectos fundamentales de la persona humana.¹ Dentro de este plexo normativo, las directivas médicas anticipadas se constituyen como un instituto que pone en relieve el derecho a la autodeterminación personal en el marco de la relación médico-paciente.²

Las directivas médicas anticipadas son instrucciones de concreción futura, que se activan ante un cuadro médico grave que impide a su otorgante manifestarse en ese momento y que pueden consistir en: a) la especificación de los tratamientos médicos que desea o no recibir; y b) la designación de terceras personas para que decidan por él. De este

¹ En el marco de la Parte General del Derecho Civil, podemos mencionar: la protección jurídica de la persona desde la concepción (art. 19); la capacidad de la persona como regla (art. 31 y ss.); la sistematización de los derechos y actos personalísimos (art. 51 y ss.); la inviolabilidad de la persona humana como principio rector (art. 51); las afectaciones genéricas a la dignidad, que quedan amparadas por el sistema de la responsabilidad civil (art. 52); la amplia recepción del derecho a la imagen (art. 53); los actos peligrosos para la vida o la integridad como limitación al objeto de los contratos (art. 54); la disposición de los derechos personalísimos y del propio cuerpo (arts. 55 y 56); la prohibición de la manipulación genética de embriones (art. 57); los parámetros que rigen las investigaciones en seres humanos (58); el consentimiento informado (art. 59); la recepción de las directivas médicas anticipadas y la prohibición de la eutanasia (art. 60); el modo de disponer de las exequias y la dación del cadáver con diversos fines (art. 61); entre otras.

² Entre las últimas obras generales sobre directivas anticipadas, destacamos la que publicó la Universidad Nacional de Villa María (ANDRUET, 2015).

modo, la voluntad anticipada de una persona abarca el *living will*³ y el *durable power of attorney* o *health care proxy*,⁴ que son las denominaciones tradicionalmente utilizadas por la doctrina jurídica norteamericana para referirse a las dos modalidades de directivas antes descritas. Esta doble estructura es pacíficamente aceptada por los autores del Common Law.⁵ Como profundizaremos más adelante, el CCCN contempla ambas variantes.

Tal como lo adelantamos, la autonomía individual es el fundamento iusfilosófico de las directivas, lo que se condice con su génesis histórica en la sociedad norteamericana del siglo pasado. En efecto, MARON (2011-2012: 169) sostiene: “los americanos quieren ser autónomos y ejercer el control sobre su futuro. Este valor impregna todas las áreas de la vida americana, incluyendo las decisiones sobre el cuidado de la salud”.⁶

Lo que ocurre, es que si bien la delimitación jurídica de los alcances de dicha autonomía es un clásico y ampliamente estudiado tema del Derecho Civil, la problemática se potencia ante el progreso médico que, especialmente en los últimos treinta años, generó técnicas terapéuticas que permiten posibilidades de sobrevida impensadas hasta hace unas

³ La traducción al castellano de *living will* es “testamento vital” o “testamento de vida”. Mientras algunos autores utilizan esta denominación, otros la critican bajo la idea de que una declaración no puede ser considerada testamento si sus efectos no están sujetos a la muerte del otorgante. Actualmente lo correcto es emplear el término “directivas médicas anticipadas”, que es el adoptado por el legislador argentino.

⁴ Según CABANELLAS DE LAS CUEVAS (2010: 239), la traducción al castellano de *durable power of attorney* es “poder permanente”, y lo define como “poder que permanece en vigencia durante todo el período en que el otorgante sea incapaz”. Como sinónimo de esta figura, algunos autores norteamericanos utilizan la expresión *health care proxy*.

⁵ MARON (2011-2012: 170) profundiza sobre el contenido de una directiva del siguiente modo: “An advance directive may include a living will, a durable power of attorney for health care, or both. An advance directive may also include specific instructions for medical procedures, including artificial nutrition and hydration (‘ANH’), general life-sustaining treatment, do not resuscitate orders (‘DNR’), or even the use of particular antibiotics. Advance directives also commonly include guidelines for medical care in the event of a persistent vegetative state (‘PVS’), terminal illness, or commitment to a long-term care facility.” En español: “Una directiva anticipada puede incluir un testamento vital, un poder permanente para el cuidado de la salud o ambos. Una directiva anticipada también puede incluir instrucciones específicas para procedimientos médicos, incluyendo nutrición e hidratación artificial (‘ANH’), tratamiento general de mantenimiento de la vida, órdenes de no resucitar (‘DNR’) o incluso el uso de antibióticos particulares. Comúnmente, las directivas anticipadas también incluyen directrices para el cuidado médico en caso de un estado vegetativo persistente (‘PVS’), enfermedad terminal o un compromiso con un centro asistencial.” (la traducción nos pertenece).

⁶ La cita original es: “Americans want to be autonomous and exercise control over their futures. This value permeates every area of American life, including decisions about health care”.

décadas (FLAH, 2015). Este contexto es el que impulsa y favorece el surgimiento de nuevos institutos jurídicos, como el caso de las directivas médicas anticipadas.

En cuanto a la relación médico-paciente —que es el marco de concreción de las directivas—, los autores son contestes en reconocer un cambio de paradigma consistente en poner el acento sobre la autonomía personal, dejando atrás el paternalismo médico imperante durante las centurias pasadas.⁷ Sin embargo, la prudencia nos obliga a advertir que actualmente se verifica una tendencia legislativa y jurisprudencial que tiende a una exaltación injustificada de la autonomía de la voluntad. Como señala BASSET (2012), por temor a caer nuevamente en el paternalismo médico ya superado, se desemboca en el extremo opuesto, de manera tal que se pierde la riqueza del rol del médico, quien queda relegado a ser un simple autómatas o acatador de las órdenes del paciente.

Indudablemente, la concepción del legislador sobre la relación médico-paciente determina la regulación de las directivas médicas anticipadas y de todos aquellos institutos con contenido biojurídico. Por nuestra parte y teniendo en cuenta el panorama actual, abogamos por la tutela de un equilibrio que mantenga a la relación médico-paciente como un vínculo humanitario interpersonal sobre el que gravitan derechos y deberes correlativos tanto de los médicos como de los pacientes.

II. Las directivas médicas anticipadas en el sistema jurídico argentino

Tal como lo adelantamos, en el presente apartado nos referiremos a la recepción jurídica del instituto. A TAL fin, comenzaremos con una síntesis de la evolución en nuestro país. Luego haremos un comentario exegético al artículo 60 del CCCN, a la par que señalaremos —en clave propositiva— algunos institutos que operan como refuerzos de la voluntad anticipada.

El primer reconocimiento de las directivas médicas anticipadas fue social. Muchos años antes de una consolidación legislativa, se registraron en nuestro país casos en los que ciertas personas le requerían a escribanos dejar constancia de su voluntad y establecer disposiciones en previsión de su propia eventual incapacidad futura⁸ (Taiana de Brandi-

⁷ El paternalismo médico es un fenómeno que ha impregnado a la relación médico-paciente durante siglos y que implica que las decisiones en ese marco son tomadas exclusivamente por el médico, cancelando o suprimiendo la importancia de la voluntad del paciente.

⁸ En la VII Jornada Notarial Iberoamericana realizada en la ciudad mexicana de Puerto de Veracruz en el año 1998, se formularon conclusiones referidas al proceder de los escribanos ante la materialización de declaraciones de voluntad anticipada. Entre ellas, la siguiente: “se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad”.

Llorens, cit. por HIGHTON Y WIERZBA, 2003). Desde ya, la difusión de las directivas en las sociedades latinoamericanas responde a una “importación” del instituto, que fue una creación de la ciencia jurídica norteamericana.⁹

Posteriormente, la comunidad académica nacional se manifestó sobre la voluntad anticipada en dos oportunidades concretas. Primero, en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (las “JNDC”) realizadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2001¹⁰ (CROVI, 2010). Tiempo después, en las XIX JNDC realizadas en Rosario en el año 2003.¹¹

Luego de la recepción doctrinaria, algunas provincias se animaron a dar el primer paso legislativo. En Río Negro se sancionó, en el año 2007, la ley 4.263, específicamente dedicada a regular la “voluntad anticipada”, y posteriormente la ley 4.264 referida a la muerte digna, como así también a las directivas. A esta corriente legislativa se sumó Neuquén con el dictado de la ley 2.611 en el año 2008, que incorporó las “instrucciones previas”. Ahora bien, la primera consagración normativa a nivel nacional se dio en 2009 con la Ley de Derechos del Paciente (nro. 26.529), posteriormente modificada en 2012 por la Ley de Muerte Digna (nro. 26.742), que acertadamente incorporó la forma de instrumentar la voluntad anticipada.

Finalmente, desde el 1º de agosto de 2015 rige en nuestro país un nuevo Código que contempla en su artículo 60 las directivas médicas anticipadas, que transcribimos a continuación:

⁹ En una conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina, RABINOVICH-BERKMAN (2016) afirma que la “exportación” de las directivas anticipadas fue llevada a cabo por los Testigos de Jehová.

¹⁰ En esta edición de las JNDC, la Comisión 1 de Parte General abordó el tema “actos de disposición del propio cuerpo”. Allí, se dispuso de *lege lata*: “es menester garantizar a los pacientes terminales la facultad de autodeterminarse. El reconocimiento de dicho derecho, conlleva la facultad de previsión de la propia incapacidad y la plena validez y eficacia de las manifestaciones de voluntad que por escrito realice dicha persona, cualquiera sea la denominación que se otorgue a tales documentos”.

¹¹ En esta edición de las JNDC, la Comisión 5 de Derecho de Familia abordó el tema “autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”. Allí, se dispuso de *lege lata*: “las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica del consentimiento informado y deben ser admitidas en todos los casos en que el paciente eventualmente no pueda expresar su voluntad, no solo en los casos de enfermedad terminal. Los denominados ‘testamento vital’ y ‘poder para el cuidado de la salud’ o ‘mandato de autoprotección’ son medios idóneos para la formulación de tales manifestaciones anticipadas de voluntad. Sería necesario crear un Registro de fácil acceso, vinculado con un sistema de alerta temprana en la documentación personal del paciente que permita al personal sanitario corroborar el contenido de las manifestaciones anticipadas de voluntad que hizo el mismo”.

“Artículo 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Metodológicamente, el artículo 60 se encuentra en el Capítulo 3 “Derechos y actos personalísimos” del Título I “Persona Humana” del Libro I “Parte General”.

La norma bajo análisis le reconoce la facultad genérica de anticipar directivas a una persona plenamente capaz, es decir, cuando goce de plena capacidad en los términos del CCCN (LAFFERRIERE Y MUÑIZ, 2015). Esta potestad puede consistir en:

a) Conferir mandato¹² respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad: en este caso, se adoptan decisiones sobre la aceptación o el rechazo de tratamientos quirúrgicos, terapéuticos o de cualquier otra intervención médica.

b) Designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela: en este caso, se otorga mandato en favor de un tercero que deberá tomar la decisión sobre la salud del paciente. A la vez, el otorgante podrá o no dejar constancia sobre cómo debe proceder la persona designada. Si no lo hiciere, entonces el tercero deberá practicar una suerte de “reconstrucción de la voluntad” en base a los deseos manifestados por el paciente mientras gozaba de plena capacidad y teniendo en cuenta la particularidades del caso concreto.

En cuanto a la forma de otorgamiento, el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente reza: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos”. Si bien el Código omite la inclusión del precepto, consideramos su plena vigencia dado que: a) el mismo no ha sido derogado; b) en línea con las ideas que inspiran a la codificación de nuestra época, el CCCN no tiene pretensión omnicompreensiva, sino que

¹² Algunos autores son críticos de la utilización del término “mandato”, dado que refiere a una figura contractual y, como tal, referida a relaciones patrimoniales. En efecto, el artículo 957 del CCCN establece que “contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. A esto se suma que en nuestro derecho, el mandato se extingue por la incapacidad del mandante. En este sentido se manifiesta TOBIÁS (2016).

propone una convivencia armónica con las demás leyes especiales que integran el sistema, con las cuales “dialoga” coherentemente.

Algunos autores poseen una visión crítica de la exigencia formal. Así, se ha dicho: “el requisito de formalizar las declaraciones anticipadas ante escribano público o juzgados de primera instancia resulta excesivo y bien puede operar como un serio obstáculo para asegurar el acceso y hacer efectivo el derecho a expresar la voluntad” (FERRARI, 2013: 314).

Por nuestra parte, entendemos que la formalidad impuesta es un acierto legislativo, en tanto que configura un elemento que tiende a reforzar la reflexión de quien anticipa su voluntad en torno al ejercicio de sus derechos personalísimos. Coincidimos con TAIANA DE BRANDI Y BRANDI TAIANA (2015) al reconocer la trascendencia de la labor notarial en las cuestiones de índole personalísima, de familia y de orden sucesorio.

A la vez, el Código consagra el principio de revocabilidad. El último párrafo del artículo 60 establece: “esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”. Cabe observar que el precepto no estaba previsto en el Anteproyecto del CCCN redactado por la Comisión de Reformas, sino que recién fue introducido al Proyecto por el Poder Ejecutivo. Creemos que la incorporación se justifica por una cuestión de cambios legislativos: la disposición antes mencionada fue introducida en nuestro derecho en el año 2012, con la sanción de la Ley de Muerte Digna —modificatoria de la Ley de Derechos del Paciente—, mientras que el Anteproyecto había sido elevado el año anterior.

En síntesis, las directivas tienen un anclaje normativo expreso en el Código en dos modalidades concretas. Ahora bien, el instituto conlleva una complejidad bioética profunda. Como advierte TOBIAS (2016), el margen de vaguedad, generalidad y abstracción de las directivas (propio de la dificultad de individualizar algunas situaciones clínicas) no es susceptible de ser eliminado por el legislador. Siguiendo a este autor, señalamos a continuación algunos mecanismos que operan como exigencias legales en otros sistemas jurídicos, y que a nuestro entender atenúan el dilema central de las directivas:

a) La designación de un tercero que precise en el caso particular las directivas otorgadas. Esto no es exigido por el Código. Nótese que no nos referimos a la designación de un tercero para que decida por el otorgante, porque esta es simplemente una modalidad optativa de directivas que difiere al tercero, cuya designación es exigida por ley, al solo efecto de adaptar la voluntad anticipada al caso médico concreto.

b) La exigencia legal de que la voluntad anticipada sea informada, de modo que la decisión siempre esté precedida por información médica acerca de los cuadros clínicos posibles, dado que esta facultad no está al alcance de quien no tiene conocimientos

técnicos en medicina. Tampoco es exigido por el Código, con lo cual se advierte la profunda diferencia entre las directivas médicas anticipadas y el consentimiento informado (art. 59 del CCCN).

c) Ciertas formas que refuercen la decisión del otorgante. Con acierto, la Ley de Derechos del Paciente exige intervención notarial o judicial, pudiéndose optar por una u otra, siempre contando con la presencia de dos testigos.

d) La exigencia legal de actualizar las directivas estableciendo un plazo de validez de las mismas. En este sentido, TOBIAS (2016: 144) precisa que “cuanto mayor es la falta de actualidad de la directiva, mayor es la incerteza”. Desafortunadamente, no rige en nuestro derecho tal requisito, y sobre el particular nos detendremos más adelante.

Se verifica que de todas estas posibles exigencias, el legislador argentino solo receptó la relativa a la forma de otorgamiento.

III. Una luz: la prohibición de la eutanasia

En este tercer apartado, comentaremos la prohibición de prácticas eutanásicas prevista en el nuevo Código, a la vez que reseñaremos el juego normativo que gira en torno a la temática.

Según ANDORNO (2012), la eutanasia es la muerte provocada en el ámbito de un tratamiento médico, y esta puede ser activa (p.ej., a través de una inyección letal) u omisiva (p.ej., cuando se dejan de brindar a un paciente los cuidados mínimos e indispensables). A la par, la eutanasia puede ser voluntaria o involuntaria según concurra o no el consentimiento del paciente.

El artículo 60 del Código establece expresamente que “las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”, lo cual implica la lisa y llana prohibición de la eutanasia en el ordenamiento jurídico argentino. La veda legal se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la constitucionalización de las normas civiles fue el camino escogido y seguido por el codificador a los fines de lograr un paralelismo entre derechos humanos y derechos personalísimos.

Correlativamente a la prohibición de la eutanasia, el artículo 59 inciso g del Código aborda el problema del encarnizamiento terapéutico, cuestión que ya había sido regulada en la Ley de Muerte Digna de 2012. A partir de la clásica distinción entre el carácter proporcionado o desproporcionado de los tratamientos médicos, se consagró el derecho a rechazar intervenciones médicas de cualquier tipo “en caso de padecer una enfermedad

irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”.¹³

Sin embargo, en el marco de este juego normativo, se prevé la posibilidad de renunciar a la alimentación e hidratación. Sobre este punto, manifestamos nuestra disidencia con el legislador, porque consideramos que nutrir e hidratar a una persona constituyen cuidados básicos y ordinarios cuya supresión implica una forma de eutanasia por omisión, en evidente contradicción con la prohibición que el mismo Código efectúa.

A la vez, el criterio legal comentado en el párrafo precedente fue convalidado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “D.M.A.”.¹⁴ En efecto, el Máximo Tribunal dictó sentencia mediante la cual confirmó la decisión del Tribunal Superior de Neuquén haciendo lugar a la petición de las representantes de un paciente en estado de mínima conciencia. Concretamente, lo que se pretendía era la supresión de la alimentación e hidratación que mantenían al enfermo con vida desde hacía más de 20 años. Nótese que la Corte aplicó a la controversia la Ley de Muerte Digna, que aún no había sido sancionada al momento de la judicialización del caso. Nos interesa señalar que el paciente no había otorgado directivas médicas anticipadas, de modo que se recurrió al instituto del “consentimiento por representación”, materializado en una mera declaración jurada de las hermanas del paciente en la que constaba la presunta voluntad de éste en caso de encontrarse en tales circunstancias. No hay mayor detalle sobre cómo llegaron las hermanas a ese testimonio. Se trata de una suerte de “reconstrucción de la voluntad” de notable debilidad jurídica (LAFFERRIERE Y ZABALETA, 2015).

Volviendo a la veda legal de las prácticas eutanásicas, no estamos de acuerdo con la interpretación que efectúan algunos autores al entender que dicha prohibición solo se circunscribe a la eutanasia activa y directa (HOOFT Y HOOFT, 2010; HOOFT, 2015; LAMM, 2015). Esta exégesis implicaría dar luz verde a otras formas de eutanasia pasiva, lo cual solo puede ser resultado de una interpretación forzada que no se corresponde con la teleología de la

¹³ El texto es idéntico al previsto en la Ley de Muerte Digna. Cabe precisar que si bien la norma fija como situación válida para el ejercicio del derecho la existencia de una enfermedad “irreversible, incurable o en estado terminal”, la conjunción disyuntiva “o” fue reemplazada en el decreto reglamentario 1089/12 por la conjunción copulativa “y”. De este modo, el estado terminal se configura como un requisito que debe concurrir con el carácter irreversible e incurable de la enfermedad. Lo dicho fue señalado por BASSET (2012) antes del dictado del decreto referido.

¹⁴ CSJN, 7/07/2015.

norma. En nuestra opinión, la finalidad del legislador fue esencialmente “no distanásica”, mas no “eutanásica”.¹⁵

Sin perjuicio de nuestra divergencia con el criterio legislativo y jurisprudencial vigente acerca de la supresión de la alimentación e hidratación, entendemos que el Código mantiene el principio de indisponibilidad de la vida humana, lo cual es coherente con una tradición jurídica de larga data en nuestro país y que se basa en un fundamento iusfilosófico concreto: la muerte nunca es un “bien debido” en términos de justicia (ANDORNO, 2012).

IV. Una sombra: la falta de un sistema de renovación de directivas

Al comentar la regulación normativa de las directivas, destacamos cuatro mecanismos legales que apuntan a reforzar la voluntad anticipada. En esta oportunidad, y en clave propositiva, nos enfocaremos en uno de ellos.

Desde que el legislador se ha propuesto la regulación de las directivas, la doctrina no ha dejado de manifestar su inquietud por la posible discordancia entre la voluntad anticipada y la voluntad efectivizada. Con razón, SAMBRIZZI (2010: 149) explica: “si bien es cierto que las directivas pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento, también es factible que no se acuerde de hacerlo hasta que sea tarde para ello, por lo que sin duda parece lícito dudar sobre la eficacia actual de la voluntad del paciente expresada con anterioridad, al estar imposibilitado para cambiar la decisión que tomó, en uno u otro sentido, cuando se hallaba con plena lucidez y capacidad”.

A esto se suman los grandes cambios y avances científicos y tecnológicos que día tras día irrumpen en el ámbito de las ciencias médicas y que pueden justificar un cambio de opinión respecto de la situación que había generado el otorgamiento de directivas, dado que lo que hoy es un medio desproporcionado, al cabo de los años puede convertirse en una terapia medianamente segura y eficaz.¹⁶

Es por lo expuesto, que el legislador no puede desatender el conflicto originado por la distancia psicológica y temporal que media entre la formulación de una directiva y el

¹⁵ La finalidad “no distanásica” apunta a evitar el encarnizamiento terapéutico, que se configura cuando un paciente está sujeto a tratamientos médicos desproporcionados y sin perspectivas de mejoría. Por su parte, la finalidad “eutanásica” implicaría legalizar el acto dirigido a provocar la muerte de un paciente, sea por acción o por omisión.

¹⁶ Según PERAZZO (2010), este dilema fue señalado por médicos encuestados en el marco de un estudio realizado por el Hastings Center y publicado el 5 de diciembre de 1991 en “The New England Journal of Medicine”.

hecho que motiva su aplicación. Partiendo de esta base, se torna necesario regular un sistema de renovación de directivas mediante un plazo de validez que permita determinar la caducidad de las mismas. SAMBRIZZI (2010) señala que algunos autores consideran que debería ser de cinco años, mientras que otros han propuesto que la renovación sea anual. En otra opinión, se propone que la caducidad de las directivas opere a los 10 años (GIROTTI BLANCO, 2014). Por nuestra parte, consideramos que es una cuestión sujeta a la prudencia legislativa, siendo útiles los criterios seguidos en la normativa de otros países.¹⁷

Frente a nuestra propuesta, cualquiera se podría preguntar qué ocurre ante directivas caducas. Sin embargo, lo cierto es que la incertidumbre en torno a la voluntad anticipada nunca desaparece, independientemente de que exista o no un plazo de validez. Es por ello que el interrogante se debe formular en sentido inverso: ¿qué ocurre si las directivas han sido periódicamente renovadas? Evidentemente, en ese caso la seguridad acerca de la voluntad del paciente será más contundente.

Es que la finalidad del sistema propuesto es dotar de mayor fuerza a las directivas renovadas. Es por ello que cuestionar la utilidad de un plazo de validez implica también cuestionar la utilidad de las directivas anticipadas en sí misma. Nos explicamos. Teniendo en cuenta el derecho vigente, en el caso de un paciente sujeto a medidas de soporte vital, que no puede manifestarse a causa de su estado físico o psíquico, se presentan dos alternativas:

a) Si ha otorgado directivas médicas anticipadas, habrá que estarse al contenido de las mismas, sea que consista en un mandato respecto de su salud —primer modalidad de voluntad anticipada— o en la designación de la persona o personas que han de decidir por él —segunda modalidad de voluntad anticipada—, o en ambas conjuntamente.

b) En caso de que no haya otorgado directivas, habrá que recurrir al denominado “consentimiento por representación”, otorgado por un tercero, con el objetivo de “reconstruir” la voluntad del paciente.¹⁸

¹⁷ SAMBRIZZI (2010) señala que una ley sancionada en Francia a fines del año 2004 dispone que las directivas anticipadas deben haber sido escritas menos de tres años antes de haber caído el paciente en la inconsciencia. Por su parte, Bélgica estableció el plazo de validez en cinco años.

¹⁸ LAFFERRIÈRE (2017) advierte que existe una divergencia normativa con respecto a quién debe otorgar el consentimiento por representación. La Ley de Derechos del Paciente —a partir de la reforma introducida por la Ley de Muerte Digna— remite al orden de prelación previsto en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos. Lo que ocurre es que tal remisión no es efectuada por el CCCN, sino que este realiza una enumeración propia en el artículo 59 *in fine*. A los fines de armonizar tales normas, el

Ante el escenario descrito, surge la pregunta: ¿para qué regular las directivas médicas anticipadas pudiéndose recurrir a una aplicación directa del consentimiento por representación? La respuesta es nuevamente la misma: todo apunta a garantizar la real voluntad del paciente y a reforzar la seguridad que sobre la misma se tendrá cuando él ya no pueda manifestarse por sí solo. Es por ello que el legislador ha diseñado —aunque tal vez sin intención directa— un sistema compuesto por institutos que se vinculan subsidiariamente entre sí ante el caso concreto.

El dilema bioético que comentamos en el presente apartado se concretó en el *leading case* “Albarracini Nieves”.¹⁹ En esta oportunidad, el 1 de junio de 2012 la CSJN confirmó la sentencia dictada por un tribunal de segunda instancia que había denegado una medida precautoria interpuesta por el padre de una persona mayor de edad que había manifestado, ante un escribano público, su rechazo a cualquier eventual transfusión sanguínea, dada su pertenencia al culto “Testigos de Jehová”. El progenitor acudió a la Justicia a los fines de lograr una transfusión a su hijo, que se encontraba internado por heridas sufridas en el marco de un intento de robo. Tal como señalan los jueces, la particularidad del caso está dada por la existencia de directivas médicas anticipadas otorgadas por Pablo Albarracini, cuatro años antes del hecho que generó la controversia.

Uno de los argumentos invocados por el recurrente consistió en que su hijo “habría abandonado el culto para luego regresar y así sucesivamente en distintas oportunidades”. La Corte reconoció que lo alegado “podría generar algún tipo de incertidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de la decisión de Pablo”, aunque luego sostuvo que “este argumento genérico y carente de precisiones no tiene fundamento suficiente como para al menos presumir que hubiese habido una modificación en sus creencias” (del considerando undécimo). Pese a tal presunta seguridad, línea seguida el máximo tribunal resaltó como indicio revelador del mantenimiento de creencias religiosas el matrimonio entre Albarracini y una mujer de su mismo credo, celebrado algunos meses antes en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová. En definitiva, el padre del paciente sembró la duda y la Corte, en un considerando específicamente dedicado a la cuestión, resaltó una circunstancia de hecho concreta como mecanismo para neutralizar la incertidumbre planteada.

citado autor interpreta que en caso de que exista una sentencia previa de incapacidad o de restricción a la capacidad, el consentimiento debe ser otorgado por el representante o apoyo —por aplicación del artículo 59 *in fine* del Código—. Si no existe tal sentencia, rige el orden de prelación entre familiares previsto en la Ley de Trasplantes de Órganos, dada la mayor precisión que este tiene en comparación con el regulado en el artículo 59 *in fine* del Código. A la par, y especialmente en casos de emergencia, el consentimiento podrá ser otorgado por el denominado “allegado que acompaña al paciente”.

¹⁹ CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 01/06/2012.

La distancia temporal entre el acto de otorgamiento de una directiva y el hecho que motiva su aplicación es una característica propia de este tipo de directrices, y su actualidad nunca estará totalmente garantizada. Partiendo de esta premisa, lo que proponemos es la regulación de herramientas legales que coadyuven a que la seguridad prime sobre la incertidumbre.

V. Conclusiones

Del presente trabajo extraemos seis conclusiones concretas:

a) En razón de la consolidación del bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigente, la codificación del siglo XXI coloca a la persona humana como centro del sistema legal, y a su dignidad como principio jurídico rector.

b) Los avances de la biomedicina han sido de tal magnitud que surge la necesidad insoslayable de aplicar criterios de justicia en ese ámbito. A partir de ello, el CCCN incorpora un núcleo biojurídico que regula aspectos fundamentales de la persona humana.

c) Dentro de ese entramado normativo y como máxima expresión del derecho a la autodeterminación personal, se regulan las directivas médicas anticipadas en dos modalidades concretas.

d) En línea con la tradición jurídica argentina, se prohíbe la eutanasia y se ubica a la vida humana como un bien jurídico indisponible.

e) Subsiste una divergencia doctrinaria en torno a la calificación de la supresión de la alimentación e hidratación, lo que a nuestro entender configura un supuesto de eutanasia omisiva que debería estar vedado, de modo de lograr una coherencia con lo normado por el artículo 60 del CCCN.

f) La falta de actualidad es un problema intrínseco de las directivas que no puede ser totalmente solucionado por el legislador, aunque sí puede ser atenuado mediante diversos mecanismos legales. Uno de ellos podría ser la incorporación de un sistema de renovación de directivas a través del establecimiento de un plazo de validez. La duración del mismo deberá ser fruto de un debate legislativo prudente que tome a la realidad social de nuestro país como criterio rector.

Bibliografía

- ANDORNO, R. (2012) *Bioética y dignidad de la persona*, 2da ed., Madrid, Tecnos.
- ANDRUET, A. (H.) (2015) *Directivas anticipadas en Argentina (muerte digna)*. Derecho, bioética y ética, Córdoba, Advocatus.
- BASSET, U. (2012) “La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 4, n° 7, pp. 161-167.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y HOAGUE, E. (2010) *Diccionario Jurídico*. Law Dictionary. 2da ed., Buenos Aires, Heliasta, t. II.
- CROVI, L. (2010) “Las directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 7, pp. 258-268.
- FERRARI, M. et al. (2013) “Directivas anticipadas: un progreso legislativo”, *Pensar en Derecho*, año 2, n° 3, pp. 283-324.
- FLAH, L. (2015) “Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial”, L.L. 2015-E, 774-783.
- GIROTTI BLANCO, S. (2014) “Las directivas anticipadas y su caducidad”, en AIZENBERG, M. (dir.) *Estudios acerca del Derecho de la Salud*, Buenos Aires, La Ley - Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 115-127.
- HIGHTON, E. Y WIERZBA, S. (2003) *La relación médico paciente: el consentimiento informado*, 2da ed., Buenos Aires, Ad-Hoc.
- HOOFT, P. Y HOOFT, I. (2010) “Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, n° 3 - Derechos del Paciente, pp. 225-259.
- HOOFT, I. (2015) “Derechos y actos personalísimos”, en RIVERA, J. y MEDINA G. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, t. I, pp. 197-242.
- LAMM, E. (2015) “Derechos y actos personalísimos”, en HERRERA, M. et al. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, t. I, pp. 124-149.

LAFFERRIÈRE, J. (2017) “¿Quién decide? Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina”, *Enfoques sobre Salud, Bioética y Derecho*, n° 1.

LAFFERRIÈRE, J. Y MUÑIZ, C. (2015) “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 7, n° 5, pp. 147-165.

LAFFERRIÈRE, J. Y ZABALETA, D. (2015) “Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 7, n° 8, pp. 251-264.

MARON, R. (2011-2012) “Who Has A Will To Live?: Why State Requirements For Advance Directives Should Be Uniform?”, *Regent University Law Review*, n° 24, pp. 169-199.

PERAZZO, G. (2010) “Voluntades anticipadas y su estatus bioético”, *Revista Vida y Ética*, año 11, n° 1, pp. 223-238.

RABINOVICH-BERKMAN, R. (2016) “Aspectos jurídicos de las directivas anticipadas”, conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina en el marco del “Seminario: Voluntad anticipada”, consultada en [<https://www.youtube.com/watch?v=CoWB22P9gmY>] el 15/02/2017.

SAMBRIZZI, E. (2010) “Voluntades anticipadas, su valor legal”, *Revista Vida y Ética*, año 11, n° 2, pp. 145-156.

TAIANA DE BRANDI, N. Y BRANDI TAIANA, M. (2015) “El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial”, *J.A.* 2015-IV, pp. 862-869.

TOBIÁS, J. (2016) “Las directivas anticipadas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 8, n° 6, pp. 133-149.

COOPERACIÓN CAUTELAR INTERNACIONAL
POSIBLES DESARROLLOS PARA UNA JUSTICIA TRANSNACIONAL MÁS EFECTIVA*

*Cecilia L. PARSECHIAN GARABETIAN***

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 26 de marzo de 2017

Resumen

El actual incremento de los litigios suscitados en torno a las relaciones privadas internacionales y, consecuentemente, de los casos de cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles o grados y de reconocimiento de sentencias extranjeras, impone la urgente necesidad de actualizar y profundizar soluciones hoy vigentes en la materia a nivel continental con miras a una mejor realización transnacional de la justicia.

Palabras clave

Cooperación jurisdiccional internacional – cooperación cautelar internacional – jurisdicción internacional – efectividad de la cooperación cautelar internacional

THE INTERNATIONAL COOPERATION IN INJUNCTIVE RELIEF
POSSIBLE DEVELOPMENTS FOR A MORE EFFECTIVE TRANSNATIONAL JUSTICE

* La autora desea agradecer todo el apoyo brindado en la elaboración de éste, su primer artículo, al Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergman.

** Escribana Pública, Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Miembro de la ASADIP.

Abstract

The current increase in litigation pursuant to international private relations and, therefore, in cross-jurisdictional cooperation at its different levels or degrees, along with the recognition of foreign judgments imposes the urgent need to update and deepen current solutions in the matter on a continental level in pursuit of a better implementation of transnational justice.

Keywords

Cross-jurisdictional cooperation – international cooperation in injunctive relief – international jurisdiction – effective transnational justice

I. **Consideraciones liminares: el auge de las relaciones privadas internacionales y el incremento de los litigios suscitados a su respecto y de los casos de cooperación jurisdiccional internacional**

El impacto de la globalización, acentuada por diversos procesos de integración simultáneos, promovió un importante desarrollo de las relaciones privadas internacionales. Los crecientes traslados de personas y bienes, así como el incremento de los negocios internacionales celebrados a distancia y la mayor flexibilización de las fronteras nacionales han colaborado en las últimas décadas, desde la segunda mitad del siglo XX, a una enfatizada internacionalización de la vida humana en sus diferentes aspectos.

El Prof. Dr. Tellechea Bergman sostiene que este horizonte constituye una realidad que ha incidido directamente en el actual aumento casi exponencial de las relaciones privadas internacionales y paralelamente de los litigios suscitados en torno a aquéllas, con su secuela de solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional que buscan asegurar la realización de la justicia más allá de fronteras, de reclamos de reconocimiento de fallos extranjeros, de invocación en juicio de documentos expedidos en otros países, de situaciones relacionadas a la condición procesal del litigante foráneo; cuestiones que pueden englobarse, todas ellas, en el concepto de “dimensión jurisdiccional del caso privado internacional”.

Entendemos por cooperación jurisdiccional internacional, toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales de un Estado cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de

acciones que órganos jurisdiccionales de otro país han de llevar a cabo. La definición involucra la actuación de órganos jurisdiccionales tanto en calidad de exhortantes cuanto de exhortados, debiéndose entender por tales aquellos que pertenecientes o no al Poder Judicial, tengan a cargo función jurisdiccional (TELLECHEA BERGMAN, 2010).

A diferencia de lo que ocurría en épocas anteriores, donde se concebía a la cooperación judicial internacional como una actuación cuasi discrecional del Estado requerido fundándola en conceptos como la reciprocidad, la conveniencia o la comitas gentium,¹ hoy se puede apreciar que los Estados actúan sin que las fronteras nacionales signifiquen una limitación o impedimento para llevar a cabo los procesos de su competencia, y que de manera cada vez más clara se recepta el principio de que la denegatoria de cooperación debe fundarse.

Tal lo resultante del artículo 14 del Protocolo de Las Leñas, y del artículo 3, párrafo segundo, del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (La Paz, 1984). En igual sentido, lo dispuesto en materia de asistencia penal internacional por la Convención Interamericana de Nassau de 1992, artículo 26 in fine, y el Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión del Consejo Mercado Común 02/96, artículos 5.2 y 11.3.

Asimismo, los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia — aprobados recientemente en ocasión de las X Jornadas de ASADIP realizadas en la Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2016—, disponen en igual sentido, en el capítulo 4 sobre “Cooperación interjurisdiccional” (artículo 4.1), que “[l]a cooperación interjurisdiccional es un deber ineludible de los Estados, no solamente en la realización de actos de mero trámite como las notificaciones y citaciones, sino también en todos aquellos actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación cautelar así como la identificación, conservación y producción de pruebas”.

II. Distintos grados de la cooperación jurisdiccional internacional

Tomando en consideración el modo más o menos intenso en que la cooperación puede afectar los derechos de los particulares y al propio Estado que brinda el auxilio, y

¹ Noción a la cual, en su origen en el siglo XVII, Ulrico Huber le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en el interés común y la convención tácita entre las naciones. Véase MEIJERS (1934).

también su mayor o menor complejidad, se puede distinguir distintos niveles de cooperación.

II.A. Cooperación de mero trámite y probatoria

Comprende la tramitación de citaciones, emplazamientos, notificaciones e intimaciones que un Estado lleva a cabo a pedido de otro. El caso de la asistencia probatoria supone actividades de mayor complejidad y duración, tales como el diligenciamiento de pericias, o de mayor coerción, como la conducción compulsiva de un testigo o el empleo de medios compulsivo para asegurar la realización de una inspección ocular.

II.B. Cooperación cautelar internacional

Importa un grado mayor de coerción y de duración que se mantiene durante el tiempo que dure el proceso, teniendo por finalidad asegurar la eficacia de una sentencia extranjera, evitando así que ésta “llegue” demasiado tarde, es decir, se dicte cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva.

II.C. Reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros

Algunos sectores de la doctrina lo entienden como un capítulo particularizado de cooperación jurisdiccional internacional. Ello se debe a que la sentencia generalmente no es dictada con expresa vocación internacional y será la parte interesada la que deba encargarse de invocar el fallo en otro Estado; además, por su relevancia, el reconocimiento de la sentencia extranjera está sujeto a requisitos específicos, y —en muchos países— a procedimientos de contralor especiales, diferentes a los aplicables a los otros niveles de cooperación internacional.

III. La cooperación cautelar internacional

III.A. Conceptos introductorios

Según el Vocabulario Jurídico del Prof. COUTURE (1960: 381),² “cautelar” significa “precaer, prevenir” y “medida” significa “disposición, prevención”. Aplicando estos

² El autor también ha definido la jurisdicción como: “la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”

conceptos al Derecho podemos decir que la “medida cautelar” se trata de una resolución que tiene un fin inmediato: prevenir. Es decir, es aquella dispuesta por el juez “con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorios el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión del mismo”.

Si bien la asistencia cautelar internacional, al igual que los demás grados de cooperación, es “de principio” (OPERTI BADÁN: 56-58),³ dada la coerción y la posibilidad de afectación del orden jurídico local (que implican casi todas las medidas cautelares), los tratados internacionales y las normas internas de Derecho Internacional Privado han establecido ciertos requisitos a ser controlados por el juez requerido.

III.B. Autonomía de la cooperación cautelar

La cooperación cautelar ha sido regulada de manera autónoma en relación a otras formas de cooperación jurisdiccional internacional en las distintas fuentes normativas sobre la materia. Esto es así particularmente en el ámbito de las Convenciones Interamericanas y de los Protocolos del Mercosur.⁴

Los artículos 10 y 19 in fine del Protocolo de Ouro Preto,⁵ así como el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, evidencian la adopción de este criterio de la autonomía de la cooperación cautelar. Así, establecen que “el cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal”. El artículo 19 in fine del Protocolo de Ouro Preto, por su parte, especifica que “no se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras”.

(COUTURE, s/f: 22).

³ Ello surge además de la formulación imperativa del art. 2 (exordio) de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979): “... darán cumplimiento...”.

⁴ Y a nivel de fuente nacional uruguaya, el Código General del Proceso.

⁵ Aprobado por el Consejo Mercado Común por Decisión 27/94 del 17 de diciembre de 1994.

IV. Antecedentes de las actuales soluciones convencionales en la materia

IV.A. *Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889*⁶

El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, y cuenta con la adhesión de Colombia; Brasil fue solamente signatario.

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 todavía resulta aplicable con Bolivia, ya que dicho Estado no ha ratificado ninguno de los instrumentos internacionales posteriores sobre la materia. Los demás Estados ratificantes del tratado de 1889, en cambio, se han incorporado a posteriores convenios internacionales sobre medidas cautelares, los que resultan, por ende, aplicables de conformidad con el artículo 30 de la Convención de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados.⁷

El Tratado de 1889 en el artículo 10 dispone: “Cuando los exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios y en general a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión”.

Al explicar el contenido del artículo 10, el Dr. Gálvez, delegado de Perú, señaló expresamente: “en este artículo se estatuye que cuando los exhortos o cartas rogatorias

⁶ El Tratado, como se ha indicado, fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió posteriormente al instrumento. Actualmente varias de sus disposiciones han sido sustituidas entre los Estados Partes por regulaciones posteriores. Argentina, Paraguay y Uruguay aprobaron el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 y posteriormente pasaron a ser Partes, al igual que Colombia y Perú, de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Argentina y Uruguay también son Partes del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Bolivia ratificó las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. La cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay hoy se presta en aplicación de los Protocolos [del Mercosur] de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, (Decisión del Consejo Mercado Común 05/92) y de Ouro Preto de Medidas Cautelares (Decisión del Consejo Mercado Común 27/94).

⁷ Ratificada por Uruguay por ley n° 16.173, de 30/3/91.

contengan comisiones de trascendencia, como son las de practicar embargos (...).⁸ La mención en el tratado a los exhortos referidos a embargos posibilitó, en el caso de Uruguay, la construcción de una jurisprudencia que —en base a dicha referencia— ha hecho lugar a solicitudes de medidas cautelares internacionales rogadas por otros Estados Partes. Por su parte, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 previó también la asistencia cautelar internacional en el Título X, “De las falencias”, en sus artículos 37 y 38.

IV.B. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

El Tratado de 1940 fue ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, por lo que sustituye al de 1889 en lo que hace a las relaciones entre estos tres países. Pero a su vez, los referidos Estados han ratificado la Convención Interamericana de 1979 sobre Medidas Cautelares, por lo cual ésta sustituye al texto de 1940, en los términos del artículo 30 de la Convención de Viena citada. Las soluciones del Tratado de 1940, artículos 12 a 14, constituyen antecedentes directos de la Convención de Montevideo de 1979 en la materia.

El Tratado de Derecho Procesal de 1940 atiende a la cooperación cautelar internacional en el título IV, “Del concurso civil de acreedores”, en particular en los artículos 18 y 19. Por su parte, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 también refiere a la cooperación cautelar internacional en el Título VIII, “De las quiebras”, en particular en sus artículos 43 y 44.

V. Desarrollos actuales en materia de cooperación cautelar internacional en el ámbito interamericano y regional

Por su importancia a nivel regional se abordarán las soluciones consagradas por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979 (“CIDIP II”, Montevideo, 1979) y el Protocolo de Ouro Preto, Decisión 27/94.⁹

⁸ Actas de los Tratados de Montevideo de 1889, p. 337.

⁹ Cabe señalar que en el ámbito de la normativa de fuente nacional uruguaya, las disposiciones del Título X del Código General del Proceso, “Normas Procesales Internacionales”, “Informe” de los autores del Proyecto del Título, Profs. Dres. Operti y Tellechea, a la Comisión Redactora del Código conformada por los Profs. Drs. Gelsi Vidart, Véscovi y Torello, buscaron asegurar un tratamiento homogéneo de la cooperación jurídica internacional y el reconocimiento de las sentencias extranjeras ante ausencia de regulaciones convencionales tomando en consideración y profundizando, en algunos casos, las soluciones consagradas a nivel interamericano, así, en materia de apreciación de la

V.A. *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, suscripta en Montevideo el 8 de mayo de 1979, de la que son partes siete países latinoamericanos,¹⁰ ha sido ratificada por tres de los cuatro Estados Parte fundacionales del Mercosur: Argentina (ley n° 22.921, Boletín Oficial 27/9/83), Paraguay (ley n° 890/81) y Uruguay (ley n° 14.953). Asimismo, fue firmada por los dos Estados Asociados, Bolivia y Chile.

Conforme al artículo 1, el ámbito de aplicación material comprende las “medidas cautelares”, “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” (expresiones consideradas equivalentes), en tanto “todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”.

El artículo 2 refiere a las medidas cautelares que tengan por objeto: “a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales; b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda o administración e intervención de empresas”.

El artículo 10 recoge el principio de la jurisdicción más próxima, regulando lo referente a las medidas cautelares o de urgencia.

La Convención Interamericana establece cuatro vías de transmisión de los exhortos: la vía particular, la vía judicial, la vía diplomática o consular, y la vía autoridad central (artículo 13.1). El Protocolo de Medidas Cautelares agrega la comunicación directa entre

jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero, art. 539.1.4. Las normas del CGP resultan aplicables a aquellos casos que se plantean con relación a Estados no vinculados a Uruguay por regulación convencional en la materia, art. 524 CGP.

¹⁰ Los siete Estados Partes al 1° de mayo de 2016 son Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. El estado de ratificaciones de la *Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares* de 1979, puede consultarse en la página web de la Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp (consultado el 9 de marzo de 2017).

jueces de zonas fronterizas.¹¹

La vía particular es sin duda la de mayor celeridad, pero requiere legalizaciones o apostillas que implican un costo adicional. Es necesario retirar el exhorto del tribunal rogante, llevar a cabo las legalizaciones, enviarlo a la persona encargada —profesional o corresponsal— en el país requerido, y éste lo presenta directamente en el tribunal rogado solicitando su cumplimiento. Lógicamente, esta vía —que, reiteramos, es sin duda la más rápida—, requiere de un corresponsal (abogado, estudio o encargado) para que se ocupe del tema en el Estado requerido. Por lo tanto, si bien es la más ágil, no es la más económica (FRESNEDO, 2014).

Hoy en día, Brasil ha ratificado la Convención de Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, firmada en La Haya el 5 de octubre de 1961, que suprime las legalizaciones consulares y las sustituye por la “apostille”.¹²

V.B. *Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994*

Fue aprobado en Ouro Preto el 16 de diciembre de 1994 (decisión 27/94 del Consejo Mercado Común) y ha sido ratificado por los países del Mercosur original, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.¹³

Con referencia al ámbito de aplicación material, el Protocolo tiene por objeto reglamentar “el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer (...) solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a reparación civil” (artículos 1 y 2).

¹¹ El CGP no se pronuncia específicamente sobre las vías de transmisión de exhortos en materia cautelar, por lo que corresponde estar a las cuatro vías que prevé de manera general su art. 527.1; en conformidad, VESCOVI (2000: 146).

¹² Asimismo, entre Argentina y Brasil ya se había simplificado el sistema de legalizaciones a través del Acuerdo por Canje de Notas sobre Simplificación de Legalizaciones en Documentos Públicos, firmado en Buenos Aires el 16 de octubre de 2003, que se encuentra vigente y que contempla una certificación que realiza la Cancillería del Estado donde se otorga el documento.

¹³ Las normas aprobatorias y las fechas de ratificación del *Protocolo de Medidas Cautelares*, firmado en Ouro Preto el 16 de diciembre de 1994, son las siguientes: Argentina: ley 24.579 del 25/10/1995, depósito: 14/03/1996; Brasil decreto legislativo 192 del 15/12/1995, depósito: 18/03/1997; Paraguay ley 619 del 6/07/1995, depósito: 12/09/1995 y Uruguay ley 16.930 del 14/04/1998, depósito: 10/08/1998.

El artículo 3 aclara que “se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia”.

El Protocolo ha incluido una cláusula de compatibilidad que establece que “no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes” (artículo 26), destinada a asegurar la cooperación cautelar de urgencia entre Argentina, Paraguay y Uruguay. Ello, dado que el Protocolo no la regula por dificultades alegadas por Brasil, quien recién a partir del Protocolo de Ouro Preto admitió la cooperación cautelar internacional.

Sin perjuicio de los textos convencionales aludidos, corresponde mencionar que la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias se expone sobre medidas cautelares de urgencia en su artículo 15.

V.C. Análisis de algunas soluciones de cooperación cautelar internacional objeto de tratamiento convencional específico

V.C.1. Medidas cautelares preparatorias

Este tipo de cooperación cautelar está prevista someramente en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares cuando se refiere a “todo procedimiento o medio que tienda garantizar los resultados de un proceso actual o futuro”. Por el contrario, el Protocolo de Ouro Preto si bien también alude de manera sucinta a “medidas cautelares preparatorias” (artículo 3), en el artículo 13 desarrolla el tema disponiendo que la interposición de la demanda en el proceso principal fuera de los plazos previstos para hacerlo en la legislación del Estado requirente “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida”. Asimismo el artículo 14 exige que el tribunal exhortante, al transmitir la rogatoria, comunique al requerido el plazo y la fecha de presentación de la demanda o el transcurso del plazo establecido por la ley del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido; y el artículo 15 prevé que la sede requerida deberá comunicar de inmediato a la exhortante la fecha en que dio cumplimiento a la cautela solicitada. De lo que resulta que hoy la cooperación cautelar es concebida entre los Estados del Mercosur como una obligación y no como una mera facultad del exhortado.

V.C.2. Cooperación cautelar en instancia de reconocimiento de sentencias extranjeras

Este tipo de cooperación reconoce como precedente lo dispuesto por el artículo 8 del Tratado de Derecho Procesal de 1940, y ha sido recogida por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en el artículo 7 y en el Protocolo de Ouro Preto en el artículo 11.

V.C.3. Cooperación cautelar en materia de menores

Se encuentra regulada por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en su artículo 9, el cual tiene por finalidad evitar los graves perjuicios resultantes de decisiones de tribunales extranjeros que pretendan extraer al menor del Estado de su residencia habitual. Tales medidas pueden ser dispuestas en juicios de guarda o custodia tramitados ante tribunales de un Estado diferente al del centro de vida del niño.

A efectos de evitar consecuencias traumáticas al entorno familiar del menor de edad, se faculta al tribunal requerido a limitar el auxilio brindado. El juez exhortado podrá sujetar al menor a su jurisdicción evitando su desaparición y traslado a otro país, en espera de lo que resuelva el tribunal rogante.

El artículo 12 del Protocolo del Mercosur, “medidas cautelares en materia menores” recoge igual solución.

V.C.4. Medidas cautelares de urgencia

Si bien, en principio, las medidas cautelares en instancia de cooperación jurisdiccional internacional deben trabarse en un Estado a ruego de tribunales de otro, distintas regulaciones admiten la posibilidad, dadas ciertas condiciones, de providencias conservatorias de urgencia decretadas por los jueces del Estado de ubicación del bien o la persona a cautelar, en calidad de jurisdicción más próxima.

El juez local, al ordenar la medida, fundará su intervención en el hecho de que el sujeto o bien objeto de la misma se encuentra en su territorio, sin perjuicio de que la jurisdicción internacional corresponda —en el caso— a un tribunal extranjero.

Por consiguiente, se trata de una medida de carácter excepcional, dictada por razones de mayor proximidad, que una vez adoptada deberá comunicarse al tribunal extranjero competente, estándose a lo que éste resuelva.

Estas providencias de urgencia están previstas en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en su artículo 10, así como en materia de alimentos, en el artículo 15 de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, ratificada —entre otros— por todos los Estados del Mercosur.

Por el contrario, el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares no previó la cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima.

VI. Propuestas para actualizar la cooperación cautelar internacional

La experiencia resultante de la aplicación de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y del Protocolo de Ouro Preto permite constatar la necesidad de perfeccionar y profundizar varias de sus soluciones, a saber:

VI.A. Cooperación cautelar preparatoria

Es prevista escuetamente por el artículo 1 del texto interamericano; el Protocolo de Ouro Preto si bien inicialmente sólo refiere a “medidas cautelares preparatorias” (artículo 3), luego desarrolla el tema en el artículo 13 —disponiendo que la interposición de la demanda en el proceso principal fuera del plazo previsto en la legislación requirente “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida”— y el artículo 14, que exige que al transmitir la rogatoria se comunique al requerido el plazo, contado a partir del cumplimiento de la cautelar, en que la demanda deberá ser presentada, y, a la brevedad, la fecha de su presentación o el transcurso del plazo establecido.

Asimismo y a efectos que comience a computarse el término, el artículo 15 dispone que el rogado comunique la fecha en que dio cumplimiento a la medida o, en su defecto, las razones por las cuales no fue cumplida.¹⁴

¹⁴ Artículo 15 del Protocolo de Ouro Preto: “El Juez o Tribunal del Estado requerido comunicará inmediatamente al del Estado requirente, la fecha en que se dio cumplimiento a la medida cautelar solicitada o las razones por la cual no fue cumplida”.

La obligación de justificar el no cumplimiento de la cooperación, ya receptada a nivel interamericano en materia de asistencia probatoria por el Protocolo de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (artículo 3, párrafo segundo), debido a su utilidad a los fines de una efectiva prestación del auxilio cautelar, juzgamos de interés extender este tipo de asistencia al ámbito continental.

Por lo expuesto, se considera conveniente que a nivel interamericano una futura revisión de la cooperación cautelar internacional atienda adecuadamente la cooperación cautelar preparatoria, tomando como base las soluciones consagradas en la materia por el Protocolo de Ouro Preto.

VI.B. Posibilidad de que tribunales arbitrales puedan requerir cooperación cautelar

Esta es una potestad acogida por los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados (Decisiones Consejo Mercado Común 03/98 y 04/98) en el artículo 19, párrafo cuarto de ambos, que contemplan, inclusive, que los Estados autoricen a los tribunales arbitrales a remitir directamente —vía autoridad central— tales solicitudes.

VI.C. Supresión de la opción conferida a los Estados de limitar el alcance convencional

Es esta una posibilidad restringida, contemplada por el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares e inconveniente a efectos de asegurar una eficiente asistencia internacional, no admitida por el Protocolo de Medidas Cautelares y ni contemplada por el Protocolo de Ouro Preto.

VI.D. Comunicación directa entre jueces fronterizos

Resulta de interés en las zonas fronterizas la comunicación directa entre jueces, opción no prevista en el artículo 13 de la Convención y que el Protocolo de Ouro Preto en su artículo 19, párrafo cuarto, consagra expresamente.

A nivel continental, la comunicación jurisdiccional fronteriza directa sin necesidad de legalización es recogida, en relación a la asistencia de mero trámite y probatoria, por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; y de manera amplia, por la Convención de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 15).

Con miras a una más efectiva asistencia cautelar en zonas de frontera, se considera conveniente admitir a nivel interamericano la comunicación directa entre tribunales fronterizos, como ya lo contempla el Protocolo de Ouro Preto.

V.E. Supresión de la legalización como exigencia de alcance general

La Convención sobre Medidas Cautelares en su artículo 14, inciso “a”, impone la exigencia de supresión de la legalización, sin excluir la transmisión vía diplomática, consular y a través de la autoridad central, la que —en tanto modos de transmisión oficiales—, doctrina y derecho positivo coinciden en no exigir.

Tal lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 respecto a la transmisión de exhortos a través de agentes diplomáticos o consulares (artículo 11, parte final), y de modo más amplio, incluyendo las vías autoridad central y comunicación directa entre jueces de zonas de frontera, por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (artículos 6 y 7).

La disposición convencional, en su redacción actual, lleva a que —en la práctica— algunos países exijan la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes de auxilio cautelar, cualquiera que fuere la vía empleada. Esto, a pesar de que correspondería requerirla únicamente en caso de transmisión vía particular y ello, siempre que entre el Estado rogante y el Estado rogado no exista regulación que —como la Convención de la Haya de 1961 sobre Supresión de la Exigencia de la Legalización de Documentos Extranjeros— consagre procedimientos más expeditos a tales efectos.

VII. Palabras finales

Éstas son algunas propuestas planteadas con miras a tornar más eficaz la cooperación cautelar internacional a nivel interamericano, en tanto instrumento básico para asegurar que al momento en que la sentencia extranjera sea invocada para su reconocimiento, éste no “llegue” demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva.

Las propuestas planteadas tienen por finalidad asegurar una más eficaz realización transnacional de la justicia a través de una profundización de la cooperación cautelar

internacional en la materia, en línea con los Principios de ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (“TRANSJUS”).¹⁵

Bibliografía

ÁLVAREZ GASPAR, R. Y KLEIN VIEIRA, L. (2014) “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr autónomo y convencional y los derechos humanos” en MORENO RODRÍGUEZ, J. Y LIMA MARQUES, C. (coords.), *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP*, Porto Alegre - Asunción, Gráfica e Editora RJR.

COUTURE, E. (s/f) *Procedimiento Primer Curso. Organización de los Tribunales*, Montevideo, Editorial Medina.

— — (1960) *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (1955) *La Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. (2012) “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial intencional”, en OYARZÁBAL, M. (coord.), *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, Buenos Aires, Ábaco.

FERNÁNDEZ ROSAS, J. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. (1993) *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Madrid, Civitas.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2014) “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una visión desde Uruguay” en Taller participativo - Dificultades metodológicas del discurso de Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible, Buenos Aires, Universidad de Belgrano - The University of Edimburgh - Universidad de Buenos Aires.

¹⁵ Instrumento aprobado por la Asamblea de ASADIP en su reunión celebrada en Buenos Aires, el día 12 de noviembre de 2016.

LANDONI SOSA, Á. (2009) *Eficacia Internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Montevideo, FCU.

MEIJERS, E. (1934) “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale”, *Recueil des Cours*, t. 49, III, pp. 543 - 686.

MIAJA DE LA MUELA, A. (1978) *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas.

— — (2012) “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva” en OYARZÁBAL, M. (coord.), *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, Buenos Aires, Ábaco.

OPERTTI BADÁN, D. (1976) *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.

TELLECHEA BERGMAN, E. (2002a) *La dimensión judicial del caso privado Internacional en el ámbito regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

— — (2002b), “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante foráneo y asistencia judicial internacional” en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Max Plank Institut Fur Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, Montevideo, FCU.

— — (2007) “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR” en *Curso de Derecho Internacional, Washington D. C., Comité Jurídico Interamericano - Secretaría General Organización de Estados Americanos*, t. XXXIV.

— — (2010) *Derecho Internacional Privado*, Montevideo, La Ley.

— — (2014) “Cooperación cautelar internacional en el ámbito convencional interamericano y del Mercosur, con especial referencia al Derecho Uruguayo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n° 1, consultado en [<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=42dcb45dcdde4ca78028a89f8155fae9>] el 9 de marzo de 2017.

— — (2015) “Panorama de la Asistencia Cautelar Internacional en el ámbito convencional interamericano, del Mercosur y en el Derecho Internacional Privado Uruguayo de Fuente Nacional”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, RUDIP, n° 7.

Véscovi, E. (2000) *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo, Ediciones Idea.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

La Revista **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL** mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de trabajos de diversos tipos, con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista.

El material remitido deberá ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas para cada tipo textual.

Pautas generales para la presentación de artículos

Los artículos podrán ser enviados por cualquier miembro de la comunidad académica, en cualquier tiempo. Su publicación será considerada para el número inmediato posterior de la Revista o bien para la edición subsiguiente, de acuerdo a la fecha de cierre de cada convocatoria semestral y a los plazos editoriales de cada edición.

Pautas sustanciales

La premisa fundamental de **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL** consiste en promover el debate académico acerca de materias actuales de interés general, enmarcadas en dichas ramas del Derecho. Las pautas sustanciales para la presentación de artículos son las siguientes:

a. **Carácter inédito del texto.** No debe estar publicado, al momento de su envío y mientras dure el procedimiento de evaluación, total o parcialmente, en soporte físico ni digital alguno, incluyendo, sin limitación: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas y/o digitales, suplementos web, *blogs* y sitios de Internet en general.

b. **Actualidad, originalidad, relevancia y pertinencia temática.** Se pretende el análisis original de temáticas relevantes y actuales, y si bien se alienta el enfoque interdisciplinario, el trabajo debe estar enmarcado dentro del Derecho Civil o del Derecho Comercial.

c. **Sistematicidad y rigor académico.** Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo.

A su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

Pautas formales

Los artículos deben remitirse en soporte digital únicamente, por correo electrónico a la casilla editorial@enletracyc.com. Dentro de las 48 horas hábiles se contestará con un acuse de recibo. Asimismo, deben estar redactados en español o en inglés, en Microsoft Word 2003 o posterior, fuente “Times New Roman”, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,15.

Recibido el original, se procederá a evaluar su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo al procedimiento establecido en la sección Procedimiento de Evaluación. En todo caso, se podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

La extensión aproximada del trabajo, incluyendo citas en el cuerpo del texto, notas al pie de página y bibliografía, debe ser de 5.000 a 10.000 palabras.

Cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto que el/los autor/es deseara/n incluir en su trabajo, será publicado en una nota al pie del título del artículo.

A continuación del título, el/los autor/es deberá/n consignar su nombre completo y, en nota al pie de éste, los siguientes datos: título/s de grado y posgrado obtenidos; cargos en docencia e/o investigación, si los tuviere; y universidad a la que pertenece. Podrá adicionarse a la información anterior, una breve reseña de hasta 200 palabras con otros antecedentes curriculares.

A continuación del título del artículo, debe incluirse un breve resumen del trabajo (100 a 200 palabras aproximadamente) como así las voces o palabras clave (entre 3 y 10 aproximadamente).

Las notas al pie de página, que deben redactarse en fuente “Times New Roman”, en tamaño 10 puntos e interlineado simple, se incluirán en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Se solicita su utilización exclusivamente para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios.

Para las referencias bibliográficas, EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL utiliza un sistema de estilo anglosajón. Así, corresponde omitir la referencia en nota al pie y consignar únicamente el apellido del autor (en versales) y el año de la publicación entre paréntesis en el cuerpo mismo del texto.

Ejemplos:

... [idea referida] (RIVERA, 1995).
Según RIVERA (1995), [idea referida]

Si la cita fuera una reproducción textual, deberá indicarse entre comillas y señalar además el/los número/s de página correspondiente/s.

Ejemplos:

... [texto citado entre comillas] (RIVERA, 1995: 55-6).
Según RIVERA (1995: 55-6), [texto citado entre comillas]
Según RIVERA (1995), [texto citado entre comillas] (pp. 55-6)

En ambos casos, de citarse más de una obra del mismo autor y del mismo año, se consignará sucesivamente una letra del alfabeto detrás del año: p. ej. RIVERA (1995a), RIVERA (1995b), RIVERA (1995c), etc.; o (RIVERA, 1995a: 55-6), (RIVERA, 1995b: 225-9), (RIVERA, 1995c: 3), etc.

Sin perjuicio de su mención en el cuerpo del texto, en las partes que corresponda, las referencias bibliográficas deben consignarse completas al final del artículo, de la siguiente manera:

a. Libros. Apellido (en versales), inicial del primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial.

De existir director/es, coordinador/es, compilador/es o editor/es que figuren en primer lugar en la obra, debe aclarárselo con la abreviatura correspondiente.

Si hubiese cuatro o más coautores, codirectores, etcétera, en pie de igualdad, puede consignarse el apellido y la inicial del/de los nombre/s del que aparezca primero, seguido de la fórmula “y otros” o “*et al.*”. Se ruega no consignar “AA.VV.”, “VV.AA.” o similares, excepto que la obra sea plenamente colectiva, sin que figure en primer lugar un coautor, director, coordinador, etcétera.

Ejemplo: AREÁN, B. (2003) *Derechos Reales*. Buenos Aires, Hammurabi.

Ejemplo: CALVO COSTA, C. (dir.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*. Buenos Aires, La Ley.

b. Capítulos de libros. Apellido del autor del capítulo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido del primer autor, director, coordinador, editor o compilador del libro (en versales), inicial de su primer nombre, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el capítulo completo del libro en la obra.

Ejemplo: CIRUZZI, M. et al. (2014) “Estudio descriptivo de la opinión de miembros de la Justicia Nacional en lo Penal y Civil (Familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría”, en AIZENBERG, M. (dir.) *Estudios acerca del Derecho de la Salud*. Buenos Aires, La Ley – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 321-372.

c. Artículos publicados en revistas. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en itálicas), número/año/volumen/tomo de la revista, ciudad de edición, editorial, páginas que abarca el artículo completo en la revista.

Ejemplo: SCOTTI, L. (2014) “La ‘maternidad subrogada’ en la legislación y jurisprudencia argentinas”, *Revista En Letra*, año 1, n° 1, pp. 47-78.

d. Artículos publicados en Internet. Apellido del autor del artículo (en versales), inicial de su primer nombre, título del artículo (entre comillas), “consultado en”, dirección del vínculo entre corchetes, “el”, fecha de consulta.

Ejemplo: DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015) “¿Cuándo un sitio de Internet es un servicio de comunicación audiovisual? Reflexiones de Derecho europeo y español”, consultado en [<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.ar/2015/11/cuando-un-sitio-de-internet-es-un.html>] el 30/12/2015.

De corresponder, la dirección del vínculo entre corchetes y la fecha de consulta pueden reemplazarse por la “cita online” que ofrezca el medio de publicación.

Ejemplo: HERNÁNDEZ, L. (2014) “El asentimiento conyugal en el régimen actual y en la reforma proyectada”, *La Ley*, cita online: AR/DOC/1434/2014.

Pautas generales para la presentación de réplicas y dúplicas

Con el objeto de realizar la premisa fundamental de promover el debate académico acerca de temas actuales y de interés en las ramas del Derecho que promueve la revista, **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL** publicará réplicas de cualquier miembro de la comunidad académica a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista.

La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata subsiguiente. Con la publicación de esta última se agotará el diálogo entre las obras en cuestión.

Las pautas sustanciales y formales para la remisión de réplicas y dúplicas son las mismas que para el envío de artículos, con el único agregado de que el objeto de la réplica debe inscribirse en la temática tratada por el artículo antecedente; y el de la dúplica, en la de aquél y en los aspectos abordados en la réplica.

Pautas generales para la presentación de investigaciones

El objetivo de la sección “Investigaciones” es el de fortalecer la construcción colectiva del conocimiento y establecer un espacio específico para la difusión de propuestas, avances y/o principales resultados de investigaciones académicas individuales o grupales.

En consecuencia, **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL** considerará para su publicación en esta sección de la Revista aquellos trabajos de investigadores (estudiantes o graduados) que se ajusten a las pautas sustanciales y formales para la remisión de artículos, y que además: (i) se basen en resultados de una investigación individual o colectiva (p. ej. informes de avance o final de becarios de investigación y/o de grupos de investigación); (ii) dicha labor de investigación haya sido acreditada (y en su caso, financiada) por una entidad académica o científica relevante (universidades públicas o privadas, centros de estudios u ONGs ampliamente reconocidos, el CONICET, etc.).

Acerca de la presentación de Columnas ELCyC y textos para otras secciones

Algunas de las ediciones de **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL** podrán comenzar con “Columnas **EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL**”: se trata de trabajos de opinión calificada, más breves que los

artículos y reservados a autores de marcada trayectoria académica y/o al abordaje de temas que el Consejo Editorial tenga especial interés en tratar en cada edición. Del mismo modo, el cuerpo de editores podrá disponer, en una o más ediciones, la publicación de material en secciones diversas a las contempladas precedentemente.

En cualquier caso, la publicación de “Columnas” y la de textos que conformen otras secciones de la Revista procederán exclusivamente por invitación, o previa aprobación liminar, del Consejo Editorial. Quienes estuvieran interesados en participar de un número subsiguiente de [EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL](#) a través de la publicación de una “Columna” o de otro tipo textual podrán contactarse al efecto a direccion@enletracyc.com, con carácter previo a la remisión del material.

Las pautas sustanciales y materiales para el envío de este tipo de trabajos serán indicadas a los autores en cada caso concreto.

Cesión de derechos de autor y asunción de responsabilidad

El envío de material a [EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL](#) con fines a su publicación en la Revista supone: (i) el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es; (ii) la declaración formal de que dicho material es inédito (carácter que debe existir no solo al momento del envío sino también durante el procedimiento de evaluación y posterior publicación), original y de su autoría; (iii) la cesión irrevocable al CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES de los derechos de autor sobre el artículo y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del trabajo académico pudiera causar a [EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL](#), sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de comunicar la aprobación del trabajo y previo a su publicación, se requerirá de cada autor el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Recibido el material en soporte digital, el Consejo Editorial realizará un dictamen preliminar del texto recibido con base en su adecuación a las pautas de publicación de [EN LETRA CIVIL Y COMERCIAL](#). De no ser favorable, requerirá a su autor el ajuste del trabajo en cuestión, con carácter previo a la continuación del procedimiento de evaluación.

Superada esta etapa, el material será sometido a un proceso de referato en el que intervendrán 2 (dos) árbitros externos al Consejo Editorial. Los evaluadores serán miembros del Comité Evaluador Externo, u otros integrantes de la comunidad académica

versados en la materia objeto del texto, a quienes el Consejo Editorial convoque como árbitros *ad hoc*. A su vez, el referato se basa en una modalidad de doble ciego, el cual preserva el anonimato del autor frente a los evaluadores, y viceversa. A tal efecto, con anterioridad a su remisión a los árbitros, el Consejo Editorial removerá del cuerpo del trabajo aquellos datos personales que pudieran permitir a los evaluadores conocer la identidad del autor; y al remitir los dictámenes individuales al autor, se eliminarán de aquéllos los datos personales de los evaluadores.

Cada evaluador emitirá un dictamen sobre los aspectos sustanciales de la obra, recomendando la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su aprobación a la realización de modificaciones por el autor. En cualquier supuesto, los dictámenes individuales emitidos por cada árbitro serán remitidos al autor.

La notificación al autor acerca de la aprobación o rechazo de la publicación de su artículo, o bien la sujeción de aquélla a la realización de determinadas modificaciones, tendrá lugar dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días corridos a partir del acuse de recibo del original. Los autores recibirán una copia de cada dictamen emitido por los evaluadores, y un detalle de las modificaciones y/o correcciones formales y/o sustanciales que se requieran para su publicación, en caso de corresponder.

E

EN LETRA

DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL

