

**BOLETÍN DEL INSTITUTO
DE DERECHO CIVIL**

de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales



UNL • FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Decana

Claudia Levin

Vicedecano

Pedro Sánchez izquierdo

Secretaria General

Mariana Bertona

Secretaria Académica

Claudia Wagner

Secretaria de Investigación

Ayelén García Gastaldo

Secretario de Posgrado

Alejandro Pivetta

Secretaria de Extensión

Luciana Michlig

Secretario de Educación y Tecnologías

Javier Olivera

Consejeros Directivos

Profesores Titulares

Graciela Barranco

Ma. Cristina Walker

Carlos Reyna

Enrique Pita

Ricardo Álvarez

Daniela Soldano

Prof. Adjuntos

Ma. Antonia Gómez

Abel De Manuele

Ma. Victoria Darsaut

Doc. Auxiliares

María Sara Puyol

Nerina Murúa

Graduados

Elena Verano

Esteban Leonel Rodríguez

María Agustina Tajés

Cristian Scheiffler Grieve

No docente

Antonio Figueroa

Estudiantes

Valentina Gatti Gambino

Marcelo D'Amico

Guillermina Insaurralde

Serena Esteve

Matías Miranda

Jesica Netto Faure

ISSN 1667-796X

**BOLETÍN DEL INSTITUTO
DE DERECHO CIVIL**

de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales

**Humanización, Deshumanización
y Nuevas Subjetividades en el Derecho Privado**

Año 2022, N° 9
Santa Fe . Argentina

BOLETÍN del Instituto de Derecho Civil
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Autoridades 2022

Directora
Claudia Wagner

Secretaria
Sabrina Sánchez

Coordinador del Boletín
Gonzalo Bailo

Revisión de los textos
Comité Académico:
Dr. Carlos Reyna, Dr. Edgardo Saux y Dr. Francisco A. M. Ferrer

—

Coordinación editorial
Ma. Alejandra Sedrán

Diagramación
Alina Hill

Ediciones UNL
Facundo Zuviría 3563,
Santa Fe, Argentina
editorial@unl.edu.ar

Sumario

Prólogo

- 9 WAGNER, Claudia

Parte General

- WAGNER, Claudia
13 Humanización vs. deshumanización
del derecho privado
- BERROS, María V.
27 ¿Cuánto vale un río? Relatos sobre
derecho privado, educación jurídica
y arte
- SÁNCHEZ, Sabrina
39 y LONGO, Patricio
Algunos aportes sobre la personalidad
no humana de los animales
- 53 FABIANO, Aidilio G.
Aspectos del derecho
a la identidad digital

Obligaciones y Daños

- BAILO, Gonzalo L.
69 Los regalos y los misterios del vínculo
en el derecho privado argentino

Contratos y Consumo

- 83 ALVAREZ, Alejandra
La situación de las locaciones
y la degradación de los derechos
- 89 GÁLVEZ, Hernán
La tutela al consumidor sobreendeudado
- 103 CARBÓ AMOROSO, María C.
Los adultos mayores como colectivo
de especial protección en el ámbito
del derecho del consumidor

Familia y Sucesiones

- 115 JÁUREGUI, Rodolfo G.
Pluriparentalidad, nuevas familias,
nuevas identidades
- 127 GALLI FIANT, María M.
Niños y adolescentes sujetos a medidas
excepcionales: entre la protección legal
y el desamparo real

Prólogo

Dra. Claudia Wagner

Dentro de los objetivos que nos propusimos, entre los profesores y profesoras que integramos el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, estuvo el de recuperar la tradición de realizar una publicación periódica Así, en el año 2020 publicamos una revista en conmemoración de los cinco años de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Al año siguiente, 2021, hicimos un boletín referido a la problemática que enfrenta el derecho ante el avance de la tecnología. Y ahora, por tercer año consecutivo, presentamos esta publicación donde abordamos la cuestión de la humanización versus la deshumanización del derecho y las nuevas subjetividades que aparecen en el mismo. Esperamos despertar el interés en el tema que, sin duda, amerita continuar profundizando su estudio.

El presente boletín es más que nada el fruto de un trabajo conjunto de los profesores y profesoras que integran el Instituto. Haber logrado una tercera publicación consecutiva nos llena de alegría y, sobre todo, de esperanza acerca de todo lo que se puede llegar a hacer trabajando juntos.

Mi más sincero agradecimiento para todos quienes escribieron un artículo en esta tercera publicación; para el Comité Académico integrado por los profesores Edgardo Saux, Magin Ferrer y Carlos Alejandro Reyna, quienes avalaron cada uno de los trabajos; y a Gonzalo Bailo, por su esfuerzo y dedicación en la coordinación de la edición del presente número.

Santa Fe, 26 de diciembre 2022

Parte General

Humanización vs. deshumanización del derecho privado

Humanization vs. dehumanization of private law

Claudia WAGNER

Profesora de Fundamentos de Derecho Privado y de Contratos (FCJS-UNL).

Email: wagnerclaudia923@gmail.com

Resumen

La humanización del derecho privado ha sido el producto de una evolución constante, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Sin embargo, el proceso enfrenta permanentemente nuevos riesgos y, en este último tiempo, estos provienen del campo de la tecnología. Los embates los vemos tanto en el campo del derecho extrapatrimonial como en el de los derechos patrimoniales. Embate que se señala sin desconocer las innumerables herramientas que la tecnología brinda a la humanidad, solucionando los más diversos problemas, acrecentando la producción, generando riqueza y expandiendo el conocimiento. El reto es entonces cómo hacer para que este fenómeno sea beneficioso para la humanidad, que se use para el bien de la persona y no en su contra, lo que es una tarea del derecho que debe encararse sin obstaculizar el desarrollo, teniendo en cuenta la velocidad de los avances, y que toda normativa tiene en principio límites territoriales, mientras que el problema a regular es global. Los desafíos que se afrontan no pueden ser objeto de soluciones definitivas porque los cambios, que van a seguir dándose, rápidamente las tornarán obsoletas. Pero al menos debería intentarse

definir límites o barreras, ver qué cosas pueden dejarse en manos de la inteligencia artificial y sus agentes, porque lo que hacen lo hacen mejor, más rápido y más barato, y qué decisiones, por su trascendencia, deben quedar en manos de los Estados, qué espacios no pueden resignarse, porque hacerlo supondría poner en riesgo la tutela de las personas y sus derechos fundamentales.

Palabras clave

Humanización, deshumanización, derecho privado, persona humana, tecnología.

Abstract

The humanization of private law has been the result of a constant evolution since the universal declaration of human rights in 1948. However, this process constantly confronts new risks and, in the last years, these risks come from the field of the technology. We can find these threatens both in the field of non-patrimonial rights and in that of patrimonial ones. Threaten that is noted without ignoring the innumerable tools that technology brings to the human being, solving the most diverse problems, increasing production, generating wealth and expanding knowledge. The challenge

then is how to make this became a helpful phenomenon for the humanity, used in their favor and not against him, which is a task for Law that should be addressed without hinder the development, taking into account the speed of the progress, and that all the regulations have, at first, territorial limits while the problem to be regulated it is global. Issues undertaken cannot be objects of definitive solutions. Constantly changes will rapidly turn obsolete those solutions. However, at least we should try to define limits or barriers, to see what things could

be left in the hands of artificial intelligence and its agents, because what they do, they do it better, faster and cheaper, and on the other hand, what sort of decisions, due to their importance, should be left for the States. Which areas cannot be resigned, because to do so would mean leaving the protection of the human being and their fundamental rights at a risk.

Keywords

Humanization, dehumanization, private law, human being, technology.

Introducción

Si consideramos al derecho como un conjunto de normas reguladoras de la coexistencia humana,⁽¹⁾ y vemos su evolución a través de los siglos, podemos advertir que sus transformaciones no son más que el resultado de una suerte de intento de adaptación a la realidad social que se propone ordenar. Y en este devenir histórico se van dando distintas etapas en cuanto a la humanización del derecho privado, partiendo de momentos donde la persona no ocupaba un lugar central, a un claro proceso de humanización a partir de los tratados internacionales de derechos humanos. Entender en qué fase estamos hoy es una cuestión trascendente, al menos si pretendemos que el proceso continúe y no suframos retrocesos o, lo que sería aun más grave, caigamos en lo que algunos autores avizoran como una deshumanización del derecho.

Algunos trazos del trayecto histórico

Sin desconocer la existencia de normas previas, es común entre los autores localizar el origen de este proceso en Roma. Esto por el grado de desarrollo alcanzado por la construcción jurídica realizada durante el Imperio Romano, así como porque la misma trascendió al punto de que, luego de la caída del Imperio a manos de los Bárbaros, no se produjo la desaparición de las normas de derecho privado sino que, por el contrario, las mismas se expandieron a toda Europa Occidental, a lo que hoy conocemos como Alemania, España, Italia y Francia.

En este derecho romano que reconocemos como origen del derecho occidental, la persona humana no ocupaba el centro de la regulación. La preocupación pasaba más por la propiedad y el patrimonio y, si se reconocían derechos era al ciudadano romano, hombre, jefe de familia y propietario. Tampoco se le reconocía a la voluntad individual fuerza vinculadora para crear obligaciones. Por el contrario, se recurría a prácticas o ritos

⁽¹⁾ ARAUX CASTEX, Manuel. *Derecho Civil Parte General*. T. I, Ed. Artes Gráficas, Bs.As., 1974.

mediante los cuales se revelara esta voluntad, sin relación alguna con elementos psicológicos o intencionales.

La regla según la cual basta el consentimiento para que exista obligación contractual, tal como la conocemos hoy, es producto de un largo proceso histórico. Debemos a la obra de Domat y Pothier la elaboración doctrinaria del principio de la autonomía privada y al Código Civil francés de 1804 la difusión e influencia que estas obras tuvieron durante todo el siglo XIX. En Alemania, fueron autores como Savigny, Windscheid, Ihering, y más tarde Enneccerus, quienes trabajaron esta idea de que la autonomía de la voluntad pudiese ser creadora de relaciones jurídicas, expandiéndose luego a Italia y a España.

El principio que reconoce la libertad de la persona para autoconfigurar sus relaciones se plasmó en los códigos nacionales que comenzaron a dictarse, apareciendo el proceso de codificación que comenzó con el Código Prusiano en 1794 y el Código Napoleón en 1804, bajo el signo del individualismo, reconociendo como la principal tarea del derecho privado la tutela de la propiedad.

Este proceso histórico se vio reflejado en nuestro derecho, siendo el Código de Vélez Sarsfield concebido bajo el influjo de estas ideas, acorde también con el espíritu de la Constitución Nacional de 1853, que respondía a un sistema de economía capitalista y de protección de la propiedad privada.

La concepción tradicional, decimonónica, partía de la igualdad de las personas y de su estado de libertad, así se pensaba que cada uno podía defender mejor que nadie sus propios intereses, lo que fue así hasta comienzos del siglo XX, más precisamente hasta la primera guerra mundial de 1914. En este momento histórico la concepción consolidada durante la época de las grandes codificaciones del siglo XIX comenzó a ser objeto de cuestionamientos.

Las consecuencias de las crisis económicas producidas por las guerras, trajeron un cambio en las ideas económicas predominantes, pasando de la concepción liberal del Estado mínimo, relegada a una mera función de policía en el campo económico, a la de un Estado que comienza a intervenir, a planificar, en definitiva a regular. Se advierte que en la realidad del tráfico, no siempre los individuos actuaban en un plano de igualdad de condiciones y, que la tan mentada libertad, tampoco era absoluta.

Para corregir las injusticias producto de las graves alteraciones económicas producidas en el período, desde el campo del derecho privado se empieza a dar mayor importancia a figuras como la lesión, la excesiva onerosidad, la causa, la frustración del fin, el abuso de derecho, la buena fe. Se comienza a admitir la intervención del legislador y la revisión judicial. El estado impone límites a la decisión acerca de si se contrata o no, y cómo se contrata si se decide hacerlo, se multiplican las normas imperativas y los controles.

Ante los horrores vividos durante las guerras mundiales, y en procura de evitar que estos se repitieran en el futuro, se crea la ONU y nacen los primeros tratados de derechos humanos. Aquí es donde comienza a evidenciarse un cambio de paradigma en el derecho privado, el centro no está ya en la protección de la propiedad, el contrato y el patrimonio, sino en la necesidad de proteger la dignidad humana.⁽²⁾

⁽²⁾ «...la dignidad de la persona humana aparece en todo un colectivo de documentos internacionales subsiguientes a la finalización de la denominada Segunda Guerra Mundial de 1.941/1.945 –paradójicamente, finalización que llega a través de uno de los mayores genocidios de la historia contemporánea, junto con el a partir de, cual fueran las

Reflejo del proceso en el derecho privado argentino

En el derecho privado argentino, este cambio de giro cristalizó con la sanción de la ley 17.711 en el año 1.968. La misma implicó no solo un agiornamiento del viejo código, sino que cambió su filosofía liberal e individualista por un contenido más social. Esto se logró a través de la introducción de instituciones como el abuso del derecho, la lesión o la imprevisión. En este camino se fueron dictando muchas otras leyes, como por ejemplo la ley 24.240, de protección de los derechos de los consumidores.

Otro hito en el proceso de transformación de nuestro derecho privado está marcado por la Reforma Constitucional del año 1994. La misma produjo lo que ha dado en llamarse la constitucionalización del derecho privado, a raíz de reconocerles a los tratados internacionales de derechos humanos rango constitucional, merced a su incorporación por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Y el proceso alcanza su máxima expresión con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2014. El mismo consagró una verdadera transformación de nuestro derecho privado. Se modifican muchísimas instituciones pero lo más paradigmático es la regulación que se hace de la persona humana. En primer lugar se busca tutelar sus derechos subjetivos extrapatrimoniales, presupuestos del reconocimiento de su dignidad e inviolabilidad. La persona humana aparece como un fin en sí misma. Clara demostración de ello resulta el art. 51 del CCCN que, bajo el título “Inviolabilidad de la persona humana”, dispone que «La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad». O sea que la protección de la persona no depende ya de lo que tiene, de la importancia de los bienes económicos que componen su patrimonio sino de lo que es. La persona es un valor en sí misma, libre y autónoma. Y toda la regulación que se hace de sus derechos personalísimos a partir del art. 51 del CCCN va en este sentido. Lo mismo con las normas sobre capacidad, el respeto de la voluntad de los menores y las personas que padecen enfermedades mentales o adicciones graves. En definitiva, se modifica la regulación del Código Civil, donde se era persona por tener aptitud para adquirir derechos, por el contrario en este nuevo Código por ser persona se tiene capacidad. Esto es una modificación sustancial en la forma de entender la personalidad.

Los autores del Anteproyecto del CCCN, al redactar sus fundamentos, dijeron que se trataba de un código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio, un código de los derechos individuales y colectivos, un código para una sociedad multicultural, que reconoce una categoría de bienes que no tienen un valor económico pero sí

bombas atómicas lanzadas sobre las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki-. Ese resguardo a la dignidad del hombre, al cual va inescindiblemente adunado su reconocimiento como sujeto de derecho o persona, aparece ya en la Conferencia de San Francisco de 1.945, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966; en la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica, y en toda una pléyade subsiguiente de convenciones relacionadas, singularmente, a los derechos humanos». Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 7^o Edición, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1.975, pag. 237. Recuerdan que el Papa Juan XXIII, en su Encíclica “Pacem in terris”, decía textualmente: «En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre». Huelga decir que el Código Civil y Comercial argentino de 2.015, haciéndose eco de tales designios, lo consagra de modo expreso en el artículo 51, que en el encabezamiento de la regulación civilística de los derechos y actos personalísimos, proclama la dignidad y la inviolabilidad de la persona humana. SAUX Edgardo. *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 15.

terapéutico, científico o humanitario, como sucede con el cuerpo humano, sus órganos, el material genético, y que como tal pueden ser objeto de los contratos, siempre que se respeten estos fines.

También el nuevo Código innovó en los aspectos patrimoniales. Tal vez lo más trascendente a destacar en este sentido, sea la ruptura de la categoría general del contrato. Se distinguen los contratos paritarios, con sus normas generales tendientes a la protección de la autonomía privada, de los contratos de consumo, donde el acento se pone en la protección del consumidor. También se incorporaron reglas especiales para los contratos celebrados por adhesión, en favor del adherente. Y en el campo de la responsabilidad, el acento se pone en la protección de la víctima, más que en la sanción al causante del daño.

Embates que enfrenta este proceso de humanización del derecho, en relación a algunos aspectos del derecho privado extrapatrimonial

Recorrido a grandes trazos el proceso histórico que se señala como de “humanización del derecho”, cabe ahora preguntarse hacia dónde van las transformaciones en este tiempo que nos toca vivir. Coincidencia hay en la aceleración del proceso, producida como consecuencia de la rapidez y profundidad de los incesantes cambios. No la hay cuando nos preguntamos si continúa el proceso de humanización o estamos ya viviendo lo que algunos autores llaman la “deshumanización del derecho”. La dificultad en dar respuesta al interrogante estriba en que, a más de ser protagonistas de nuestro tiempo, lo que nos quita distancia para el análisis, tampoco los cambios son lineales y la respuesta por tanto tampoco puede ser unívoca. Pero, no obstante no poder sostener posiciones absolutas y definitivas, pareciera que sí podemos advertir que este proceso de “humanización del derecho” enfrenta riesgos, aunque esto sin llegar a afirmar, al menos no todavía, que asistimos a una suerte de “deshumanización” del mismo. Podemos también intentar señalar algunas de las cuestiones que van apareciendo y frente a las cuales el derecho no podrá dejar de posicionarse, al menos si se pretende mantener la centralidad de la persona humana.

Uno de los aspectos a señalar en tal sentido, viene desde los cuestionamientos que se hacen, desde unos años atrás, a la visión antropocéntrica. Así vemos cómo distintas corrientes de opinión ponen en duda la centralidad de la persona humana, al considerar que no es esta el único sujeto de derechos, junto a la persona jurídica, como grupo de personas, sino que también pueden serlo los animales, o al menos algunos de ellos, los llamados “sintientes”, a los que se denomina “personas no humanas”, y la “madre tierra” o la naturaleza.⁽³⁾ Sin embargo estas concepciones, más allá de que puedan compartirse o de que se sostenga su necesidad o no, no intentan, nos parece, deshumanizar al derecho sino que, por el contrario, tienden más bien a una mayor humanización, en cuanto propugnan el cuidado del planeta, hábitat necesario de la especie humana así como, entre otras cosas, a impedir conductas crueles contra los animales, lo que también constituye una muestra de humanidad.

⁽³⁾ En algún caso, se llega a postular que es necesario jurídicamente abandonar el paradigma antropocéntrico para empezar a transitar “el paradigma sensocéntrico”, vale decir, calificar a la persona no por su rango de humanidad sino por su aptitud para sentir. SAUX, Op. Cit., pág. 30.

En otro sentido, encontramos también autores que dudan de que la persona humana o jurídica sean los únicos sujetos de derecho, propugnando el reconocimiento de personalidad a los agentes inteligentes, o robots, por su capacidad de aprender y tomar decisiones basadas en la experiencia y la interrelación.⁽⁴⁾ Así se propone la creación de una nueva categoría jurídica con personalidad electrónica, reconocimiento que se haría con la intención de asignarle responsabilidad jurídica en caso de que cause daños, limitando la responsabilidad de los desarrolladores tecnológicos.

Lo cierto es que, sin necesidad de que les reconozcamos el status de sujetos jurídicos a los animales o a los agentes inteligentes, parecería que la categoría de cosas resulta insuficiente para ambos, en el primer caso por su capacidad de sentir y en el último por su aptitud para interactuar con las personas humanas y tomar decisiones.

Otras cuestiones aparecen de la mano de los avances científicos y tecnológicos inusitados y exponenciales, que exigen redefiniciones en muchos aspectos. El nuevo Código ha procurado contener en sus regulaciones a estos fenómenos, lo vemos por ejemplo cuando se prevén las condiciones de las investigaciones en seres humanos o se prohíbe la alteración genética del embrión, también al regular las consecuencias de la utilización de la tecnología, como se hace con la forma del acto jurídico, la firma digital, los contratos electrónicos, entre otras muchas cuestiones. Pero es de tal magnitud el avance, y las transformaciones son tan vertiginosas, que la centralidad de la persona humana resulta nuevamente amenazada.⁽⁵⁾

No hay dudas de que la ciencia y la tecnología se proponen mejorar la vida humana, preservar la salud, prolongar su duración, hacerla más fácil y más cómoda, reemplazar a la persona en las tareas más rutinarias o peligrosas, entre otras tantas ventajas que proponen. Sin embargo son varias las cuestiones que hacen que se dude de que esto sea siempre así, de que muchas veces no sea más bien el lucro el objetivo, la experimentación por la experimentación misma o con fines diversos que no guardan relación alguna con el propósito de beneficiar a la humanidad.⁽⁶⁾

⁽⁴⁾ Recientemente un ingeniero de Google, Blake Lemoine, consideró "sintiente" a una creación artificial, un sofisticado chatbot con una cantidad inédita de documentación textos, imágenes, conversaciones y trillones de palabras. MARTELLI, Ernesto. Sup. Ideas, La Nación 18-06-2022.

⁽⁵⁾ «Lo cierto es que el hombre posmoderno y posthumano ya no es el sujeto autónomo de la Modernidad, dueño de una voluntad y convencido de que la razón lo distinguía porque era una cualidad exclusiva de nuestra especie. El hombre posmoderno y posthumano sabe, gracias a la cibernética y la revolución tecnológica, que la razón no le es exclusiva, pues esa razón puede ser copiada y reproducida fuera de su cuerpo por cualquier máquina inteligente. La imagen del cerebro como una computadora que es herencia de la cibernética muestra con claridad la desaparición del hombre, que estaba en el centro del humanismo moderno. Esta es una característica del sujeto postmoderno: la transferencia de la razón fuera del cuerpo humano e incluso su superación, pues algunas máquinas pueden superar la racionalidad humana en el procesamiento de datos». TRAVIESO, Juan Antonio. Las personas jurídicas en el nuevo derecho y tecnología. Bienvenidos los robots. *Legal Tech II. El derecho ante la tecnología*. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019, pág. 84.

⁽⁶⁾ «Una nueva era, un nuevo siglo que se caracteriza por la velocidad y el ciberespacio. El siglo del avance de las periféricas frente a las metrópolis, el de la revolución digital. Se trata del siglo XXI, que dejaba atrás el humanismo tradicional para dar paso a otras concepciones de lo humano y a otras subjetividades... En efecto, los humanismos del siglo XX que tenían como base epistemológica el hombre como medida de todas las cosas ya no se adecuaban a las nuevas sociedades de la información, de la velocidad, de la ciencia y de la tecnología». TRAVIESO, Op. Cit., pág. 83.

Y esto lo podemos ver en los más diversos campos, piénsese en todo lo que ha avanzado la medicina en materia de fecundación. Personas estériles que pueden tener hijos y formar una familia, merced a las técnicas de reproducción asistida. Pero estas técnicas dan lugar a la generación de “embriones supernumerarios”, que jamás van a ser implantados y carecen de protección, a pesar de tratarse de vida humana.

También la llamada “maternidad subrogada o por sustitución” es producto del avance de la medicina. Merced a ella mujeres que no pueden llevar adelante un embarazo pueden convertirse en madres y parejas de hombres pueden tener un hijo y formar una familia. Se trata de una técnica que ha sido recepcionada ampliamente en algunas legislaciones, sin importar el carácter comercial del contrato (Israel, Rusia, Ucrania, India y algunos estados de los EE.UU., entre otros), en otras legislaciones se la ha admitido solo en el caso de que su fin sea altruista (Canadá, Reino Unido, Uruguay, Brasil, etc.), otras las han prohibido (Alemania, España, Francia, Italia, Chile, entre otros países) y finalmente, algunas se han abstenido de regularla, como es el caso de Argentina. En realidad, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial regulaba la gestación por sustitución solidaria previa autorización judicial, pero la misma fue eliminada del Código finalmente aprobado. Sin embargo la falta de regulación no impide que se recurra a la misma, por lo que a la fecha contamos ya con muchísimos fallos que han debido dictarse para dar solución a los problemas suscitados por su utilización, reconociendo la filiación a favor de los comitentes (quienes han contratado esta gestación por sustitución) merced a su voluntad procreacional. Los primeros fallos se dictaron ante la necesidad de reconocer la filiación de personas nacidas como consecuencia del uso de la técnica en otros Estados, luego ya sí como consecuencia de contratos de maternidad subrogada celebrados en nuestro país. Ahora bien, el objeto de estos contratos que, si bien no están regulados tampoco están prohibidos y que son reconocidos por la jurisprudencia que, obviamente no puede hacer otra cosa ante la realidad de los embarazos y nacimientos producidos, no es otro que el cuerpo de una mujer, que va a ser utilizado para gestar muchas veces a cambio de un pago, y el niño concebido. Esto se agrava si se considera que usualmente son las mujeres más pobres y necesitadas las que aceptan la gestación por encargo, y las personas más ricas las que las contratan. El CCCN admite que el cuerpo humano sea objeto de un contrato, pero siempre que se haga respetando un fin afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Y no solo aparecen nuevas cuestiones relacionadas con los derechos personalísimos de la persona en su aspecto físico, sino también en su aspecto espiritual. Estos cuentan con protección internacional a través de los tratados de derechos humanos y constitucional y legal merced al tratamiento integral que de ellos hace el nuevo Código, todo lo que representa una evolución del derecho en el sentido de su humanización, lo que no impide que permanentemente sean objeto de nuevos embates que el derecho todavía no acierta a resolver.

En este sentido, no podemos desconocer que la aparición de internet sea un hito en el desarrollo de la humanidad. Que la misma permite, a través de los buscadores, el acceso ilimitado a la información, así como que las distintas redes sociales hayan ampliado las posibilidades de comunicación en una forma superlativa. Pero también es cierto que su utilización constante y creciente ha provocado un cambio profundo en la sociedad. El individuo no puede permanecer ajeno, no es una elección la no participación, salvo que uno elija vivir excluido del mundo actual. Y al participar, mal que a uno pueda pesarle,

se va creando una nueva identidad, que podrá coincidir en mayor o menor medida con la identidad real de la persona pero que es algo diferente, se trata de una “identidad digital”. Y la participación jaquea la intimidad, ese espacio de privacidad que ahora se confunde, porque ya no es nítida la separación entre la esfera pública y la privada de la vida de las personas.

Los dispositivos móviles conectados a internet nos permiten vivir conectados, lo que hace que, a veces sin querer o sin darnos del todo cuenta, exponamos inconscientemente nuestros datos personales y nuestra propia privacidad. Podrá decirnos que hoy ya no podemos ignorar las consecuencias, que aceptamos voluntariamente compartir nuestros datos y esto es también cierto, pero aun admitiendo que hubiera algún grado de consentimiento, no es tan seguro que haya libertad plena. ¿Cómo podríamos hoy vivir, trabajar, mantener contactos sociales sin un dispositivo móvil? A tal punto dependemos de ellos que hay un autor que los ha denominado nuestro tercer cerebro.⁽⁷⁾

También exponemos nuestra imagen, ya que las mismas se encuentran en esta red, indexadas y disponibles, pudiendo ser utilizadas con cualquier objetivo.

La efectividad entonces de la protección prevista para los derechos personalísimos aparece cuestionada. Tomemos por ejemplo lo que ocurre con el derecho a la identidad, protegido por nuestra legislación⁽⁸⁾ en su aspecto estático y dinámico, protección que sin

⁽⁷⁾ Pierre-Marc de Biasi denomina primer cerebro al intelectual, localizado en el cráneo, haciendo referencia a que el segundo cerebro, el emocional, se ubicaría en el vientre. El tercer cerebro, exterior a nuestro cuerpo, sería el *smartphone*: especie de encéfalo auxiliar que viene haciéndose cargo de unas cuantas funciones de los otros dos.

⁽⁸⁾ En el ámbito legislativo, la Constitución Nacional reconoce y ampara la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y establece que el Congreso deberá dictar leyes que protejan esa identidad y pluralidad cultural (art. 75, incs. 17 y 19). Por lo demás, como otros derechos personalísimos, una interpretación histórica y finalista permite concluir que el derecho a la identidad personal se encuentra comprendido en los derechos implícitos a que se refiere el art. 33. El art. 43, a su vez, que regula el instituto del “habeas data”, importa aceptar la existencia implícita de este derecho, pues, como otros personalísimos, puede ser afectado por agresiones —“falsedades o discriminaciones”, dice el texto constitucional— de las bases de datos. La Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a preservar su identidad (art. 7º). La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece (art. 11): «Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia». La ley 26.743 consagra en el derecho positivo el llamado *derecho a la identidad de género*; dicha norma ha sido reglamentada mediante el decreto 1007/2012 y permite a toda persona mayor de edad (y a los menores por medio de sus representantes legales y con conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño) solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida. En lo relativo a la búsqueda de la identidad del donante en las técnicas de reproducción humana asistida, el art. 564 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: «A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local». En materia de adopción, el art. 595 Cód. Civ. y Com. sienta como principio general el respeto por el derecho a la identidad y el art. 596 establece: «El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos». CROVI, Luis Daniel. El derecho a la identidad y las nuevas tecnologías. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 10/03/2022, 1. Cita Online TR LA LEY AR/DOC/945/2022.

embargo aparece ahora insuficiente ante lo que llamamos en los párrafos anteriores la “identidad digital”,⁽⁹⁾ entendida como aquella identidad que vamos creando a veces sin darnos cuenta cuando utilizamos las redes sociales o simplemente navegamos por internet. Como dijimos, esta identidad digital⁽¹⁰⁾ se crea sin que seamos totalmente conscientes de ello y además se construye con la participación de otras personas que tal vez desconocemos, a través de sus opiniones o sus “like”. Si no tenemos control sobre esta identidad, si no llegamos a conocerla cabalmente, cómo vamos a protegerla.⁽¹¹⁾

Por lo demás, merced a la utilización de la inteligencia artificial, todos estos datos de identidad que se van indexando, permiten la construcción de perfiles que se adjudican a una persona en virtud de sus comportamientos en las redes sociales. Los perfiles son utilizados luego para predecir comportamientos futuros.⁽¹²⁾ Son muchos los riesgos a los que se enfrenta la persona frente a esta actividad de “perfilado” pero, tal vez el más grande, es que podría ser víctima de una decisión automatizada que le cause un daño. O sea, de una decisión tomada en base a algoritmos, sin que intervenga ninguna persona humana. Por lo demás estos “perfilados” no son neutrales, sino que reflejan los sesgos de los programadores, y los algoritmos que se utilizan carecen de transparencia, son “cajas negras”, no se explica cómo funcionan.

Es cierto que la información está protegida por ley. Que nadie puede acceder, usar, procesar, ceder o almacenar datos sin el consentimiento de su titular, así como también es cierto que existen acciones para protegerlos. Pero nos preguntamos, qué tan conscientes somos cuando se nos pregunta si autorizamos a utilizar nuestros datos de lo que realmente se va a hacer con ellos. Cuánta reflexión hay en nuestro “click” al aceptar, en cuanto a

⁽⁹⁾ «...la identidad digital tiene un concepto sumamente dinámico, en tanto engloba toda la actividad que una persona de existencia real o ideal produce en el ciberespacio» CHUMBITA, Sebastián C. El metaverso. ¿Un nuevo entorno para la justicia en clave virtual? Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 16/05/2022, 1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1554/2022. Pág. 6.

⁽¹⁰⁾ La locución “identidad digital” es, frecuentemente, utilizada para referirse a la identidad en la red (identidad informática) o para indicar el conjunto de informaciones y de datos que un sistema informático atribuye a un usuario, protegido por un sistema de autenticación mediante una palabra clave (*password*) o un soporte magnético. Más recientemente, a la identidad digital se la utiliza para frecuentar comunidades virtuales a las que se accede a través de contratos de servicio con los gestores de la denominada *Social Utility*; estas plataformas virtuales, permiten a los usuarios la creación e intercambio de datos y de contenidos generados por ellos mismos, *online*, a través de las redes sociales. Se trata por lo tanto de predisponer y posicionar en red un perfil personal que cada usuario crea para ser identificado en esa *community* y que se genera a partir de los datos personales suministrados al gestor al momento de iniciar el servicio. Al perfil personal pueden añadirse datos ulteriores, aún de fantasía, mediante los cuales el usuario se identifica ante la comunidad virtual. PASQUINO, Teresa. Identidad digital de la persona, derecho a la imagen y reputación. Ed. La Ley, Bs. As. Publicado en SJA 04/03/2022, 1. JA 2022-1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/3405/2021.

⁽¹¹⁾ «Por ello, aunque se trate de un fenómeno del cual, prácticamente, no podamos auto excluirnos, ello no significa que no nos preocupen las prácticas que se vienen observando y naturalizando, y que atentan de modo cierto contra ciertos derechos fundamentales y nos imponga interrogarnos sobre la existencia de efectivas posibilidades de evitarlo o menguarlo y, en su caso, de qué modo». FABIANO, Aidilio. Evolución de los derechos personalísimos a la esfera espiritual en el Código Civil y Comercial, y perspectiva de los mismos frente al avance tecnológico. *Revista de la FCJS No. 11 Nueva Época*, Año 2020, Ed. UNL-FCJS, Santa Fe 2020, pág. 73.

⁽¹²⁾ «...cuando las empresas proponen al usuario productos que “también te pueden interesar” basándose en información recopilada de los productos que anteriormente ha comprado, se evidencia que han buscado previamente patrones de “características de un tipo de personalidad” basado en macrodatos, asociados a la elaboración de un perfil determinado». SIRVÉN, Agustina. Procesamientos automatizados: reflexiones sobre la aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales vigente. Ed. La Ley, Bs.As. Cita Online TR LALEY AR/DOC/780/2022.

la finalidad con que se van a registrar, la confidencialidad que se va a dar los mismos, la seguridad con que se tratarán.⁽¹³⁾

Y este fenómeno podría agudizarse si se generalizara la utilización del “metaverso”, entendido como el espacio virtual en 3D donde se pueden vivir experiencias que combinan Realidad Aumentada (RA) y Realidad Virtual (RV). El usuario participa en este contexto virtual que simula ser el mundo real a través de su propio avatar,⁽¹⁴⁾ utilizando dispositivos como guantes con sensores, cascos RV y gafas inteligentes, entre otros dispositivos. Este avatar constituye nuestra representación física pero también nuestra identidad digital. Cómo vamos a proteger esa identidad, cómo vamos a proteger nuestros datos en este mundo virtual, es un desafío del que ni siquiera conocemos todavía la magnitud.

Pareciera entonces que nos falta una protección específica frente al fenómeno tecnológico que contemple las particularidades del mismo. Y esta protección debe contemplar la realidad de que, merced a la red global creada por internet, el alcance territorial de las normas de protección resulta insuficiente.⁽¹⁵⁾

Sin olvidar tampoco que la constante evolución y la velocidad de los cambios exigirán una permanente actualización.⁽¹⁶⁾

Otros cuestionamientos al proceso de humanización surgen en relación a algunos aspectos del derecho privado patrimonial

¿Y qué sucede en el campo patrimonial? Decíamos que en el nuevo Código se incluía una parte general referida a los contratos de consumo, como un núcleo duro de protección

⁽¹³⁾ «Las técnicas de tratamientos de datos que se utilizan en nuestros días son cada vez más complejas, profundas, minuciosas, incisivas, intrusivas e invasivas del individuo y del despliegue de su personalidad, elecciones, pareceres, actividades, características, etc.» FALIERO, Johanna Caterina. Los desafíos jurídicos del big data. Tensiones de derechos entre la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el targeting y el perfilamiento. Legal Tech II. El derecho ante la tecnología. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019, pág. 73.

⁽¹⁴⁾ Es decir, la llegada de los *avatars* no solo promete reemplazar nuestra imagen física incluida en una foto de perfil *web*, sino que se convertirá en la llave o el insumo principal para crear una apariencia que nos represente en un entorno y nos permita, al mismo tiempo, tener la sensación de presencialidad... CHUMBITA, Op. Cit., pág. 5.

⁽¹⁵⁾ «...en los últimos años han surgido distintas voces que, conscientes de las consecuencias del impacto producido por las tecnologías en un mundo cada día más interrelacionado y conectado, destacan la necesidad de repensar ese enfoque territorial de la privacidad. En tal sentido, los complejos procesamientos de datos realizados a escala mundial derivaron en una reformulación del modo de analizar los conflictos relativos a la privacidad. Es así como se plantea que el alcance global de una internet que no conoce de fronteras requiere como respuesta una aplicación de la ley que tampoco se encuentre limitada por los márgenes territoriales. Se ha sostenido que, en cierta forma, la protección efectiva de los datos en internet no se lleva bien con un alcance nacional de la aplicación de la ley». PEZUOTTI, Mariano. Alcance territorial de las leyes de protección de datos personales. Ed. La Ley, Bs.As. publicado en LA LEY 19/11/2020, 1. LA LEY 2020-F, 428. Cita Online TR LA LEY AR/DOC/2634/2020.

⁽¹⁶⁾ Uno de los pioneros en lo que es la Inteligencia Artificial, Alan Turing, ha dicho en alguna ocasión «El futuro puede ser incierto, pero si queremos que sea lo mejor posible, sin duda deberemos trabajar», y allí debemos aunar nuestros esfuerzos: realizar investigaciones exhaustivas en derecho comparado; proponer prototipos de regulaciones en nuestro país; poder ir avanzando de manera conjunta con los avances de la tecnología. Ese debe ser nuestro norte para poder resolver las novedosas cuestiones que atañen a la Inteligencia Artificial. Hacia dónde vamos nadie puede saberlo con seguridad, sin embargo la profundización de nuestros conocimientos resultará en llegar al futuro mejor preparados y no aguardar una aparición abrupta de disrupciones en nuestra vida. YORLANDO, Elián Facundo. ¿Robots Creativos? El derecho de autor en la obras artísticas creada por la IA. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 05/05/2022, 1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1453/2022.

que, junto a la CN y a la ley especial (22.240) bastaría para proteger a este sujeto que muchas veces no sólo no puede discutir las condiciones contractuales con su contraparte, como ocurre en los contratos de adhesión, sino que ni siquiera tiene con quien hacerlo, lo que sucede cuando contrata por una *app*, una página de Internet, una máquina, etc.⁽¹⁷⁾ Ahora bien, ¿resultará suficiente esta legislación para proteger a los consumidores frente a la nuevas técnicas de contratación? Piénsese en lo que está sucediendo con la tecnología "blockchain".⁽¹⁸⁾ Se dice que esta tecnología ocasionará un cambio disruptivo porque desaparecerían los intermediarios y surgiría un nuevo sistema descentralizado, en el que millones de ordenadores personales, conectados entre sí, crearían una nueva economía supuestamente igualitaria, donde las personas realizarían transacciones e intercambios, sin necesitar de árbitros del dinero, como ocurre en la actualidad. Esta contratación "sin árbitros", podría provocar que todas las leyes destinadas a proteger a los "débiles" frente a los "fuertes" perdieran efectividad en la práctica.

Pero hoy los contratos no solo se perfeccionan sin la presencia física de las partes, a través de la utilización de medios electrónicos, sino que gran parte de ellos lo hacen con base en programas informáticos autoejecutables.⁽¹⁹⁾ Esto puede llevar a una mayor deshumanización en la contratación, ya que serán las máquinas programadas las que resolverán y tomarán las decisiones. Esto está ya ocurriendo con los llamados "smart contract", que justamente buscan eliminar la subjetividad del ser humano para alcanzar mayor seguridad a un menor costo.⁽²⁰⁾

Así las grandes empresas buscan celebrar sus contratos al margen del Estado, y lo hacen para ahorrar gastos y alcanzar una mayor seguridad jurídica, porque en definitiva no confían en la justicia.

Tampoco el Estado es ajeno a esta nueva forma de relacionarse. La administración pública también se ha tecnificado y sus procedimientos se han visto alcanzados por la evolución

⁽¹⁷⁾ Para estos supuestos, se habla de la «...deshumanización del contrato, de un acuerdo sin contrato, y de una objetivación del intercambio. Se dice que no hay un consenso basado en la yuxtaposición de voluntades, sino actos unilaterales de autonomía, que se exponen sin mezclarse. Se ha observado que el acuerdo de este tipo se caracteriza por la anulación de la función de la lengua, y se pasa del diálogo al silencio. Una parte expone y la otra elige; hay una solitaria unilateralidad de dos decisiones...». LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos Parte General. Ed Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, pág. 48

⁽¹⁸⁾ Base de datos distribuida que registra bloques de información y los entrelaza para facilitar su recuperación y la verificación de su autenticidad.

⁽¹⁹⁾ Los contratos inteligentes se pueden definir como programas informáticos que facilitan, aseguran, hacen cumplir y ejecutan acuerdos registrados entre dos o más partes (personas físicas o jurídicas). Son algoritmos que operan con la característica principal de no poder ser controlados por ninguna de las partes y de ser autoejecutables, es decir, su ejecución se encuentra automatizada. MIRASSOU CANSECO, Carlos D. y HADAD, Andrés O. Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*. Legal Tech II. El derecho ante la tecnología. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019, pág. 49

⁽²⁰⁾ Estos contratos automatizados no modifican la necesidad de la estipulación contractual en sí, sino que se refieren esencialmente a su etapa de ejecución y determinan: a) un intento de eliminar en el mayor grado posible la intervención del Estado como garante del *enforcement*; b) una limitación de la intervención humana en la ejecución prestacional; c) la persistencia de la necesidad del diseño convencional; y d) un evidente acto de traducción de las condiciones contractuales a lenguaje programable. Se determinan, se programan y luego se ejecutan. Una vez puestos en marcha, la intervención humana se pretende mínima: no más que la capacidad de intervenir en la trayectoria de la bala ya disparada. REYNA, Carlos Alberto. El diseño convencional y los *Smart contracts*. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en EBOOK-TR (ERRICO), 152. Cita Online TR LALEY AR/DOC/2490/2021.

tecnológica. Se dice que se busca una relación más inmediata con los ciudadanos, más rápida y más segura, posibilitando la participación en un marco de transparencia. Sin embargo esto también lleva a una deshumanización de los procedimientos. Se reemplaza al funcionario por la máquina, pero el problema es que no toda la ciudadanía tiene acceso a la tecnología.

Y también el mundo del trabajo se ve impactado. La robótica y la informática día a día van sustituyendo a las personas en las tareas más rutinarias, logrando mejores y más rápidos resultados, a un menor costo. Esto ya está provocando que desaparezcan puestos de trabajo a la par que nacen nuevos, claro está. Pero lo que cambia es el perfil del trabajador. El que se requiere hoy es el trabajador calificado, munido de herramientas digitales, el que se desecha es el analfabeto digital, el que carece de las habilidades para desempeñarse en este nuevo mundo.⁽²¹⁾

Conclusiones

Sin dudas la tecnología ha traído herramientas sumamente útiles para la humanidad y así continuará haciéndolo. Soluciona problemas, acrecienta la producción, genera riqueza, expande el conocimiento. Pero también pone en riesgo este proceso de humanización del derecho que es producto de una evolución constante desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Cómo hacer para que este fenómeno sea beneficioso para la humanidad, que se use para el bien de la persona y no en su contra, es una tarea del derecho. Su deber es regular las consecuencias del desarrollo tecnológico sin obstaculizarlo. Cómo materializarlo es la cuestión, sobre todo teniendo en cuenta que los tiempos del derecho difícilmente coincidan con la velocidad de los avances, y que toda normativa tiene en principio límites territoriales mientras que el problema a regular es global, lo que jaquea la efectividad real de cualquier normativa. Finalmente, cómo hacer para incluir a todos los excluidos, garantizando la participación de todos los ciudadanos.

Los desafíos que se afrontan no pueden ser objeto de soluciones definitivas porque los cambios, que van a seguir dándose, rápidamente las tornarán obsoletas. Pero al menos debería intentarse definir límites o barreras, ver qué cosas pueden dejarse en manos de la inteligencia artificial y sus agentes, porque lo que hacen lo hacen mejor, más rápido y más barato, y qué decisiones, por su trascendencia, deben quedar en manos de los Estados, qué espacios no pueden resignarse, porque hacerlo supondría poner en riesgo la tutela de las personas y sus derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

BASAVILBASO, Marina. Régimen argentino de protección de datos personales. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en RCCyC 2022 (abril), 5. Cita Online TR LALEY AR/DOC/771/2022.

⁽²¹⁾ Amazon ya eligió el pueblo de EE.UU. (Lockeford, La Nación 18-06-2022) donde pronto comenzará a entregar sus paquetes con drones. O sea que ya no solo se sustituirá a los empleados de los comercios tradicionales, sino también a los que trabajan en el reparto de los productos.

- CAPOZZI MIRANDA, María soledad. Hacia dónde vamos con la protección de los datos personales: ¿Cómo se protege en Europa la privacidad de las personas? ¿Y por qué debería importarte? Ed. La Ley, Bs. As. Publicado en RCCyC 2022 (abril), 11. Cita Online TR LALEY AR/DOC/773/2022.
- CHUMBITA, Sebastián C. El metaverso. ¿Un nuevo entorno para la justicia en clave virtual? Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 16/05/2022, 1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1554/2022.
- COSSI, Eugenio. Big data, inteligencia artificial y Smart contracts. Desafíos temáticos del campo tecnológico aún en ciernes e implicancias dentro del ámbito del derecho. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en EBOOK-TR 2022 (ERRICO), 137. Cita Online TR LALEY AR/DOC/2486/2021.
- CROVI, Luis Daniel. El derecho a la identidad y las nuevas tecnologías. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 10/03/2022, 1. Cita Online TR LA LEY AR/DOC/945/2022.
- DE DIEGO, Julian. El trabajo de las nuevas tecnologías exponenciales y la renta básica universal. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 01/06/2022, 1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1750/2022.
- FABIANO, Aidilio. Evolución de los derechos personalísimos a la esfera espiritual en el Código Civil y Comercial, y perspectiva de los mismos frente al avance tecnológico. Revista de la FCJS No. 11 Nueva Epoca Año 2020, Ed. UNL-FCJS, Santa Fe 2020.
- FALIERO, Johana. Derecho al olvido digital: distorsiones, reflexiones y debates pendientes en torno a su ejercicio. El rol de los juristas, la autodeterminación informativa dinámica, la responsabilidad objetiva de los intermediarios por uso de algoritmos y la teoría de los propios actos. En la era de la información. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 09/12/2022, 5. Cita Online TR LALEY AR/DOC/3717/2020.
- FALIERO, Johana. Los desafíos jurídicos del big data. Tensiones de derechos entre la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el targetting y el perfilamiento. Legal Tech II. El derecho ante la tecnología. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019.
- GOLDSCHER, Flavia. Difusión no consentida de material íntimo: una nueva figura de la era digital. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en EBOOK-TR 2022 (ERRICO), 144. Cita Online TR LALEY AR/DOC/2489/2021.
- GOMEZ FRANCO, Candela. Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno. Ed. La Ley, Bs. As. Publicado en RCCyC 2022 (abril), 39. Cita Online TR LA LEY AR/DOC/3549/2021.
- LACAVA, Federico. Luces y sombras de la gobernanza inteligente. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en RDA 2022-139, 43. Cita Online TR LALEY AR/DOC/3487/2021.
- MARRAMA, Silvia. Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos. Ed. La Ley, Bs. As. Publicado en La Ley 10/5/2022, 5. Cita Online TR LALEY AR/DOC/2967/2021.
- MIRASSOU CANSECO, Carlos D. y HADAD, Andrés O. Nuevo paradigma contractual: los smart contracts. Legal Tech II. El derecho ante la tecnología. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019.
- PASQUINO, Teresa. Identidad digital de la persona, derecho a la imagen y reputación. Ed. La Ley, Bs. As. Publicado en SJA 04/03/2022, 1. JA 2022-1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/3405/2021.
- PERUZZOTTI, Mariano. Alcance territorial de las leyes de protección de datos personales. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 19/11/2020, 1. LA LEY 2020-F, 428. Cita Online TR LA LEY AR/DOC/2634/2020.
- POCIUS, Nadia Alejandra. El derecho del consumo en la era de la economía digital. Dinámica de los contratos electrónicos. Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (Mercosur). Firma electrónica vs. Firma digital. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en RCCyC 2022 (junio). 295.
- REYNA, Carlos Alberto. El diseño convencional y los Smart contracts. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en EBOOK-TR (ERRICO), 152. Cita Online TR LALEY AR/DOC/2490/2021.
- SAUX Edgardo. Tratado de Derecho Civil, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2018.
- SIRVÉN, Agustina. Procesamientos automatizados: reflexiones sobre la aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales vigente. Ed. La Ley, Bs.As. Cita Online TR LALEY AR/DOC/780/2022.
- TRAVIESO, Juan Antonio. Las personas jurídicas en el nuevo derecho y tecnología. Bienvenidos los robots. Legal Tech II. El derecho ante la tecnología. Ed. La Ley, Bs.As. Suplemento Especial, Octubre 2019.
- YORLANO, Elián Facundo. ¿Robots Creativos? El derecho de autor en la obras artísticas creada por la IA. Ed. La Ley, Bs.As. Publicado en LA LEY 05/05/2022, 1. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1453/2022.

¿Cuánto vale un río? Relatos sobre derecho privado, educación jurídica y arte*

Can a river be appraised? Stories about private law, legal education and art

María Valeria BERROS

Profesora de Obligaciones y de Sociología y Derecho (FCJS-UNL).

Email: vberros@fcjs.unl.edu.ar

Resumen

La presente contribución posee como objetivo mostrar una experiencia que desarrollamos en el marco de la asignatura Obligaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral en el primer cuatrimestre de 2022. Durante ese período indagamos en la emergencia de nuevas subjetividades jurídicas a partir de la confección de ensayos académicos en grupo. Con ese fin, introdujimos signos de interrogación en la obra *La bajante* del colectivo Thigra expuesta en el Museo de Bellas Artes Rosa Galisteo de Rodríguez y merecedora del Premio Estímulo de la mencionada institución. Así, trabajamos en torno a la pregunta: ¿Cuánto vale un río?, en un intento por articular innovaciones en la enseñanza del derecho y vincular el discurso jurídico con el arte.

Palabras clave

Obligaciones; Sujetos de derecho;
Derecho Privado; Arte

Abstract

This article aims to show an experience that we developed in the Obligations course of the Faculty of Legal and Social Sciences of the Universidad Nacional del Litoral in the first academic period of 2022. During this period we investigated the emergence of new legal subjectivities through the preparation of group academic essays. To this end, we introduced question marks in the work *La bajante* by the Thigra collective, exhibited at the Museo de Bellas Artes Rosa Galisteo de Rodríguez and winner of the Premio Estímulo (Stimulus Prize) of the aforementioned institution. Thus, we worked around the question *Can a river be appraised?* in an attempt to articulate innovations in the teaching of law and link legal discourse with art.

Keywords

Obligations; Subjects of law; Private law; Art;
Private law

*Quiero agradecer especialmente a Javier F. Aga y Natalia Barrilis con quienes compartimos la cátedra y tratamos de innovar en la manera de enseñar el derecho. Ha sido constante el apoyo que me han brindado para hacer posible la experiencia relatada en este texto. También mis palabras de agradecimiento para las y los estudiantes del primer cuatrimestre de 2022 cuyas palabras irán apareciendo a lo largo de este ensayo, ha sido invaluable el compromiso con esta actividad demostrado a lo largo de todos los meses compartidos.

Introducción

El objetivo general del presente número del Boletín consiste en presentar al Derecho Privado como un teatro de montajes de la subjetividad jurídica a la luz de una multiplicidad de fenómenos contemporáneos que tensan este concepto.

La remisión al teatro no solo es cara a la historia del concepto *sujeto de derecho*, sino que puede renovarse en la actualidad. ¿Cómo el arte traduce discusiones sociales que poseen una serie de derivas importantes en el campo legal? Esa pregunta apareció rápidamente en el momento en el que observé, hace pocos meses, dos cuestiones muy precisas. La primera, que el Salón Anual del Museo Provincial de Bellas Artes Rosa Galisteo contenía una importante cantidad de obras que interpelaban la vinculación naturaleza/sociedad en el litoral argentino. La segunda, que una de ellas introducía una afirmación que, convertida en interrogante, podría presentarse como una compleja indagación jurídica: *¿Cuánto vale un río?*

Esta obra del colectivo Thigra, *La Bajante*, da cuenta de la desolación que atraviesa el litoral argentino: la histórica bajante del río Paraná. Esta sequía profunda y prolongada se suma a los constantes incendios, contaminación, cambios de uso de suelo, utilización de pesticidas que redundan en una visible transformación del paisaje en el espacio en el que transcurre la vida universitaria de la Universidad Nacional del Litoral. De hecho, la laguna Setúbal, parte del valle aluvial del río Paraná e ícono de la ciudad de Santa Fe, vio mermar sus aguas de forma rotunda. Recuerdo haber escuchado en alguna charla entre colegas en la sala de profesores y profesoras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral esta expresión: «me dio miedo ver la laguna así, ¡no tiene agua!». Claro, con el regreso a la presencialidad luego de un largo período, más de una persona hacía mucho tiempo que no veía ese cuerpo de agua, tan carismático para la zona.

Luego de tres cuatrimestres virtuales y uno híbrido, volvíamos a las aulas con presencialidad total. Era todo un desafío, así como lo fue la virtualidad.⁽¹⁾ ¿Podíamos regresar al edificio igual que como nos habíamos ido de manera inesperada? Era seguro que no. El contexto y las biografías cambiaron y también se modificó nuestro entorno: estamos rodeados, cada vez más asiduamente, por el humo generado por los constantes incendios que se observan desde las dos orillas del río Paraná que enhebra los territorios de procedencia de la mayor parte de los y las estudiantes de la Universidad Nacional del Litoral. La pandemia, a su vez, tornó visible el problema ambiental tal vez como pocas veces antes: los ecosistemas arrasados permitieron explicar el origen zoonótico del virus. Virus que caló en la vida cotidiana a nivel planetario.

Un hilo conductor comenzó a tejerse a partir de esta coyuntura y permitió reconfigurar una de las actividades evaluativas que realizamos en la materia: la escritura de un ensayo. Desde hace varios cuatrimestres, como forma de profundizar sobre un tema pero, también, como modo de incursionar en una pequeña investigación, me dedico a acompañar a estudiantes en un trabajo de escritura. Muchas veces el primer trabajo de ese tipo desde el comienzo de la carrera. Generalmente este ensayo adoptaba como tema una cuestión

⁽¹⁾ Aga, Javier; Barrilis, Natalia y Berros, M. Valeria. Virtualidad repentina en la enseñanza del Derecho. Una transformación de la noche a la mañana: nuestra experiencia en la Universidad Nacional del Litoral en Argentina. *A reinvenção do ensino jurídico. Métodos para a qualidade das aulas remotas*. Nitish Monebhurrin (Org.), Brasília: Editora Processo, 2021.



La bajante del Colectivo Thigra, en exhibición en el 98º Salón Anual Nacional de Santa Fe en el Museo Rosa Galisteo. Foto gentileza Museo Rosa Galisteo.

Thigra

Ximena Pereyra (Rosario, Santa Fe, 1984)

Silvina Amoy (Olivos, Buenos Aires, 1991)

Marina Montivero (Rosario, Santa Fe, 1990).

Viven y trabajan en Rosario, Santa Fe.

La bajante, 2021. Instalación. Medidas variables.

Nosotras creemos en las banderas,
creemos en los trapos y los cartones que enuncian,
creemos en nuestros cuerpos colectivos.

Creemos en el poder que construimos.

La Bajante reflexiona sobre los sistemas de valoración impuestos por las estructuras de producción extractivistas, y cómo estas transforman la naturaleza en meros recursos a explotar.

Esta tierra de sacrificio y extracción ha sido sometida por siglos a convivir en una relación de inferioridad en torno a lo humano. ¿Qué hacemos con esta cosificación del mundo?

Un mundo en el que un río es llamado hidrovía, un humedal que solo se piensa como tierra productiva.

Creemos imprescindible agitar el universo del arte porque ¿para qué servirán sus obras en un mundo en el que ya no podremos vivir?

puntual del derecho de las obligaciones o el derecho de daños y era redactado y presentado hacia el final del cuatrimestre. En esta ocasión, la decisión fue diferente. Trabajaríamos un conjunto de temas durante todo el cuatrimestre a partir de una inspiración artística. Esto último no era del todo una novedad, durante la pandemia las personas que integramos la cátedra realizamos actividades vinculando derecho privado y literatura a lo que dedicábamos los últimos minutos de cada clase: ¿qué literatura nos permitía visitar el derecho privado? Así, numerosas novelas, poemas y cuentos formaron parte de las conversaciones virtuales que manteníamos en el cierre de cada clase.

Volver al edificio implicaba nuevos horizontes porque también era el regreso de una gran cantidad de instituciones y actividades, entre ellas, el Salón Anual del Museo Provincial de Bellas Artes Rosa Galisteo.⁽²⁾ Allí se encontraba *La bajante* y fuimos a visitar la obra y el museo junto con los y las estudiantes del curso en el inicio del ciclo lectivo. ¿*Cuánto vale un río?*, se convirtió así en el interrogante que nucleó una serie de temas que fuimos acompañando con los contenidos de la asignatura y que permitieron una reflexión jurídica situada, inspirada en el arte y con directa relación con el territorio en el que se desarrolla esta carrera de abogacía. Cinco grupos, trabajando entre marzo y junio, realizaron cinco ensayos que abordaron temas vinculados con las nuevas subjetividades que irrumpen en el campo del derecho, los «nuevos otros» a lo que no debe dañarse y los problemas que se asocian con los daños ambientales.

Esta obra inspira el tratamiento, por parte del derecho, de la naturaleza como sujeto de derecho⁽³⁾

En las primeras unidades de la materia abordamos el concepto sujeto de derecho. No es un tema nuevo ya que se lo analiza con profundidad en Fundamentos de Derecho Privado. Así, las tensiones por los contornos del concepto ya eran conocidas por buena parte del curso. El interrogante por el valor del río implicó, primero, una reflexión en torno al estatuto jurídico de los ríos, tema caro a las innovaciones jurídicas contemporáneas en América Latina. En efecto, decenas de ríos de diversos países latinoamericanos, en especial de Colombia y Ecuador, han sido considerados como sujetos de derecho en los últimos años.⁽⁴⁾

El derecho en general y el derecho privado en particular como espacio en el cual se reflexiona sobre este tema se ven hoy interpelados por esta implosión de nuevos sujetos. Sin embargo, las dificultades asociadas a este tipo de proceso se avizoraron tempranamente. De hecho, a inicios de siglo XX René Demogue planteaba que la complejidad de este asunto está asociada con dos cuestiones. La primera, el carácter basal que posee el concepto para la teoría jurídica. La segunda, que se consideró como simple un interrogante complejo:

⁽²⁾ Quiero agradecer muy especialmente al Museo Provincial de Bellas Artes Rosa Galisteo, en especial a su directora Analía Solomonoff y a quienes integran el área pedagógica —Matías Graizaro, Pablo Romero, Rocío Cardozo, Violeta Vignatti y Aylén Avilés— por habernos permitido visitar la obra y por organizar el espacio para la exposición de los ensayos por parte de los cinco grupos de estudiantes.

⁽³⁾ Expresión vertida en el ensayo: *El río como otro al que no debemos dañar* de Ornella Albizzati, Carola Garbezza, Agustín Orué, Gimena Pérez, Paula Rodrigo y María Pía Saucedo.

⁽⁴⁾ Una recopilación de sentencias y legislación clasificada por países puede encontrarse aquí: <http://www.harmonywith-natureun.org/>

¿quiénes pueden ser sujetos de derecho?, cuando en realidad el interrogante es bastante más difícil como lo demuestra la variación de titulares de derechos a lo largo de la historia. Para este autor el problema es que, dentro del campo del derecho, hemos tomado «el caso más simple que se nos ha presentado a nuestros espíritus: el hombre como sujeto de derecho, y hemos generalizado esta idea. Felizmente, hemos admitido que todo hombre posee dicha cualidad. Pero hemos también limitado esta teoría diciendo que el hombre viviente es el único sujeto de derechos. Hemos concluido, lógicamente, que los muertos no tienen ninguna cualidad jurídica, todo pertenece a la vida, y que, de otra parte, todas las generaciones que nos suceden y por las cuales nosotros sentimos el deber de trabajar, no tienen ellas mismas ninguna personalidad por el momento».⁽⁵⁾

Más de un siglo después, al abordar el tema de los sujetos de derecho la escena se ha vuelto más heterogénea: no solo nos encontramos con personas físicas y jurídicas, al escenario han subido las generaciones futuras que forman parte de ordenamientos jurídicos de las más distantes regiones. Pero, también, son parte animales, áreas naturales, ríos y montañas. Si bien es un tema que permea sistemas jurídicos y latitudes de lo más variadas, es cierto que América Latina ha sido prolífica en aportes para nutrir esta discusión.⁽⁶⁾ Aquí debates constitucionales y democráticos han dado por resultado el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho y esto se está experimentando ahora en el proceso constituyente chileno cuyo texto, que será sometido a plebiscito en septiembre de 2022, también incorpora esta ampliación de derechos.

Aunque nuestro campo jurídico no cuenta con dicho reconocimiento expreso, el tema posee actualidad. ¿Cuál es la regulación vigente en Argentina sobre ríos y sobre agua?, se preguntaron varios grupos en sus ensayos. Este interrogante preliminar permitió esbozar diálogos entre derecho privado, derecho constitucional y derecho ambiental. A la libre navegación de ríos interiores, siguió el análisis del tema a partir de la teoría de los bienes y los límites al ejercicio de derechos individuales cuando se puedan afectar derechos de incidencia colectiva.

¿Cómo hacer que el derecho privado proteja los ecosistemas?⁽⁷⁾

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) manda a no afectar el funcionamiento y la sustentabilidad de ecosistemas como el agua, entre otros, en su artículo 240. A su vez, el mismo cuerpo legal incorpora, en su artículo 14, el llamado eco-abuso del derecho. Ambos temas llamaron la atención de los y las estudiantes de un conjunto de grupos que se interrogaron por las herramientas que el derecho privado puede aportar en relación con los temas ambientales.

Este asunto no es menor dado que forma parte de la filosofía del actual CCC: la incorporación de la dimensión colectiva del derecho privado. Esto a su vez puede articularse

⁽⁵⁾ Traducción propia. Demogue, René. *Notions fondamentales de droit privé. Essai critique. Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence*, 1911, p. 323.

⁽⁶⁾ Berros, M. Valeria y Carman, María, Los dos caminos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en América Latina. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13(1), 2022, 1.

⁽⁷⁾ Expresión vertida en el ensayo: *¿Cuánto vale un río?*, de Valentina Amarilla, Micaela Bertolá, Aixa Galizzi, Paula Gómez, Ludmila Nardelli, Brisa Porto y Martina Zampedri.

con otro de los temas abordados en la materia como es el proceso de constitucionalización y de humanización del derecho privado, hoy explícito en el artículo 1° del Código, que contiene una serie de elementos relevantes para problematizar el tema ambiental desde el derecho privado constitucionalizado.

Pero, además, existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que también fue ponderada por parte del curso: la perspectiva eco-sistémica y la aplicación del principio *in dubio pro natura* muestran algo sobre esta nueva escena. La Corte no reconoce a ríos como sujetos de derecho ni nombra guardianes como lo ha hecho la justicia colombiana. Sin embargo, efectúa una crítica clara al antropocentrismo. Así, es posible visualizar un entramado entre ambas experiencias judiciales: se trata de innovaciones jurídicas que van enriqueciendo el campo de debate.

La decisión sobre el conflicto entre Mendoza y La Pampa por el río Atuel apareció rápidamente en la prosa de varios ensayos: se trata de la decisión judicial de la Corte que incluye el argumento eco-céntrico:

La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado (...). El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.⁽⁸⁾

Del mismo modo, la atención de algunos grupos se enfocó en el caso de la construcción de un barrio sobre un humedal en la localidad de Puerto General Belgrano en la provincia de Entre Ríos. Allí, la Corte también incorpora el principio *in dubio pro natura* como criterio para la toma de decisiones.⁽⁹⁾

Una primera *conclusión preliminar*: las regulaciones formales y sustanciales modifican su contenido rápidamente conforme las necesidades de cada época.⁽¹⁰⁾ Esto permite explicar en cierta medida, la pluralidad de regulaciones sobre los ríos, el agua y, más en general, la naturaleza, que se van transformando de diferente modo en los sistemas legales. No todos los recorridos son equiparables, sin embargo, muestran que ese escenario de montajes de subjetividades jurídicas interpela y aporta innovaciones especialmente en nuestra región.

⁽⁸⁾ Poder Judicial de la Nación. 1/12/2017. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas.

⁽⁹⁾ Poder Judicial de la Nación. 11/7/2019. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano. Además, véase Poder Judicial de la Nación. 11/8/2020. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental.

⁽¹⁰⁾ Hermitte, Marie-Angèle. Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de L’Affaire de la main volée de J.-P. Baud. *Natures Sciences Sociétés*, 3(1), 1995.

Nadie podría imaginar una postal de Paraná o Santa Fe en donde no se observe al río.⁽¹¹⁾ ¿Quiénes deben recomponer?⁽¹²⁾ ¿Cómo hacemos para resarcir el daño ocasionado?⁽¹³⁾

La segunda parte del cuatrimestre la dedicamos al derecho de daños. Primera lección: ¿Quién es el «otro» en el principio de no dañar?⁽¹⁴⁾ Un nuevo prisma para revisar el problema: ¿es el río un «otro»? Así como existe una implosión de sujetos en el campo del derecho, también la teoría del derecho de daños se dio a la tarea de precisar quiénes son esos otros que no pueden ser dañados. ¿De qué nuevos otros estamos hablando? La lista es prolífica: las generaciones futuras, la naturaleza; la especie humana, la humanidad, el individuo, las comunidades indígenas, el colectivo que titulariza derechos de incidencia colectiva, los animales.⁽¹⁵⁾

El daño a un río, a ese «nuevo otro», debe recomponerse o bien repararse. Ahora, ¿quiénes deben recomponer y cómo? Responder estos interrogantes permitió efectuar un recorrido sobre las diferentes racionalidades que ha tenido la responsabilidad, siendo este uno de los aspectos que abordamos al introducir el derecho de daños. Así, nos basamos analíticamente en tres grandes paradigmas: responsabilidad, solidaridad y seguridad.⁽¹⁶⁾

El primero, desarrollado durante el siglo XIX, se basa en la premisa de la responsabilidad de cada persona sobre sí misma lo que implica una respuesta por los actos que puedan perjudicar a otros. La figura del responsable es central en este esquema así como lo son el concepto de atribución basado en la culpa y las funciones de sanción y reparación. Si se articula esta manera inicial de concebir la responsabilidad civil con la problemática del daño al río, a primera vista, resulta insuficiente. En este sentido, algunos trabajos se enfocaron en las limitaciones que presenta la centralidad del componente subjetivo así como la dificultosa prueba de la relación de causalidad. Este tema no es menor dado que permite entablar un diálogo entre el derecho de daños que brinda las pautas de funcionamiento del sistema con el derecho ambiental que incorpora el tema específicamente en la Ley de Presupuestos Mínimos sobre Política Ambiental Nacional 25675. Según el texto de esta ley, se trata de una responsabilidad especial cuyo factor de atribución es de carácter objetivo (art. 29) con lo cual se desplaza de la noción de culpa y se incorpora dentro de la creciente multiplicación de factores de atribución objetivos.

En este punto se pueden entablar diálogos con el paradigma de la solidaridad que coloca en un primer plano la cuestión de los riesgos. De hecho, pensar en la recomposición consignada tanto legal como constitucionalmente como en la reparación en los casos en

⁽¹¹⁾ Expresión vertida en el ensayo: *¿Cuánto vale un río?*, de Bruno Beltramino, Gianella Dalmaso, Valentino Ruberto, Agustín Müller y Romina Honecker.

⁽¹²⁾ Expresión vertida en el ensayo: *Cuantificación del daño ambiental*, de Clarisa Bazán, Fernando Gallo, Guadalupe Montoya, Julián Pamater y Namir Pave.

⁽¹³⁾ Expresión vertida en el ensayo: *El ambiente, un bien jurídico: problemas en torno a su representación* de Victoria Casabianca, Pilar Dozo, Giuliana Riso, Sofía Vetack y Abigail Zamora.

⁽¹⁴⁾ De Lorenzo, Federico. Repensar al «otro» (reflexiones sobre el Derecho Civil). *AR/DOC/1190*, 2019.

⁽¹⁵⁾ De Lorenzo, Federico. Una nueva dimensión para el principio de no dañar al otro. *AR/DOC/4727*, 2013.

⁽¹⁶⁾ Ewald, François. Responsabilité, solidarité, sécurité. *Risques. Assurance, droit, responsabilité* (10), Paris. Avril–Juin 1992; Ewald, François. Philosophie de la précaution. *L'Année sociologique* (46–2), Paris, 1996; Ewald, François. Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, bajo la dirección de Olivier Godard, Editorial de la Maison des Sciences de l'homme, Paris, 1997.

que no es posible recomponer los daños, termina por confinar el tema a una respuesta defensiva. Sin embargo, y conforme los principios y otras herramientas de las regulaciones vigentes, se debe optar siempre por la prevención de los daños. En otras palabras: se debe prestar atención a los riesgos previsibles conforme estima la función preventiva del CCC que deriva en una acción del mismo tenor. Mención aparte merece otro tema abordado en las clases, como es la cuestión de los riesgos controvertidos o inciertos asociados al paradigma de la seguridad que contienen una serie de desafíos importantes para el derecho de daños versados puntualmente en la falta de certeza y la imposibilidad de pensar en términos de causalidad adecuada. Allí se dispone el principio precautorio que es cardinal ante buena parte de los problemas ambientales contemporáneos.

Ahora, cuando la prevención no es posible y el daño ya se encuentra materializado se requiere establecer los parámetros para la cuantificación del daño ambiental.⁽¹⁷⁾ ¿De qué manera pensar en la cuantificación del daño a un río? ¿Qué sucedería si el cuerpo de agua desaparece, si ya no es visible esta postal tan característica de nuestro paisaje? ¿Es también resarcible el daño al paisaje?

En la mencionada ley de presupuestos mínimos no solo se conceptualiza el daño ambiental (art. 28) sino que se establecen reglas en casos de pluralidad de responsables —lo que permitió establecer vínculos con la solidaridad que se analiza en la primera parte de la materia— y en supuestos de generación de daños por parte de personas jurídicas (art. 31). También se identificaron los supuestos en los que funcionan ciertas eximentes de responsabilidad (art. 29). Sobre la cuantificación del daño, se analizaron las teorías que intentan traducir los perjuicios causados al ambiente así como el Fondo de Compensación Ambiental (art. 28) al que deben destinarse las indemnizaciones. Este punto, central para el ensayo, permitió volver sobre una serie de interrogantes: «¿Cuáles son los objetivos que permiten definir la recomposición? ¿Está autorizada la reparación por el equivalente ecológico? ¿Cuál es la extensión de la reparación? ¿Podría abarcar el lucro cesante y los beneficios obtenidos por el agente contaminador como consecuencia de la actividad dañosa? ¿Es procedente la indemnización del daño moral? ¿Cómo debe realizarse la identificación de opciones de restauración razonables? ¿Cuáles son los criterios que deben prevalecer en la elección de las opciones de reparación? ¿Qué debe entenderse por factibilidad técnica de la recomposición?».⁽¹⁸⁾

Otras *conclusiones preliminares*: los diálogos entre diferentes tópicos de la materia se pueden articular con discusiones de otras áreas del derecho. En ese sentido, es cada vez más visible que problemáticas complejas como la analizada no se confinan a un área en especial sino que solo pueden ser pensadas desde una permanente revisión de discusiones y herramientas jurídicas diversas. Pero, a su vez, no solo el derecho nos trae herramientas para pensar este tema: otros saberes confluyen y también lo hace el arte.

⁽¹⁷⁾ Peretti, Enrique. Cuantificación del daño ambiental. *Revista de Derecho Ambiental* (60), 2019.

⁽¹⁸⁾ Besalú Parkinson, Aurora. *Responsabilidad por daño ambiental*. Hammurabi, 2005, p. 258.

Podemos imaginar⁽¹⁹⁾

Imaginar: este tema fue parte explícita o implícita de los ensayos pero también lo fue de las exposiciones orales de los mismos. En efecto, el Museo que nos acogió para permitirnos observar la obra a partir de la cual trabajamos durante el cuatrimestre, volvió a abrirnos sus puertas para discutir los ensayos ya escritos. De este modo, en la última clase del cuatrimestre pudimos compartir las visiones de los cinco grupos con el equipo pedagógico del museo, su directora y el colectivo de artistas que pudo conectarse de modo virtual desde la localidad de Rosario. A su vez, se sumaron tres becarias doctorales que tienen su lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral: los ensayos habían sido una primera experiencia de investigación y era importante generar devoluciones en ese sentido.⁽²⁰⁾ Eso fue posible dado que el tema del ensayo, así como el proyecto de investigación que integran como becarias se vincula con las innovaciones jurídicas latinoamericanas en materia ambiental.⁽²¹⁾

La conversación entre derecho privado y arte permitió armar un mosaico heterogéneo: derecho, instituciones, pinturas, fotografías, diseño, innovaciones jurídicas. No solo se pudo analizar el contenido de las leyes que se vinculan con este problema complejo, también se pudieron generar ideas sobre la vinculación entre derecho y contexto. La salida del edificio fue una manera de corporizar esto último: tiene sentido salir para volver a mirar con otros ojos: «el arte puede ayudarnos dejándonos inmersos en su subjetividad y su forma crítica de ver al mundo, abriendo nuevos caminos para explorar el derecho».⁽²²⁾

Los caminos que aparecieron en estos trabajos colectivos fueron de diversos tipos: desde análisis legales sobre una diversidad de temas jurídicos que se fueron hilvanando a lo largo del cuatrimestre para responder a la pregunta disparada por *La Bajante*, hasta el armado de un texto con un argumento fuerte por parte de cada grupo, la disposición de las exposiciones en el museo, la entrega de frases⁽²³⁾ y de stickers especialmente diseñados con mensajes sobre la tutela de la naturaleza.⁽²⁴⁾ También la revisión de imágenes icónicas como *El Hombre de Vitrubio*. Uno de los grupos lo pensó enfatizando al hombre como centro, representativo de un momento de nuestra historia, «con más de dos piernas y

⁽¹⁹⁾ Expresión vertida en el ensayo: *¿Cuánto vale un río?*, de Bruno Beltramino, Gianella Dalmaso, Valentino Ruberto, Agustín Müller y Romina Honecker.

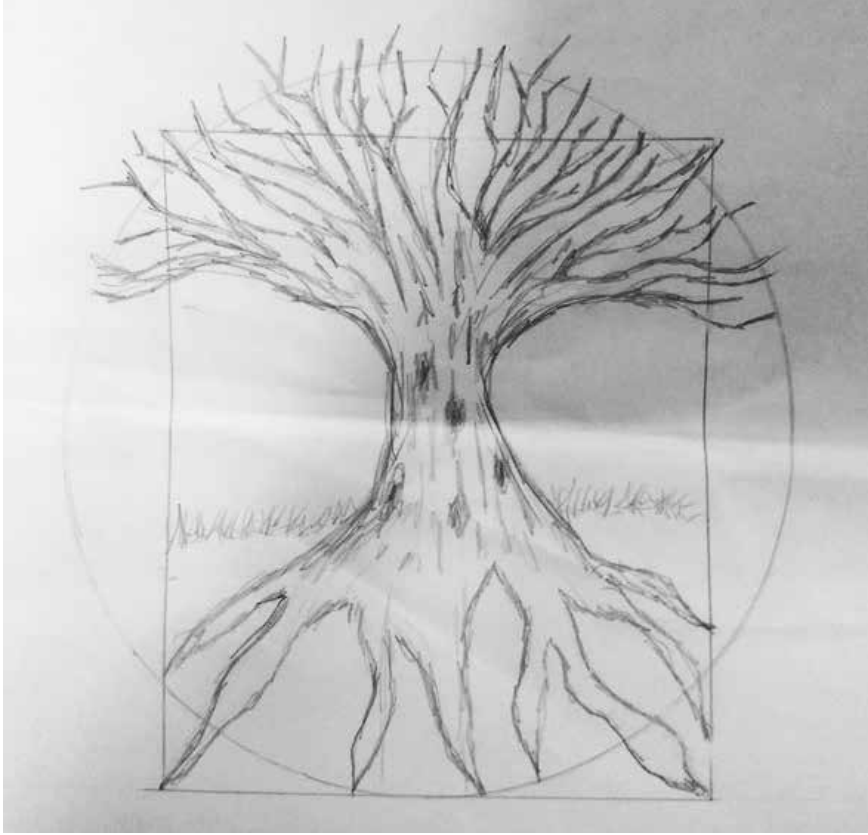
⁽²⁰⁾ Agradezco especialmente a las becarias doctorales de CONICET: Cintia Balauo, Marianela Galanzino y Lanna Thays Portela Moraes.

⁽²¹⁾ El proyecto se denomina «Meulen II: Profundización de aportes jurídicos sobre la cuestión ecológica en clave latinoamericana» en ejecución desde enero de 2021, bajo la dirección de María Valeria Berros en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

⁽²²⁾ Expresión vertida en el ensayo: *¿Cuánto vale un río?*, de Valentina Amarilla, Micaela Bertolé, Aixa Galizzi, Paula Gomez, Ludmila Nardelli, Brisa Porto y Martina Zampedi.

⁽²³⁾ «La tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la codicia de cada hombre», de Mahatma Gandhi. Frase recuperada por el grupo integrado por: Clarisa Bazán, Gallo, Fernando, Guadalupe Montoya, Julián Pamater y Namir Pave.

⁽²⁴⁾ El grupo integrado por: Victoria Casabianca, Pilar Dozo, Giuliana Riso, Sofía Vetack y Abigail Zamora aportó una manera gráfica de difundir esta problemática a través de la confección de stickers que repartieron a todas las personas presentes en el encuentro de presentación de los ensayos.



«La Raíz de la Naturaleza», del dibujo realizado por el grupo que integraron: Bruno Beltramino, Gianella Dalmaso, Valentino Ruberto, Agustín Müller y Romina Honecker. Foto propia.

brazos, ahora nos imaginamos un árbol que lo reemplace, con más de una raíz y más de una rama, representando a la naturaleza como el centro y prioridad». ⁽²⁵⁾

¿Qué significa esta metáfora en términos jurídicos? ¿Cuáles son las respuestas que el derecho propone ante la crisis socio-ecológica que atravesamos? ¿Es esta una de las agendas medulares de la formación jurídica? Así como este grupo pensó y dibujó otra imagen, podríamos intentar superponer ambas: el famoso Hombre de Vitrubio representando un momento junto a la imagen descrita y luego dibujada por uno de los grupos. Puede funcionar como un modo de mostrar, también, cómo la diversidad de problemas, racionalidades y respuestas jurídicas ante el problema ecológico se superpone, matiza y convoca a una pluralidad de saberes para generar algunas respuestas y fortalecer otros tantos interrogantes.

⁽²⁵⁾ Expresión vertida en el ensayo: *¿Cuánto vale un río?*, de Bruno Beltramino, Gianella Dalmaso, Valentino Ruberto, Agustín Müller y Romina Honecker.

Referencias bibliográficas

- AGA, Javier; BARRILIS, Natalia y BERROS, M. Valeria. Virtualidad Repentina en la Enseñanza del Derecho. Una transformación de la noche a la mañana: nuestra experiencia en la Universidad Nacional del Litoral en Argentina. *A reinvenção do ensino jurídico. Métodos para a qualidade das aulas remotas*. Nitish Monebhurrn (Org.). Brasília: Editora Processo, 2021.
- BERROS, M. Valeria y CARMAN, María. Los dos caminos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en América Latina. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13 (1), 2022: 1.
- DE LORENZO, Federico. Repensar al «otro» (reflexiones sobre el Derecho Civil). AR/DOC/1190, 2019.
- DE LORENZO, Federico. *Una nueva dimensión para el principio de no dañar al otro*. AR/DOC/4727, 2013.
- DEMOGUE, René. Notions fondamentales de droit privé. Essai critique. *Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence*, 1911, p. 323.
- EWALD, François. Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humains*, bajo la direction de Olivier Godard. Paris: Editorial de la Maison des Sciences de l'homme, 1997.
- EWALD, François. Philosophie de la précaution. *L'Année sociologique* (46–2), Paris, 1996.
- EWALD, François. Responsabilité, solidarité, sécurité, *Risques. Assurance, droit, responsabilité* (10), Avril–Juin, Paris, 1992.
- HERMITTE, Marie–Angèle. Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de L'Affaire de la main volée de J.–P. Baud. *Natures Sciences Sociétés*, 3 (1), 1995.
- PERETTI, Enrique. Cuantificación del daño ambiental. *Revista de Derecho Ambiental* (60), 2019.

Algunos aportes sobre la personalidad no humana de los animales

Some contributions on personhood of non–human animals

Sabrina SÁNCHEZ

Email: sabrisanchez75@gmail.com

Patricio Octavio LONGO

Email: patriciolongo@hotmail.com

Profesores de Fundamentos de Derecho Privado (FCJS–UNL).

Resumen

Este trabajo se propone analizar el estatus jurídico de los animales no humanos en el derecho argentino y la consideración de los mismos en la doctrina y la jurisprudencia. El abordaje de dicha problemática se realiza teniendo en consideración su relación con el abandono del paradigma antropocéntrico hacia otros en los que, sin desconocerse la trascendencia del ser humano, se reconoce además la importancia en sí mismos de otros elementos, como el ambiente, y otros seres vivientes, como los animales, que también son merecedores de tutela jurídica.

Palabras clave

Sujetos de derecho; Animales no humanos;
Paradigma antropocéntrico

Abstract

This paper aims to analyze the legal status of non–human animals in Argentine law and their consideration in legal theory and courts. The work takes into consideration the overcoming of the anthropocentric paradigm towards other paradigms where the environment and others living beings are recognized as deserving of legal protection.

Keywords

Legal persons; Non–human animals;
anthropocentric paradigm

Introducción

Con el presente artículo acompañamos la convocatoria del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales para participar en el Boletín de este año.

Teniendo en cuenta los temas sugeridos, nuestra propuesta se inserta dentro de las nuevas formas de subjetividad que circulan y reclaman reconocimiento en el Derecho Privado en el marco general de sus procesos de humanización/deshumanización.

Dentro de este enfoque y a partir de los diferentes paradigmas, en este trabajo vamos a dar cuenta del estándar jurídico que se les asigna a los animales en nuestro derecho y la visión que sobre el tema han tenido la doctrina y la jurisprudencia.

El estatus jurídico de los animales en el derecho argentino. Del paradigma antropocéntrico a los nuevos paradigmas

Al igual de lo que sucede en otros ordenamientos del derecho comparado, el nuestro carece de un verdadero estatuto jurídico del animal en cuanto tal. Conforme lo expon-dremos a lo largo del presente trabajo, el estudio de la problemática en torno al referido estatuto se encuentra estrechamente vinculado al paradigma en que se enmarca la misma.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci señala que esa carencia de un estatuto jurídico de los animales complica el tratamiento, pues la cuestión relativa a la situación del animal frente al derecho compromete diversas ramas: constitucional, civil, penal, administrativo, del ambiente, comunitario, etcétera.⁽¹⁾

Limitando nuestro análisis al campo del derecho civil, cabe señalar, en primer lugar, que en el derecho civil tradicional, los animales nunca fueron considerados sujetos de derecho, sino objeto del mismo. Los códigos decimonónicos ubicaron a los animales entre las cosas, denominándolas semovientes, debido a la aptitud que tienen para poder moverse por sí mismas. Tal categorización trajo aparejados efectos jurídicos significativos. Entre otros aspectos, en lo que refiere a las formas de apropiación o adquisición del derecho de dominio sobre los animales y en lo referido a la consideración de estos como objeto de transacciones jurídicas.

En esta visión se enroló el Código Civil de Vélez Sarsfield, el que estuvo impregnado de una filosofía antropocéntrica.

El antropocentrismo es una teoría filosófica que concibe al ser humano y sus intereses como el centro de todo, por lo que se produce una supeditación de los «demás» (seres vivos, medio ambiente, etcétera) a las necesidades y bienestar del ser humano: «El hombre, entendido como «sujeto de derecho», se piensa como un fin en sí mismo que encuentra su único límite en la ley».⁽²⁾

⁽¹⁾ Kemelmajer De Carlucci, Aída. La categoría jurídica «sujeto/objeto» y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios. *Revista de Bioética y Derecho*, 2015: 54–67.

⁽²⁾ Berros, María V.; Haidar, Victoria y Galanzino, Marianella. La mirada jurídica sobre los animales: un análisis de su estatuto en el derecho privado argentino. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVIII. Valparaíso, Chile, 1er. semestre de 2017: 79–101.

Para el antropocentrismo kantiano, el humano, como único ser racional dentro del mundo natural, es el sujeto y objeto exclusivo de la moralidad, el portador único de dignidad y, por ende, de su traducción jurídica: el único con derecho a tener derechos.

Y a la luz de ese paradigma antropocéntrico —que posiciona a la persona humana como un fin en sí misma—, es fácil advertir que los animales reciben un tratamiento instrumental, conforme al cual el Código no los protege por su valor intrínseco sino, en tanto y en cuanto, le permitan al ser humano obtener ventajas patrimoniales al ser utilizados por este o al estar a su servicio.

Al ser considerados como cosas, resulta lógico que las normas del Código Civil que referían a los animales giraran en torno a dos grandes temas: los derechos reales, cuyas normas se ocupan de la regulación de los derechos que los sujetos pueden tener sobre las «cosas» y el derecho de responsabilidad civil, referido a la regulación de las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos en que intervienen esas «cosas».

Asimismo, en la regulación del Código de Vélez, se clasificaba específicamente a los animales en «domésticos, domesticados y salvajes». Los «domésticos» son aquellos animales que se criaban en una casa y en compañía de la persona humana sin dificultad. En cambio, los «domesticados», eran aquellos que, si bien, por naturaleza eran salvajes, podían acostumbrarse a vivir con las personas humanas y servirles para ciertas tareas. Finalmente, los «salvajes», son aquellos animales que vivían naturalmente libres y sin dependencia de las personas humanas.

Vinculado a esa clasificación, el Código Civil organizaba las formas a través de las cuales una persona se podía convertir en dueña de un animal. Mientras los últimos eran susceptibles de apropiación a través de la caza y la pesca, en los primeros la regla es la no apropiación ligada al ejercicio de dominio que sus dueños ejercían sobre ellos.

Para poder dejar de pensar en los animales como objeto de derecho y, a partir de ahí, poder evaluar las diferentes opciones al efecto (su consideración como seres sintientes merecedores de protección o como una categoría especial de sujetos de derecho, aún sin con ello pretender equipararlos a los seres humanos), entendemos que el punto de partida pasa por dejar de lado ese «paradigma antropocéntrico» para empezar a transitar otros paradigmas, que —sin negar el rol fundamental del ser humano— reconozcan también la importancia de los otros elementos o seres que conviven e interactúan con el mismo. Y decimos otros seres o elementos porque el antropocentrismo ha dificultado la posibilidad de considerar como sujetos de derecho no solo a los animales, sino también a la naturaleza y al ambiente.

Por un lado, el cambio se propone a partir de la consideración del paradigma biocéntrico.

El biocentrismo plantea que no es posible seguir viviendo bajo los paradigmas de una ética antropocéntrica tradicional en la que los seres humanos constituyan la sede y medida de todo valor. Al respecto, señala Valeria Berros que la mirada biocéntrica considera que toda forma de vida es valiosa por sí misma, con lo cual los seres vivos, por el hecho de serlo, poseen valor moral y merecen respeto.⁽³⁾ En general, se advierten dos posiciones

⁽³⁾ Berros, María V. El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho). La Ley. AP/DOC/2680/2013.

al interior del biocentrismo. Una focaliza en la consideración moral de los animales no humanos⁽⁴⁾ y otra en la reverencia por la vida.⁽⁵⁾

Por otro lado, se nos presenta el paradigma ecocéntrico.

La ética ecocéntrica —destaca Berros— considera que el mundo natural posee un valor que le es inherente. En este paradigma, se pueden destacar algunas posiciones diferenciadas: la ética de la tierra, en la que el humano es responsable sobre lo que ocurre con la naturaleza; o la ecología profunda, que ubica a la naturaleza como centro de la moral.

Una tercera postura que también merece ser destacada (sin perjuicio de la existencia de otras), viene de la mano del paradigma sensocéntrico, en el que

La filosofía, la etología, la antropología, la biología, las ciencias veterinarias, la sociología, la neurociencia y el psicoanálisis con diversas ópticas y distintas intensidades han establecido que determinados animales no humanos (los grandes primates, los elefantes, las ballenas, los delfines y ciertos grandes felinos) tienen un alto grado de sintiencia, cognitividad, auto reflexión y organización cultural que los hace merecedores de un reconocimiento y trato en su relación con los animales humanos distinto al deparado hasta el presente.⁽⁶⁾

Conforme la reseña realizada, y en lo que refiere a la relación del hombre con los animales, se evidencia un abandono de la postura antropocéntrica, orientada a evitar el sufrimiento de los animales. En este entendimiento, numerosas legislaciones han modificado su normativa guiando su espíritu a la protección de los animales en sí. En ese camino, en las legislaciones actualmente vigentes en Europa y América Latina, el bien jurídico protegido es la capacidad de sufrimiento de los animales.

Sobre el particular, Gil Domínguez señala que:

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 incorporó la tutela del ambiente y la protección de las generaciones futuras como un derecho colectivo desde una posición intermedia entre el antropocentrismo y el ecocentrismo, dejando abierta la puerta a una interpretación progresiva y evolutiva que habilitaría la plataforma constitucional necesaria para anclar normativamente los derechos de los animales no humanos con el objeto de evitar toda clase de especismo: la estructura central de esta interpretación afirma que los seres sintientes humanos y no humanos somos parte del mismo entorno o grupo. En los debates de la Convención Constituyente de 1994, respecto del ambiente como bien jurídico protegido, se adoptó una posición muy amplia que no se definió tajantemente por una postura antropocéntrica o ecocéntrica, sino que como fórmula transaccional incorporó en igualdad de condiciones el derecho del hombre al ambiente sano y el derecho del ambiente a ser protegido. Los convencionales constituyentes hospedaron el cambio que viene produciéndose en la cultura occidental caracterizado por una concepción menos antropocéntrica

⁽⁴⁾ En la obra *Liberación animal* de Peter Singer, se argumenta cómo el principio ético que funda la igualdad entre los humanos exige que se extienda la igualdad hacia los animales no humanos mediante una misma consideración.

⁽⁵⁾ En la obra de inicios del siglo XX de Albert Schweitzer, se construye una tesis basada en la voluntad de vivir que es atribuida a todo ser vivo y coloca a la reverencia por la vida como principio ético central.

⁽⁶⁾ Gil Domínguez, Andrés. Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. *La Opinión Consultiva* 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; LL 14/05/2018, 4, LA LEY 2018-C, 1; TR LALEY AR/DOC/658/2018.

y más geocéntrica donde la naturaleza se constituye como sujeto y los bienes ambientales ya no son un mero supuesto de hecho pasivo de las normas ambientales, sino un sistema que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios.⁽⁷⁾

A partir de estas nuevas miradas y enfoques, y a la luz de la ética moderna —que tiende a asegurar el respeto por la vida animal—, resulta difícil aceptar en la actualidad la consideración de los animales como cosas—muebles, así como las clasificaciones antes referidas y las consecuencias jurídicas que ello trae aparejado.

En estos nuevos paradigmas, la protección del ambiente, de la naturaleza y de los animales no humanos aparece estrechamente relacionada, a diferencia de lo que sucede en el paradigma antropocéntrico, en el cual todo elemento distinto al ser humano solo resulta tutelado como elemento instrumental de aquel.

Así, por ejemplo, el ambiente puede ser configurado desde una mirada ecocéntrica, mediante la cual su protección se proyecta de forma colectiva inclusiva en torno a las personas humanas y a las personas no humanas; o desde el enfoque biocéntrico, a través del cual el cuidado del ambiente reconoce la titularidad de derechos específicos a los animales no humanos como una garantía de su subjetividad, dignidad, relevancia moral y particularismo.

Es por ello que, en el marco de la protección del ambiente, al advertir las importantes relaciones existentes entre la vida del ser humano y la de otros organismos vivientes, en la gran mayoría de los países se dictaron leyes protectoras de la fauna silvestre, incluso de naturaleza penal.

Asimismo, la protección jurídica del animal doméstico, se ha dado a través de otro tipo de normas, que sancionan el trato cruel hacia los animales. Las primeras leyes en tal sentido no protegían al animal en sí mismo, sino a la moral pública que se veía afectada cuando ese acto de crueldad se desarrollaba en público.

En este sentido Kemelmajer de Carlucci expresa que:

actualmente el hombre medio se sorprende que el derecho trate al animal doméstico como un mero objeto del dominio de una persona. De allí el giro copernicano de los ordenamientos jurídicos de casi todo el mundo; sin caer en el extremo de decir que los animales son sujetos de derecho ni que tienen los mismos derechos que los humanos, lo cierto es que numerosas legislaciones de países desarrollados no regulan los animales conjuntamente con el régimen general de las cosas, sino como una tercera categoría, y a través de leyes especiales.⁽⁸⁾

Ante estos nuevos escenarios, cabe ahora preguntarse si el Código Civil y Comercial de la Nación trajo innovaciones en la materia que reflejen el abandono del paradigma antropocéntrico y que, consecuentemente, impliquen modificaciones significativas en lo que refiere al estatus jurídico de los animales.

Un análisis de su articulado nos permite concluir que, pese a los grandes cambios que hemos visto reflejados en distintos temas, para la ley civil los animales continúan siendo

⁽⁷⁾ Gil Domínguez, Op. Cit.

⁽⁸⁾ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Op. Cit., p. 58.

regulados junto con las cosas no registrables (art. 1947 CCC) y que se los sigue clasificando en animales domésticos, domesticados y salvajes, tal como lo hacía el Código de Vélez.

Ello sin perjuicio de que se hayan incorporado normas jurídicas que —inspiradas en la necesidad de consolidar una dimensión colectiva del derecho privado—, introducen algunos elementos importantes que articulan con la cuestión animal y ponen en discusión el estatus jurídico de los animales, tema sobre el que volveremos al dar cuenta de las posturas doctrinarias en la materia.

Pero, aunque se haya perdido una oportunidad esencial para avanzar hacia la regulación de un verdadero estatuto de los animales, lejos del paradigma antropocéntrico, y aun cuando consideramos hubiera sido importante aprovechar la oportunidad de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación para avanzar sobre la problemática que nos ocupa, es importante destacar que el tema está presente en la agenda legislativa.

En efecto, en abril del año 2021 se presentó un proyecto de ley 1358-D-2021 que tiene por objeto que, se les reconozca y asigne, a los animales, conforme a sus características particulares, la categoría de «persona no humana» y «sujetos de derechos».⁽⁹⁾

En este sentido, en su artículo 3 expresa las condiciones para que los animales sean considerados personas no humanas. Así, señala que ese estatus le debe ser asignado a

a aquellos animales que, por su nivel de inteligencia, o su capacidad de razonamiento para elegir, o su sensibilidad, o su aptitud para el aprendizaje, o su comprensión del lenguaje de los signos humanos, o su empatía y relacionamiento con el medio, o sus modos de sentir y de demostrar su sentimiento, o su sufrimiento, o su capacidad para generar y mantener lazos afectivos, o bien si por otras razones demuestran contar con especiales capacidades cognitivas y/o sintiencias complejas que los distinguen de las restantes especies.

Básicamente, la propuesta legislativa busca el reconocimiento de diferentes derechos que consagra en su artículo 4, entre los que se destaca el derecho a la vida, a la libertad, a no sufrir ni ser maltratado, a la salud, entre otros; sin perjuicio de aquellos otros derechos que tengan un reconocimiento previo o de aquellos que lo sean en el futuro.

Como contracara, el proyecto establece prohibiciones (art. 5) derivadas de estos derechos que consagra. Entre ellas se destacan, la prohibición de que los animales sean mantenidos en zoológicos o en cautiverio y ser objeto de investigaciones o de pruebas. Asimismo, establece deberes para el Estado y los ciudadanos (art. 6) que radican, fundamentalmente, en no desarrollar comportamientos que desconozcan o contravengan los derechos que la propuesta legislativa consagra.

En lo que hace a los fundamentos, el proyecto destaca que la regulación jurídica que el Código Civil y Comercial de la Nación hace actualmente de los animales, a los que considera cosas, no se corresponde con el pensamiento de una importante jurisprudencia y de un sector de la doctrina que ha ido marcando la necesidad de modificar esta categoría jurídica a fin de dejar de considerarlos como cosas.

En definitiva, este proyecto de ley hace hincapié en los nuevos paradigmas a los que nos referimos y en el cambio de concepción que la persona humana ha tenido respecto de la

⁽⁹⁾ El proyecto fue presentado por la diputada nacional Graciela Camaño y puede verse en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/1358-D-2021.pdf>

flora y de la fauna y en la toma de conciencia sobre el valor y la necesidad del respeto a la vida y a la diversidad biológica.

El pensamiento mayoritario de la doctrina

La realidad jurídica argentina nos muestra que la opinión mayoritaria de la doctrina se inclina por sostener que los animales no son sujetos de derecho, sino objeto del derecho.

Diferentes son los argumentos brindados para justificar esta línea de pensamiento.

Fundamentalmente, se apunta a las dificultades de aplicar —en la realidad y en la práctica— la teoría de la personalidad jurídica a los animales, ya que el concepto de sujeto de derecho está modelado sobre la persona de hecho (humana o jurídica) y no sobre los animales que son objeto del derecho. En este sentido, Sebastián Picasso ha expresado

no adscribimos a la idea de personificar de ese modo a todos los seres que componen el medio ambiente. Por un lado, porque nos parece discutible el punto de partida de aquella teoría, y por el otro, porque estimamos que esta última presenta serios inconvenientes en el plano práctico.⁽¹⁰⁾

El profesor Edgardo Saux tampoco comparte la idea de conceder personalidad a los animales o a alguno de ellos; principalmente, por entender que la humanidad —propia de la persona humana en actuación individual o en función de los entes colectivos—, lleva consigo el relevante atributo de la capacidad de ejercicio, que le permite ejercer por sí misma —con libertad y autonomía— los derechos de los que goza.⁽¹¹⁾

Sobre el particular, al dar cuenta sobre diferentes modificaciones propuestas para el Código Civil y Comercial de la Nación, se expresó en relación con el artículo 227 bis que se pretende incorporar a la Parte General de la ley civil. Dicha norma —en caso de ser receptada legalmente—, quedaría redactada de la siguiente manera: «Animales. Los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Salvo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de las cosas».⁽¹²⁾

En este sentido sostuvo:

Compartimos integralmente la incorporación proyectada. Por las razones que oportunamente hemos expuesto, nos parece imprescindible regular normativamente el tema, que ha generado pronunciamientos judiciales y posiciones de doctrina que aluden a cierta categoría de animales —fundamentalmente, grandes simios— como «personas no humanas», y por ende titulares de derechos (y, consecuente e inexorablemente, de obligaciones). Los animales (obviamente no todos, de lo contrario no podrían exterminarse plagas agrícolas, o mosquitos transmisores de ciertas enfermedades endémicas, etc.) son, como atinadamente se lo

⁽¹⁰⁾ Picasso, Sebastián. Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda. LA LEY 16/04/2015, 1 – LA LEY 2015–B, 950.

⁽¹¹⁾ Saux, Edgardo I. (Dir). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 36 y ss.

⁽¹²⁾ Saux, Edgardo I. Algunas consideraciones sobre las reformas proyectadas en la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación. SJA 21/11/2018, 3. TR LALEY AR/DOC/3578/2018.

propone, «seres sintientes», pero que, salvo regulación legal específica, están comprendidos en la regulación general de las cosas (y, lógicamente, no de las personas).

También, ha tenido oportunidad de pronunciarse José Tobías, quien considera que la categoría jurídica de persona es incompatible con aquellos que no lo son, tal como ocurre con los animales. Así, entiende que las propuestas de personalización de seres que no son humanos no tienen cabida en nuestro derecho, debido a que la categoría jurídica de persona requiere de un sustrato real —la persona individual o colectiva— y una cualidad jurídica que le es dada por el ordenamiento y que resulta incompatible con la misma noción de Derecho, cuyo fin y razón es el ser humano; circunstancias que no se advierten en el caso de los animales.⁽¹³⁾

Transitando un camino similar, Luis Daniel Covi sostiene la inconveniencia de aplicar la noción de persona a los animales, sin perjuicio de la necesidad de su protección a nivel jurídico. Así, ha expresado que «Los animales son solo cosas, sin perjuicio que el Derecho los proteja generando obligaciones a cargo de las personas que los poseen —en caso de animales domésticos— o deberes colectivos concedidos con base en intereses difusos— por ejemplo, las disposiciones referentes a la preservación de determinada especie. Por más afecto que guardemos hacia nuestras mascotas y la posibilidad de que ellos perciban nuestros estados de ánimo o entiendan nuestras indicaciones, su inteligencia no es asimilable a la de los seres humanos, necesitan de nuestra protección cotidiana y de una legislación tuitiva, pero esas realidades no implican un cambio de categoría jurídica».⁽¹⁴⁾

Asimismo, Julio César Rivera ha sentado su oposición al reconocimiento de subjetividad jurídica a los animales, al sostener que —para el derecho— son cosas, de conformidad al artículo 227 del Código Civil y Comercial de la Nación; fundamentalmente, por su irracionalidad y falta de voluntad, circunstancias que impiden que su conducta pueda serle imputada, tal como sucede con las personas humanas.⁽¹⁵⁾

Finalmente, la temática ha sido motivo de discusión en diferentes eventos académicos. Así ocurrió en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de La Plata, del 27 al 29 de septiembre de 2017.

En este sentido, la Comisión n° 14 sobre «Personas no humanas» sostuvo en sus conclusiones que: «El animal no es sujeto de derecho» en el sistema jurídico argentino y no deviene necesario dictarse leyes que le atribuyan esa calidad, sin perjuicio de que el Estado vele por su adecuada protección». Sin embargo, algunas posturas en el seno de la comisión que trató el tema, han defendido que el sistema jurídico debería reconocer a los animales la condición de sujeto de derecho, pero sin que ello implique una equiparación con la persona humana. En ese caso, la legislación debería reglamentar si ello sería aplicable a todos los animales o solo a algunas especies.

En definitiva, el sector mayoritario de la doctrina civilista argentina acuerda que no corresponde asignar personalidad jurídica a los animales.

⁽¹³⁾ Tobías, José W. *Derecho de las personas*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.

⁽¹⁴⁾ Covi, Luis D. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10(134), año 2018.

⁽¹⁵⁾ Rivera, Julio C. *Derecho Civil – Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2016.

Otra corriente de pensamiento

Sin perjuicio de lo expresado en los párrafos precedentes advertimos que —desde hace un tiempo—, en la doctrina argentina se han levantado voces que reconocen que «los animales son personas no humanas» y «sujetos de derecho».

Quienes se enrolan en esta línea de pensamiento, lo hacen a partir del reconocimiento de un cambio de paradigma respecto a la consideración y al tratamiento de los animales, al que ya hemos hecho referencia, que ha operado por fuera del campo del derecho y que radica, principalmente, en admitir que determinados animales no humanos poseen algunas características propias que los colocan como seres sintientes.

Las consecuencias de este cambio del paradigma antropocéntrico hacia el denominado sensocéntrico, han impactado en el campo de la ciencia del derecho a punto tal que diferentes autores y autoras se han pronunciado en favor del reconocimiento de la categoría de sujetos de derecho o personas no humanas a los animales, o determinadas categorías de ellos.

Sobre el particular, Eugenio Zaffaroni, —al referirse al delito de maltrato de animales— sostuvo:

a nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es necesario reconocerle el carácter de sujeto de derecho.⁽¹⁶⁾

En similar sentido se ha expresado Pablo Buompadre quien entabló la primera acción de hábeas corpus en favor de la orangutana Sandra —como presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA)—, por considerar que se trata de una persona no humana; caso al que nos vamos a referir luego y que, sin dudas, abrió un importante camino que luego fue seguido por otros tribunales.

En relación con la decisión judicial que recayó sobre ese hábeas corpus, Daniel Sabsay manifestó que:

En este caso, al tratarse de una jurisprudencia novedosa, se está sentando un precedente que marcará el rumbo para otros casos: en los hechos, implica el fin de su tratamiento como cosa y pasan a ser una persona no humana. En casos así, la propiedad privada cede frente al derecho básico a la vida, la libertad y a no ser maltratados ni física ni psicológicamente.⁽¹⁷⁾

Dentro de esta corriente de pensamiento también podemos destacar la voz de Valeria Berros, quien ha señalado que:

La posibilidad de ampliar más allá de lo humano el concepto de sujeto de derecho constituye uno de los debates contemporáneos que coloca entre paréntesis una cosmovisión que, traducida al campo jurídico, ha emplazado a los animales no humanos como objeto de explotación y más tarde, aunque de manera selectiva, les ha asignado una protección especial.⁽¹⁸⁾

⁽¹⁶⁾ Zaffaroni, Eugenio. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Editorial Edial, 2002.

⁽¹⁷⁾ <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/conceden-un-habeas-corpus-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno-nid1754353/>

⁽¹⁸⁾ Berros, Valeria. Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el hábeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre la ética animal y el derecho. *RD Amb*, 41, 16/03/2015.

Esta novedosa visión se construye sobre los aportes de la ética animal, desde la que se han planteado diversas posturas sobre la necesidad de la construcción de una teoría de los derechos de los animales no humanos, a partir de la dimensión colectiva del derecho privado.

Algo así parece vislumbrarse a partir de la interpretación de determinadas normas del Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, Berros señala que

Si bien es claro que el debate por el estatuto jurídico de los animales no ha sido contemplado en este proceso de manera medular, también es interesante observar la incorporación de normas que, inspiradas en la necesidad de consolidar una dimensión colectiva del derecho privado, introducen algunos elementos importantes articulados con la cuestión animal. Se trata de nuevas contribuciones que pueden ser puestas en diálogo con los aportes que ponen en discusión el estatuto jurídico de los animales. En ese sentido, se destaca la incorporación de un artículo conducente a limitar el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El artículo 240 establece: «El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1 y 2 debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial». Este artículo permite pensar en la apertura hacia traducciones legales que comienzan a desmarcarse del antropocentrismo, incluso, ya se ha afirmado que este sería un contenido bio-ecocéntrico al interior del nuevo código que se ocupa, en diferentes apartados, de cuestiones relativas al problema ecológico.⁽¹⁹⁾

La visión de la jurisprudencia

Los tribunales no han estado ajenos respecto del interrogante planteado en el punto anterior. Por el contrario, el cambio de paradigma señalado anteriormente respecto a los animales —con el consecuente reconocimiento de su personalidad y subjetividad jurídica— ha sido motivo de tratamiento por parte de la jurisprudencia.

El primer antecedente en el que se advierte el nuevo estatus jurídico de los animales, lo encontramos en la jurisprudencia brasileña, en el año 2005. Es el caso de la chimpancé suiza que vivió en el zoológico de Salvador de Bahía, en relación con la cual se interpuso un hábeas corpus en el que se solicitó su liberación de ese zoológico. En el caso, la sentencia se dictó luego de su fallecimiento. Sin embargo, el juez que dictó la resolución consideró importante expedirse igualmente en el caso, sobre todo para declarar a dicho animal sujeto no humano de derechos.

En nuestro país, el primer fallo a favor del estatus jurídico de los animales como sujetos de derecho no humanos, es el caso de la orangutana Sandra, de 29 años de edad, que se hallaba alojada —desde hacía más de veinte años— en el zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁽¹⁹⁾ Berros, Valeria; Haidar, Victoria y Galanzino, Marianella. Op. Cit.

En relación con Sandra, hubo resoluciones dictadas por diferentes tribunales, en atención a los distintos temas que se suscitaron en torno a ella.

Por un lado, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal se expidió en fecha 18 de diciembre de 2014, al reconocer que los primates —como otros animales—, debían ser considerados sujetos no humanos y podían, en consecuencia, recibir una protección efectiva de sus derechos básicos fundamentales —entre ellos, el de la libertad ambulatoria que es fundamental para la operatividad del resto de los derechos.

En este caso, —como dijimos anteriormente— la acción de hábeas corpus fue interpuesta por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), a través de su presidente el Dr. Pablo N. Buompadre, patrocinado legalmente por el Dr. Andrés Gil Domínguez.

El fallo que resolvió la acción sostiene —como argumento central— que:

a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los Sujetos No-Humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente.⁽²⁰⁾

Por su parte, la jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario Elena Liberatori —quien intervino en la instancia judicial anterior— expresó que:

La categorización de Sandra como «persona no humana» y en consecuencia como sujeto de derechos no debe llevar a la afirmación apresurada y descontextualizada de que Sandra entonces es titular de los derechos de las personas humanas. Ello de modo alguno es trasladable... Entonces, se trata de reconocerle a Sandra sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de «ser sintiente».⁽²¹⁾

Con posterioridad, un fallo de una sala de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires les reconoció a 78 perros en estado de abandono por su dueña, el carácter de «seres vivos sintientes».⁽²²⁾

Otra sala del mismo tribunal ha dicho que los animales ostentan el carácter de «persona no humana» y, en razón de ello, tienen «derechos inherentes a esa categoría de sujetos de derecho», entre los cuales se destacan los de llevar una vida digna, sin apremios físicos ni psíquicos.⁽²³⁾

Por su parte, el Tercer Juzgado de Garantías de la ciudad de Mendoza sostuvo que reconocer a los grandes simios como sujetos de derechos es el mejor «acto de inclusión

⁽²⁰⁾ CNCP, Sala II, en autos «Orangutana Sandra s/ Hábeas Corpus». Registro de Sentencia n° 2603/14 del 18/12/2014, LL 2015-A-339.

⁽²¹⁾ J. Contencioso Administrativo y Tributario n° 4 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría n° 7 (Doctora Noelia Villarino), «Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (Andrés Gil Domínguez) y otros c. GCBA s/ amparo» (expte. A 2174-2015/0), 21 de octubre de 2015.

⁽²²⁾ CApel. Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 25-11-15, G. B., R. s/ inf. Ley 14346, JA 2016-II-326.

⁽²³⁾ CApel. Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, 01-03-17, L. P. D. y otros s/ art. 14346, JA 2017-II, fascículo n° 10, p. 69.

como actores involuntarios en el campo del Derecho» que puede realizar el ser humano.⁽²⁴⁾ En este precedente, se hizo lugar al hábeas corpus interpuesto y se dispuso la liberación de Cecilia, una chimpancé de alrededor de 30 años que transcurrió toda su vida en el zoológico de esa ciudad. La acción fue planteada por la ONG AFADA, y a partir del éxito obtenido jurisprudencialmente, desde abril de 2017 Cecilia vive en un santuario de chimpancés en Brasil.

Finalmente, la Sala «B» de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza el 14 de septiembre de 2021 dictó un fallo que se enrola dentro de esta doctrina judicial, al admitir el carácter de persona no humana a Pocha y Guillermina, dos elefantes asiáticos que se encontraban en el Ecoparque de la ciudad de Mendoza.⁽²⁵⁾

Conclusión

A la luz de la evolución que hemos referenciado en los parágrafos precedentes, que da cuenta del abandono del paradigma antropocéntrico para dar cabida a nuevos paradigmas que reconocen en otros seres y elementos distintos de la persona humana, la calidad de sujetos de derecho o —cuanto menos—, su necesidad de protección jurídica por sí mismos y no por su relación con aquella, resulta cuanto menos llamativa la resistencia que, sobre el tema, se evidenció en la última gran reforma operada en el campo normativo del derecho civil.

Ello, sin perjuicio que algunas de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación nos permitan identificar, actualmente, algunos aportes tendientes a problematizar el estatuto jurídico de los animales no humanos.

Sin embargo —y más allá de que se haya perdido una oportunidad central para reformar ese estatuto—, las nuevas corrientes doctrinarias, los precedentes jurisprudenciales y los proyectos legislativos que hemos analizado —que son solo algunos de tantos otros referidos al tema—, nos permiten sostener que no se trata de un tema cerrado ya que se encuentra en la agenda científica, legislativa y judicial de nuestro país.

Y si bien, resulta, cuanto menos difícil, avanzar en esta instancia hacia el reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales, contamos con herramientas suficientes para trabajar ya mismo en la tutela jurídica que ellos merecen.

⁽²⁴⁾ Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, 03/11/2016, Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia, expte. P-72.254/15.

⁽²⁵⁾ Fallo de la Sala «B» de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza en el expte. FMZ 13.623/2021/CA1: «PRESENTANTE: FUNDACIÓN TEKOVE MYMBRA S/ HABEAS CORPUS», ver en: <https://www.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/5/2021/09/FALLO-ELEFANTES-JUSTICIA-NACIONAL.pdf>

Referencias bibliográficas

- BERROS, María V. Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el hábeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre la ética animal y el derecho. *RD Amb* 41, 16/03/2015.
- BERROS, María V. *El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho)*. La Ley. AP/DOC/2680/2013.
- BERROS, María V.; HAIDAR, Victoria y GALANZINO, Marianella. La mirada jurídica sobre los animales: un análisis de su estatuto en el derecho privado argentino. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVIII (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2017), 79–101.
- CROVI, Luis D. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10 (134), año 2018.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. *La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 23/2017; LL 14/05/2018, 4 – LA LEY 2018–C, 1; TR LA LEY AR/DOC/658/2018.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La categoría jurídica «sujeto/objeto» y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios. *Revista de Bioética y Derecho*, 2015: número extra, recopilatorio especial: 54–67.
- PICASSO, Sebastián. Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda, LA LEY 16/04/2015, 1 – LA LEY 2015–B, 950.
- RIVERA, Julio C. *Derecho Civil – Parte General*. Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 2016.
- SAUX, Edgardo I. (Dir.). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 36 y ss.
- SAUX, Edgardo I. Algunas consideraciones sobre las reformas proyectadas en la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación. *SJA* 21/11/2018, 3. TR LA LEY AR/DOC/3578/2018.
- TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Editorial Edial, 2002.

Aspectos del derecho a la identidad digital

Aspects of the right to digital identity

Aidilio Gustavo FABIANO

Profesor de Fundamentos de Derecho Privado (FCJS-UNL).

Email: aidiliofabiano@hotmail.com

Resumen

A la Parte General del Derecho Civil, siempre se le adjudicó el estudio del sujeto de la relación jurídica, circunscribiendo su análisis al estatuto de la persona humana y a la teoría general de las personas jurídicas, como únicas alternativas tradicionales de asignación de esferas de derechos y deberes, los debates que planteó el poshumanismo, trajo aparejado al mundo jurídico el análisis de nuevas subjetividades como la robótica, animales como seres sintientes, entre otros. Entre estas puede señalarse el derecho a la identidad digital, como representación digital de la identidad física y espiritual en entornos virtuales, correspondiendo determinar que en algunos casos constituye un verdadero derecho personalísimo y en otros un derecho subjetivo patrimonial. Finalmente, el derecho al olvido digital corresponde ser analizado como un medio de protección de dicha identidad digital, comentándose la concepción estrecha del mismo que asumió la CSJN.

Palabras clave

Derecho a la identidad digital; Derecho al olvido digital

Abstract

The General Part of Civil Law was always awarded the study of the subject of the legal relationship, limiting its analysis to the status of the human person and the general theory of legal persons, as the only traditional alternatives for assigning areas of rights and duties, the debates that posthumanism posed, brought to the legal world the analysis of new subjectivities such as robotics, animals as sentient beings, among others. These include the right to digital identity as a digital representation of physical identity in virtual environments, it should be determined that in some cases it constitutes a real personal right and in others a subjective patrimonial right. Finally, the right to digital oblivion must be analyzed as a means of protecting this digital identity, commenting on the narrow conception of it assumed by the CSJN.

Keywords

Right to digital identity; Right to be forgotten

Introducción

La convocatoria de esta edición del Boletín del Instituto de Derecho Civil de nuestra Facultad nos interpela a «ofrecer un muestrario de las distintas subjetividades que circulan y reclaman reconocimiento».

A la Parte General del Derecho Civil siempre se le adjudicó el estudio del sujeto de la relación jurídica, circunscribiendo su análisis al estatuto de la persona humana y a la teoría general de las personas jurídicas, como únicas alternativas tradicionales de asignación de esferas de derechos y deberes.

Sin embargo, no se terminó de asimilar el nuevo paradigma de la actual codificación argentina respecto a la noción de persona humana, donde se optó por no definirla sino otorgarle la nueva denominación —por considerarlo un concepto anterior al Derecho, y que dicha designación indicaba la máxima protección posible—,⁽¹⁾ cuando en el mismo lustro surgió la necesidad de abordar nuevas subjetividades que no fueron contempladas.

Prueba de ello resultan problemáticas planteadas respecto a la subjetividad de los animales como seres sintientes, la robótica, *cyborgs*, etcétera.

Siguiendo la metodología propuesta para esta edición, desde la perspectiva de la Parte General del Derecho Civil, intentaré describir dentro del campo de las subjetividades que se presentan desde distintas narrativas de humanización de la persona, al fenómeno de las identidades digitales.

La pregunta propuesta es si en el elenco de protección de la dignidad humana puede sostenerse un derecho personalísimo autónomo a la identidad digital, y en su caso, si el mismo es una arista del ya reconocido derecho a la identidad personal en sus facetas estáticas y dinámicas, o resulta una construcción que corresponde diferenciar, y en su caso, con qué alcances.

Finalmente, y relacionado con el bien jurídico bajo tratamiento, corresponde una obligatoria referencia al derecho al olvido digital —quizás más un modo de protección de la identidad que una facultad autónoma—, fundamentalmente, por la trascendencia que ha asumido el mismo, como consecuencia del reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las nuevas subjetividades en la evolución del concepto jurídico de persona

Huelga referir que el término persona para la doctrina clásica⁽²⁾ revestía distintos sentidos: uno vulgar, otro filosófico y finalmente uno jurídico. En sentido vulgar persona era sinónimo de hombre y no se concebía que dicha acepción pudiera servir para el Derecho porque se reconocían clases de hombres que no tenían en la historia consideración de personas, aceptando que aún en el derecho moderno había hombres que no eran personas. Así, en las sociedades antiguas, como en Roma y Grecia solo era persona el ciudadano, y por tanto se acuñó el concepto de ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones asociando la personalidad a la capacidad. En un sentido filosófico era una sustancia individual de naturaleza racional o bien el supuesto dotado de entendimiento.

⁽¹⁾ Ver Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley, 2012.

⁽²⁾ Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español común y foral*. Madrid: Reus, 1987, pp. 116–119.

En sentido jurídico, persona era quien podía ser capaz de derechos y obligaciones, es decir, sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas.

Pero el tema también, según el jurista español que venimos citando, era muy discutido por los civilistas y filósofos del derecho, planteándose la diferencia entre teorías normativistas, formalistas o puramente jurídicas, para quien la personalidad era una atribución del orden jurídico, lo que se contraponía con las teorías realistas o iusnaturalistas que entendían a la personalidad como un atributo esencial del ser humano, inseparable de este como ser racionalmente libre.

El ordenamiento clásico reconoció, por tanto, solo dos tipos de personas en el sentido que el Derecho moderno atribuye a la personalidad jurídica; por un lado, todos los hombres como medio de que estos realicen en la vida sus fines individuales, pero también el Derecho concedió personalidad a instituciones o colectividades y organizaciones humanas lo que dio lugar a la teoría general de las personas jurídicas.

En síntesis, el término persona equivalía a sujeto de derecho y solo se concebía a las categorías referidas, más allá de la revalorización del concepto de persona humana en virtud del principio de dignidad personal (artículo 51 del CCC), que se traduce en el reconocimiento del valor de la persona humana como entidad independiente y preexistente al ordenamiento mismo dotada de unos derechos inviolables que le son inherentes.

Las nuevas subjetividades

Para hablar de nuevas subjetividades, y como sucedió con la mayoría de las instituciones jurídicas, las mismas surgieron de planteos efectuados en el campo del pensamiento, resultando ineludible referir al tránsito que plantean algunos filósofos del humanismo al poshumanismo.

El humanismo ha sido considerado como parte de una visión ética en la que se comprende a la persona humana dotada de dignidad, de libertades y derechos fundamentales, que tiene una misión trascendente en la vida lo que la convierte en un fin en sí mismo digno de protección jurídica y política;⁽³⁾ el poshumanismo, en cambio, desde dicha lógica, atiende a cambios en las condiciones de vida a partir de nuevos elementos como la influencia de la inteligencia artificial, la robótica, etc., y como el hombre se adapta a tales fenómenos. El dato más común de esta visión es que se ha perdido la centralidad humana y la persona se sitúa como un elemento más de un orden nuevo, lo que lo diferencia del paradigma humanista.

Pero a la vez, la nueva conciencia poshumanista permite una apreciación más respetuosa de toda la creación convirtiéndose en partícipe de la humanidad.

Así, frente a la crisis ecológica se propugna una extensión de la dignidad de los animales sensibles y a los ecosistemas en el marco de una comunidad de destino entre el ser humano y la naturaleza, la igualdad de género como paradigma ineludible en las sociedades occidentales, el rol de la tecnología, etcétera.

Se asigna como base del pensamiento poshumanista las transformaciones en la noción de «identidad humana», rechazando la idea esencialista del ser humano, entendiendo que

⁽³⁾ Pérez Francesch, Joan L. El posthumanismo. Los derechos de los seres vivos. La naturaleza y la humanidad en el horizonte 2050. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 04/2019.

el mismo ocupa una posición horizontal con la naturaleza y los agentes no-humanos, en un tipo de convivencia que puede considerarse postsocial, es decir, un mundo de humanos, redes comunicativas y computadora y un engranaje tecnológico del cual el humano forma parte igualitaria y no singular.⁽⁴⁾

A la vez se señala que el tránsito del humanismo al poshumanismo requiere atravesar el transhumanismo; este último importaría un ser humano en transformación con algunas capacidades físicas y psíquicas superiores a las de un humano normal, en cambio, el poshumano sería un ser natural o artificial con unas capacidades que sobrepasarían de forma excepcional las posibilidades del hombre actual. Se considera que el transhumanismo supone la superación de la evolución biológica basada en la selección de variaciones aleatorias por la evolución basada en la tecnología lo que podría dar nacimiento a una nueva especie poshumana descendiente de nuestro linaje pero mucho más avanzada que estaría representada por el Homo Roboticus o por el Homo Excelsior.⁽⁵⁾

Consecuencia de estas reflexiones podrían resultar el análisis de la subjetividad de la robótica (se han planteado las seis leyes de la robótica propuestas al Parlamento Europeo donde los robots deberán contar, por ejemplo, con un interruptor de emergencia para evitar cualquier situación de peligro, tributar a la Seguridad Social, sus derechos y obligaciones deberían ser clasificados legalmente, no podrían crearse relaciones emocionales, etcétera).⁽⁶⁾

También, el replanteo de la naturaleza jurídica de los animales, si admite por consenso el tránsito de catalogarse como objetos de derecho, o bien «cosas», a verdaderos sujetos de derecho, en particular portadores del derecho al bienestar animal, titulándolos como seres sintientes, cuestión que ha conmovido la legislación de los principales países europeos en pos del reconocimiento de derechos y prerrogativas frente a la crueldad, abandono, pautas de adopción, etcétera.⁽⁷⁾

El derecho a la identidad

En la doctrina nacional, en la década del noventa, comenzó a discutirse el «derecho a la identidad personal», que fue introducido como consecuencia de la publicación de la obra del jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien a partir del análisis de la jurisprudencia y debates verificados en la doctrina italiana, influyó en la indagación de la identidad biológica —en particular el caso de las personas nacidas en cautiverio durante la última dictadura—, como así, en referencia de la identidad sexual, transexualismo y cambio de sexo, planteándose también la existencia de un patrimonio cultural, ideológico, religioso, que una vez exteriorizado, era susceptible de protección jurídica.

Sostenía Fernández Sessarego que la identidad del ser humano, como una unidad, indicaba un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados

⁽⁴⁾ Chavarria Alfaro, G. El posthumanismo y los cambios de la identidad humana. *Revista Reflexiones*, 94 (1): 97–107.

⁽⁵⁾ Hernández Ramírez, Greco, *Homo Roboticus. Ensayos sobre la creatividad científica en biología*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2017, p. 24. citado por Gil Domínguez, Andrés. Inteligencia artificial, transhumanismo y poshumanismo. Rubinzal Culzoni doctrina web, 2038/2019.

⁽⁶⁾ Martínez Mercadal, Juan J. *El Derecho Privado ante la Robótica y la Inteligencia Artificial: La Prevención de la (hiper) vulnerabilidad*. La Ley online TR LALEY AR/DOC/1494/2022.

⁽⁷⁾ Pérez Francesch, Joan L. Op. Cit., *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 04/2019.

entre sí de los cuales unos son de carácter predominantemente —espiritual psicológico somático—, mientras que otros son de diversa índole como los aspectos ideológicos, religiosos, políticos y culturales. Estos elementos múltiples son los que en conjunto caracterizan y perfilan el ser «uno mismo», el ser diferente a otros, aunque se pertenezca a una misma especie. La identidad del ser humano se constituye en cuanto ser libre a través de un continuo proceso autocreativo mediante una sucesión de haceres en que consiste la existencia por la decisión a una determinada concepción del mundo, por lo que todo hecho configura y define la personalidad.⁽⁸⁾

Existe un consenso generalizado sobre la autonomía y existencia de este derecho personalísimo, aunque no se logra un consenso sobre su contenido.

Tradicionalmente se han distinguido dos fases: una estática y otra dinámica.

En sus orígenes se lo vinculó principalmente con la denominada identidad estática biológica o filiatoria, en relación con su fase social o dinámica se admiten singulares proyecciones, tales como la identidad sexual, la de género, la grupal y la informática entre otras que seguirán configurando con el correr del tiempo.⁽⁹⁾

Puede ser conceptualizado como el derecho a ser considerado en el medio social con el conjunto de calidades y características dinámicas que permiten individualizar a cada uno en la valoración de los demás, por ello, comprende el conjunto de opiniones convicciones, acciones y creencias que determinan que la persona sea una misma y no otra; así, habría una afectación al derecho a la identidad cuando se produce un desconocimiento de dichas convicciones o acciones que le son propias, o bien cuando se le atribuyen convicciones o acciones que no le pertenecen, se omiten rasgos de la persona que por su importancia definen su personalidad o cuando se la presenta con caracteres que no son propios de ella y de esa manera se lo distorsiona. Obviamente que tal desnaturalización debe referir a calidades principales y no accesorias puesto que no se tutela la hipersensibilidad de cada individuo.⁽¹⁰⁾

Pero también debe tenerse presente más allá de su autonomía, el derecho bajo estudio se configura en función de la privacidad. En efecto, se afirma que existe una identidad que se modela en relación con los elementos que cada uno quiere que se le definan o resalten; por lo tanto, la privacidad asume un papel fundamental ya nos permite mantener, hacer valer o reivindicar la identidad que queremos para nosotros o bien la que realmente tenemos, pero a la vez, y paradójicamente, define al mismo tiempo la identidad que queremos mostrar hacia fuera.⁽¹¹⁾

⁽⁸⁾ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 15.

⁽⁹⁾ Saux, Edgardo I. en Saux, Edgardo I. (Dir.). *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, T. II, coautores: Carlos E. Depertris, Aidilio G. Fabiano, Carlos A. Reyna, Edgardo I. Saux y Claudia M. Wagner. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 249.

⁽¹⁰⁾ Tobías, José W. *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, T. II. Thomson Reuters (Ed.). Buenos Aires: La Ley, 2018, pp. 353–355.

⁽¹¹⁾ Se ejemplifica lo planteado con el caso que alguien que se dedica a la seria crítica cinematográfica, en privado, en cambio, disfruta de películas de pésima calidad, o dedicarse a la elevada crítica literaria y en privado leer novela rosa, etc. Piñar Mañas, José L. Identidad y Persona en la Sociedad Digital. *Sociedad Digital y Derecho*, Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dirs.). *Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED*. ES. Madrid, noviembre de 2018.

El derecho a la identidad digital

Sentados los datos característicos del derecho a la identidad personal, no puede obviarse que el modo de exteriorización de nuestras conductas, evidentemente, ha variado sustancialmente como consecuencia del desarrollo tecnológico.

Nuestra identidad estática que se limitaba prácticamente a los datos filiatorios que conformaban los contenidos de los documentos de identidad y pasaportes, hoy se ha complejizado mediante la utilización de los datos biométricos, firmas electrónicas y digitales y otros procedimientos de identificación utilizados en los entornos digitales para los más variados trámites de nuestra vida cotidiana, ya que la mayoría de las transacciones más comunes de la vida en general (acceso a servicios, trámites ante la Administración Pública, educación, etc.) se hacen por vía remota, y para ello, resulta imprescindible la identificación de las personas.

Pero fundamentalmente la vida social ha mutado al ciberespacio.

Desde temprana edad, las personas crean perfiles para interactuar en redes sociales, publicando sus vivencias, pensamientos, opiniones sobre determinados temas de interés público, o bien sobre lo que piensan de otras personas. Muchas veces dichos perfiles o intervenciones se formulan identificándose con los mismos datos que los pertenecientes a su identidad personal estática, otras veces, en cambio, apelan a una o varias identidades alternativas, ocultando, la mayoría de las veces, la verdadera.

Tales manifestaciones de las distintas identidades utilizadas, en virtud de los caracteres esenciales del entorno virtual, escapan al control de sus titulares o autores. En efecto, los rasgos de extraterritorialidad y tecnología que impide su control —*blockchains*—, impiden, en la mayoría de los casos, el gobierno de lo indexado en los buscadores de internet.

Tal fenómeno nos obliga a interrogarnos si subsisten las ideas tradicionales de identidad estática y otra dinámica o si puede plantearse la existencia de una identidad digital que aborde todas las facetas. En otras palabras, ¿es lo mismo la identidad personal que la identidad digital?, ¿constituye esta última un derecho personalísimo?, la respuesta debe encontrarse en la debida conceptualización de la identidad digital.

Sin embargo, se adelanta, no existe un consenso respecto a los conceptos y ámbitos que incluye.

En tal sentido se opina que en el entorno digital la heteroformación de la identidad depende de factores que no siempre suceden en el mundo físico o lo hacen de un modo muy diferente, ya que en el entorno digital las posibilidades de conformar desde fuera del propio sujeto su identidad y con ello su personalidad resultan sin duda mucho más numerosas, y cualitativamente diversas. Por ello, se alerta que el poder de los algoritmos puede configurar la identidad de la persona, una identidad controlada, vigilada y diseñada, que pone en jaque el derecho al libre desarrollo de la personalidad; así, la convivencia de un entorno digital y otro físico puede dar lugar a una diversidad de identidades que conviven: la física y una, o varias, digitales.⁽¹²⁾

Para algunos autores la persona, a la par que construye su identidad real puede ir delineando una identidad digital, como expresión de los caracteres y rasgos con los que se

⁽¹²⁾ Piñar Mañas, José L. Op. Cit., Sociedad Digital y Derecho, Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dirs.). *Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y RED.ES*. Madrid, noviembre de 2018.

individualiza frente a los demás en el entorno digital, incluyendo tanto lo que la persona es en realidad, como lo que pretende ser.⁽¹³⁾

En un nivel básico, la identidad digital sería la versión digital de la identidad física, es decir, sería una representación digital de la identidad física que aprovecha la optimización de procesos que permiten los medios técnicos utilizados en el entorno del ciberespacio.

Hay quien señala que la identidad digital también llamada «identidad 2.0», es la versión en internet de la identidad física de una persona, compuesta por millones de datos que proporcionamos en la red, que incluye fotos, e-mail, datos bancarios y preferencias de consumo. Tal ID 2.0 es lo que somos en la red, de allí la necesidad de su control, ya que a lo largo del tiempo deviene en una verdadera «huella digital», que se construye por las interacciones de la propia persona y también por terceros sin el consentimiento o la plena conciencia del proceso. Se alerta que cuanto más publiquemos, más identidad creamos y más fuerte será la presencia de la misma para orientar a los algoritmos.⁽¹⁴⁾

Se indican como características de la identidad digital, las siguientes: i) se construye a través de los distintos sitios y servicios en internet como las redes sociales a partir del reconocimiento de los demás, sin importar, en principio, si es real o no, única o múltiple, total o parcializada; ii) es subjetiva, atento a que depende de cómo son percibidos por los otros los contenidos subidos al medio digital; iii) se construye con la información aportada por la misma persona pero también la que suben terceros con o sin el consentimiento del titular; iv) es dinámica, ya que se encuentra en constante cambio o modificación.⁽¹⁵⁾

Otros autores refieren que no deben confundir los términos de identidad digital con reputación o identidad *online*, puesto que la identidad *online* es parte complementaria de la identidad digital. La reputación o identidad *online*, es toda la información que nos identifica en el entorno virtual. Por ello, el término puede abarcar distintas acepciones: así, el referente al ámbito del marketing, de la educación o la comunicación, asociada a la reputación o identidad *on line*, donde se la aprehende como aquella imagen plasmada en el ciberespacio, por cuenta propia o de terceros, en relación con una persona.⁽¹⁶⁾

Por ello, el uso de la «identidad digital» plantea el inevitable interrogante sobre si esta identidad cuenta con la misma tutela que la prevista para la identidad personal. La identidad digital, libremente creada en la web, se ha convertido en una fuente de lucro para los operadores digitales que intercambian servicios con los titulares de los datos. O bien, utilizan esa información para campañas publicitarias. Por lo demás, la información digital, libremente difundida y discrecionalmente conectada, se halla en condiciones de reconstruir identidades digitales no coincidentes con la real, llegando a la posibilidad de descomponer a la persona en «fragmentos».⁽¹⁷⁾

Ello nos lleva a la posibilidad de relacionarla, en determinados casos, con la idea de una marca como derecho subjetivo patrimonial. En dicho sentido se asimila la identidad digital

⁽¹³⁾ Crovi, Luis D. *El derecho a la identidad y las nuevas tecnologías*. LALEY AR/DOC/945/2022.

⁽¹⁴⁾ Campos Ríos, Maximiliano. *¿Qué es la identidad digital y por qué está transformando al Estado?* www.infobae.com/opinion/2021/07/23.

⁽¹⁵⁾ Vaninetti, Hugo A. *Identidad, reputación y muerte digital*. *DFyP*, 2016 (octubre), 05/10/2016, 237.

⁽¹⁶⁾ Hurtado Martos, José Á. *La identidad digital, una herramienta para el desarrollo sostenible*. M. del Mar Delgado Serrano (tutora). *RA&DEM*, 4, 2020, pp. 115–130.

⁽¹⁷⁾ Pasquino, Teresa. *Identidad digital de la persona, derecho a la imagen y reputación*. *SJA*, 04/03/2022, 04/03/2022, 1.

al derecho intelectual que proporciona una marca, vale decir, como signo susceptible de representación gráfica que sirve para diferenciar un producto o servicio dentro del mercado; a la vez se indica como problemático que los títulos de marcas siguen siendo otorgados por los estados, cuando internet ya, prácticamente, no reconoce tales jurisdicciones, por lo que su validez se reduciría dentro de las lindes fronterizas político-geográficas.⁽¹⁸⁾

Por ello, debería discernirse si el robo de la identidad digital tiene las mismas implicancias si se trata de una identidad real o ficticia, donde cobraría mayor relieve la distinción desde la perspectiva de los daños que se generan, como así, desde la órbita penal.⁽¹⁹⁾

Finalmente, existen posturas contrarias a la idea de identidad digital; ello porque no siempre existe una cabal correspondencia entre los datos de una persona real y el conjunto de información que sobre la misma obren en la red, así podría compartir su identidad real con varias identidades digitales que disponga crear, que pueden coincidir con la primera en algún sentido, o directamente tratarse de identidades digitales «vacías», sin vinculación con persona alguna. En conclusión, se rechaza la figura porque la proyección de una persona en entornos digitales no es lo mismo que la identidad en sí de la misma, negándose la posibilidad de plasmar la universalidad de datos y la conciencia de ella en las redes.⁽²⁰⁾

De los distintos conceptos referenciados, pensamos que habiendo cambiado sustancialmente el modo de comunicarse de la persona con sus semejantes en virtud de las nuevas tecnologías y el uso de entornos digitales es posible mantener la concepción del derecho a la identidad personal como derecho personalísimo, con las siguientes salvedades.

En principio, podría seguir diferenciándose entre una identidad digital estática y otra dinámica.

La primera como conjunto de datos para manejarse en el entorno virtual (datos biométricos, firma digital, etc.), que permite su constante corrección y control por diferentes medios de protectorios, en particular la garantía constitucional del *habeas data*; la segunda, dada por la exteriorización —a través de dicho entorno— de nuestro patrimonio cultural social, religioso, etc., cuya protección, si bien no debe desecharse la garantía constitucional ya referida, podría encontrar un medio idóneo en el derecho al olvido digital, que a continuación abordaremos.

Sin embargo, frente a supuestos de identidades que no coincidan con la estática, que no reflejen la correspondencia con los datos reales, comprobables empíricamente con los del emisor, se duda que asuman el carácter de derecho personalísimo.

En efecto, las distintas identidades digitales dinámicas con las que la persona cuente y que no reflejen su verdadera identidad estática, como sería el caso de *influencers*, actores que componen un personaje, o bien aquellas utilizadas con fines de marketing, educativos, etc., que no refleja a la persona de un modo coincidente con su identidad real, denominadas «vacías», deberían ser analizadas desde la perspectiva de los derechos patrimoniales, careciendo de los caracteres propios de todo derecho personalísimo.

⁽¹⁸⁾ Fernández Burgueño, Pablo. Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online. *AdComunica: revista científica de estrategias, tendencias e innovación en comunicación*, 3, Facultat de Ciències Humanes i Socials, Universitat Jaume I, Castellón 2012, pp. 125–142.

⁽¹⁹⁾ Ferrari, Gustavo. *El robo de identidad, desafío de era digital*. La Ley online, TR LALEY AR/DOC/234/2012.

⁽²⁰⁾ Liceda, Ernesto. *La identidad digital*. La Ley online, TR LALEY AR/DOC/3610/2011.

Derecho al olvido digital

Analizados los contornos de la identidad digital y los modos de interrelación verificados en el entorno virtual, el almacenamiento e indexación perenne de datos, imágenes, opiniones, vivencias, etc., evidentemente, transforma a la persona humana en cautiva de su propia exposición.

No puede dudarse que la evolución de la personalidad lleva a adoptar distintas actitudes a lo largo de los años, realizar ciertos actos, asumir determinadas posiciones que, debidamente racionalizadas y con un mayor grado de madurez, suelen parecernos equivocadas, cuando no escandalosas. Sin embargo, resultan las reglas de conducta que nos moldean y perfilan, delineando así la identidad a la que hemos hecho referencia en el punto anterior.

Como se dijo, el modo de acceso y duración de todos esos datos pueden, en determinados supuestos, producir verdaderas mortificaciones espirituales, generar prejuicios, incluso, volvernos víctimas de conductas discriminatorias o directamente cancelatorias de oportunidades sociales, laborales, etc., produciendo una severa mortificación espiritual.

Más allá del equilibrio que debe procurarse entre todo derecho personalísimo con la libertad de expresión —que rige en el ámbito de internet—, no pueden desconocerse distintos medios protectorios de la información referida, que van más allá de los datos personales protegidos en el marco constitucional y microsistema correspondiente,⁽²¹⁾ el honor, la imagen y la intimidad.

Me refero expresamente al derecho al olvido digital, como el modo de lograr la autodeterminación informativa, concebido como el que posee toda persona a ser olvidada, lo que significa que la información a ella referida, sea desindexada o borrada, ya sea por su contenido o por el efecto que tiene sobre ella el paso del tiempo.⁽²²⁾ Ha sido reconocido por importante doctrina nacional,⁽²³⁾ e incluso abordado por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.⁽²⁴⁾

Se considera que este nuevo derecho es consecuencia de la creciente importancia de los buscadores, ya que sin los mismos los datos que pudieran existir en un archivo, obviamente asumían la potencialidad de tener consecuencias en algún momento, pero no constituía algo por lo que los afectados se hubieran sentido preocupados; hoy, los buscadores en la

⁽²¹⁾ Art. 43 de la Constitución Nacional y ley 25326 que regulan, respectivamente, la garantía del *habeas data* y la protección de datos personales, vedando el procesamiento de datos e información sensible de las personas, como así, sin su debido consentimiento y conocimiento, reconociendo el derecho que posee cada individuo de gobernar los datos que a él refieren.

⁽²²⁾ Faliero, Johanna C. *Los peligros del Derecho al Olvido Digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el Derecho a la Información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural*. LA LEY 2020-B, 227.

⁽²³⁾ Tobías, José W., Op. Cit., T. II. Thomson Reuters (Ed.). Buenos Aires: La Ley, 2018, pp. 328–330; 7. Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, 7ma. ed. T. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020, pp. 1291–1292. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Gustavo C., *Tratado de Responsabilidad Civil*. T. III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 422–424.

⁽²⁴⁾ En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Sur, octubre de 2015, en la Comisión 10 «Derecho comparado. Daños derivados de la actividad de Internet», por unanimidad, en el punto 5., se sostuvo: «El derecho al olvido es un derecho relacionado con la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público».

sociedad digital tornan imposible el olvido de cualquier pequeño error o, sin que sea un error, pueden atrapar cualquier comportamiento del que su autor ha querido apartarse para siempre, y de tal suerte, el pasado se erige en «fantasma vengador y en todo caso en condicionante del futuro, pues le persigue para siempre, sin la protección que la naturaleza le ofrecía: el tiempo y el espacio».⁽²⁵⁾

Pero a la vez, se señala que no significa un derecho a adecuar su propia historia, eliminando actuaciones o manifestaciones que no lo favorece; ello, sería igual a la impostura, lo que ha sido expresamente rechazado por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España⁽²⁶⁾ y sometido a regulación especial.⁽²⁷⁾

También se ha alertado su importancia respecto a la situación de vulnerabilidad que se verifica como consecuencia del uso y exposición constante a los entornos virtuales de niños, niñas y adolescentes.⁽²⁸⁾ En particular se alerta sobre la falta de conciencia de los padres que lejos de velar por la protección de la identidad digital de sus hijos menores, son los forjadores de la misma en los primeros años de sus vidas, lo que exige suma responsabilidad.⁽²⁹⁾

Sin embargo, no se encuentra exento de fundadas críticas ya que si el mismo es aplicado de un modo amplio podría implicar nocivas consecuencias como la pérdida de historia y cultura, con efectos colaterales imprevisibles e incontenibles a nivel colectivo, porque modula el concepto mismo que se tiene de aquello que es historia o cultura, o de aquello que incide en ella.

⁽²⁵⁾ De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. *Sociedad Digital y Derecho*, Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dir.). *Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES*. Madrid, noviembre de 2018.

⁽²⁶⁾ Dicho Tribunal señaló que el mentado derecho no amparaba que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justificó a aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de internet las informaciones negativas, «posicionando» a su antojo los resultados de las búsquedas en internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. STS 545/2015, 15 de octubre de 2015 v. <https://vlex.es/>

⁽²⁷⁾ El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, al regular este derecho en su artículo 17, y de modo que no quede librado a la mera subjetividad de su titular, determina que la supresión de determinados datos estará supeditada a los siguientes recaudos: a) cuando tales datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados, b) ante el retiro del consentimiento, c) cuando no prevalezcan otros motivos a la oposición, d) cuando el tratamiento de datos resulte ilícito, se omita su supresión impuesta por una obligación legal, entre otros, pero siempre supeditado a la debida confrontación con otros derechos fundamentales, tales como los derechos de libertad de expresión e información, tal como lo explica Córdoba Castroverde, Diego. Los retos de la protección de dato en internet: caso Google Spain y derecho al olvido. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21 (ejemplar dedicado a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares). Madrid 2017, pp. 221–247.

⁽²⁸⁾ Tordi, Nadia A. El derecho al olvido como una garantía para ejercer derechos personalísimos de NNyA en los entornos digitales. RDF, 100, 4. Silva, Cristina I. y Stramandinoli, María G. *Observación General Nº 25 (CDN) y el derecho al olvido digital en favor de los niños, niñas y adolescentes*. LA LEY 23/06/2021, 29.

⁽²⁹⁾ Vaninetti, Hugo A. *Facebook y la soberanía jurisdiccional. Defensa de los derechos del niño a su imagen, intimidad e integridad*. LA LEY 2019–D, 255.

El derecho al olvido en la jurisprudencia nacional. Fallo de la CSJN

El principal antecedente que se resolvió en el ámbito nacional fue el fallo «Denegri».⁽³⁰⁾

La Corte Nacional partió de interrogarse si una persona pública, que participó en un hecho también público puede gozar del «derecho al olvido», diferenciando el supuesto del precedente «Costeja»⁽³¹⁾ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que el mismo aludía a datos privados sobre la ejecución de un bien por deudas.

Para responder dicho interrogante la Corte señaló los derechos en tensión, por un lado, la libertad de expresión y por el otro, derechos personalísimos tales como el honor y la intimidad.

Refiriéndose al primero resaltó que comprendía el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet, herramienta que se ha convertido en un gran foro público por las facilidades que brinda para acceder a información y para expresar datos, ideas y opiniones, y que asume el mayor rango de protección constitucional por imperio de la ley 26032. Abonó lo expuesto señalando la importancia que asumían los «motores de búsqueda» como intermediarios entre los usuarios que desempeñan un papel decisivo en la difusión global de datos⁽³²⁾ sosteniendo que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado y, así, hacer cesar su repetición, implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional o que lo dificultaría sobremanera.

Sostuvo como un fundamento dirimente que por el transcurso del tiempo una noticia o información que formó parte del debate público no perdía tal atributo, y su supresión pondría en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, abriendo un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate.

El carácter de personaje público de la actora, de acuerdo con la doctrina de la «real malicia», le significaba una protección más atenuada de sus derechos personalísimos frente a la libertad de expresión.

No resultaba determinante el cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público, pues que la protección constitucional no podía depender de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlos.

Si bien concluyó que en el caso no se habían brindado argumentos suficientes para reconocer el derecho al olvido y limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre un personaje público circulaba, sostuvo que ello no implicaba desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría «Inteligencia Artificial» (IA), suscitaba numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

⁽³⁰⁾ CSJN en «Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s. Derechos Personalísimos: Acciones relacionadas», del 28 de junio de 2022, *Fallos*: por el que se revocó la admisión del derecho al olvido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala H, del mes de agosto de 2020, oportunidad en la que se había ordenado la desindexación de videos en lo que aparecía la actora como protagonista del caso «Coppola», en programas de televisión que de modo evidente resultaban escandalosos y contrarios a toda idea de buen gusto.

⁽³¹⁾ Tribunal de Justicia de la Unión Europea «Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González», sentencia del 13 de mayo de 2014.

⁽³²⁾ Para ello aludió a sus precedentes «Rodríguez, María Belén» (*Fallos*: 337:1174), «Gimbutas, Carolina Valeria» (*Fallos*: 340:1236) y «Paquez, José» (*Fallos*: 342:2187).

Refirió que los motores de búsqueda no seguían una cronología sino el criterio de «lo más relevante para el usuario», señalando la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los mismos, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos.

Formuló así la Corte una exhortación a compatibilizar la tensión que podría suscitarse entre los derechos personalísimos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos, citando las «Directrices Éticas para una IA fiable», Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018.

Probablemente el pronunciamiento de la Corte genere distintas reacciones que dada su proximidad se irán conociendo paulatinamente.

Sin perjuicio de ello, se ha criticado que lo decidido ha eliminado el derecho al olvido por desvinculación, que debía diferenciarse con los casos de contenidos ilícitos, inexactos o falsos que correspondía su bloqueo total —si resultaban debidamente notificados— (doctrina de «Rodríguez», «Gimbutas» y «Paquez», ya citados). El fallo ha vedado el derecho bajo estudio aun en supuestos en que la persona hubiera prestado el consentimiento, se trate de contenidos digitales veraces, no involucren a personajes o funcionarios públicos y no presenten un interés científico o histórico, impidiendo eliminar los datos que hayan perdido actualidad, carezcan de relevancia informativa, o se tornaron irrelevantes, postulándose que en tales supuestos y previa notificación a los motores de búsqueda debería reconocerse el llamado olvido por desvinculación, lo que, por el momento, ha quedado descartado por el aludido pronunciamiento.⁽³³⁾

Conclusión

Dentro del objetivo meramente descriptivo de las identidades digitales que nos hemos propuesto, podemos concluir en que dentro del campo de las nuevas subjetividades que se presentan, a la Parte General del Derecho Civil, le corresponde discernir la naturaleza de estas. En particular entendemos que debe reconocerse un derecho personalísimo a la identidad digital (ya estática, ya dinámica) cuando la misma constituye el modo de manifestarse de la persona humana en los entornos digitales; no así, en los supuestos de identidades que no coinciden con la real, que correspondería que sean analizadas en el campo de los derechos subjetivos patrimoniales.

Más allá del fallo de la CSJN, el derecho al olvido digital resultaría un medio de protección de la identidad digital cuando no comprometa a personajes o hechos de trascendencia pública.

⁽³³⁾ Gil Domínguez, Andrés. *Sin derecho al olvido (todo lo que pase en Internet queda en Internet)*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni doctrina web, 240/2022.

Referencias bibliográficas

- CAMPOS RÍOS, Maximiliano. ¿Qué es la identidad digital y por qué está transformando al Estado? www.infobae.com/opinion/2021/07/23
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*. Reus Madrid, 1987.
- CHAVARRIA ALFARO, Gabriela. El posthumismo y los cambios de la identidad humana. *Revista Reflexiones*, 94 (1): 97–107.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. Los retos de la protección de dato en internet: caso Google Spain y derecho al olvido. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21 (ejemplar dedicado a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares). Madrid, 2017.
- CROVI, Luis D. El derecho a la identidad y las nuevas tecnologías. TR LALEY AR/DOC/945/2022.
- DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. *Sociedad Digital y Derecho*, Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dirs.). *Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES*. Madrid, noviembre de 2018.
- FALIERO, Johanna C. Los peligros del Derecho al Olvido Digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el Derecho a la Información. *El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural*. LA LEY 2020–B, 227.
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo. Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online. *AdComunica: revista científica de estrategias, tendencias e innovación en comunicación*, 3. Facultat de Ciències Humanes i Socials, Universitat Jaume I, Castellón, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- FERRARI, Gustavo. *El robo de identidad, desafío de era digital*. La Ley online; TR LALEY AR/DOC/234/2012.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Sin derecho al olvido (todo lo que pase en Internet queda en Internet)*. Rubinzal Culzoni doctrina web, 240/2022.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Greco. *Homo Roboticus. Ensayos sobre la creatividad científica en biología*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2017.
- HURTADO MARTOS, José Á. La identidad digital, una herramienta para el desarrollo sostenible. Tutor del Trabajo: M. del Mar Delgado Serrano. *RA&DEM*, 4, 2020, pp. 115–130.
- LICEDA, Ernesto. *La identidad digital*. La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/3610/2011.
- MARTÍNEZ MERCADAL, Juan J. *El Derecho Privado ante la robótica y la inteligencia artificial: la prevención de la (hiper) vulnerabilidad*. La Ley online TR LALEY AR/DOC/1494/2022.
- PASQUINO, Teresa. Identidad digital de la persona, derecho a la imagen y reputación. *SJA*, 04/03/2022, 04/03/2022, 1.
- PÉREZ FRANCESCH, Joan L. *El posthumanismo. Los derechos de los seres vivos. La naturaleza y la humanidad en el horizonte 2050*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 04/2019.
- PIÑAR MAÑAS, José L. Identidad y persona en la sociedad digital. Sociedad digital y derecho. Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas (Dirs.). *Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES*. Madrid, noviembre de 2018.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Gustavo C. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T. III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018.
- RIVERA, Julio C. *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*. 7ma. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020.
- SAUX, Edgardo I. (Dir.). *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, T. III, coautores: Carlos E. Depetris, Aidilio G. Fabiano, Carlos A. Reyna, Edgardo I. Saux y Claudia M. Wagner. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018.
- SILVA, Cristina I.; STRAMANDINOLI, María G. Observación General, 25 (CDN) y el derecho al olvido digital en favor de los niños, niñas y adolescentes. LA LEY 23/06/2021, 29.
- TOBIAS, José W. *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. II. Thomson Reuters (Ed.). Buenos Aires: La Ley, 2018.
- TORDI, Nadia A. El derecho al olvido como una garantía para ejercer derechos personalísimos de NNYA en los entornos digitales. *RDF*, 100, 4.
- VANINETTI, Hugo A. Identidad, reputación y muerte digital. *DFyP*, 2016 (octubre), 05/10/2016, 237.
- VANINETTI, Hugo A. *Facebook y la soberanía jurisdiccional. Defensa de los derechos del niño a su imagen, intimidad e integridad*. LA LEY 2019–D, 25.

Obligaciones y Daños

Los regalos y los misterios del vínculo en el derecho privado argentino

Gifts and the mysteries of legal bond in Argentine private law

Gonzalo L. BAILO

Docente de Derecho de las Obligaciones y de Derecho de Daños (FCJS-UNL).

Email: gbailo@fcjs.unl.edu.ar

Resumen

Los regalos arrastran residuos animistas que impiden separar la cosa regalada de las personas que la regalan, y esa indistinción estimula un régimen de reciprocidad que puede representar un inconveniente para las economías de mercado. En este artículo intentaremos describir los tecnicismos que utiliza el derecho privado argentino para controlar algunos aspectos del régimen de circulación de los regalos.

Palabras clave

Derecho Privado; Derecho de las Obligaciones; Regalos; Reciprocidad; Vínculo

Abstract

Gifts carry an animistic burden that difficult to separate the thing given from the giver, and this indistinction stimulates a regime of reciprocity that can be inconvenient for market economies. In this article we will try to describe the technicalities used in Argentine private law to control some aspects of gifts circulation.

Keywords

Private Law; Law of Obligations; Gifts; Reciprocity; Legal Bond

Los regalos y el derecho privado: un ejercicio de contradogmática

Buena parte de las vacaciones de verano y de los fines de semana de mi infancia transcurrieron en Laguna Paiva, en la casa de mis abuelos maternos Lucía e Isidro. En cada una de mis estancias, mi abuelo Isidro, trabajador jubilado del ferrocarril, me repetía una y otra vez que quería que luego de su fallecimiento conservase su reloj digital de pulsera Citizen, uno de sus objetos más preciados.

Tiempo después comprendí que, pese a la literalidad de la promesa, mis abuelos se habían encargado de fragmentar esa entrega en incontables partes. Fue mi abuelo quien me enseñó a «leer» la hora en relojes digitales, analógicos, de pulsera, de pared, y a expresarla de distintas formas, amontonando o destejiendo segundos y minutos en cuartos, medios y enteros. Mis abuelos solían pedirme que manipulara los relojes de la casa, ya fuera para sincronizarlos con otros relojes o para ajustar alguna de sus funciones. Tal es así que mi abuelo solía desconfigurar a propósito su reloj para pedirme, siempre invocando alguna excusa inverosímil atribuible al artefacto, que restableciera una y otra vez la hora, la fecha y la alarma.

Regalar un reloj suele ser un hecho teñido de cierto atavismo, cargado de un animismo remoto pero expectante. Como todo hecho biográfico, el regalo crea un cierto suspenso entre el tiempo y la personalidad. Cortázar ha dicho que cuando alguien te regala un reloj, te regala, sin saberlo, «un nuevo pedazo frágil y precario de ti mismo, algo que es tuyo pero no es tu cuerpo», que en verdad «no te regalan un reloj, tú eres el regalado, a ti te ofrecen para el cumpleaños del reloj».⁽¹⁾

Los relojes y las palabras de Cortázar nos ayudan a adelantar las razones por las que el derecho moderno trata a los regalos con tantas reservas, con tanta desconfianza. Los regalos arrastran residuos animistas que impiden separar la cosa regalada de las personas que la regalan, y esa indistinción estimula un régimen de reciprocidad que puede representar un inconveniente para los intercambios típicos de las economías de mercado. Basta pensar aquí en la complejidad y en las incomodidades que trae, por ejemplo, la circulación de regalos al interior de una familia o en un espacio de trabajo; y lo difícil que resulta sopesar los vínculos cuando se elige un regalo adecuado para un casamiento en Argentina o la ofrenda justa (*koden*) para un funeral budista en Japón.

Los regalos nos invitan a pensar (más bien a recordar) que las personas y las cosas no son para el derecho puntos de partida o llegada inexpugnables sino posiciones relativas que se definen en la calidad de los vínculos, de las interacciones.

Teniendo en cuenta ello, en este artículo intentaremos dar cuenta de algunos de los tecnicismos que utiliza el derecho privado argentino para desplegar un cierto control sobre el régimen de circulación de los regalos. Nos interesa, en particular, explorar el tráfico de personalizaciones y cosificaciones que los tecnicismos del derecho privado imprimen a la noción moderna de vínculo jurídico.

El argumento general del artículo es que el derecho civil intenta contener el animismo de los regalos bajo un esquema de excepciones que apuntan a sustraerlos de los efectos típicos de la donación y que el derecho del consumo intenta domesticar el fetichismo de los regalos bajo un esquema de prohibiciones que apuntan a sustraerlos de los efectos

⁽¹⁾ Cortázar, Julio. Preámbulo a las instrucciones para dar cuerda al reloj. *Cuentos Completos I (1945–1966)*. Madrid: Alfaguara, 2010.

típicos de la circulación de mercancías. Esta doble lógica de excepciones y prohibiciones crea al interior del derecho privado un intenso tráfico de personalización y cosificación de los vínculos, cuyo estudio puede ser de interés para ensayar una contradogmática del *nexum* moderno.

Los regalos en el derecho civil. La lógica de la excepción y el problema del valor económico

Cuando los regalos se asoman al derecho civil, lo hacen bajo una lógica de excepción, es decir, para que puedan ser distinguidos y sustraídos de alguna regla o efecto propio de la donación (v.g. restitución, colación, etc.). El art. 450 del Código Civil de 1869 prohibía al tutor la disposición a título gratuito de los bienes de su pupilo, pero la admitía como excepción cuando se destinaba a «presentes de uso». El art. 348o disponía que tanto los «regalos de costumbre» como los «objetos muebles que sean regalo de uso o de amistad» estaban exceptuados de ser atacados por la acción de colación. En la nota al art. 2431, norma que regulaba los alcances de la obligación de restitución del poseedor de buena fe, Vélez Sarsfield hacía propia una *regulae iuris* romana según la cual no debía juzgarse como enriquecimiento que los poseedores de buena fe donasen los bienes de la herencia «para recompensar a alguno por obligaciones que tenían», pero esto cedía cuando los poseedores «hubiesen recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades», lo cual tenía como consecuencia que estos regalos se considerasen «haberlos enriquecido, como una especie de cambio» y debieran ser restituidos. Cabe mencionar que el art. 2392 del vigente Código Civil y Comercial también ha exceptuado de la colación a los «presentes de uso», pero este Código no ha incluido en el resto de su articulado mayores disposiciones o detalles en materia de regalos u obsequios.

Las referencias de Vélez Sarsfield a los usos y costumbres sociales y al valor de cambio para trazar la línea divisoria entre los regalos y otras liberalidades no eran azarosas. En los códigos modernos los regalos representan, como regla, usos y costumbres sociales, por lo que sus efectos solo interesan al derecho civil cuando puedan entrar en conflicto con los efectos de actos jurídicos típicos, como la donación.⁽²⁾ Se ha explicado que como los regalos están regidos por normas consuetudinarias que les permiten operar con cierta autonomía y con prescindencia de las normas legales, el derecho interviene cuando es necesario domesticar y limitar el alcance de las transacciones que no se ajustan a ciertas reglas de mercado.⁽³⁾

El esquema de excepciones contenido en las normas del derecho civil parece funcionar en dos sentidos. En un primer sentido, el regalo, como costumbre social, representa una excepción a las reglas de los actos jurídicos, especialmente de la donación. En un segundo sentido, el receptor del regalo solo puede resistir por vía de excepción la acción del tercero que intenta hacer valer alguna regla propia de esos actos jurídicos (nulidad, restitución, colación, etc.). Los tecnicismos que utiliza el derecho civil para distinguir las reglas de

⁽²⁾ Cfr. Casulli, Vincenzo R. Donazione. *Enciclopedia del diritto*. T. XIII. Milán: Giuffrè, 1964.

⁽³⁾ Hyland, Richard. *Gifts: a study in comparative law*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 8–10. Ejemplos de estas domesticaciones y limitaciones en nuestro derecho son los regímenes especiales de donación de alimentos (ley 25989 de 2004) y de donación de órganos (ley 27447 de 2018).

circulación de los regalos de las reglas aplicables a otras liberalidades como la donación son el producto de una tarea en la que el derecho privado ha empleado una gran cantidad de esfuerzos y recursos.

Savigny reconocía que la voz *donatio* tenía en Roma una acepción amplia —la más frecuente—, vinculada a las liberalidades de la vida ordinaria que no se identificaban necesariamente con alguna categoría jurídica, y una acepción restringida —la menos frecuente—, identificada con ciertas reglas especiales y restrictivas aplicables a la *donatio* como acto jurídico.⁽⁴⁾ Para lidiar con esta indeterminación heredada del derecho romano, Savigny se concentró en los aspectos patrimoniales de la donación y propuso definirla como un acto jurídico que debía reunir tres condiciones: que se verificara entre vivos, que una de las partes se enriqueciera con lo que la otra pierde, y que la parte que pierde quisiera enriquecer a la otra a sus expensas.⁽⁵⁾ Lo interesante de este razonamiento es que la segunda condición de la donación demandaba no solo que una porción de los bienes pasara de un patrimonio a otro sino también que uno de los patrimonios disminuyera mientras el otro aumentaba.⁽⁶⁾

Esta construcción de la cosa donada como un objeto de transacción carente de «ánima» parece ser, como apuntaba Mauss, propia de sociedades que han organizado sus sistemas de propiedad y de intercambio a partir de una distinción estricta entre los derechos personales y los derechos reales, es decir, entre las personas y las cosas.⁽⁷⁾ Mauss especuló que el *nexum*, el vínculo jurídico, originalmente provenía tanto de las cosas como de las personas y que «al principio, seguramente, las cosas mismas tenían una personalidad y una virtud. Las cosas no son los seres inertes que el derecho justinianeo y nuestros derechos entienden».⁽⁸⁾ Bajo esta perspectiva, la *res* latina no habría nacido como un objeto pasivo de transacción sino que se identificaba originalmente con el *rah* o *ratih* del sánscrito, como «don, regalo, cosa agradable».⁽⁹⁾

Kelsen, atento a la inquietud planteada en la obra de Mauss, argumentó que en las sociedades primitivas los regalos son devueltos obligatoriamente debido a la idea de retribución propia de la conciencia primitiva. Para Kelsen, las condiciones económicas de las sociedades primitivas «impiden el surgimiento de la institución legal de la donación [*gift* en el texto original] en el sentido moderno, como una transferencia de propiedad sin contraprestación. El principio de retribución se manifiesta no solo en la regla de que cada regalo debe ser recíproco sino también en la idea de que violar esta regla causa problemas. Donde existen ideas animistas, el castigo por no responder a la prestación con una contraprestación puede surgir del propio objeto, es decir, del espíritu que vive en el objeto».⁽¹⁰⁾

La transición que propone Kelsen de un esquema de intercambio primitivo a uno moderno viene acompañada de un dilema parecido al que relata Hermann Hesse en el

⁽⁴⁾ Savigny, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. T. III. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879 [1840], p. 16.

⁽⁵⁾ *Ibíd.* p. 9.

⁽⁶⁾ *Ibíd.* p. 21.

⁽⁷⁾ Mauss, Marcel. *Ensayo sobre el don: forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009 [1924], p. 188.

⁽⁸⁾ *Ibíd.* pp. 190 y 192.

⁽⁹⁾ *Ibíd.* p. 194.

⁽¹⁰⁾ Kelsen, Hans. *Society and nature: a sociological inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1943, p. 63.

cuento «dentro y fuera».⁽¹¹⁾ Hesse describe una relación problemática entre Frederick, una suerte de arquetipo del pensamiento lógico–racional, y Erwin, arquetipo del pensamiento místico–mágico. En el relato, Erwin desafía a Frederick a llevarse cualquier objeto de su propiedad para que lo examine de cuando en cuando pero le advierte que «pronto el principio del dentro y el fuera te revelará uno de sus muchos significados». Erwin toma de un estante una estatuilla de arcilla y se la entrega a Frederick diciéndole «toma esto como regalo de despedida. ¡Cuando este objeto que coloco en tus manos cese de estar fuera de ti y esté dentro de ti, ven a mí de nuevo! ¡Pero si permanece fuera de ti, tal como está ahora, para siempre, entonces esta separación tuya de mí será también para siempre!».

Las obras de autores como Savigny, Mauss y Kelsen nos acercan a los dilemas que anidan en los tecnicismos del derecho privado moderno. La separación de los derechos personales y los derechos reales, la distinción entre las personas y las cosas, funcionan como precondiciones para mantener operativo el tráfico jurídico. El derecho moderno promueve los intercambios que mantienen separadas a las personas, protagonistas de la relación jurídica, de las cosas que se adscriben a los patrimonios. La tentación de subsumir la economía del regalo en la economía de la donación requiere manipular la biografía de la cosa regalada, sustraer cuidadosamente todos sus residuos personalistas. Cuando un abogado redacta un contrato de donación o un escribano confecciona una escritura de donación sustrae el *bios* de la cosa pero deja la *graphia* del acto.⁽¹²⁾ Podríamos decir que las donaciones son, para el derecho civil moderno, regalos que han sido despojados del *bios*.

Hesse, a través de Erwin (o viceversa), parece advertirnos sobre los efectos que —para bien o para mal— ejercen los regalos sobre nuestras biografías y sobre los dilemas que conlleva despojar a las cosas de su *bios*. El derecho moderno, al igual que Frederick, tiene la opción de mantener el objeto fuera para siempre o de regresar sobre sus pasos. Ello implica que Erwin está fuera de alcance y debemos prestar atención a Frederick, estudiar las decisiones que toma sobre el objeto regalado —y las que el objeto regalado toma sobre Frederick.

El reloj de mi abuelo y la estatuilla de Frederick pueden coincidir con lo que Morin ha definido como objeto biográfico o biocéntrico, como algo que forma parte tanto del entorno como de la intimidad activa de la persona y que mantiene una simbiosis viviente con su poseedor.⁽¹³⁾ El intercambio de estos objetos biográficos, a diferencia de lo que sucede en las relaciones ordinarias de intercambio comercial, obliga a prestar atención a las maneras en las que su circulación refleja y reorganiza distintos tipos de vínculos.⁽¹⁴⁾

Uno de los debates clásicos en esta materia está vinculado con el destino de los regalos que se hacen en una pareja cuando se produce la ruptura de la promesa matrimonial o del vínculo afectivo en general. En el precedente «Mariscal c/ Rubio» de 1973, el actor demandaba a su exnovia la restitución, entre otras cosas, de un reloj Rolex de pulsera y de

⁽¹¹⁾ Hesse, Hermann. *Dentro y fuera. Cuentos Completos Vol. 1*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

⁽¹²⁾ La manipulación de las biografías de las cosas regaladas o donadas suele manifestarse con mayor claridad en casos de simulación. Puede verse por ejemplo: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. 19/05/2020. CCC Sala II, Azul, Buenos Aires. Pogorzelsky, Mauricio Javier y otro vs. Pogorzelsky, Esteban Luis s. Incidente de nulidad. RC J 5318/20. Se trató de una simulación relativa, de una cesión onerosa que encubría una donación. Los jueces entendieron que fijar un precio que equivalía al 4,3 % del valor real del bien encubría una «intención de regalar».

⁽¹³⁾ Morin, Violette. El objeto biográfico. *Los Objetos*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971, p. 189.

⁽¹⁴⁾ Graeber, David. *Debt: The first 5.000 years*. New York: Melville House, 2011, p. 103.

un anillo de brillantes que antes pertenecía a la abuela del novio, ambos objetos regalados durante el noviazgo.⁽¹⁵⁾ En el caso se impuso una distinción entre los simples «presentes de uso», irrevocablemente adquiridos por el donatario, y los «bienes donados» por causa del futuro matrimonio, cuya restitución sí podía exigirse.⁽¹⁶⁾ Con base en ello, se decidió que el anillo debía ser devuelto por pertenecer originariamente a la abuela del novio (joya de familia) y por la frustración de la promesa matrimonial (causa de la donación), pero no así el reloj Rolex, porque había sido dado como regalo de cumpleaños a la demandada y el novio tenía la capacidad económica de hacer ese gasto (presente de uso).⁽¹⁷⁾

En la interpretación judicial, los regalos se mantienen como tales hasta tanto no se frustre la promesa de matrimonio, momento a partir del cual los jueces han recurrido a las reglas generales de los actos jurídicos, que permiten analizar vicisitudes como la frustración de la causa o el enriquecimiento sin causa. La conversión «forzosa» de algunos regalos en donaciones es lo que ilustra la ruptura del vínculo de pareja, el conflicto entre dos esferas distintas de intercambio.⁽¹⁸⁾ Los regalos —para bien o para mal— mantienen a las personas y a las cosas unidas, las donaciones los separan. Los intercambios de regalos, que implicaban un ir y venir de emociones, expectativas, etc. pasan a ser un intercambio de donaciones, una serie de movimientos patrimoniales compensables.

La lógica de los intercambios que subyace a «Mariscal c/ Rubio» funciona como un contraejemplo de la relación que tienen Delia y Jim en el cuento de O. Henry «El regalo de los Reyes Magos».⁽¹⁹⁾ En el cuento, Delia vende su cabello, su propiedad más preciada, para regalarle a Jim una cadena de platino para su reloj de bolsillo. Jim, al mismo tiempo, vende su reloj de bolsillo, también su pertenencia más preciada, para regalarle a Delia un juego de peinetas de carey para su cabello. Los intercambios de «Mariscal c/ Rubio», pese a conservar su valor de uso, separan a la pareja, los regalos recíprocos de «Delia y Jim», pese a haberlo perdido, la unen.⁽²⁰⁾

También existen casos en los que la donación no logra despojar todo el *bios* de los objetos transferidos, especialmente cuando la carga personalista se inscribe en un cargo resolutorio, es decir, en algún tipo de contraprestación accesoria a la donación. En el precedente «Uriarte», la Corte Suprema de Justicia confirmó la revocación de la donación de una colección de 48 cuadros que el matrimonio Uriarte había hecho en 1942 al Museo Nacional de Bellas Artes, por haber incumplido el Museo uno de los dos cargos resolutorios

⁽¹⁵⁾ Poder Judicial de la Nación. 22/03/1973. Cámara Nacional Civil de la Capital, Sala F. Mariscal c/ Rubio y otro. J. A. 1973–20–375.

⁽¹⁶⁾ Hemos seguido el comentario y la contextualización doctrinaria que consta en: Ferrer, Francisco M. *Cuestiones de Derecho Civil: Familia y Sucesiones*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1979, p. 150 y ss.

⁽¹⁷⁾ Con posterioridad a ello, se dieron casos que encuadraron las demandas de restituciones de bienes que estaban destinados al futuro hogar común, por ejemplo, bajo la figura del depósito (Juris 41–177), bajo la figura de la donación sometida a una condición implícita y resolutoria (J. A. 1977–1–388; J. A. 1978–IV–539), y casos en los que se discutió la procedencia del enriquecimiento sin causa como fundamento de la restitución (J. A. 1974–24–465).

⁽¹⁸⁾ Nos hemos apoyado en el análisis que se hace sobre la compleja relación de los regalos con el matrimonio en: Lévi–Strauss, Claude. *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Paidós, 1969 [1949], p. 103 y ss.

⁽¹⁹⁾ Porter, William Sydney (O. Henry). El regalo de los Reyes Magos [*The Gift of the Magi*]. Originalmente publicado en *The New York Sunday World* el 10 de diciembre de 1905.

⁽²⁰⁾ Borges, que por cierto se reconocía como un atento lector de O. Henry, llegó a decir que todo regalo verdadero, en contraste con la indiferente caridad, es recíproco porque «el que da no se priva de lo que da. Dar y recibir son lo mismo». Borges, Jorge Luis (1981). Inscripción. En *La Cifra*. Buenos Aires: Emecé.

que los donantes habían impuesto —el cargo según el cual los cuadros de la colección no podían salir del museo por ningún motivo—. ⁽²¹⁾ Como la revocación demandada se produjo 54 años después de la donación, los beneficiados fueron los herederos del otrora matrimonio donante.

El punto de mayor tensión entre la personalidad de los donantes y el destino de la cosa donada se manifestó en el análisis que hizo la Corte del cargo, figura que añade a la donación una obligación accesoria, es decir, una reciprocidad más cercana a la economía de los regalos que a la economía de las donaciones. ⁽²²⁾ En este punto, la Corte argumentó que los cargos «por su naturaleza, constituyen reservas hechas por el donante sobre la cosa donada (...) y deben ser interpretadas restrictivamente pues no pueden llegar a convertirse en un derecho real». Lo que parece resolver esta tensión entre lo personal y lo real en «Uriarte» es la ficción patrimonial sucesoria, es decir, la idea según la cual los herederos del matrimonio habrían adquirido los derechos económicos del cargo resolutorio y, por ende, el derecho a demandar la restitución de la colección —sin que ello implique la confusión de las personalidades—. En «Mariscal c/ Rubio» la restitución de la joya familiar estaba fundada en la frustración de la promesa matrimonial, en «Uriarte» la restitución de la colección de los cuadros se fundó en el incumplimiento de un cargo resolutorio impuesto por los donantes. En ambos casos las ficciones patrimoniales que ofrece el derecho de familia y el derecho sucesorio se utilizaron —ingeniosamente— como recursos para estabilizar el *bios* de las cosas donadas.

Este efecto de los regalos sobre la naturaleza de los vínculos interpersonales, sobre las biografías de familia, a veces llega a filtrarse en los expedientes judiciales de una manera más explícita. La jurisprudencia ha interpretado, por ejemplo, que hacerle regalos a un niño durante su crecimiento y negarse luego a realizar la prueba genética constituye un indicio en contra de quien niega la paternidad, ⁽²³⁾ pero también ha interpretado que estar presente y hacerle regalos a una niña durante su vida representa una conducta que atenúa el daño moral causado por el reconocimiento tardío de la paternidad. ⁽²⁴⁾ El efecto biográfico del regalo se manifiesta en estos vínculos porque el «presente» viene a referir tanto al «regalo» como al «tiempo presente».

Los regalos en el derecho del consumo. La lógica de la prohibición y el problema de la transparencia del mercado

A diferencia del derecho civil, cuando los regalos se asoman al derecho del consumo, lo hacen bajo un esquema de prohibiciones, es decir, para que puedan ser distinguidos y sustraídos de alguna regla o efecto propio de la relación de consumo (v.g. publicidad, oferta,

⁽²¹⁾ Poder Judicial de la Nación. 11/04/1996. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Uriarte, Carmen Rosario y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Educación y Cultura– s/ rescisión de contrato. Fallos: 319:378.

⁽²²⁾ El problema de las donaciones que incluyen elementos de intercambio en: Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo: Juta & Co Ltd., 1992, p. 478 y ss.

⁽²³⁾ Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. 21/08/2014. Cám. Fam., Mendoza. D., M. R. por el menor D., J. F. vs. S., J. s. Filiación. RC J 8940/14.

⁽²⁴⁾ Poder Judicial de la Provincia del Neuquén. 17/03/2015. CCCLM Sala II, Neuquén J. R. C. S. vs. C. M. A. s. Filiación. RC J 2590/15.

distribución, venta, etc.).⁽²⁵⁾ Si el derecho civil sospecha de los regalos por su tendencia a personificar a las cosas, el derecho del consumo sospecha de los regalos por su tendencia a cosificar a las personas. Aquí resulta útil recordar que *gift* se puede traducir como «regalo» en inglés y como «veneno» en alemán,⁽²⁶⁾ y que *venenum* antiguamente refería al amor y al deseo y a las pócimas que se preparaban para estimularlos.

Una interesante expresión de esta ambivalencia entre el deseo y el veneno de los regalos se encuentra en el cuento de origen alemán Blancanieves (*Schneewittchen*). En la versión de los hermanos Grimm, la Reina se presenta ante Blancanieves las primeras dos veces como vendedora (de cintas primero y de peines después), pero cumple su cometido cuando finalmente se presenta como una campesina que le regala una media manzana envenenada. En esta versión, la Reina se gana la confianza de Blancanieves comiéndose primero la mitad no envenenada.⁽²⁷⁾ En la versión de Disney, en cambio, la convence diciéndole que es una «manzana mágica» y que al morderla se cumplirán sus deseos. Estas ambivalencias no resultan ajenas a la estructuración de los vínculos en la relación de consumo, relación en la que el regalo puede estimular el deseo de la persona para luego debilitarla. En nuestros tiempos podemos pensar en la tendencia de los mercados de estimular el consumo aparentando hacer regalos al consumidor (tarjetas de regalo, regalos digitales vía *streaming*, *vouchers* para apostar en casinos o en casas de apuestas *online*, etcétera).

Volviendo un momento a los relojes, Lispector describe en uno de sus relatos una relación traumática con un reloj despertador electrónico Sveglia (que significa «despierta» en italiano) que «no tiene la complejidad de una persona, pero es más persona que muchas personas».⁽²⁸⁾ Lispector siente al Sveglia, en contraste con su reloj de pulsera, como un ser carente de circunstancias, como algo monstruoso que cada tanto emite sonidos suaves como la ausencia de palabras.⁽²⁹⁾ El Sveglia de Lispector coincide con lo que Morin ha definido como objeto cosmocéntrico o protocolar, como objeto que tiene la presencia y las funciones del objeto mecanizado moderno, y cuya irrupción en la vida del usuario «no prevé ninguna posibilidad de sincronía entre los dos».⁽³⁰⁾ El Sveglia de Lispector, como la manzana de la Reina, parece acercarse más a la idea del regalo como un «veneno», como algo que invade la biografía de la persona para alterar sus funciones.

Kopytoff ha explicado que en los regímenes de intercambio de las sociedades complejas existe un conflicto entre los procesos de singularización y los procesos de mercantilización pública de las cosas.⁽³¹⁾ Este conflicto no es ajeno a la circulación de los regalos y a sus

⁽²⁵⁾ Cabe citar, a modo de complemento, el art. 1104 del Código Civil y Comercial de 2015, norma que incluye en la categoría de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del proveedor a los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

⁽²⁶⁾ Cfr. Supiot, Alain. *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 133 y ss.

⁽²⁷⁾ Grimm, Jacob y Grimm, Wilhelm. *Blancanieves (Schneewittchen)*. *Cuentos de niños y del hogar*. T. II. Madrid: Ediciones Generales Anaya, 1985 [1857], p. 21.

⁽²⁸⁾ Lispector, Clarice. *La relación de la cosa. Todas las cuentos*. Madrid: Ediciones Siruela, 2018 [1974].

⁽²⁹⁾ La escritora brasileña pensaba que «nosotros dividimos el tiempo, cuando en realidad no es divisible. Siempre es inmutable. Pero nosotros necesitamos dividirlo. Y por eso surgió una cosa monstruosa: el reloj».

⁽³⁰⁾ Morin, Violette. *Ob. Cit.*, 1971, p. 190.

⁽³¹⁾ Kopytoff, Igor. *La biografía cultural de las cosas: la mercantilización como proceso. La vida social de las cosas: perspectiva cultural de las mercancías*. Ciudad de México: Grijalbo, 1991, p. 107. El autor entiende que en Occidente

respectivas biografías, ya que muchas mercancías pueden ser regaladas y las mercancías regaladas pueden llegar a vincularse a la persona, haciendo que desprenderse de ellas pueda resultar problemático para esa persona o para otros interesados.⁽³²⁾

En nuestro derecho, la ley 12660 de 1940 establecía que la venta de inmuebles, muebles o mercaderías que se realizara ofreciendo premios que se obtuvieran por cualquier procedimiento de suerte o azar quedaba comprendida entre las actividades prohibidas por el régimen de la ley 4097 de 1902 sobre juegos de azar. Cabe aclarar que el poder ejecutivo, haciendo uso de la excepción prevista en el art. 7 de la ley 4097, solía autorizar, por ejemplo, a los fabricantes de cigarrillos a que distribuyeran billetes oficiales de lotería en sus paquetes, a modo de regalo a sus consumidores.⁽³³⁾

A la prohibición de los premios en estas operaciones se sumó poco después la de los regalos, pero ya sin exigir la intervención de la suerte o del azar como *conditio sine qua non*. En octubre de 1943 se dictó el decreto 11607/43, que prohibía la venta de mercadería con ofrecimiento de premios u obsequios obtenidos directamente con el producto o por concurso o por cualquier otra forma «que involucre para los consumidores una ventaja extraña al producto». La norma se dictó con la intención de evitar que se generalizaran prácticas de comercialización que, a juicio del legislador, incidían sobre la calidad y el precio del producto y podían confundir al consumidor.

El decreto 11607/43 fue reemplazado en 1949 por la ley 13583 de «premios u obsequios en artículos de primera necesidad», que en su art. 2 prohibía que se ofrecieran o entregaran al adquirente de mercaderías o a sus cesionarios o intermediarios, por cualquier medio, premios o regalos en razón de esa adquisición, aunque ello fuese mediante concursos de cualquier naturaleza con o sin intervención del azar. La ley 13583 fue reemplazada por la ley 17088 de 1966, que mantuvo la prohibición de su antecesora, aunque con algunas actualizaciones y cambios menores.

Si el derecho civil encontró en el patrimonio la analogía perfecta de lo impersonal (separar lo donado de lo regalado), el derecho del consumo pareció encontrarla por un tiempo en el azar (separar lo vendido de lo regalado). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso resuelto en 1984, confirmó una multa impuesta a una empresa que prometía entregar el equivalente a doscientos dólares estadounidenses a los clientes que, en un determinado lapso, compraran televisores a color o videograbadoras, siempre y cuando la selección de fútbol se coronase campeona en el mundial de España 1982.⁽³⁴⁾ La Corte, remitiéndose al dictamen del Procurador General, consideró que la suma de dinero que prometía la empresa «respondía a factores completamente ajenos al producto y a la necesidad de los sistemas de comercialización e importaba la adjudicación de ventajas extrañas a la mercadería», razón por la cual ratificó que la conducta encuadraba en la prohibición del art. 1° de la ley 17088.

la separación conceptual entre las personas y las cosas implica predisponer a las personas como el coto natural para la singularización y a las cosas como el coto natural para la mercantilización. *Ibíd.* p. 112.

⁽³²⁾ *Ibíd.* pp. 95 y 108.

⁽³³⁾ Sin pretender ser exhaustivos, podemos citar los decretos de 26 de octubre de 1903, de 27 de noviembre de 1903 y de 18 de diciembre de 1903.

⁽³⁴⁾ Poder Judicial de la Nación. 30/10/1984. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de hecho deducido por Philco Argentina SA en la causa Philco Argentina SA s/ infracción art. 1°, ley 17088, Ministerio de Comercio e Intereses Marítimos. Expte. 16825. Fallos: 306:1597.

El Procurador estimó en su dictamen que las voces «premio» y «regalo» debían entenderse como «todo agregado al producto en venta», y que el legislador quería impedir la generalización del sistema de ventas con premios y obsequios, que podía confundir al consumidor al inducir la compra no por el producto en sí, sino por la ventaja adicional.

Cabe mencionar que, a partir de la vanidad que suele acompañar a la repetición de un número limitado de objetos adecuados para regalar, Lévi–Strauss percibió en los regímenes de intercambio modernos una tensión entre la entrega de regalos y el juego, como un fenómeno que puede llegar a tomar la forma «de una vasta y colectiva destrucción de riquezas» y que el comerciante incluso puede aprovechar como un medio para adquirir prestigio.⁽³⁵⁾

El esquema de prohibiciones vigente en los mercados de consumo argentinos comenzó a cambiar cuatro décadas después, con la sanción en 1983 de la ley 22802 de Lealtad Comercial, que volvió a atar la prohibición de ofrecer o entregar regalos a la intervención activa del azar. De acuerdo al art. 10 inciso (a) de dicha ley, quedaba prohibido ofrecer o entregar premios o regalos «en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar». El decreto 274/2019, que vino a reemplazar a la ley 22802, mantuvo en su art. 14 la mencionada prohibición con la misma redacción.

Pese al nuevo esquema, a poco que exploramos los detalles de la legislación, en muchos sectores especiales las prohibiciones no han seguido esta lógica.

En algunos regímenes especiales, el ofrecimiento de regalos está permitido solamente cuando se cumplen ciertas exigencias. El art. 27 de la ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, por ejemplo, permite captar potenciales usuarios mediante el ofrecimiento de regalos, siempre y cuando se llenen ciertos deberes de información, como la especificación de «la verdadera naturaleza, valor, especie y dimensiones de los premios y regalos ofrecidos, así como las condiciones, costos, limitaciones y restricciones para acceder a los mismos», y ciertos deberes de abstención, como el de no imponer «procedimientos exageradamente onerosos o impedimentos que tengan por objeto hacer desistir al potencial usuario, del premio, regalo o sorteo».

En otros regímenes especiales, la naturaleza del bien tutelado ha llevado a que el ofrecimiento de regalos se torne más restrictivo. Los arts. 1° y 3° de la ley 26951, que creó el Registro Nacional «No Llame», establece un régimen destinado a proteger a los titulares y usuarios de servicios de telefonía «de los abusos del procedimiento de contacto, publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados». El art. 7° de esta ley equipara a los sujetos que se valen de estos medios a los responsables de archivos, registros y bancos de datos que encuentran tratamiento en la ley 25326 de Protección de los Datos Personales. De forma correlativa, el art. 7° del Decreto 2501/2014, que reglamenta la ley 26951, manda a los sujetos obligados a respetar el derecho de bloqueo individual que establece el art. 27 inc. 3 de la citada ley 25326.

Este tipo de lógica prohibitiva también aparece en la ley 27642 de «Promoción de la Alimentación Saludable», que fue sancionada en el año 2021. El art. 9° inciso (c) de la ley prohíbe que se incluya en los envases de alimentos y bebidas analcohólicas que contengan

⁽³⁵⁾ Lévi–Strauss, Claude. Ob. Cit., 1969 [1949], p. 96. El autor observaba que el juego parece tomar protagonismo cada vez que los medios de pago exceden las disponibilidades locales de mercancía, y que esa ritualización en el uso de los excedentes le da al dinero una suerte de función arcaica que antes estaba reservada para las cosas preciosas.

algún sello de advertencia «la entrega o promesa de entrega de obsequios, premios, regalos, accesorios», y el art. 10 inciso (c) reitera la misma prohibición para toda publicidad, promoción y/o patrocinio por cualquier medio de alimentos y bebidas analcohólicas que contengan al menos un sello de advertencia.

Si bien escapa al objeto de este trabajo, no podemos dejar de mencionar que en el derecho público la circulación de los regalos también se ha estructurado a partir de un esquema de prohibiciones.⁽³⁶⁾ El art. 18 de la ley 25188 de 1999, que lleva por nombre «Ética en el Ejercicio de la Función Pública», prohíbe que los funcionarios públicos reciban «regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere». Este artículo ha sido reglamentado por el decreto 1179/2016 y por la resolución 18-E/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Reflexiones finales

Los regalos nos previenen sobre las interpretaciones ingenuas de los dualismos y nos permiten dar un vistazo fugaz al poder que anida en los tecnicismos del derecho privado. El estudio de las múltiples e intrincadas reglas de circulación de los regalos, que ponen en contacto distintas esferas de intercambio, representa una suerte de «contradogmática» que nos acerca a los tráficos que alimentan a los vínculos sociales.

En otras palabras, los regalos nos permiten descubrir una socialidad extendida en la que las personas y las cosas no aparecen como categorías fijas sino como perspectivas o puntos de vista relativos sobre los vínculos. Esta socialidad extendida tal vez nos ayude a cuestionar el preconceito, bastante frecuente en nuestros días, según el cual el derecho concentra todas sus protecciones en el espectro de las personas y deja desprovisto de tutela al espectro de las cosas. Lejos de ello, en nuestras sociedades parece ser cada vez más común encontrar mayores protecciones y derechos en el espectro de las cosas (v.g. títulos de la deuda pública) que en el espectro de la personalidad (v.g. asalariados y jubilados). La tentación de avanzar en la personificación como única forma de humanizar o de crear derechos conlleva el riesgo de crear una socialidad fantasmagórica, huérfana de materialidad, de producir una identificación total entre el (ya de por sí opaco) artificio de la personalidad y el (siempre incompleto) punto de vista del sujeto de derecho.

⁽³⁶⁾ Un controvertido antecedente que requiere un estudio pormenorizado, pero estamos obligados a reseñar por ser parte de nuestra historia es: Poder Judicial de la Nación. 21/06/1957. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Perón, Juan Domingo (Interdicto) — comunica bienes patrimoniales por intermedio de su apoderado. Fallos: 238:76. Aquí la Corte convalidó el golpe militar de 1955 y el decreto-ley 5148/55 —que creaba la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial—, como así también las confiscaciones que esa Junta aplicó sobre las donaciones y regalos que Juan Domingo Perón habría recibido durante su desempeño como presidente de la Nación. Las leyes 20436 y 20530 de 1973 dejaron sin efecto esa y otras confiscaciones, aunque el destino de esos bienes siguió siendo objeto de controversia y litigios, incluso hasta nuestros días. El decreto 511/2021 declaró Bienes de Interés Histórico Nacional a los bienes confiscados a Perón que todavía siguen depositados en el Banco Ciudad de Buenos Aires.

En el caso de los regalos, como hemos tratado de argumentar en este texto, es más probable toparse con estados transitorios y graduales —cosas personificadas y personas cosificadas— que con personas y con cosas en estado puro. El estudio de estos fenómenos intermedios, especialmente teniendo en cuenta la tendencia de los mercados de estimular el consumo aparentando regalos (tarjetas de regalo, regalos digitales vía *streaming*, *vouchers* para apostar en casinos o en casas de apuestas *online*, etc.), puede servir para añadir al derecho nuevas funciones sociales, mejores dimensiones de humanización y, por supuesto, respuestas más efectivas a los problemas de la ciudadanía.

Por ello, como alternativa a los discursos de personificación, pensamos que tal vez el derecho privado necesita una apertura a perspectivas que provengan tanto del mundo de las personas como del mundo de las cosas, construir una técnica más atenta a los vínculos y a la calidad de los intercambios que a las categorizaciones apresuradas. Después de todo, las máscaras de la personalidad apenas están diseñadas para ocultar —de a ratos— los abismos que las habitan.

Referencias bibliográficas

- BORGES, Jorge L. Inscripción. *La Cifra*. Buenos Aires: Emecé, 1981.
- CASULLI, Vincenzo R. Donazione. *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIII. Milán: Giuffrè, 1964.
- CORTÁZAR, Julio. Preámbulo a las instrucciones para dar cuerda al reloj. *Cuentos Completos I (1945–1966)*. Madrid: Alfaguara, 2010.
- FERRER, Francisco M. *Cuestiones de Derecho Civil: Familia y Sucesiones*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1979.
- GRAEBER, David. *Debt: The first 5.000 years*. New York: Melville House, 2011.
- GRIMM, Jacob y GRIMM, Wilhelm. Blancanieves (*Schneewittchen*). *Cuentos de niños y del hogar*. T. II. Madrid: Ediciones Generales Anaya, 1985 [1857], pp. 13–24.
- HESSE, Hermann. Dentro y fuera. *Cuentos Completos Vol. 1*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- HYLAND, Richard. *Gifts: a study in comparative law*. New York: Oxford University Press, 2009.
- KELSEN, Hans. *Society and nature: a sociological inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1943.
- KOPYTOFF, Igor. La biografía cultural de las cosas: la mercantilización como proceso. En *La vida social de las cosas: perspectiva cultural de las mercancías*. Ciudad de México: Grijalbo, 1991, pp. 89–122.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Paidós, 1969 [1949].
- LISPECTOR, Clarice. La relación de la cosa. *Todos los Cuentos*. Madrid: Ediciones Siruela, 2018 [1974].
- MAUSS, Marcel. *Ensayo sobre el don: forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009 [1924].
- MORIN, Violette. El objeto biográfico. *Los Objetos*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971, pp. 187–199.
- PORTER, William S. (O. Henry). El regalo de los Reyes Magos [*The Gift of the Magi*]. Originalmente publicado en *The New York Sunday World* el 10 de diciembre de 1905.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. T. III. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879 [1840].
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ciudad del Cabo: Juta & Co Ltd., 1992.

Contratos y Consumo

La situación de las locaciones y la degradación de los derechos

Tenancy agreements and the degradation of rights

Alejandra ALVAREZ

Profesora de Derecho de los Contratos (FCJS–UNL).

Email: alejandra.alvarez.unl@gmail.com

Resumen

La idea de dignidad humana constituye el núcleo duro de los derechos humanos de segunda generación, los cuales en comunión con los derechos existenciales procuran garantizar el logro progresivo de un mayor grado de desarrollo y bienestar humano. Lo contrario ocurre hoy en nuestro país para quienes son parte de contratos de locación para destino habitacional. La modificación normativa que ha sufrido este contrato, desde los DNU pandémicos y la posterior Ley de Locaciones 27551 modificatoria del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), arrastró a las personas —locatarios y locadores e intermediarios— hacia la incertidumbre y la imposibilidad de previsión en sus diversas dimensiones, deshaciendo la armonía familiar y social. Es urgente la decisión política y legislativa para remediar el desamparo y vulneración que degrada el derecho a la vivienda adecuada y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales vinculados.

Palabras clave

Derechos Humanos; Contrato de locación habitacional; Modificación normativa; Vulneración de derechos.

Abstract

The idea of human dignity is the hard core of second generation human rights. Along with existential rights, they guarantee the progressive achievement of human development and wellness. Currently in our country the exact opposite is happening to the parties of tenancy agreements for housing purposes. The modification of laws that regulates this contract, such as the pandemics DNU and the Ley de Locaciones 27551 that modifies the Código Civil y Comercial de la Nación, has dragged its parties towards uncertainty, attempting to family and social harmony. Politics and legislative decisions are urgent to remedy the situation of abandonment and infringement that degrades the right to adequate housing and enjoyment of economics, social and cultural rights related to it.

Keywords

Human Rights; Tenancy Agreements; Regulatory modification; Infringement of rights

El derecho a la vivienda y las locaciones

La constitucionalización del derecho privado se plasma en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y nos ubica en situación de ponderar la efectividad del ejercicio de los derechos en el ámbito de los contratos.

Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000 en su párrafo 5:

el concepto de «vivienda adecuada» significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.

En el marco de los principios e institutos que sustentan el derecho de los contratos en el CCCN, el contrato de locación para vivienda estaba regulado en forma integral. Sin embargo, la declaración de emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional, los DNU dictados en consecuencia y el agravamiento de la crisis económica desembocaron en la decisión del Poder Ejecutivo de dictar los DNU 320/20 y siguientes que alteraron las convenciones y efectos en los contratos de locación vigentes. Luego, con el objetivo de aliviar la situación de los inquilinos, se sancionó la ley 27551 que comenzó a regir el 1° de julio de 2020 para todos los contratos que se celebraron a partir de esa fecha.

El intervencionismo estatal en los alquileres, cambiando las previsiones de los contratos vigentes —congelando actualizaciones, prohibiendo desalojos, etc.—, tanto como el dictado de la nueva ley modificando la regulación existente, es política recurrente en la historia legislativa argentina, así como el descontento y la decepción social que ello produce en los ámbitos de aplicación, privando de significación la voluntad y decisiones de los contratantes en sus propios intereses ante situaciones complejas y aun críticas.

La idea extrema de que solo el Estado es capaz de tutelar y amparar los derechos de sus ciudadanos provoca las consecuencias contrarias de lo que se pretende, tal como el desamparo y desventaja en el que se encuentran hoy quienes, encorsetados por la ley de locaciones, imperativa para las partes, solo pueden obtener sus fines y ejercer la autonomía de la voluntad contratando al margen de la ley asumiendo la inseguridad y los riesgos que ello implica.

La ley de alquileres 27551 tiene un futuro incierto. Numerosos proyectos de ley ingresaron al Congreso con la intención de solucionar el diagnosticado agravamiento de la situación de las locaciones.

Son distintos puntos de vista que responden a distintas ideas políticas. La falta de acuerdos no logra definir la nueva normativa que muchos consideran necesaria para aliviar las consecuencias negativas de la ley vigente que estresa un aspecto más de la vida diaria de un universo significativo de personas.

La ley de locaciones, lejos de obtener los beneficios pensados, provocó efectos negativos. El detonante visible fue el primer índice que publicó el Banco Central en julio de 2021 que implicó una actualización o suba del 41 % en el monto de los alquileres que se habían celebrado en julio de 2020, cuando comenzó a regir. El índice oficial de uso obligatorio que elabora el Banco Central mensualmente fue variando hasta nuestros días al ritmo de la creciente inflación y del RIPTE; siendo imprevisibles los futuros precios de los alquileres.

Las modificaciones al CCCN

Destacamos las siguientes reformas como las principales causantes de la situación actual:

A. El plazo de duración de los contratos, que la ley eleva a tres años modificando el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que lo establecía en dos años, tanto para las locaciones con destino habitacional como para las destinadas a comercio o industria.

B. La actualización del precio del alquiler. La ley introduce y *revive la indexación* en los contratos de locación cuando en el resto de los contratos continúa prohibida por la vigencia de unos pocos artículos de la Ley de Convertibilidad 23928 del año 1991 (la cual debería ser derogada totalmente por ser una ficción insostenible a 20 años de la salida de la convertibilidad y las circunstancias que vivimos desde entonces hasta el presente). La indexación del precio del alquiler se establece en forma anual. Solo puede utilizarse para ello el índice oficial que elabora el Banco Central en base al Índice de Precios al Consumidor (IPC) y a la evolución de la Remuneración promedio de los empleados estables (RIPTE).

El CCCN, al estar vigente la Ley de Convertibilidad, dejaba librado a las partes equilibrar las prestaciones contractuales. Antes de la ley actual, en la práctica de los negocios locativos, toda vez que la inflación era una realidad se fijaba un precio total del contrato por todo el plazo de duración que ya tenía incorporado a partir de un precio inicial el porcentaje calculado de la inflación anual y se establecía que el monto del canon mensual variaba cada seis o doce meses, según se conviniera. De tal forma que se establecía el aumento del precio en forma llamada *escalonada*.

Es cierto que el precio total del contrato quedaba sujeto a decisiones individuales, estimativas, referidas a los porcentajes a aplicar para mantener actualizado el precio del contrato; porcentajes que, si bien eran de uso en la plaza inmobiliaria, varían y así unos quedaban atrasados y otros eran superiores a la inflación. Pero, a pesar de la «voluntariedad» del porcentaje de aumento y la unilateralidad en la fijación del mismo, las partes tenían certeza: quien necesitaba alquilar sabía cuánto iba a pagar desde el inicio del contrato, en el transcurso del mismo y hasta el final, y quien le alquilaba sabía cuánto cobraría, aunque ganara más o menos según el cálculo que hubiera realizado. Esta certeza es esencialmente lo que eliminó la ley 27551 al resucitar la indexación con índices oficiales sobre bases imprevisibles e imponiéndose únicamente en forma anual.

El recorte de la libertad de fijar el precio

El tema de permanente consulta es: ¿podría pactarse el precio del contrato en dólares para no utilizar los índices oficiales de actualización? Si bien el CCCN prevé que las obligaciones pueden constituirse en moneda extranjera y pueden pagarse entregando el equivalente en moneda de curso legal conforme a la cotización oficial del día del pago, a la pregunta debemos contestar que, conforme a la característica imperativa de la ley de locaciones, solo podría pactarse el precio del alquiler en dólares para el destino comercial.

La cláusula requeriría una redacción clara y precisa habida cuenta del cepo cambiario existente para la compra de dólares. No sería posible fijar el precio en dólares para la locación de vivienda por cuanto no da ese margen la ley, al establecer que el precio debe fijarse como valor único, mensual y sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales conforme al índice oficial.

Desequilibrio contractual legal

En el afán protector a los locatarios, considerados la parte débil del contrato, la ley de locaciones vigente introdujo modificaciones que implican para el locador nuevas obligaciones o ampliación de las que ya tenía las cuales son, por ley, innegociables. Así:

A. La declaración del contrato en AFIP: una nueva obligación impuesta por la ley al locador para los contratos celebrados a partir del 1° de julio del 2020, que no deriva de la relación contractual pero que se adiciona a ella, es la de denunciar el contrato a la AFIP dentro de los quince días de celebrado. La finalidad fiscal provocó el desaliento de los dueños de inmuebles ya sea para la renovación de los contratos como para continuar ofreciéndolos en alquiler bajo el actual régimen. Gran cantidad de inmuebles se volcaron a la venta lo que provocó un desequilibrio en el mercado inmobiliario afectando el valor de los mismos, disminuyendo su precio; a su vez la falta de oferta para los alquileres produjo una suba correlativa a la escasez en un movimiento hartado y previsible.

B. Las expensas e impuestos: la modificación respecto al pago de expensas que antes estaban a cargo del inquilino (ordinarias y extraordinarias) ahora son a cargo del locador las expensas extraordinarias como el fondo de reserva, así como los impuestos provinciales y municipales que gravan la propiedad.

C. Frustración del uso y goce: la ley faculta al locatario a pedir la rescisión del contrato por frustración del uso y goce de la cosa ante la existencia de cualquier causa no imputable a él, y no solo por caso fortuito a fuerza mayor como establecía el CCCN. Esta rescisión no genera el pago de indemnización alguna. También puede pedir el cese del pago del precio del alquiler por el tiempo que dure la causa que le impide el uso y goce.

D. Resolución anticipada: la ley introduce una nueva forma de liberar al locatario del pago de indemnización por resolución anticipada si transcurridos 6 meses del inicio del contrato notifica al locador la rescisión con 3 meses de anticipación.

E. Renovación del contrato: la ley agrega al CCCN el art. 1221 Bis referido a la renovación del contrato facultando a cualquiera de las partes, tres meses antes de su vencimiento, a convocar a la otra mediante una notificación fehaciente para acordar las condiciones de renovación en un término no mayor de quince días. En caso de silencio, o negativa del locador o falta de acuerdo el locatario puede resolver el contrato sin pagar indemnización.

Reclamos y opciones

Si bien no enumeramos todas las reformas, y sin perjuicio de la bondad de algunas modificaciones introducidas, la explosión de la situación de los alquileres al año de la sanción de la ley genera un reclamo cierto, razonable y atendible que no se agota solo en el dictado o modificación de las leyes sino que requiere de políticas públicas razonadas, coherentes y equitativas.

Las locaciones no son una isla apartada del movimiento de la economía y de las necesidades de una sociedad cada vez más cercada por la pobreza, la desinversión y el empobrecimiento que provoca la inflación y las malas o ausentes decisiones de la política.

La ley sitúa tanto a inquilinos como a locadores en la absoluta incertidumbre, agravada por las discusiones políticas sin logros de acuerdos en torno a su derogación o modificación, de las cuales dan cuenta las reuniones de la Comisión de Legislación y los numerosos proyectos entrados para su tratamiento.

Nos preguntamos si no sería posible contemplar distintos regímenes de locación según sea la categoría de locatario, el locador, del inmueble y del destino; especialmente cuando el destino es habitacional. Regímenes en los que se contemple si quien necesita alquilar es un estudiante, una familia completa, adultos mayores o personas vulnerables.

Pueden distinguirse categorías de locadores según sean dueños de un solo inmueble cuyo alquiler refuerza su ingreso familiar, o su jubilación o si es su único ingreso, o si el alquiler de inmuebles es la inversión y la reinversión la finalidad de la renta a los fines fiscales. Podría distinguirse categorías de inmuebles a los fines de las bases de precio de acuerdo a su tamaño, ubicación, construcción, antigüedad. Así mismo, ante la necesidad de mantener la equidad del contrato, podrían utilizarse otros índices oficiales y periodos de actualización, según las actividades e ingresos de las partes. Debería mantenerse en todos los casos el necesario margen para negociar, para adaptar el contrato a lo que resulte mutuamente satisfactorio. Y si estas opciones no satisficieron, el derecho comparado ofrece ejemplos válidos de utilidad para repensar nuestras normas de locaciones.

El CCCN distingue las categorías de contratos paritarios, por adhesión y de consumo con un sistema de tutela diferenciado con base constitucional que se aplicaría a los contratos de locación, si como tales se califican. También prevé las reglas de renegociación de los contratos paritarios y los institutos que permiten mantener la necesaria equivalencia y justicia en los contratos bilaterales por adhesión.

Conclusión

No era injusta o insuficiente la regulación de las locaciones en nuestro derecho. El CCCN hace realidad la protección de la persona humana y contiene la imprescindible coherencia del derecho privado con el sistema de derechos humanos. Se ha dicho que es el código de la igualdad real, sin embargo a solo cinco años de su dictado ya es objeto de reforma, y su reforma, germen de una crisis de la vivienda.

Al momento de escribir estas reflexiones no se lograron consensos políticos en la Comisión de Legislación General y se está a la espera del tratamiento legislativo de los distintos dictámenes nucleados en el oficialismo y la oposición para determinar la situación de las locaciones.

Mientras tanto la sociedad espera con impotencia. Se contrata al margen de la ley con riesgo e inseguridad. Se reclama el derecho a las propias decisiones según los objetivos del proyecto de vida, de poder elegir legítimamente entre opciones que, con mayor o menor beneficio y conforme a la propia evaluación, brinden algo de certeza en medio de tanta prolongada incertidumbre.

Penosa realidad para el Derecho que, como expresaba el Dr. Augusto Morello, su lógica interior demanda que los comportamientos de los operadores y destinatarios le sean leales. Si deformamos el orden de las cosas, si se sobrepasan los límites y se quiebra la racionalidad que es el punto de equilibrio de sus coordenadas, bajo ese nombre —noble— de Derecho, consagramos el abuso y tergiversamos lo genuino de su significado.

La tutela al consumidor sobreendeudado

The protection of over–indebted consumer

Hernán G. GÁLVEZ

Profesor de Fundamentos de Derecho Privado (FCJS–UNL).

Email: hernangalvez@outlook.com.ar

Resumen

En el presente trabajo se abordan distintas cuestiones relativas a los mecanismos reparatorios o de saneamiento del consumidor sobreendeudado.

Palabras clave

Consumidor; Sobreendeudamiento. Hipervulnerabilidad, Saneamiento, Procedimientos especiales

Abstract

This paper addresses different issues related to remediation mechanisms of over–indebted consumer.

Keywords

Consumer; Over–indebtedness; Hypervulnerability; Special procedures

Introducción

La sociedad de consumo es uno de los fenómenos socioeconómicos que mejor caracteriza a nuestra época actual. La producción masiva de bienes y servicios ha generado una oferta nunca vista y no parece que el proceso se detenga, más bien, todo lo contrario.

El consumir se encuentra hoy ciertamente asociado a la construcción de identidad del ciudadano moderno, una especie de promesa de felicidad eterna para aquellos que tienen la capacidad de adquirir. Como lo expresa Zygmunt Bauman:

En la sociedad de consumidores nadie puede convertirse en un sujeto sin antes convertirse en producto, y nadie puede preservar su carácter de sujeto si no se ocupa de resucitar, revivir y realimentar a perpetuidad en sí mismo las casualidades y habilidades que se exigen en todo producto de consumo.⁽¹⁾

En esa búsqueda por pertenecer o simplemente por adquirir carta de ciudadanía, amplios sectores de la población se lanzan a la obtención de créditos para financiar esos consumos, ya sea mediante una operación de venta de crédito de consumo o mediante una operación financiera que facilite el crédito para el consumo.

La fuente de esa financiación no solo proviene del sector privado. Al menos en Argentina, desde hace varios años desde distintos ámbitos estatales se fomenta el endeudamiento para la adquisición de determinados bienes,⁽²⁾ como un modo de estimular la producción, mantener la actividad económica, e incluso como receta para combatir la recesión. Como contracara, no se advierten políticas agresivas de educación para un consumo sustentable. Es decir, desde el Estado se alienta al consumo como elemento dinamizador de la economía, pero no se hace cargo de las consecuencias disvaliosas que el consumo irreflexivo acarrea.

Además, al lado del sector financiero formal o clásico (bancos), proliferan diariamente distintas entidades con formas jurídicas variadas (sociedades, mutuales, cooperativas, asociaciones civiles etc.) como proveedoras de servicios financieros, sin olvidarnos que existen también los prestamistas individuales, muy presentes en barrios vulnerables, que carecen de toda registración formal. En ambos casos, no existe control del Banco Central de la República Argentina o entidad similar.

Es decir, tenemos un mercado de crédito regulado y un mercado de créditos informal, que no tiene supervisión estatal y es al que el trabajador informal, que integra la franja más numerosa y vulnerable de la población, usual —y muchas veces obligatoriamente— recurre.

Acceder a un crédito de consumo es algo relativamente simple en nuestro país. Incluso, en los formatos que las nuevas tecnologías proponen, puede accederse de modo inmediato a financiación crediticia. En efecto, los consumidores bancarizados, desde la comodidad de su hogar y través del *home banking* pueden acceder a préstamos inmediatos para la financiación de sus consumos. De igual modo, cualquier persona, con la sola presentación de su DNI tiene la posibilidad de acceder a créditos de los mercados desregulados.

El consumidor financiero argentino se caracteriza por su escasa capacidad de ahorro y por tanto para poder acceder a determinados bienes y servicios ofrecidos en el mercado, necesita de esta financiación. Algunos de ellos calificarán para acceder a la financiación

⁽¹⁾ Bauman, Zygmunt. *Vida de consumo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁽²⁾ Automóviles y electrodomésticos, planes Ahora 12, Ahora 18, etcétera.

bancaria —más controlada, más regulada y con mejores condiciones de contratación— pero muchos otros, deberán acudir al sector financiero no regulado o directamente, al sector informal, con pocas exigencias y con peores condiciones de financiación, debido al mayor riesgo.

Ello sin dejar de señalar que muchos de nuestros conciudadanos requieren de financiación para el consumo de los bienes más elementales de la vida (comida, vestimenta, educación, salud, etc.). En efecto, luego de sendas devaluaciones de los años 2018 y 2019, las familias argentinas debieron tomar cada vez más créditos para sostener el consumo. Pasada la pandemia, el esquema devaluatorio parece repetirse. El bolsillo de los argentinos se ve afectado por una combinación de salarios bajos con inflación persistente y en alza, lo que está desembocando en alta morosidad de los deudores bancarios y no bancarios o informales, endeudamiento con tarjeta de crédito para consumos corrientes y el crecimiento de la pobreza.⁽³⁾

En cualquier caso, la decisión del consumidor financiero es impulsada por distintos motivos y frecuentemente, no es una decisión racional, o al menos completamente libre.⁽⁴⁾ Es una decisión que está condicionada por sus propias debilidades y a su vez, fomentada por el mercado. El mercado de créditos necesita para su supervivencia la reproducción de los consumidores financieros. Y para ello, se vale de la publicidad y la creación de necesidades, las facilidades de contratación y la inteligencia artificial que se ponen a su servicio, logrando evidentemente su cometido.

Ahora bien, tal como lo explica Ariel Wilkis,⁽⁵⁾ el ingreso y permanencia en una relación financiera son hechos relativa y convenientemente sencillos. Los problemas comienzan en la salida de dicha relación. Y los problemas para el consumidor financiero crecen exponencialmente si se encuentra sobreendeudado.

Claudia Lima Marques define al sobreendeudamiento como la imposibilidad global del deudor persona física, consumidor, lego de buena fe de pagar todas sus deudas actuales y futuras de consumo, en un tiempo razonable, con su capacidad actual de rentas y su patrimonio.⁽⁶⁾

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo definió como «la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus obligaciones exigibles».⁽⁷⁾ Y agregamos: no se trata de una simple imposibilidad transitoria o coyuntural, sino que el sobreendeudamiento se caracteriza por su sostenimiento en el tiempo.

⁽³⁾ Ver por ejemplo: <https://www.redaccionmayo.com.ar/economias/2022/2/23/cada-vez-mas-familias-toman-deuda-para-sostener-el-consumo-827.html>

⁽⁴⁾ Conf. Monzón, Hugo G. *Sobreendeudamiento, comportamiento y tecnología*. SJA 01/04/22 TRLALEY AR/DOC/336.

⁽⁵⁾ Las formas elementales del endeudamiento. Consumo y crédito en las clases populares y medias de Buenos Aires y Santa Fe (2010–2019).

⁽⁶⁾ Marques, C. L. y Cavallazzi, R. L. *Direitos do Consumidor Endividado*. Editora Revista dos Tribunais (São Paulo), 2006, p. 400. En el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor, actualmente en trámite ante la Cámara de Diputados de la Nación, se define al sobreendeudamiento en el art. 81 como: «La situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales».

⁽⁷⁾ CSJN «Rinaldi Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo Ronal constante y otra y otro s/ejecución hipotecaria» R. 320. XLII. RHE15/03/2007 Fallos: 330:855.

Se suele distinguir dos tipos de sobreendeudamiento: el activo y el pasivo. El primero es aquel generado por el propio consumidor debido a una administración deficiente de sus ingresos y a consumos irreflexivos. El segundo por su parte, es aquel causado por externalidades (falta de trabajo, muerte, incapacidad, crisis económicas), es decir que son causas sobrevenidas ajenas a la voluntad del deudor.

Para algunos autores la distinción carece de relevancia, en tanto y en cuanto se advierta que en el sobreendeudamiento activo existe una conducta reprochable respecto de quien otorga un crédito a una persona que no tiene capacidad de repago. Asimismo, no se tiene en cuenta que en muchos casos el sobreendeudamiento activo proviene de gastos corrientes realizados por el consumidor en el marco de economías inflacionarias y nula capacidad de ahorro, como ocurre en nuestro país.

Por ello, en ambas situaciones el consumidor debe ser protegido, aun cuando puedan reconocerse niveles o distintas intensidades de protección, de acuerdo con cada situación. En este sentido, se pone de manifiesto la necesidad de la existencia de buena fe por parte del consumidor sobreendeudado para ser sujeto digno de protección.

Como sea, por el impacto que en la vida familiar causa, por la reducción de la capacidad de ahorro y en general, por los efectos sociales negativos que de ello se derivan, el sobreendeudamiento del consumidor es uno de los desafíos de la hora presente más relevantes que enfrenta el derecho moderno.

El consumidor sobreendeudado en el derecho argentino

Como sabemos, el consumidor en nuestro país es un sujeto de tutela preferente. Tanto la Constitución Nacional (art. 42 CN), distintos tratados internacionales y la ley de defensa del consumidor (ley 24240), establecen distintos niveles y herramientas para su protección. Por caso, la Constitución Nacional establece el derecho de los consumidores de acceso a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos que los tengan como protagonistas (conf. tercer párrafo del art. 42 CN).

Como un hecho de importante impacto, en el año 2015 se sancionó en nuestro país el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Amén de las distintas instituciones particulares vinculadas a la temática,⁽⁸⁾ el CCCN propuso un nuevo modelo de aplicación e interpretación de las normas cuando se trata de un conflicto de derecho privado, colocando a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el eje del sistema. De modo que, las soluciones de salida para los conflictos de sobreendeudamiento deben tener este norte. Además, se trata de un Código que indudablemente dirige su atención a los vulnerables y muchas de sus instituciones se fundamentan en su protección.⁽⁹⁾

⁽⁸⁾ Regulación de prácticas abusivas, información y publicidad dirigida a consumidores, deberes de asistencia del proveedor, cláusulas abusivas y su control judicial, etcétera.

⁽⁹⁾ «Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables» Extracto de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial disponible en http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

Puede afirmarse que el CCCN ha dado un decisivo impulso a la ética de protección de los vulnerables jurídicos y con ello ha terminado de moldear una cultura jurídica que puede verse reflejada en muchas decisiones jurisprudenciales actuales.

Ahora bien, partiendo de esta situación de tutela preferente que el consumidor posee ¿Cuáles son las protecciones con las que cuenta un consumidor sobreendeudado?

Desde ya, señalamos que en nuestro país no tenemos una regulación orgánica de la situación del consumidor sobreendeudado, sino que existen distintos institutos que atienden o abordan algunos aspectos particulares del fenómeno. Como lo explica el informe del Comité Económico y Social Europeo en el mundo imperan dos paradigmas regulatorios de esta cuestión: el «*fresh start*» norteamericano y el modelo de rehabilitación europeo.⁽¹⁰⁾ El primero de ellos no se detiene a analizar las causas del endeudamiento excesivo, dado que el mercado requiere la recuperación inmediata del consumidor para que vuelva a consumir. Por tanto, el patrimonio existente debe liquidarse rápidamente y condonarse las deudas remanentes de modo de poner nuevamente de pie al consumidor. El modelo de rehabilitación presente en países como Francia, atiende a las causas del sobreendeudamiento, realiza un reproche moral sobre la conducta del deudor dado que requiere la existencia de buena fe, pero entiende que este debe ser ayudado a pagar sus acreencias, diseñando un esquema de renegociación y conciliación en sede administrativa y una etapa en sede judicial.⁽¹¹⁾

Por ello, y hasta tanto el legislador argentino se aboque al tratamiento de la cuestión, resulta pertinente preguntarnos por los distintos mecanismos de tutela ya existentes y cómo funcionan en nuestra realidad cotidiana. En este sentido, se visibilizan mecanismos preventivos y mecanismos de saneamiento o reparatorios.

Respecto a los primeros, el control sobre la actividad publicitaria, la educación financiera para un consumo sustentable, la información de calidad que los prestadores deben otorgar, las instancias de reflexión previas a la contratación y la posibilidad de arrepentimiento, entre otros mecanismos preventivos, asumen un rol fundamental.

Ahora bien, sin restarle importancia a la prevención del sobreendeudamiento, los mecanismos reparativos parecieran ser más eficaces en el combate contra el fenómeno. Es que, por la estructura del mercado, las políticas publicitarias agresivas que conducen a consumos irreflexivos, los atajos mentales que llevan al consumidor a confiar que podrá pagar sus deudas, entre otras realidades, nos inducen a afirmar que en la sociedad de consumo siempre tendremos consumidores sobreendeudados y por ello, además de la tarea preventiva, es preciso poner mayor énfasis en el funcionamiento y eficacia de las tutelas reparatorias o de saneamiento.⁽¹²⁾

Veamos algunos ejemplos.

⁽¹⁰⁾ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia de fecha 25/10/2007 (2008/C44/19).

⁽¹¹⁾ Ley 89-1010 del 31 de diciembre de 1989, Relative a la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles

⁽¹²⁾ Monzón, autor antes citado, pone el énfasis en el estudio del comportamiento humano como presupuesto del sobreendeudamiento del consumidor, señalando la existencia de sesgos cognoscitivos que conducen a adquisiciones irreflexivas. Entre ellos, menciona las denominadas anclas (referencias valorativas de un objeto); el optimismo (exceso de confianza que descarta la aparición de situaciones imprevisibles), el *statu quo* (la predisposición a mantener el estado de cosas).

La solución concursal

Cuando se menciona el saneamiento o reorganización patrimonial del consumidor sobreendeudado se suele pensar enseguida en las soluciones concursales o falenciales.

Ocurre que los mecanismos previstos por la ley 24552 son adecuados para empresas en insolvencia o en el mejor de los casos, para pequeños comerciantes en situación de insolvencia, pero no son adecuados para resolver el problema de la persona humana sobreendeudada. Mal podríamos hablar de tutela diferenciada o preferente del consumidor, bajo un marco legal y procesal especial pensado para una empresa o un comerciante en crisis. Así lo viene sosteniendo la doctrina más calificada.⁽¹³⁾ El concurso preventivo trabaja sobre el principio de conservación de la empresa, la satisfacción de los créditos y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Por su parte, la quiebra tiene una finalidad liquidatoria o sanitarista, debido a la inviabilidad de la empresa o el comercio en crisis. Como se advierte, nada tienen que ver estos principios con los que rigen el estatuto consumeril.

Amén de ello, la legislación comercial parte de un presupuesto de igualdad entre acreedor y deudor insolvente y las reglas procesales que las regulan reflejan dicho principio. Piénsese que todo el proceso judicial transcurrirá con un sujeto acreedor que tiene mayores recursos tanto técnicos como económicos y con una serie de privilegios otorgados para la satisfacción de su crédito, que en nada se condice con los principios protectorios del derecho del consumidor.

Ello, sin dejar de señalar que, desde sectores de la doctrina comercialista, se considera al deudor un administrador temerario o negligente —cuando no de mala fe— y en el caso del consumidor sobreendeudado no se presta atención a las causas que originaron el sobreendeudamiento —vg. empresas que otorgan créditos a personas humanas sin capacidad de repago— o las que pueden haber dado lugar a los incumplimientos (falta de trabajo, fuerza mayor, pandemia, etcétera).

Incluso es preciso señalar que en la situación del consumidor sobreendeudado puede no haber insolvencia, es decir, cesación de pagos. Esta es, en esencia, un problema de flujo de fondos de una empresa o de un comerciante. En el sobreendeudamiento, el problema se focaliza en la imposibilidad de acceso para el consumidor a los bienes vitales como causa de la situación que atraviesa. Incluso, puede no haber mora. Piénsese en aquel consumidor que ha contratado un préstamo bajo la modalidad del descuento por planilla de haberes o simplemente en aquel que la cuota de un préstamo absorbe la mayor parte de su salario y que lo lleva a vivir en condiciones indignas.

En definitiva, en la insolvencia está en juego la viabilidad de la actividad de una empresa o comerciante en crisis, en el sobreendeudamiento está en juego la dignidad misma de la persona humana y su familia.

Y si bien, como ya se dijo, se propone la aplicación a esta situación de lo dispuesto por el art. 288 de la LCQ para pequeños concursos, lo cierto es que existe una voluminosa jurisprudencia que sistemáticamente deniega la apertura del proceso concursal por la falta de activo del actor y el uso abusivo de la figura concursal.

Por todo ello, en el estado actual de la cuestión, la legislación concursal no resulta adecuada como mecanismo de salida de la situación de sobreendeudamiento del consumidor.

⁽¹³⁾ Junyent Bas, Francisco. En torno a las alternativas de saneamiento para el deudor sobreendeudado. *Libro de Ponencias del VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal*. T. III. Tucumán, p. 185.

Ello, no significa que no pueda modificarse la ley 24522 y establecer un procedimiento especial para la persona humana que no realiza actividades económicas, bajo los principios consumeriles. En las condiciones actuales, el molde no parece ser el adecuado.

Asimismo, y sin dejar de reconocer las buenas intenciones con las que se dictan, entendemos que las provincias no pueden dictar normas procesales en materia de concursos y quiebras. Así, la Provincia de Mendoza ha modificado en el año 2018 su Código Procesal Civil y Comercial y ha incorporado la regulación del concurso de la persona humana que no realiza actividad económica organizada, lo que entiendo, es una materia expresamente delegada al Congreso de la Nación.

Tutela individual y colectiva en los procesos de consumo

Tanto en el ámbito individual como en su dimensión colectiva, se advierten distintas herramientas de protección del consumidor sobreendeudado. Sin pretender ser taxativos y conscientes de la diversidad de casos que se presentan en la vida diaria, mencionaremos algunas situaciones puntuales donde se evidencia la tutela reparatoria diferenciada del consumidor sobreendeudado.

Consumidores hipervulnerables

Se denominan consumidores hipervulnerables a aquellos que, sin perjuicio de la vulnerabilidad que les resulta inherente en cualquier relación de consumo, por pertenecer a un grupo o colectivo social determinado, tienen mayores dificultades para ejercer sus derechos frente al proveedor.⁽¹⁴⁾ Estamos aquí refiriendo a personas mayores de edad, con problemas de salud, en situaciones de pobreza, personas desempleadas, migrantes, etcétera.

Las personas que se encuentran en estas condiciones pueden caer en una situación de sobreendeudamiento más fácilmente que otras y por ello los deberes informativos, el trato equitativo digno y el deber de seguridad deben ser especialmente observados.

En esta línea debe prestarse especial importancia a la conducta de aquel proveedor que contrata con un consumidor hipervulnerable porque, en definitiva, es el presupuesto de su sobreendeudamiento.

En ese contexto, el proveedor tiene a su cargo en el momento previo a la contratación un deber específico, que se denomina principio de préstamo responsable y que implica para este la obligación de indagar respecto la capacidad de reembolso por parte del consumidor.⁽¹⁵⁾ Si dicho deber no es observado, el proveedor debe absorber el riesgo y los costos de haber dado crédito a una persona insolvente o que por su debilidad estructural era de suponer la imposibilidad de repago.

En los autos «Fello, Elena Yolanda c. Banco Piano S.A. s/ Sumarísimo» (expte. 7016/2017) la Cámara Nacional Comercial Sala C dictó un pronunciamiento que entiendo marca la senda en esta materia.

⁽¹⁴⁾ La Resolución 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior, establece que se consideran consumidores hipervulnerables a las y los consumidores que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

⁽¹⁵⁾ El ACDC lo incorpora expresamente en su art. 79.

Se trataba de una demanda de nulidad de tres contratos de préstamos con una entidad bancaria, donde la mutuaria era una persona de 76 años, discapacitada, que no tenía ningún amparo previsional, sin bienes, ni ingresos o recursos que le proporcionarían una subsistencia digna. Su medio de subsistencia era una pensión estatal no contributiva que le era depositada en una caja de ahorros del banco demandado. En virtud de dicha vinculación, le fue ofrecido un préstamo personal de muy fácil acceso. Luego, como no lo pudo cancelar, debió sacar otro en el mismo banco y al no poder otra vez pagarlo, sacó un tercer crédito en la misma entidad, con un costo financiero total superior al 80 %.

El Juzgado de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, declarando la nulidad de las tasas de interés aplicadas por vulnerar el límite de inembargabilidad dispuesto por el art. 14 inciso c) de la ley 24241, y condenó al banco a pagar a la actora las sumas demandadas en concepto de daño moral y daño punitivo.

La Cámara tuvo en especial consideración, que el Banco no realizó una mínima evaluación de la situación de extrema necesidad de la actora, que ello difícilmente le hubiera permitido cancelar el crédito y que ello se agrava teniendo en cuenta que la actora tuvo que sacar dos créditos más para poder cancelar aquel crédito primigenio y que en esa oportunidad tampoco realizó dicha evaluación. Puso énfasis en la obligación que tienen las entidades bancarias de investigar la capacidad de repago de sus clientes incluso como modo de tutelar su propia cartera de créditos.

Respecto el daño punitivo, consideró que resultaba procedente para desalentar el abuso en el que incurrió quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario, y por el largo, tedioso y riesgoso camino que le obligó a transitar.

Pagaré de consumo

Una cuestión que está directamente vinculada a la defensa del consumidor sobreendeudado es la ejecución de los denominados pagarés de consumo. Debe prestársele especial atención a esta figura atendiendo al hecho que, mediante esta operatoria, una porción muy vulnerable de la población financia consumos de bienes básicos para la vida diaria. (vestimenta, compra de alimentos en mercados barriales, electrodomésticos de primera necesidad, etcétera).

Es frecuente que esta operatoria plantee supuestos de conexidad contractual (art. 1073 CCCN), en donde el dador del crédito es una persona distinta de la del proveedor del bien o servicio que el consumidor adquiere, pero cuyos contratos están encadenados de modo de lograr un objetivo común que es que el consumidor contrate, adquiera el bien o servicio, utilizándose dos contratos, el de adquisición del bien, el mutuo y un título valor que lo garantiza. Este último, le garantiza al proveedor el rápido recupero del crédito a través del juicio ejecutivo, en el que se acota el tipo de defensas que el ejecutado puede alegar, estando vedada la discusión causal.

La ley 24240 impone en su art. 36 una serie de requisitos que los contratos de crédito deben tener, bajo pena de nulidad. La finalidad de la inclusión de estos requisitos es que mediante ellos se puede realizar el control de abusividad (art. 37 LDC y 1117 CCCN) y además, la posibilidad de que el consumidor demande la nulidad total o parcial del contrato.

La posibilidad que el consumidor pueda discutir la composición de la deuda, los intereses aplicados y demás cuestiones contractuales en el marco de la ejecución de un pagaré de

consumo es un derecho fundamental en el marco de la defensa frente al sobreendeudamiento, pero que hoy dista de ser pacífica.

Una primera posición entiende que el análisis de la causa de la obligación en juicio ejecutivo no es procedente y, por tanto, debe considerarse inaplicable la ley de defensa del consumidor en este tipo de procesos. Una segunda posición entiende que la legislación protectoria consumeril puede aplicarse en el marco de un proceso ejecutivo, para fundar la facultad judicial de declarar de oficio la incompetencia territorial en una relación de consumo, toda vez que, conforme lo dispone el art. 36 de la ley 24240, el consumidor debe litigar ante los jueces de su domicilio real.

Otra postura entiende que todo pagaré de consumo es inhábil para ser tramitado en un proceso ejecutivo, y por tanto, al ser la normativa protectoria del consumidor de orden público y especial, no puede ser derogada por estatutos generales del derecho común (decreto ley 5965/63) o de forma, como los códigos procesales. Esta postura admite incluso, la declaración oficiosa de la inhabilidad del título por incumplimiento de lo dispuesto por el art. 36 de la LDC. En una postura intermedia, se encuentran aquellos antecedentes jurisprudenciales que, propiciando el diálogo de fuentes como criterio de aplicación de las leyes (art. 1 y 2 CCCN) y la integración de todo el ordenamiento jurídico como pauta interpretativa, resulta admisible que en un juicio ejecutivo con base en un título valor abstracto creado como consecuencia de una operación de crédito para el consumo, se integre el título con el negocio causal subyacente, de modo de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 36.

En el fallo «Asociación Mutual Asis c/ Cubilla, María Ester s/ Cobro Ejecutivo» del 14/08/2019, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ante las diferencias interpretativas entre los distintos órganos jurisdiccionales de la provincia en relación con la aplicación del art. 36 de la LDC en los procesos ejecutivos, dictó una nueva doctrina legal sobre la materia. Afirmó que aun frente a los principios que gobiernan la creación, circulación y ejecución de los títulos de crédito, las normas del estatuto consumeril, imponen modulaciones relevantes, entre ellas, la de la restricción para adentrarse en los aspectos causales de la obligación. De este modo, la Corte Bonaerense entiende que el ejecutante puede acompañar documentación adicional que acredite el cumplimiento de los requisitos del art. 36 de la LDC a los fines de verificar que el acreedor cumplió la carga informativa en relación con el contrato de mutuo que dio lugar al libramiento del pagaré.

Si bien esta es la postura que pareciera prevalecer en la mayoría de los tribunales del país, la falta de regulación legal de la figura coloca al consumidor en una posición precaria. En este tipo de ejecuciones, la rebeldía del consumidor en el proceso es casi una regla no escrita; por ello, su protección y la posibilidad de revisar la composición de la deuda, pasa a depender del menor o mayor grado de activismo del juez, y su posición personal respecto las posturas arriba reseñadas. Por ello, sin dejar de reconocer la importancia de los precedentes reseñados, en tiempos donde el sobreendeudamiento del consumidor encuentra como uno de sus presupuestos más comunes la financiación para el consumo, resulta urgente el tratamiento legislativo del instituto en análisis.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁶⁾ El anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor regula la figura del pagaré de consumo en su art. 91 y dispone que: «Si una obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en un documento pagaré, se registrará por lo establecido en esta ley y subsidiariamente por lo dispuesto en otras normas generales y

Préstamos UVA

Bajo este acápite se comprenden distintas operatorias por las que el proveedor otorga préstamos para la adquisición de bienes, utilizando como mecanismo de actualización del capital, el coeficiente denominado Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) creado por ley 25827 y ampliado por la ley 27271 como instrumento de ahorro y préstamos. El uso más frecuente de este coeficiente de actualización lo encontramos en los préstamos hipotecarios y prendarios.

El índice mencionado es una unidad que se actualiza diariamente a través del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), el cual a su vez se conforma con el índice de precios del consumidor que informa el INDEC.

Por ello, debido a que el crédito UVA ajusta por inflación, a medida que esta fue en aumento, comenzaron a registrarse distorsiones en los contratos de préstamo que utilizaron esta modalidad y las cuotas de los consumidores se incrementaron de tal forma que empezaron a representar un porcentaje cada vez mayor en sus ingresos. Es decir, el salario del trabajador no se actualiza al mismo ritmo que el crédito UVA y ello genera que en los distintos escenarios contractuales, quienes contrajeron este tipo de préstamos tengan cada vez más problemas para pagarlos y se genere el temido sobreendeudamiento con todas las consecuencias que ya conocemos.

Por esa razón, desde ya hace un tiempo en distintos fueros del país, se vienen registrando demandas de reajuste o readecuación contractual en los términos del art. 1091 del CCCN y resoluciones que ordenan cautelarmente a los proveedores (administradoras, círculos de ahorro, etc.) retrotraer el valor de la cuota de modo que se adecue a un valor que no exceda entre el 20 y el 35 % de los ingresos del consumidor, porcentaje que oscila de acuerdo el Tribunal que se trate, hasta tanto se resuelva la pretensión principal, que es el reajuste o revisión contractual.

Sobre este último punto es donde gira la problemática principal. En efecto, sabemos que la revisión contractual puede tener lugar por vía legislativa (Vg. leyes de emergencia) o bien, por vía judicial, a través de los institutos previamente establecidos por el legislador para tal tarea. Es estos casos, la revisión se propone a través de la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente (conf. art 1091 CCCN). Atrás han quedado las discusiones respecto de la legitimación del afectado para solicitar de modo autónomo la revisión contractual, dado que el art. 1091 del CCCN la incorpora expresamente, aunque sí queda abierto el debate respecto al significado del término «adecuación» y las facultades judiciales a tales fines.⁽¹⁷⁾

especiales. En todos los casos se aplica el principio de interpretación más favorable al consumidor. Además de los recaudos establecidos en la legislación especial, el documento deberá contener la totalidad de la información exigida en el artículo 85 de la presente ley. La inobservancia de los requisitos mencionados torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva. Sin perjuicio de ello, el proveedor podrá acompañar a su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo. Vencida aquella oportunidad procesal, el ejecutante no podrá ejercer la facultad de integrar el título. Lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero».

⁽¹⁷⁾ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída. Acciones de las que dispone la parte afectada por la excesiva onerosidad causada por la pandemia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones contractuales*, 2020 – 3 Rubinzal Culzoni.

En este sentido, se registran dos pronunciamientos recientes, de los que no tenemos constancia respecto de su firmeza o si se encuentran en grado de apelación, pero que resultan de interés ya que son los primeros fallos —al menos que se tenga conocimiento— en donde se dicta una sentencia definitiva relativa al fondo de la cuestión de los créditos UVA y donde se pone de manifiesto la tarea judicial de readecuación contractual.

Así, el Tribunal de Gestión Asociada n° 2 de la ciudad de Mendoza en los autos «Azulay, Marcos Enrique c BBVA Banco Francés SA s/ Proceso de consumo» consideró, en el marco de una demanda de reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente de un préstamo hipotecario, que el desfase de las previsiones inflacionarias proyectadas al tiempo de lanzarse los créditos UVA y la evolución real que tuvieron en el país los índices de inflación y que los salarios no se actualizaron al mismo ritmo que la tasa de inflación, han importado una modificación de las circunstancias económicas presupuestas por las partes, que por su intensidad, se tradujeron en una alteración de la base negocial, habilitando ello la revisión del contrato, al amparo de la teoría de la imprevisión. En el caso concreto, se acreditó que, desde la fecha de toma del crédito, el salario del actor se incrementó en un 17 % y que el aumento del valor de las UVAs en el mismo período fue del 355,06 % y que el actor debía en la actualidad el 250 % del monto del crédito originalmente tomado.⁽¹⁸⁾

En virtud de ello, readecuó el contrato disponiendo: 1) retrotraer el valor de la cuota a agosto del año 2019 (fecha en que el Poder Ejecutivo dispuso el congelamiento de las cuotas UVAs); 2) el valor de la cuota debe actualizarse conforme el Coeficiente de Variación Salarial publicado mensualmente por el INDEC, sin que pueda extenderse el número de cuotas contractualmente previsto; 3) respetar la tasa de interés pactada, que no puede exceder del 4,90 %; 4) la cuota mensual resultante no puede afectar más del 30 % de los ingresos mensuales del actor.

En otro caso reciente, el Juzgado Civil y Comercial n° 11 de Mar del Plata en autos «Ferra, Javier Víctor Manuel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de reajuste», con una plataforma fáctica similar al caso anterior, si bien entendió que la demanda no era procedente porque de acuerdo lo probado en autos, no se había acreditado que la cuota UVA se hubiere vuelto excesivamente onerosa para el actor que pretendía el reajuste y por tanto, la relación cuota UVA–Ingreso no se encontraba desfasada, se consideró que, en los términos del artículo 1710 ss. y cc. del CCCN debía emitir un mandato preventivo.⁽¹⁹⁾

Al tratarse el préstamo hipotecario de un contrato de larga duración, y teniendo en cuenta los vaivenes a los que continuamente se ve sometida la economía del país, es presumible que el equilibrio contractual se vea en algún momento afectado. Por ello, consideró necesario disponer una medida de tutela preventiva, ordenando que la cuota mensual que el actor debe abonar no debe superar el 50 % del sueldo neto que percibe como empleado provincial y que si surgieran diferencias por la aplicación del tope mencionado, deben ser pagadas por el actor al finalizar el plazo contractual previsto para la devolución del crédito, debiendo conceder la entidad bancaria tantas cuotas como fueran necesarias para que el monto no supere el umbral indicado.

Como se advierte, en ambos casos se procedió a la revisión contractual como mecanismo de tutela y se dispusieron medidas tanto para revertir la situación de sobreendeudamiento

⁽¹⁸⁾ TR La Ley AR/JUR/70692/2022 del 13/04/2022.

⁽¹⁹⁾ TR LA LEY AR/JUR/58755/2022 del 27/04/2022.

ya registrada como para prevenir la que en el futuro se pudiera producir en contratos de larga duración.

Planes de autoahorro

El otro escenario contractual donde se registran problemas de sobreendeudamiento es el de los autoplanes o contratos de ahorro previo. Es de recordar que, en el esquema contractual de este negocio, se conforma un grupo de consumidores que realizan un aporte mensual, administrado por una sociedad o entidad administradora. Dicho aporte permite que el administrador adquiera determinados bienes —en nuestro caso automotores— en cada período pactado y pueda entregar unidades a los consumidores que conforman el grupo, seleccionados mediante un sorteo o licitación. En definitiva, el consumidor abona el valor del automotor según el precio correspondiente al mes anterior, es decir, se trata de un valor móvil. De este modo, se mantiene la capacidad de pago de dicho automotor para su adjudicación mensual a todos los que forman parte del grupo y por ello, el valor de la cuota indefectiblemente irá modificándose con el tiempo.

La operatoria que de por sí es compleja, ha presentado en el tiempo múltiples inconvenientes: incumplimientos de los suscriptores que no abonan las cuotas comprometidas, incumplimientos de actores vinculados al sistema por contratos conexos, en donde se incluyen las concesionarias, los fabricantes —que usualmente son controlantes de las administradoras, costos elevados de administración, de seguros, entre otros.⁽²⁰⁾

Pero el mayor problema que se presenta hoy y que ha generado que muchas economías domésticas pendan de un hilo, es el del aumento de la cuota del plan, debido al incremento del precio de los automotores generado por las sucesivas devaluaciones que nuestra moneda nacional experimenta.

Por ello, la Ley 27541 de Solidaridad y Reactivación productiva estableció en su art. 6o que

El Banco Central de la República Argentina realizará una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de préstamos UVA para la adquisición de viviendas y los sistemas de planes de ahorro para la adquisición de vehículos automotor, sus consecuencias sociales y económicas, y estudiará mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor.

En consonancia con ello, la Inspección General de Justicia dictó la resolución 14/20 que estableció un régimen de diferimiento de pagos en las cuotas de planes adquiridos con anterioridad al 30/09/2019, entendiéndose que aquellos que adquirieron planes con posterioridad a dicha fecha tenían conocimiento de la problemática que la devaluación generó en el sistema. Asimismo, estableció bonificaciones en el precio de determinados automotores adjudicados cuando el consumidor cumpliera con determinados requisitos, la prohibición de iniciar ejecuciones prendarias hasta el 30/09/2020 y la condonación de intereses punitivos devengados hasta la fecha de la resolución.

⁽²⁰⁾ Conf. Barreiro, Rafael F. *Prácticas abusivas recurrentes en el sistema de ahorro previo para la adquisición de automotores. Sobre la prevención y disuasión*. La Ley 06/06/2019 AR/DOC/1480/2019.

Sin perjuicio de ello, las medidas tomadas no consiguieron paliar el efecto devastador que el aumento de la cuota produjo sobre el salario de los ahorristas y por ello, al igual que en el caso de los préstamos hipotecarios actualizados con el índice UVA, en muchas provincias de nuestro país, se han iniciado procesos colectivos de reajuste contractual y se han dictado medidas cautelares que ordenaron retrotraer el valor de la cuota a la fecha de celebración del contrato y que el valor de la cuota no exceda de determinado porcentaje, hasta tanto se dicte sentencia definitiva.⁽²¹⁾

Incluso, la Cámara Nacional de lo Comercial que sostenía de modo más o menos pacífico la improcedencia de las medidas cautelares que modifican el monto de las cuotas de los planes de ahorro,⁽²²⁾ registra ya algunos casos donde resolvió en sentido contrario,⁽²³⁾ aplicando la teoría de la imprevisión.

Conclusiones

Mientras escribo estas líneas finales, nuestro país se ve inmerso nuevamente en una crisis económica que –como viene ocurriendo en los últimos años– seguramente impactará negativamente en los índices inflacionarios, en los salarios de los trabajadores y en los índices de desempleo. A juzgar por la realidad que se avecina, los problemas del consumidor sobreendeudado están lejos de terminarse.

Sea cual fuere la calificación que quiera otorgársele al sobreendeudamiento, la proliferación de los pagarés de consumo y los abultados saldos deudores de tarjetas de crédito, nos indican que una gran cantidad de nuestra población se endeuda no ya para la compra de bienes durables, sino para la adquisición de artículos de primera necesidad, es decir, los créditos se obtienen para satisfacer necesidades de la vida cotidiana, en un círculo vicioso de financiamiento que parece no tener fin. El crédito entonces deforma su naturaleza para pasar a ser el ingreso del consumidor.

De igual modo, aquellos sectores de la población de ingresos medios que se lanzaron a la adquisición de bienes inmuebles con fines de vivienda o la compra de automotores para el trabajo o esparcimiento mediante créditos UVA, préstamos personales a tasas

⁽²¹⁾ Véase «Aciar Edgardo Exequiel y otros c/ Volkswagen SA de ahorro para fines determinados y Volkswagen Argentina SA p/ proceso de consumo» del primer tribunal de gestión judicial asociada de la primera circunscripción de la provincia de Mendoza, en donde se ordenó a la empresa liquidar en forma mensual la suma correspondiente al pago que efectuara cada integrante del grupo en el mes de abril de 2018 o el primero de la suscripción del plan en caso de ser posterior actualizándose únicamente mediante coeficiente de variación salarial e impidiendo el secuestro de los vehículos de quienes se hallen en mora. En similares términos, véase Juzg. 1a. inst. civ. com. 27a nom-sec, Córdoba: expte. 8665690 «Acosta, Nora Inés y otros c/ Volkswagen Argentina SA– medidas cautelares (fecha: nov 2019) expediente número 8987512, caratulado «Aliaga Pueyrredon, Lucas c/ FCA automóviles argentina SA – y otros – acción colectiva abreviado–» y expte. 8812822 «Furlotti, Juan Luis c/ círculo de inversores SA y otros – acción colectiva – abreviado». En Entre Ríos, juzgado civil y comercial n° 7, Paraná, expediente número 20725, caratulado «Proceso reservado s/ medida cautelar prohibición de innovar» (fecha 11/12/2019). Cámara Civil y Comercial sala III: expte. 2702/19, caratulado: «Defensor del Pueblo de Tucumán vs. Volkswagen SA de ahorro para fines determinados y otros s/sumarísimo».

⁽²²⁾ Conf. vg. Pereyra Martínez, Javier Marcelo c/ Volkswagen SA de ahorro p/f determinados y otro s/ medida precautoria s/ incidente art. 250. La Ley online, AR/JUR/138605/2021 del 10/09/21.

⁽²³⁾ En autos «Cativa Eduardo Antonio c/ Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ incidente art. 250» Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C del 9/12/2021. eIDial.com – AAC8FB.

variables o círculos de ahorro previo, observan cómo, mes a mes, sus salarios pierden la batalla contra las constantes actualizaciones de las cuotas de sus créditos.

Por ello, y desde mi humilde perspectiva, el desafío de la hora para los operadores jurídicos argentinos reside en visibilizar las herramientas de defensa y protección con las que ya cuenta el consumidor sobreendeudado y poner en agenda lo que este fenómeno produce en las economías domésticas y en la dignidad del deudor y su familia.

Por otro lado, resaltar la necesidad imperiosa de dar urgente tratamiento legislativo a los distintos proyectos de reforma de la ley de defensa del consumidor, de modo de regular orgánicamente toda la operatoria de créditos para el consumo, dotar al consumidor sobreendeudado de mecanismos preventivos y de procedimientos de tutela reparatoria o saneamiento.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico. *La protección constitucional de los intereses de los consumidores*. Suplemento Constitucional – 2013 (febrero) 22/02/2013, La ley 2013 – A, 395 TR LA LEY AR/DOC/382/2013.
- CATALÁN, Marcos. *El deber de reparar los daños vinculados a la concesión no responsable de crédito: una mirada a partir de decisiones del Superior Tribunal de Justicia Brasileño*. Información Legal online ADLA2019 – 10–207 AR/DOC/3112/2019.
- FRUSTAGLI, Sandra A. Los créditos hipotecarios en Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) frente a la emergencia sanitaria: primeras reflexiones sobre el decreto 319/2020. La Ley, 27/05/2020 AR/DOC/1244/2020.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. Imprevisión y protección del consumidor. *RCCyC*, 2019 AR/DOC/2948/2019
- HERNÁNDEZ, Carlos; JAPAZE, María B.; OSSOLA, Federico; SOZZO, Gonzalo y STIGLITZ, Gabriel. «Antecedentes y estado actual del proyecto de Código de Defensa del Consumidor». La Ley, 27/02/2020 AR/DOC/257/2020.
- JUNYENT BAS, Francisco. El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas. Comentarios al anteproyecto de ley de defensa del consumidor homenaje a Rubén s. Stiglitz. *La Ley. Suplemento Especial*, 2019.
- LÓPEZ LAVOINE, Federico y SÁNCHEZ, Rocío. Información Legal online RDF 94 08/05/2020, 111. AR/DOC/876/2020.
- MÁRMOL, Pablo E. Presentación en concurso del pequeño comerciante, el empresario, el profesional, el emprendedor y el consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2019–2. Insolvencia I, Rubinzal Culzoni, p. 295.
- MONZÓN, Hugo G. Sobreendeudamiento, comportamiento y tecnología. *SJA* 01/04/22 TRLALEY AR/DOC/336.
- MUÑOZ, Matías. La protección del consumidor frente al sobreendeudamiento. Tendencias actuales en los proyectos de reforma de la ley de defensa del consumidor. Información Legal online RDCO 298 17/10/2019, 1423 AR/DOC/2096/2019.
- PASCUAL, Santiago. *Consumidores sobreendeudados. Flexibilización del proceso de quiebra*. DJuris663 www.editorialjuris.com/doctrina.php?idD=663
- SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián. La financiación del consumo y el sobreendeudamiento. Información Legal Online RDCO 295, 12/04/2019, 421 AR/DOC/1176/2019.
- TAMBUSSI, Carlos E. Constitucionalización del derecho del consumidor. *Suplemento especial Constitucional*, 2019 (noviembre), 12/11/2019, 247 AR/DOC/3778/2019.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. La pandemia y los nuevos vulnerables. *La Ley* 19/05/2020 AR/DOC/1358/2020.

Los adultos mayores como colectivo de especial protección en el ámbito del derecho del consumidor

Older adults as a group of special protection in the field of consumer law

María Cecilia CARBÓ AMOROSO

Profesora de Derecho de los Contratos (FCJS–UNL).

Email: mceciliacarbo@gmail.com

Resumen

El presente artículo propone reflexionar acerca de la edad, como factor de vulnerabilidad. El objetivo es visibilizar a los adultos mayores como un colectivo social atravesado por un sinnúmero de barreras; y pasar revista por las diversas herramientas que el derecho privado ofrece para garantizarles el pleno ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad.

Palabras clave

Personas mayores; Vejez; Vulnerabilidad; Hipervulnerabilidad; Consumidor

Abstract

This paper proposes to reflect on age as a vulnerability factor. The objective is to make older adults visible as a social group crossed by countless barriers and to review the various tools that private law offers to guarantee them the full exercise of their rights, under conditions of equality.

Keywords

Older adults; Old age; Vulnerability; Hipervulnerability; Consumer

Introducción

Partimos de reconocer que vivimos en una sociedad global y que la población adulta es un grupo etario en notable crecimiento.

Sin lugar a dudas, el envejecimiento de la población implica un nuevo desafío: a ellos se les debe garantizar su identidad e inclusión social. En virtud lo cual, resultará indispensable procurar los medios que habiliten su desarrollo, conservando su independencia, y dotándolos de herramientas para que puedan mantener su participación y el pleno ejercicio de sus derechos, en los diferentes escenarios en los que intervengan.

Corresponderá diseñar espacios en los que se amplíen las intervenciones destinadas a las personas mayores. Promover la solidaridad entre generaciones, combatir mitos y prejuicios. Será nuclear pensar en generar cambios culturales que, como tales, exigen: modificar la percepción del mundo, revisar valores y llamar la atención frente a estereotipos negativos, prejuicios o discriminación con motivo de la edad. Será crucial erradicar toda forma de violencia y discriminación contra las personas mayores y propiciar la protección de sus derechos humanos.

En particular, me interesa reflexionar y describir las subjetividades que se reproducen por su desvalorización como sujetos de derecho. A partir del reconocimiento de esta realidad, propiciar el análisis de los diversos recursos que ofrece el derecho privado, con la finalidad de tutelar —de manera especial— a este colectivo social.

Personas mayores

Nuestro país ha adherido a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), a través de la ley 27360 (31/05/2017).

A partir de esta Convención, los Estados han asumido el compromiso de «promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor» (art. 1º).

La Convención ofrece una serie de definiciones. En lo que aquí interesa, describe a la «persona mayor» como aquella que tenga sesenta (60) años o más, a menos que la ley nacional establezca una edad diferente, siempre que no supere los sesenta y cinco (65) años. Este concepto se distingue del término «vejez» que es definido como una construcción social de la última etapa de la vida (art. 2º).

En relación con este último precepto, se pueden distinguir distintas áreas del envejecimiento, cuya caracterización estará asociada a las diferentes percepciones o ideas que tenga una sociedad acerca de la vejez. El lugar que una comunidad le otorga a los adultos mayores tendrá diferentes implicancias en la vida cotidiana.

Conforme a lo expuesto, uno puede hablar de un envejecimiento: a) biológico (asociado a la salud en general); b) psicológico (autopercepción de la vejez); c) social (relacionado con el retiro del mercado laboral/jubilación); d) cultural, entre otros.

Una reciente investigación da cuenta que la cantidad de personas mayores a nivel global es superior a mil millones, lo que equivale al 13,5 % de la población mundial. Se proyecta que para el año 2030, una de cada seis personas tendrá sesenta (60) años o más.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Década del envejecimiento saludable: informe de referencia. Resumen [Decade of healthy ageing: baseline report. Summary]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2021. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Este dato asociado al reconocimiento de la necesidad de ampliar las intervenciones destinadas a las personas mayores determinó que, a través de las Naciones Unidas, se diseñara un plan de trabajo, denominado «La Década del Envejecimiento Saludable 2021–2030».

Este proyecto visibiliza que es necesario diseñar un espacio de mayor tutela y sensibilidad a la hora de abordar la temática vinculada con las personas mayores, y prevé diferentes pilares o ámbitos de actuación. En particular, resulta útil destacar: la necesidad de modificar la forma de pensar, sentir y actuar ante la edad; la promoción o fomento de sus diferentes habilidades y el ofrecimiento de una atención integral, centrada en la persona y en los servicios de atención de salud, que respondan a sus necesidades.

A nivel local, en los últimos años se ha comenzado a medir el envejecimiento de la población. Proceso que se caracteriza por el aumento cuantitativo de las personas en edades avanzadas, en contraposición a la disminución de las personas más jóvenes e infancias.⁽²⁾

En este análisis se ha concluido que en América Latina y el Caribe el envejecimiento demográfico se ha acelerado a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Según los datos recabados en el Censo 2010 (lo que será objeto de pronta revisión cuando se procesen los recopilados durante el año en curso) en nuestro país, un 10,2 % de la población cuenta con sesenta y cinco (65) años o más (Naciones Unidas, califica como un país envejecido al que supere al 7 % de su población). A su vez, por diferentes factores, existe una marcada tendencia hacia una feminización de sus componentes.

El reconocimiento de esta realidad nos interpela a poner sobre el escenario su presencia y —hasta incluso de un modo intuitivo— nos convoca a pensar o diseñar herramientas tendientes a la tutela de las personas mayores, que garanticen el acceso y goce de sus derechos en condiciones de igualdad.

Más aún si pensamos que la vida cotidiana se encuentra, necesariamente, atravesada por las nuevas tecnologías.

En este punto, recientemente se ha medido que, los niveles de instrucción alcanzados por los sectores de personas mayores son más bajos que el de la población más joven.⁽³⁾ Sin lugar a duda, la educación es un factor que influye de manera decisiva en el bienestar de las personas y en el acceso a sus derechos fundamentales.

De allí que la brecha digital se constituya como un verdadero obstáculo para las personas adultas al momento en que necesiten acceder —en condiciones de igualdad— a los diferentes recursos, bienes y servicios que ofrece el medio.

Más allá de lo expuesto, no puede soslayarse que durante mucho tiempo se ha creído que el alcanzar los últimos años de la vida significa el deterioro funcional. Esta percepción se ha ido modificando, a partir de diferentes estudios del comportamiento. En particular, las neurociencias, enseñan que el cerebro de las personas es capaz de cambiar durante todo el ciclo vital, lo que incluye la vida adulta y la vejez.

Desde esta perspectiva, si bien en el colectivo de adultos mayores existen quienes necesitan una mayor asistencia y cuidado, lo cierto es que se presenta un nuevo desafío frente a una longevidad activa. Esta distinción fue motivo de especial atención y debate en la

⁽²⁾ Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos – INDEC, 2014. E–Book.

⁽³⁾ Dossier estadístico en conmemoración del Día Internacional de las Personas de Edad, Instituto Nacional de Estadística y Censos – INDEC, 2021.

Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, cuyo propósito es modificar viejos estereotipos y valorizar al envejecimiento como una conquista que merece ser celebrada.

Se ha dicho que: «La prolongación de la vida permite a las personas gozar de avances que ni siquiera soñaron. Éstos, por una parte, les facilitan y mejora la vida pero, por las otras, las enfrentan frecuentemente ante situaciones nuevas que deben superar».⁽⁴⁾

Es aquí donde me interesa detenerme, reflexionando en cómo desde el derecho se pueden articular respuestas que faciliten atravesar estas vallas.

El reconocimiento legislativo de los derechos de las personas adultas

La Constitución Nacional no contiene una disposición que tutele, de manera especial, a las personas adultas.⁽⁵⁾

Sin perjuicio de ello, establece en cabeza del Congreso el deber de

[L]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 CN).

Como ya anticipara, a partir del dictado de la ley 27360, nuestro país ha adherido a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En este documento se reconoce que las personas mayores son titulares de los mismos derechos humanos y libertades que las demás, y que no deben ser sometidas a discriminación alguna fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia. De manera expresa, se indica que este reconocimiento tiene origen en el respeto del derecho a la dignidad y a la igualdad, como cualidad inherente a todo ser humano.

A nivel local, las constituciones provinciales también han reconocido la necesidad de tutelar, de manera especial, a este colectivo que integran las personas longevas.⁽⁶⁾

Especial consideración a la luz de los llamados consumidores hipervulnerables

Las normas y los principios del derecho de consumidores y usuarios tienen como eje central la debilidad estructural que estos presentan frente al proveedor/profesional.

⁽⁴⁾ Tamer, Norma L. La perspectiva de la longevidad: un tema para re-pensar y actuar. *Revista Argentina de Sociología*, 2008, 6 (10): 91-110. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26961007>

⁽⁵⁾ Más allá de ello, existen diversos documentos internacionales que, de modo genérico y programático, ofrecen normas vinculadas al derecho de las personas mayores. A título enunciativo, encontramos a: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVI), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 17).

⁽⁶⁾ En este sentido, las Constituciones de las provincias de Córdoba (art. 28), de Entre Ríos (art. 18, tercer párrafo), de Santa Fe (art. 23), entre otras.

Habiendo transcurrido ya varios años desde la reforma de la Constitución Nacional (art. 42 CN), de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24240 y sus reformas) y de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, lo cierto es que ya no se discute que la nota de la vulnerabilidad resulte un elemento o cualidad que define al consumidor como tal.

Ahora bien, la realidad nos demuestra que existe un colectivo o grupo de consumidores que se encuentran atravesados por un nuevo nivel de condicionamiento, vinculado a especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos. Ello puede vincularse a la persona en concreto o, como ocurre en el caso en análisis (la edad), presentarse por una situación general. Es a ellos, es decir, a quienes además de revestir el carácter de consumidores (y como tales parte débil o vulnerable) se encuentran condicionados por una nueva nota de vulnerabilidad, a quienes la doctrina autoral y jurisprudencial ha denominado consumidores «hipervulnerables».⁽⁷⁾

A la condición de consumidor (parte débil/estructural) se adhiere esta nueva posición de vulnerabilidad, asociada a la edad, al género, al estado de salud o a diversas circunstancias económicas, educativas, étnicas o culturales que impiden o entorpecen el ejercicio de los derechos en situaciones de igualdad.

Reconocida esta especial situación de desventaja, en estos casos, resulta necesario profundizar el ámbito de su protección o tutela.

En efecto, lo anteriormente valorado ya ha sido abordado por la doctrina, y siguiendo su desarrollo resulta oportuno indicar que:

mientras la protección al consumidor se fundamenta en una nota de vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad del consumidor. En la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios.⁽⁸⁾

Su reconocimiento en la normativa nacional

Esta nueva categoría receptada en el ámbito de la doctrina autoral interesada en el derecho del consumidor, fue abriéndose paso en la jurisprudencia nacional.⁽⁹⁾ Ello en tanto, hasta hace muy poco tiempo atrás, no había ningún reconocimiento expreso en el derecho argentino.

⁽⁷⁾ Lima Marques, Claudia. Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano. En Lorenzetti, Ricardo, Lima Marques, Claudia. *Contratos de servicios a los consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 252.

⁽⁸⁾ Frustragli, Sandra A. La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino. *Revista de Derecho del Consumidor*. Tercera época (1), 2016, IJ-CCL-396 y sus citas.

⁽⁹⁾ CSJN, 22/04/2008, «Lesdesma, María Leonor c/ Metrovías», Fallos 331:819 (aquí se valoró de manera especial, la edad de una persona que sufrió daños al descender de un tren).

Ahora bien, el asunto sí ha sido abordado —de manera similar— en los diversos proyectos de reforma a la Ley 24240 de Defensa del Consumidor.

En este sentido, resulta útil señalar que tanto el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, como los diversos proyectos de Código de Defensa de las y los Consumidores diseñan, de manera expresa, el reconocimiento de esta categoría caracterizada por una vulnerabilidad agravada.

Allí se define como «consumidores hipervulnerables» a las personas humanas que, además de ostentar la vulnerabilidad estructural del mercado, se hallan condicionadas por otras circunstancias de vulnerabilidad: su edad, género, salud u otras situaciones que dificultan el ejercicio de sus derechos como consumidores con plenitud.

En su caso, calificada a la persona como tal, la exigencia de un mayor espacio de salvaguarda y protección cobra protagonismo a la hora del abordaje de la relación de consumo, en donde: la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad, deben ser especialmente garantizados.⁽¹⁰⁾

El fundamento de esta protección reforzada o especial es evitar agravar la situación de particular indefensión en la que se encuentran estos consumidores, doblemente vulnerables.

A nivel *infra* legal, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación ha dictado la resolución 139/2020 (art. 43 de la ley 24240). Allí se ha considerado que es necesaria la adopción de medidas de tutela diferenciada frente a quienes revistan el carácter de consumidor y encuentren agravada su situación debido a su: edad, género, salud, nacionalidad, entre otros. En este contexto, adopta la terminología de «hipervulnerabilidad», «doble vulnerabilidad» o «vulnerabilidad agravada» para referir a este colectivo social.

La reglamentación limita el ámbito de aplicación al campo de injerencia de la autoridad administrativa. En términos generales, propicia la adopción de acciones que favorezcan: la adecuada resolución de los conflictos; la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a justicia; brindar asesoramiento, facilitar y acompañar en sus reclamos a los consumidores hipervulnerables; proponer acciones de educación; promover en los proveedores buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos.

Asimismo regula que, en los procedimientos administrativos, deberán observarse dos principios de manera especial: 1°) lenguaje accesible (claro, coloquial, llano, adecuado); y 2°) deber reforzado de colaboración por parte de los proveedores, que garantice una rápida y adecuada composición del conflicto.

El reconocimiento a nivel jurisprudencial

Como ocurre —casi de manera natural— ha sido la jurisprudencia la que ha ido abriendo caminos en el asunto, reconociendo la necesidad de dar respuestas a diversas necesidades que se presentan en la realidad social.

Si bien hasta la sanción de la reglamentación 139/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, no existía un reconocimiento expreso del tema, la Constitución Nacional (art. 42), los tratados internacionales de derechos humanos, la sanción del Código Civil y Comercial y la constitucionalización del derecho privado, han habilitado un diálogo de

⁽¹⁰⁾ En este sentido se expresa el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor para la República Argentina (S-2576/19).

fuentes permeables que habilitan la construcción de respuestas acordes a un paradigma que promueve la tutela diferenciada de los sectores más vulnerables.

Antes de ingresar al análisis de la casuística, entiendo útil recordar que la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana elaboró reglas básicas relativas al acceso a justicia de las personas vulnerables. El documento titulado «Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», tiene como finalidad garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de los más vulnerables.

Entre sus propósitos, impone a los operadores del sistema de justicia el deber de considerar a las personas en condición de vulnerabilidad y dispensarles un trato digno y adecuado a sus circunstancias particulares.

En lo que aquí interesa, es útil destacar que reconoce la existencia de personas en situación de «mayor vulnerabilidad», entendiéndolas como aquella que reúnen varias causas o la gran incidencia de una de ellas. Aquí se identifica de manera expresa la especial condición que revisten estos grupos, máxime cuando a la vulnerabilidad de base o estructural (como es el caso de los consumidores) se asocia a una o más condiciones de vulnerabilidad, que agrava su desventaja.

Allí se define que:

[u]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(...) se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Se señala, de manera expresa que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad.

El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad (Reglas n° 3, 4 y 5).⁽¹¹⁾

Se celebra que lo expuesto tenga correlato y recepción en nuestra jurisprudencia. Recientemente, en un caso en que se discutía la validez y eficacia de un pagaré de consumo en un juicio ejecutivo, se consideró que el mismo debía abordarse a partir del microsistema del derecho del consumidor.

En lo que aquí interesa, el tribunal valoró que:

⁽¹¹⁾ Texto conforme la actualización de las Reglas de Brasilia, aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador.

el derecho del consumidor tiende a la humanización del proceso, con él se procura tutelar a la persona, en cuanto tal, protegiendo su dignidad. En particular, se piensa y articula este sistema que tiende a preservar y tutelar la presencia de un real equilibrio negocial, que ponga su centro de atención no solo en términos económicos sino, fundamentalmente, en términos jurídicos. De allí que es de suma trascendencia valorar el conjunto de disposiciones contenidas en los contratos de crédito para consumo, siendo imperioso ponderar la situación del sobreendeudamiento de los consumidores, más aún cuando se trata de colectivos hipervulnerables.

En efecto, conforme surge del formulario de «Solicitud de Ayuda Económica», la aqua demandada a la fecha de su suscripción tenía sesenta (60) años; con lo cual también se encuentra alcanzada por los principios convencionales que tienden a la tutela de los adultos mayores (cfrse. Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 75 inc. 22 de la CN y art. 18 de la Constitución Provincial).

(...) aquel principio de protección del consumidor se ve reforzado cuando, como en el caso, nos encontramos frente a una persona especialmente vulnerable (...) En este sentido también es útil indicar que el dictado de la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior tiende a extremar los deberes de colaboración cuando de estos colectivos se trata.⁽¹²⁾

Aquí, en particular, se consideró no solo la condición de sujeto vulnerable (consumidora) sino también su agravación por dos (2) factores que la condicionaron a la hora de vincularse con la entidad financiera. Así se valoró: la situación de sobreendeudamiento y la edad de quien suscribió el título valor, cualidades que permitían calificarla como una consumidora hipervulnerable. En cuanto tal, sujeto que exige una intervención activista por parte de quienes ejercen la actividad jurisdiccional, que le garantice un ámbito de mayor tutela y protección.

En otro caso, una persona denunció haber sido víctima de una estafa electrónica. Informó que, a través de ella, se le había otorgado un préstamo personal a través de su banca digital y que ese dinero (y un saldo disponible en su cuenta) le había sido sustraído. En virtud de ello, interpuso una demanda contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, cuyo objeto era la declaración de nulidad de dicho contrato. En forma conjunta, solicitó que —de manera cautelar— se le ordenara al banco demandado: 1) se abstenga de realizar los débitos mensuales en su cuenta, como pago de las cuotas del préstamo antes aludido y 2) la restitución de aquel saldo disponible en su cuenta.

El tribunal luego de calificar el asunto como una relación de consumo, relacionó que la actora se hallaba amparada por normas de raigambre constitucional y convencional. En particular, dijo:

entre la vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables como en el presente caso en relación a la condición de «adulto mayor» de la actora, permite identificar en el derecho del consumidor una

⁽¹²⁾ Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, «Credife S.A. c/ Zarlenga Mirta Irene s/ Ejecutivo», expte. 8420, sentencia del 20/08/2021.

categoría que requiere especial protección vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo. La intervención de la justicia en auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica y constituye expresión cabal del principio pro homine o pro persona. Desde ese enfoque, la protección del consumidor vulnerable se afianza en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en razón que se exige que los derechos humanos encuentren eficacia concreta en la aplicación [de] las reglas del Derecho privado.

Luego de valorar la procedencia de los presupuestos de admisibilidad de la medida cautelar solicitada, consideró el carácter de consumidora hipervulnerable de la parte actora por ser una señora «adulta mayor» e hizo lugar a la pretensión innovativa.⁽¹³⁾

La selección de los casos de jurisprudencia propuestos no ha sido aleatoria, sino que refleja la necesidad de implementar —de manera real, llana y efectiva— un ámbito de mayor protección a las personas adultas en espacios o circunstancias en las que la brecha digital marca enormes desigualdades entre los consumidores y los proveedores de bienes y servicios.

Conclusiones

Considero que debemos propiciar el análisis y la reflexión de las enormes dificultades que suelen atravesar las personas humanas al llegar a una edad avanzada en sus vidas.

La brecha digital es un asunto que merece especial atención, en tanto coloca a las personas mayores frente a grandes desigualdades y, en muchas ocasiones, dificulta el acceso al ejercicio de sus derechos. La realidad nos muestra que la vida cotidiana se encuentra atravesada, de modo transversal, por las nuevas tecnologías.

De allí que, resulta imperioso visibilizar a este colectivo social, especialmente vulnerable. Reconociéndolos y tutelándolos de manera especial, librándonos de prejuicios.

En este camino, será fundamental que el abordaje de los asuntos en lo que se encuentren involucrados sus derechos, lo sea a través del principio protectorio que, en lo que es materia de análisis, deberá acentuarse.

Deberá garantizarse el acceso a la información, que tendrá que ser simple y adecuada para sus destinatarios (analfabetos digitales, en algunos supuestos).

Asimismo, cuando estemos en presencia de este colectivo social deberán articularse acciones de tutela diferenciada, activas y preferentes que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad (en consonancia con el modo en que han sido diseñadas en los diferentes proyectos de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor).

Se propone entonces construir una nueva representación social de la vejez. Transformar el envejecimiento y pensarlo y sentirlo como un logro que acompaña al desarrollo de una comunidad.

⁽¹³⁾ Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata, actuaciones: «Masciti Ana María c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perj. Incump. Contractual», expte. 171589, sentencia del 03/03/2021.

Referencias bibliográficas

- BAROCELLI, Sergio S. Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Fulvio G. Santarelli y Demetrio A. (Comps.). *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz*. Chamatropulus; 1º de facsímil. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019, pp. 47–59.
- FRUSTRAGLI, Sandra A. La hipervulnerabilidad del consumidor por factores socioeconómicos en la jurisprudencia, RC D 744/2021.
- FRUSTRAGLI, Sandra A. La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino. *Revista de Derecho del Consumidor*. Tercera época (1). 2016, IJ–CCLI–396.
- LIMA MARQUES, Claudia. Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano. En Lorenzetti, Ricardo y Lima Marques, Claudia. *Contratos de servicios a los consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos: parte especial*. T. III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2021.
- TAMER, Norma L. La perspectiva de la longevidad: un tema para re–pensar y actuar. *Revista Argentina de Sociología*. 2008, 6(10): 91–110. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26961007>
- WAJNTRAUB, Javier H. La importancia de la nueva Resolución SCI 139/2020 sobre consumidores hipervulnerables. RC D 2269/2020.

Fuente

- Organización Mundial de la Salud. Década del envejecimiento saludable: informe de referencia. Resumen [Decade of healthy ageing: baseline report. Summary]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2021. Licencia: CC BY–NC–SA 3.0 IGO.

Familia y Sucesiones

Pluriparentalidad, nuevas familias, nuevas identidades

Multi-parenthood, new families, new identities

Rodolfo G. JÁUREGUI

Profesor Titular de Derecho de Familia (FCJS-UNL).

Email: rjauregui@fcjs.unl.edu.ar

Resumen

La identidad en su faz dinámica ha sido resignificada en el derecho de filiación impactando en las tres fuentes según la actual jurisprudencia, consagrando múltiples casos de triple filiación. Esta situación une al progreso científico con un mayor espacio para la autonomía de la voluntad, dando paso no solo a nuevas conformaciones familiares, sino también a nuevas identidades, siendo necesario profundizar el estudio de ambas bajo una perspectiva interdisciplinaria, respetuosa de los derechos humanos. En el futuro, ante la falta de reglamentación, entre otros aspectos, se debería en esos casos reglamentar el ejercicio de la responsabilidad parental.

Palabras clave

Identidad dinámica; Pluriparentalidad; Nuevas subjetividades

Abstract

The identity in its dynamic face has been re-signified in the right of affiliation, impacting the three sources according to the current jurisprudence, consecrating multiple cases of triple affiliation. This situation unites scientific progress with a greater space for the autonomy of the will, giving way not only to new family conformations, but also to new identities, being necessary to deepen the study of both under an interdisciplinary perspective, respectful of human rights. In the future, given the lack of regulation, among other aspects, the exercise of parental responsibility should be regulated in these cases.

Keywords

Dynamic identity; Multiple parents; New subjectivities

Introducción

Hace años ya, el genial Fernández Sessarego definía la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y no «otro». Sostenía que

el plexo de características de la personalidad de «cada cual» se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su «mismidad», en lo que ella es en cuanto específico ser humano. Se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo.

También se ha dicho que es el derecho a la memoria, en definición tan real y elocuente como parcial. Ha sido caracterizada como un derecho «consustancial al ser humano».⁽¹⁾

Fernández Sessarego rescataba de la jurisprudencia italiana que vio luz en las décadas del ochenta y los noventa del siglo pasado, la «verdad personal proyectada socialmente». El concepto ahora re-significado, luce muy emparentado al derecho de familias en nuestros tiempos. La identidad es caracterizada en esa movilidad o «fluidez del ser». Fue más tarde precisado por Zannoni quien sostenía que «desde el punto de vista existencial el presupuesto biológico, la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (particularmente, es obvio, de las paterno-filiales). Concluía que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria».⁽²⁾

Veremos, seguidamente, cuál fue la derivación de la aplicación de aquellas ideas, a las que se dio «una vuelta de tuerca», junto a otros argumentos, originando las consecuencias actuales en los desarrollos jurisprudenciales. También aportaremos lo que, a nuestro juicio, resta profundizar.

Identidad, filiación: nuevas familias, nuevas identidades

La identidad, en su faz dinámica, actualmente se integra y se conecta, entre otros aspectos fundacionales, con el derecho de filiación. Hasta hace un tiempo solo se la enlazaba al derecho de adopción. Hoy, ante una floreciente corriente, se recurre en nuestro país en las tres fuentes filiales reconocidas en el digesto de fondo: naturaleza, adopción y TRHA.

A tal punto que se puede considerar, —y hay quienes así lo sostienen—, que global o genéricamente la «socioafectividad», en casos de inexistencia de vínculo biológico entre el hijo y alguno o ambos progenitores, es una especie de cuarta fuente, no regulada en el CCCN. Tiene acogida explícita la pluriparentalidad o multiparentalidad, al no ser excluido quien si lo tiene, rompiendo con el principio binario que gobierna el CCCN (arts. 558 y ccs.), expandiéndose sus efectos hacia el parentesco.

⁽¹⁾ Voto del doctor Enrique Petracchi, fallo de la CSJN del 13/11/90 (La Ley, 1991-B, 472).

⁽²⁾ Zannoni, Eduardo A. Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia? LL 1998-C-1181.

No solo se percibe jurídicamente con relevancia esta identidad dinámica como derecho de la persona así emplazada con ese triple vínculo, con base en lazos afectivos filiales previos, sino que el derecho puede surgir en otras ocasiones como consecuencia del ejercicio directo, previo al nacimiento, de los derechos subjetivos familiares de los progenitores de la persona, en donde se pone en juego, además, la autonomía de la voluntad y el derecho a fundar una familia «poliamorosa». Ambas vías desafían los moldes tradicionales que se corresponden en cuanto principio, con el origen biológico dado por la naturaleza, ahora «relativizados» o cuestionados por la conjunción que propone la intervención del progreso científico⁽³⁾ y la adaptación a nuevas realidades sociales.

Si a eso se agrega en perspectiva de auscultar el contexto, que también se habilita, justo en el otro extremo al aquí estudiado, un supuesto en el cual, en lugar de sumar un vínculo humano filial, se resta. En efecto, en la fecundación *post mortem* se privilegia el nexo biológico pese al fallecimiento del progenitor.⁽⁴⁾ En otros términos, se priva al nacido desde antes de su concepción de la presencia física de uno de sus progenitores. Podríamos decir, a modo de especulación, uniendo los dos extremos mencionados, que aparentemente el imperio de la voluntad de los progenitores por un deslizamiento o repliegue del orden público es amplísimo, y que influye dicho imperio, notoriamente en la construcción de estas nuevas subjetividades, las que se ven posibilitadas en algunos casos y en gran medida, exclusivamente por el progreso médico-científico.

El vínculo afectivo sirvió como base en el pasado no tan lejano para rechazar la impugnación de la paternidad extramatrimonial en un muy buen fallo de la prestigiosa y avanzada SCJBA,⁽⁵⁾ sin que surja la «pluriparentalidad» como alternativa. Esto nos da la

⁽³⁾ Ejemplo reciente es el Juzgado Civil n° 7 de la Ciudad de Buenos Aires en fallo del 22 de junio del 2022, luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 558 CCCN, aprobó una información sumaria, que contenía un acuerdo previo realizado por una familia, que como fruto del poliamor, planificaron la concepción y crianza de un niño. El fallo ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires inscribir, en forma inmediata y cautelar, la triple filiación de un niño, nacido el 12 de mayo de 2022, hijo biológico de uno de los integrantes de un matrimonio de hombres que aportó su espermia, y una mujer que aportó su óvulo, y los tres se sometieron a las TRHA.

⁽⁴⁾ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil n° 98. 01/02/2022 «E., R. A. s/ Autorización» (TR LALEY AR/JUR/51098/2022). Al no tratarse de una práctica prohibida por la ley, no hay impedimento para admitir la fertilización *post mortem* en el ordenamiento jurídico; sin embargo es un supuesto de excepción y solo puede otorgarse en casos particulares.

⁽⁵⁾ SCJBA «M., J. F. c. M., E. J. s/ filiación – impugnación de paternidad» 05/04/2013. Habiendo sido probada la inexistencia de vínculo biológico entre la menor y su padre, en una acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial promovida por su madre, la rechazó por mayoría, alegando, entre otros de la restante prueba surge que cultivan un estrecho vínculo sentimental, con una periodicidad de trato e intensidad ostensiblemente mayores y más profundas al que profesa con su padre biológico, lo cual permite concluir que su mejor interés no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar alcanzada de esa forma. La preservación de su identidad dinámica consolidada por el vínculo sentimental forjado con el accionado, debe ser solucionada tomando como parámetro el prioritario interés superior del niño —arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño— y el principio *pro minoris*, que permite relegar en una medida razonable los derechos que pudieren invocar los mayores. La relación jurídica de filiación goza en la actualidad de autonomía propia, desprendida de su corriente soporte biológico, por lo cual —dejando a salvo el resguardo del derecho del menor a conocer su procedencia— no siempre se ha de operar ni es conveniente que así sea, la concordancia entre la realidad biológica y vínculo jurídico filiatoria (TR LALEY AR/JUR/21757/2013).

pauta clara de la velocidad inusitada a la que avanzan las construcciones jurisprudenciales, en términos históricos. Estamos los contemporáneos asistiendo en tiempo real a cambios vertiginosos y profundos. La cercanía temporal quizás no nos permite calibrar con exactitud la conmoción que significa para la ciencia jurídica.

Volviendo a la identidad, D'Antonio expresaba que «es el presupuesto de la persona, que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, costumbres, cultura propia y los demás componentes de su propio ser».⁽⁶⁾

Este ideario encaja ahora con la textura normativa de la ley 26061 (B.O. 26/10/2005). En su virtud, el ISN exige se respete su «pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural» (art. 3, inc. c); la identidad incluye «la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia» (art. 11); la ley reconoce el derecho de los niños a no ser separados de aquellos «con quienes mantenga lazos afectivos» (art. 33).

La pluriparentalidad en nuestro país nació con una decisión de la autoridad administrativa de la Provincia de Buenos Aires y en relación con un niño concebido mediante TRHA, en abril de 2015. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca de 2015 en la Comisión n° 6 que casualmente se titulaba como «Identidad y Filiación» por unanimidad se concluyó que no se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad. Sin embargo, siendo que esa era la regla, resaltamos que por mayoría que en los casos de pluriparentalidad se concluyó que es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación (Guillermina Zabalza —UNdel Centro—, Paula Fredes —UN de Río Negro—, María Teresa Vega —UN de Catamarca—, Ana Peracca —UN de Catamarca—, Natalia de la Torre —UP—, Federico Notrica —UP—, Carolina Duprat —UNS— y Marisa Herrera —UBA—. Y en minoría que los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el código, en particular de los artículos 1 y 2 del Título Preliminar (Aída Kemelmajer de Carlucci —UNCuyo— y Adriana Krasnow —UNR).

Pluriparentalidad y la necesidad de profundizar el estudio científico interdisciplinario

Los casos de pluriparentalidad no solo desafían las reglas del CCCN sobre el principio binario (558), que proclama que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, sino que además, proponen otras formas más en el seno de las sociedades para la construcción o constitución de nuevas familias y nuevas subjetividades, que hasta ahora no son suficientemente conocidas ni estudiadas. Seguramente serán objeto de estudio desde diferentes campos de las ciencias sociales en el futuro inmediato, por ser un fenómeno cultural, el que debe hacerse con un enfoque respetuoso de los derechos humanos.

Esta posibilidad ha sido ya abordada incipientemente también desde la psicología. Es imprescindible hacerlo, para incorporar o considerar los aportes de esa ciencia. Giselle López reflexionó sobre el caso July (una niña que quedó emplazada en un trámite de

⁽⁶⁾ D'Antonio, Daniel H. El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor. *ED*; 165–1297.

impugnación de filiación como hija de quien impugnó, del padre demandado, y de su madre, habiéndolo así solicitado en audiencia), para explorar en estos casos la función paterna, que estaba en juego.⁽⁷⁾

Explicó la especialista con cita experta, que la filiación se configura a partir de un anudamiento entre los aspectos biológicos, sociales, jurídicos y los subjetivos en articulación con la ley; que en términos psicoanalíticos, se habla de lo real del padre, de un «real separador»; función que ha sido nominada por Jacques Lacan como «Nombre del Padre», elevándola al estatuto de concepto psicoanalítico. La Familia es «un espacio ocupado por una red de relaciones decididas por una determinación biológica, pero sublimadas en el vínculo social». Con base biológica pero, siendo una institución social, variable según las civilizaciones «así como hablamos de sexuación o de sexualización, debemos hablar de parentalización». Hay una elección de los padres como hay elección del sexo (...) Lo que cuenta la novela familiar (de los padres y de los niños) es cómo el sujeto fue separado del objeto primordial. A través de qué traumatismos fue afectado de una pérdida de vida y qué significación ha surgido para él, de eso, qué fantasma ha surgido.

Dijo que la función paterna no necesita de la presencia de «un varón» para ser ejercida, ya que «la realidad anatómica de quien cría a un niño no es un elemento fundamental para la construcción de su subjetividad», debiendo diferenciarse entre lo que nombramos como «función paterna» (real separador) de la figura de una persona de género masculino, como que dicha función es ejercida exclusivamente por una persona (registro imaginario). Aquí estriba el aporte útil para el derecho. También López dijo que es posible conjeturar que el decir del padre como acto de nominación ha tenido lugar, así como el consentimiento de la niña a este decir.

Calificó el fallo como un movimiento de ampliación de derechos y de respeto por la realidad familiar de la niña que fue escuchada más allá del binarismo original.

Pluriparentalidad y el Derecho comparado

Se reconoce en *British Columbia* que la inscripción se basa en los acuerdos parentales *inter partes*, por escrito, realizado previamente a la concepción del niño mediante TRHA. La relación multiparental da inicio previamente al constituirse, sin que exista ningún requisito de apego psicológico, o cuidado parental real. En síntesis, la parentalidad plena es posible para quienes firmaron un acuerdo antes de la concepción del niño, y esta se llevó a cabo exclusivamente a través de TRHA.

En la Sección 7612 (c) del *California Family Code* se permite que los tribunales reconozcan los modelos multiparentales si se comprueba que el establecimiento del estado de padres a solo dos personas resultaría perjudicial para el niño. La discusión parlamentaria previa a la sanción de esta legislación argumentaba:

⁽⁷⁾ López, Giselle A. Indagaciones psicoanalíticas sobre la pluriparentalidad, a partir de un fallo judicial argentino. XIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVIII Jornadas de Investigación. XVII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. III Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. III Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2021.

La mayoría de los niños tienen dos padres, pero en raros casos, los niños pueden tener más de dos (...) Es la intención de la Legislatura que este proyecto de ley solo se aplique en el caso raro en que un niño realmente tiene más de dos padres.

Aunque también se dio el extraño caso en la República de Brasil, en el que una mujer dedujo una acción de reconocimiento de filiación contra un hombre que negó su paternidad y la atribuyó a su hermano gemelo, quien a su vez indicaba que el padre era su hermano. A ambos el estudio de ADN les daba un resultado positivo. Un juez de la República Federativa de Brasil atribuyó la paternidad a los dos e impuso una cuota alimentaria a favor de la niña en un 30 % del salario mínimo vigente a cada uno. Esto es: ambos fueron declarados padres biológicos de la menor —multiparentalidad biológica o genética—, pues se consideró la decisión más justa que valora los derechos de aquella en detrimento del accionar indecoroso de los demandados. Se entendió que cada uno posee un deber directo con la niña. Y que acreditado que los demandados desde que eran adolescentes se aprovecharon del hecho de ser gemelos, tanto para salir con mujeres como para ocultar el engaño, y que en el proceso de reconocimiento de filiación uno de ellos procura ocultar su paternidad, corresponde declarar que la niña es hija de ambos, pues ese comportamiento no merece protección del Poder Judicial que, por el contrario, debe condenar conductas deshonestas, principalmente de quienes buscan beneficiarse de una actitud indecorosa que vulnera el derecho al reconocimiento de la paternidad biológica de una niña, derecho constitucionalmente amparado, inalienable, indiscutible e inherente a la dignidad de la persona humana. Se dijo que aunque no exista ley que regule asunto tan complejo y singular, no puede culminar en un *non liquet* (la situación no es clara, entonces no falla).⁽⁸⁾

En Australia se dio otro caso inverso: se dijo que el hombre que proporcionó el material genético para la inseminación artificial, no debe ser tratado como el «padre legal» de la niña nacida, a los efectos de la Ley Federal, dado que, aun cuando haya tenido intenciones de criarla, la presunción de parentesco en el art. 14 de esa norma, a favor del matrimonio conformado por dos mujeres es irrefutable, ya que aquel no había contraído matrimonio con la madre de aquella, no mantenían una relación de hecho cuando fue concebida, ni la había adoptado.⁽⁹⁾

También se recurrió a la pluriparentalidad en virtud de haberse conformado una familia no convencional entre un matrimonio compuesto por un hombre y una mujer y una amiga de ambos, producto de la cual nació un niño por acuerdo entre los tres (hijo biológico de uno de los cónyuges con la amiga de su mujer). Se dijo que el superior del

⁽⁸⁾ Tribunal de Justicia de Goiás «XX s/ reconocimiento de paternidad – alimentos provisorios» 19/03/2019 (TR LALEY AR/JUR/2516/2019). «Como é sabido, o conceito de família não deve ser realizado de forma técnica e imutável, pelo contrário, deve ser extraído do contexto social, jurídico e psicológico, no âmbito da sociedade e levando-se em consideração a consciência coletiva da atualidade. Assim, diz-se que família é gênero, que, por sua vez, comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do direito». «Dentro do âmbito de proteção do instituto «família», não se pode olvidar para o princípio da plena proteção das crianças e adolescentes, porquanto os filhos menores – crianças e adolescentes – gozam, por determinação constitucional (art. 227), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento. Logo, seus interesses devem ser tutelados e seus direitos resguardados».

⁽⁹⁾ Tribunal de Família de Australia; 28/06/2018; Parsons and Anor & Masson c. RDF, 2019-II, 249 con nota de Mariana A. De Lorenzi. TR LALEY AU/JUR/1/2018.

niño exige que se otorgue una tenencia tripartita, permitiéndole una relación continua con quien, si bien no es la madre biológica ni adoptiva, a los ojos del menor es una de sus madres.⁽¹⁰⁾ Asimismo se dijo que el pedido de reconocimiento de multiparentalidad, con la pertinente inscripción en el registro civil, es procedente respecto de un menor de edad, hijo biológico de una mujer casada con otra mujer y de un hombre amigo de ambas, al estar comprobado que el proyecto familiar fue compartido por los tres al punto que se prepararon —junto con sus familiares— para tener un hijo con dos madres y un padre, siendo que el proyecto actual de familia debe entenderse como «cláusula abierta», sin exclusión de las formadas con base en la afectividad.⁽¹¹⁾

En la Provincia de la Columbia Británica de Canadá se dijo que dado que hay un vacío en la FLA con respecto a los niños concebidos a través de una relación sexual que tienen más de dos progenitores —familias poliamorosas—; para reparar este vacío, conforme a la sección 192 de la FLA, se ejerce jurisdicción *parens patriae* y se declara que la peticionante —miembro de una relación tríada, no gestante— es la progenitora legal del niño, junto con sus otros dos progenitores. Es en el mejor interés del niño que todos sus progenitores sean legalmente reconocidos como tales.⁽¹²⁾

La actualidad en la jurisprudencia argentina

Modernamente la «coparentalidad» diseñada en el sistema argentino es insuficiente para vasta jurisprudencia. El principio binario está cediendo, tal cual presagiaban aquellas conclusiones de las Jornadas Nacionales más arriba transcritas. Se da una moderna corriente jurisprudencial, que florece con vigor en el país, y que, ciertamente, no está exenta de agudas críticas.

Ocurre que se han incluido novedosas formas de emplazamiento filial, con las recientes consagraciones de casos de pluriparentalidad o multiparentalidad,⁽¹³⁾ tanto en la

⁽¹⁰⁾ Corte Suprema del Condado de Suffolk; 08/03/2017 «Dawn M. c. Michael M.» RDF 2017–VI , 306 RDF 2017–VI–306 (TR LALEY US/JUR/1/2017).

⁽¹¹⁾ Cámara 8va. de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre; 12/02/2015 «L.PR.; R.C.; M.B.R. s/acción civil declaratoria de multiparentalidad c.». RDF 2015–VI, 207. TR LALEY BR/JUR/1/2015.

⁽¹²⁾ Suprema Corte de Columbia Británica. 23/04/2021. Registro de Nacimiento de Columbia Británica n° 2018–XX–XX5815 • RDF 2022–I, 281 con nota de Natalia de la Torre y Sabrina A. Silva • TR LALEY AR/JUR/187064/2021.

⁽¹³⁾ Cámara 2a. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III F. c. C. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación; 15/07/2020 (TR LALEY AR/JUR/24021/2020): «El reconocimiento de la filiación biológica de la niña no debe implicar en el caso el desplazamiento liso y llano de la originaria filiación, en tanto se ha acreditado que la menor estableció en plenitud desde su nacimiento el vínculo paterno-filial con la pareja de su madre, nació y crece, con sus cinco años cumplidos, en el seno de la familia que compone junto a ellos, condición que reconoce el progenitor, quien, a la par de exigir su reconocimiento como tal, expresó reiteradamente su interés de sumarse a la vida de la niña, sin desplazar al «otro papá». El art. 558, CCC, debe declararse inconstitucional, toda vez que al prescribir que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, su literal aplicación conduciría a que el emplazamiento del progenitor accionante excluiría al demandado, solución de rigidez salomónica que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni propicia el contexto que requiere la integración del padre biológico a la vida de la niña sin quebrar la familia en la que ha nacido y se viene desarrollando, con los efectos devastadores que tal decisión podría acarrear». (también Monteros, Tucumán, expte. 659/17, 07/02/2020, «L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación», AR/JUR/132/2020).

adopción,⁽¹⁴⁾ como en la filiación por naturaleza y en las TRHA, como vimos reseñando aquel primer antecedente.

Gran parte de la doctrina saludó este tipo de producciones jurisprudenciales. Sin embargo, Úrsula Basset ha cuestionado que el nuevo derecho considera que esas formas de familia, hasta tanto no tengan el sello de validez del Estado, no son suficientemente legítimas o válidas. En realidad, no es más que una nueva forma de policía. Lejos de ser un derecho liberal que reconoce la dignidad de la pluralidad de las relaciones de familia considera que aquellas que el derecho no escribe no existen.

Los argumentos brindados en los distintos precedentes pivotean sobre los siguientes puntos: el respeto a las distintas conformaciones familiares;⁽¹⁵⁾ la dignidad de la persona humana; el mayor espacio para la libertad o la autonomía de la voluntad de los protagonistas que quieren ejercer sus derechos; la faz dinámica del derecho a la identidad, habiéndose declarado como una sumatoria de todos estos argumentos o bien la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558⁽¹⁶⁾ inclusive de oficio⁽¹⁷⁾ o la inaplicabilidad para el caso, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del CCCN.

Desde la parcela formal se han alegado obstáculos procesales que impedían concederla. Así, en un caso se dijo que si la pretensión del apelante es que se reconozca el vínculo filial socioafectivo con la niña registralmente, es decir figurar en la partida de nacimiento como el padre socioafectivo, ejerciéndose la pluriparentalidad, debió reconvenir por pluriparentalidad, pues no es posible pretender que en esta instancia se supla lo que no fue motivo de contradictor en la instancia precedente. El demandado al contestar solicitó el rechazo de la demanda de impugnación de la filiación deducida por el padre biológico y que se mantuviera el emplazamiento filial de la niña, pero sobre la base de la socioafectividad.⁽¹⁸⁾

La prestigiosa opinión de Arazi, también comentando el famoso *«leading case»* del precedente July dejó planteado que en estos casos debería explicarse porqué se apartaban del principio de congruencia (se aparta de lo solicitado por las partes) y además, cuestionó si era necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del CCCN o hubiese sido

⁽¹⁴⁾ Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Civil n° 76; 01/03/2022: «G. M., F. N. s/ Adopción». La Ley online, TR LALEY AR/JUR/24458/2022; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de la 2da. Nominación de Orán; «P., I. c. D., S. s/ Impugnación de filiación» 10/08/2021, TR LALEY AR/JUR/118826/2021.

⁽¹⁵⁾ «La Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. (...) ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el art. 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del art. 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por «familia». Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo en particular de la misma» (párr. 174). CORTE IDH, 24/11/2017, Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica sobre «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo».

⁽¹⁶⁾ Juzg. Niñez, Adol., Violencia Fam. y de Género 3 Nom, Córdoba, Córdoba; 18/02/2020; «F., F. C. y otros s. Adopción» RC J 625/20. Juz. Fam., San Cristóbal, Santa Fe; 14/03/2022 P., R. R. vs. I., N. V. y otros s. Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de filiación; RC J 1934/22.

⁽¹⁷⁾ Juzg. Fam. n° 2, Río Gallegos, Santa Cruz; 17/12/2021. «C. C. A. vs. B. D. E. y otro s. Acción de filiación» RC J 579/22.

⁽¹⁸⁾ Cámara de Familia de Mendoza «R., G. M. c. C. M., L. P. y A., M. E. s/ impugnación de filiación y nulidad de reconocimiento» 31/03/2022 (TR LALEY AR/JUR/67637/2022).

más prudente resolver sobre su inaplicabilidad al caso concreto por existir un conflicto de derecho.

La construcción de nuevas identidades y el ejercicio de la responsabilidad parental en casos de pluriparentalidad

A su vez agregamos desde aquí un detalle desapercibido, que llamativamente han olvidado u obviado quizás *ex profeso* este tipo de sentencias en nuestro país, que rompieron con el esquema binario que comanda el derecho de filiación en la economía del Código. Se les pasó por alto ni más ni menos que reglamentar o definir cómo funcionaría en cada caso concreto el ejercicio de la responsabilidad parental. Quizás, especulamos, sea vital determinarlo para conocer el impacto que tendrá el instituto en las nuevas identidades. Sería indispensable hacerlo, a la luz de todo un sistema del derecho positivo nacional que está previsto o diseñado, congruentemente con la cuestionada regla binaria, para que sea ejercida por parte de dos personas y no por tres titulares. Esa adaptación no fue materia de preocupación. Se necesitarían, entendemos, parámetros claros para los integrantes de las familias para materializar sus derechos y la magistratura para resolver eventuales conflictos, que seguramente, como es totalmente previsible en el derecho de familia, forzosamente surgirán.

En especial se nos ocurre indagar con especial interés por aquellos casos que se estatuyen dos progenitores (dos papás) y las soluciones mismas o los hechos dejan el cuidado personal del NNóA bajo la modalidad ya sea unilateral de la mujer o compartido indistinto con uno de los otros dos progenitores, o con ambos, pero con residencia principal con aquella. ¿No será una nueva forma de complicar el funcionamiento del instituto de la responsabilidad parental para el concreto ejercicio por ella?

El análisis pormenorizado de los textos excede los límites de este trabajo, pero nos permitimos deslizar solo algunas referencias, por una cuestión de espacio, respondiendo algunas inquietudes:

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del art. 643 ¿requiere el consentimiento de los tres? La respuesta afirmativa se impondría. La teleología de la mentada delegación con sus notas típicas (consentimiento, causa justificada y temporalidad), así lo aconseja. Con ello, la intervención obligatoria de los progenitores en los trámites.

El consentimiento de «ambos» progenitores, para los importantes actos que enumera el art. 645, ¿se debe leer como si estuviese escrito que en lugar de dos sean tres? Aparentemente no surgiría otra posibilidad. En estos supuestos se podrían incrementar los litigios, y con ello perjudicar o hacer engorroso el funcionamiento del instituto, como así también demorar los trámites.

En el art. 650, en el cuidado personal indistinto, en el que el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado, este último término «ambos» ¿se debe interpretar, de igual manera, como si estuviese dirigido a «los tres», escapando a su literalidad?

Entendemos que tampoco aquí queda otra opción. Y esta sería potencialmente otra complicación seria: a falta de acuerdo, distribuir el tiempo, funciones y responsabilidades, se muestra como bastante complejo cuando litigan dos progenitores conforme nuestra

experiencia. Aparenta convertir aún en más accidentado el trámite en estos casos, si no reina la armonía en los grupos que siempre es deseable. Enorme desafío para la magistratura.

En el art. 652 (derecho y deber de comunicación),⁽¹⁹⁾ en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo. Retorna la pregunta: ¿es referido «a los otros»? Las apreciaciones que hicimos en el párrafo anterior también serían aplicables a este supuesto. No sería tan sencillo tampoco, aparentemente, establecer una fórmula que garantice en cada caso ese trato directo y regular en una rutina satisfactoria para todos, que contemple los variados acontecimientos en la vida familiar, social, cultural, educativa, familiar, deportiva, etc. del hijo, fundamentalmente, reiteramos, en casos conflictivos.

O en el art. 653 (cuidado personal unilateral, deber de colaboración), en el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, ¿el juez debe ponderar la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro? Aquí la magistratura deberá evaluar prioritariamente y en su favor, a quien posibilite mantener trato con los otros dos progenitores, también evitando la letra del texto. Sería la opción obligada, dado que no se habilitaría otra interpretación

Idéntica pregunta surge del art. 654 (deber de información) cuando dice: «Cada progenitor debe informar al otro» sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo, la insuficiencia reaparece: se entiende que el deber de información refiere «a los otros».

La misma lectura y no otra es la que se impone en el art. 655 inc. d (Plan de Parentalidad), sobre el régimen de relación y comunicación con el hijo cuando este reside con el otro progenitor (a los otros).

Y es lógica la siguiente pregunta: ¿qué intervención tendrían los otros progenitores, por ejemplo, en el Convenio Regulador del Divorcio de la madre con un progenitor afín de un NNYA que no sea ninguno de ellos?

⁽¹⁹⁾ La ley 623 de Nicaragua de «Responsabilidad paterna y materna» del año 2007 (publicada en La Gaceta, 120 del 26 de junio del 2007) dispone en el art. 21: «Derecho a las Relaciones Familiares. Las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de éstos. Este derecho se extiende a los demás familiares, tanto por línea paterna como materna. En estos casos, el Ministerio de la Familia, podrá actuar como conciliador para contribuir al ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad responsable, sin perjuicio de que las y los interesados ejerzan sus derechos ante el Juzgado de Familia correspondiente. En todo caso se procurará establecer relaciones regulares y permanentes, entre madres – padres, hijos – hijas, observando en todo momento el interés superior del niño y la niña como principio rector para establecer el régimen de visitas en los casos de separación y divorcio». Reglamenta la cuestión en el art. 22 estableciendo contactos mínimos: art. 22. De las Visitas: «Para efectos del artículo anterior, las hijas o hijos que no vivan con su padre o madre tendrán derecho, como mínimo, de relacionarse con sus progenitores un fin de semana cada quince días y durante las vacaciones escolares, de navidad y fin de año, de forma equitativa entre el padre y la madre, salvo que sea contrario al principio del interés superior de la hija o hijo. Se exceptúan de esta disposición los hijos e hijas lactantes, o los que por circunstancias especiales estén imposibilitados o les cause daño abandonar el hogar habitual de residencia, en este caso, se deberán prestar las condiciones adecuadas para que el otro progenitor y demás familiares se relacionen periódicamente con la hija o hijo. El período de visitas será establecido en sedes administrativas o en el correspondiente Juzgado de Familia, según lo solicite la parte interesada. En todo caso el período de visita no causa estado, cuando varíen las circunstancias que los motivaron, siempre que de común acuerdo lo soliciten las partes suscriptoras de los mismos».

Conclusiones

A. Estamos los contemporáneos asistiendo en tiempo real a cambios vertiginosos y profundos. Ello no nos permite por la proximidad temporal calibrar con exactitud qué connotación significa para la ciencia jurídica, la pluriparentalidad como fenómeno social y cultural. Nuevas identidades están surgiendo de las nuevas conformaciones familiares, por fallos que en lugar de dos progenitores consagran tres, inaplicando o declarando la inconstitucionalidad del art. 558.

B. El imperio de la autonomía de voluntad de los progenitores es amplísimo en materia filiatoria, influyendo notoriamente en la constitución y desarrollo de estas nuevas subjetividades, posibilitadas en algunos casos y en gran medida, exclusivamente por el progreso médico-científico.

C. Las pluriparentalidades constituyen otras formas más en el seno de las sociedades para la construcción de familias y subjetividades, hasta ahora no suficientemente conocidas ni estudiadas. Seguramente serán objeto de conocimiento desde diferentes campos de las ciencias sociales en el futuro inmediato, por ser un fenómeno cultural, lo que aportará a la resolución de potenciales conflictos.

D. Resta que los pronunciamientos se expidan sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en estos casos, como mayor producción doctrinaria al respecto, puesto que el sistema del CCCN está diseñado para dos progenitores.

Referencias bibliográficas

- ACEVEDO, Soledad A. Cuando el amor es más fuerte. Reconocimiento de la Socioafectividad como elemento fundacional de la familia, *RDF*, 104.
- ARAZI, Roland. Triple filiación. Inconstitucionalidad del Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación. <https://fundesi.com.ar/triple-filiacion-inconstitucionalidad-del-articulo-558-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>
- BALLARÍN, Silvana. El derecho a la vida familiar, la pluriparentalidad y los lazos frateros: poniendo nombre a lo insinificante. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* (Erreius, mayo 2020).
- BASSET, Úrsula C. Pluriparentalidad: dilemas de un debate contemporáneo entre escenarios adultos y derechos de los niños. L. L. 19/06/2020, 6. TR LALEY AR/DOC/530/2020).
- D'ANTONIO, Daniel H. El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor. *ED*, 165–1297.
- DE LA TORRE, Natalia y SILVA, Sabrina A. Interés Superior del Niño y Perspectiva de Género (s) Algunos retos del derecho filial contemporáneo. *RDF* 2022–I, 294.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- GALPERIN, Gabriel N. Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura. Segunda parte (MJ–DOC–13676–AR | MJD13676).
- JÁUREGUI, Rodolfo G. Familia y sistema judicial. *RC* 30/2022.
- LÓPEZ, Giselle A. (2021). Indagaciones psicoanalíticas sobre la pluriparentalidad, a partir de un fallo judicial argentino. XIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVIII Jornadas de Investigación. XVII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. III Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. III Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- PIERINI, Alicia. Prefacio de «El derecho a la identidad». AA. VV. Eudeba, 1993, p. 11.
- PIETRA, María L. Pluriparentalidad en la filiación por naturaleza y humanización de la justicia. *RCCyC*, 2020 (diciembre), 135.
- SOLARI, Néstor E. La multiparentalidad en la filiación por naturaleza. *LA LEY* 30/10/2020, 4 • DFyP 2021 (agosto), 68, 3.
- ZANNONI, Eduardo A. Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia? *LL* 1998–C–1181.
- ZUCCHINI, Alejandra. La filiación socioafectiva como antesala de la pluriparentalidad. 3375/2020.

Niños y adolescentes sujetos a medidas excepcionales: entre la protección legal y el desamparo real

Children and adolescents bound to exceptional measures: between legal protection and helplessness

María Magdalena GALLI FIANI

Profesora de Derecho de Familia (FCJS-UNL).

Email: mmgalli@fcjs.unl.edu.ar

Resumen

A diecisiete años de vigencia de la Ley de Protección integral, el modelo de intervención estatal ante la vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes ha sido profundamente analizado por hombres y mujeres del derecho. No tan profundo ha sido el cambio en la realidad de los niños, niñas y adolescentes que, luego de vivir vulneraciones en el seno de sus familias de origen, continúan sufriendo la morosidad de los procesos, la indefinición de sus situaciones legales y la ausencia de medidas restitutorias de sus derechos. Nos proponemos hacer visible la situación vital de los que han sido separados de su familia de origen por una medida de protección excepcional, con datos oficiales a nivel nacional. Buscamos destacar la actualidad de todos aquellos que, desde un espacio de vida transitorio, esperan reinsertarse a un grupo familiar a través de la respuesta de las autoridades administrativas y judiciales.

Palabras clave

Niñez; Adolescencia; Protección jurídica

Abstract

Seventeen years after the Comprehensive Protection Law, the model of state intervention against the violation of the rights of children and adolescents has been deeply analyzed by legal scholars. Children and adolescents, after experiencing rights infringements in their origin families, continue to suffer from delayed processes, lack of definition of their legal situations and the absence of measures to fulfill their rights. With official data at national level, we intend to make visible the vital situation of those who have been separated from their family of origin by an exceptional protection measure.

Keywords

Childhood; Adolescence; Legal protection

Introducción: niñas, niños y adolescentes como personas en condición de vulnerabilidad

La preocupación de los hombres y mujeres de derecho por las personas y grupos vulnerables, y la búsqueda por adecuar el sistema jurídico para remover los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la protección, requiere de normas adecuadas y de prácticas efectivas.⁽¹⁾ Se ha dicho que la vulnerabilidad es una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren personas o colectivos por la sola pertenencia grupal y la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia. Al no tratarse a estas personas en función de su particular situación, el sistema las excluye y margina.⁽²⁾

Todos los niños, niñas y adolescentes son considerados personas en condiciones de vulnerabilidad, pues por razón de su edad encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁽³⁾ La etapa vital del desarrollo de la persona humana que va desde la concepción hasta la adultez está signada por la carencia de una autonomía total, la que se irá alcanzando progresivamente. Esa condición natural tiene su expresión jurídica en la falta de plena capacidad para el ejercicio de sus derechos por sí mismo, situación que también tendrá su progresiva ampliación a medida que la persona gane edad y madurez.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional especialmente dedicado al reconocimiento de los derechos y garantías que corresponden a todos los niños como sujetos vulnerables, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de ellos, de sus padres o de sus representantes legales. Desde su Preámbulo, los Estados Partes expresan las motivaciones que los han conducido a celebrarla, entre ellas el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; de que debe estar preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Asimismo, se destaca que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

En el ámbito interno, la sanción de la ley nacional de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes n° 26061 del año 2005 plasmó profundas modificaciones en el modo de intervención del Estado ante la vulnerabilidad de las personas menores de edad. Con la derogación de la ley de Patronato y la sustitución de la Tutela Oficial, se implementó un Sistema de Protección aplicado por las autoridades administrativas con control

⁽¹⁾ La categoría de *persona en condición de vulnerabilidad* se la debemos a las «Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad», establecidas en la XIV edición de la Cumbre Judicial celebrada en la ciudad de Brasilia en marzo de 2008, que sintetizan las experiencias de los distintos países sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad en su relación con el sistema de Justicia. En la República Argentina, fueron adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009 e hicieron lo propio otros Tribunales Superiores provinciales.

⁽²⁾ Nogueira, Juan M. y Scapipo, Hernán I. (Coord.). *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*. Librería Editora Platense, 2012, pp. 67 y ss.

⁽³⁾ Dice la Regla 5 que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

jurisdiccional limitado a las medidas de mayor gravedad. Así, se consagraron nuevos caminos y nuevos actores para intervenir ante la vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes, a partir del reconocimiento de estos como sujetos de derecho, partícipes activos en todas las relaciones que los involucran.

A partir de la sanción de la Ley nacional, cada una de las provincias argentinas dictó sus propias leyes, creadoras de sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes análogos a los previstos en la norma nacional.

El sistema de protección de derechos consagrado por la ley 26061 y las leyes provinciales han perseguido la desjudicialización de las cuestiones sociales, el cese de la intervención de los magistrados allí donde el Estado-administrador puede actuar para remediar. Por ello, frente a la amenaza o vulneración de derechos de niñas, niños o adolescentes se interviene a través de medidas cuya finalidad genérica es el restablecimiento del goce pleno de los derechos afectados. Se prevén dos categorías de medidas administrativas, que serán tomadas en cada caso conforme a la gravedad o intensidad de la vulneración de derechos sufrida y a las estrategias posibles para el restablecimiento de su pleno goce: las medidas de protección integral (art. 33 y ss.) y las medidas de protección excepcional (art. 39 y siguientes). Las primeras corresponden ante la amenaza o violación de derechos y garantías, por acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los progenitores, el grupo familiar, los representantes legales o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente, con el objetivo de preservar o restituir tales derechos. Son modificables o revocables, y las decide y aplica la autoridad administrativa sin control judicial. Las medidas de protección excepcionales, por su parte, son subsidiarias de las anteriores y proceden ante la ineficacia de aquellas para lograr la conservación o recuperación de los derechos y garantías vulnerados; su nota distintiva es que privan al niño de su medio familiar o centro de vida y por ello deben ser limitadas en el tiempo. Las decide y aplica la autoridad administrativa conforme a los criterios legales, y están sujetas al control de legalidad que ejercen los magistrados competentes en materia de familia.

Cada provincia de nuestra extensa República Argentina presenta su propia fisonomía con respecto a la situación de niñas, niños y adolescentes privados de un medio familiar. Varían los contextos legales, con divergencias en la aplicación de las leyes de Protección Integral, en los órganos administrativos creados al efecto, y en la coordinación con los órganos jurisdiccionales competentes en familia. Varían también las realidades socioeconómicas que influyen en la cantidad de niñas, niños y adolescentes privados de un medio familiar primario, que cuentan o no con auxilio dentro de la familia extensa u otros referentes afectivos, como así también la cantidad de niñas, niños y adolescentes en condiciones de ser adoptados y de personas que se postulan como adoptantes.

Igual diversidad igualmente se nota en los países latinoamericanos. Pero puede marcarse un común denominador en la región: la pobreza y la desigualdad como causas preponderantes de la pérdida de cuidados parentales que sufren miles de niños y adolescentes.⁽⁴⁾ La batalla contra la violación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en América Latina,

⁽⁴⁾ Fuente: Informe latinoamericano. Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina. Contextos, causas, respuestas. Publicación realizada por el Proyecto Relaf, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, en el marco de un acuerdo de cooperación con Aldeas Infantiles SOS Internacional. Buenos Aires, junio de 2010. <https://www.relaf.org/Informe%20Latinoamericano.pdf>

y entre ellos, los déficits en el cuidado parental, debe darse en el campo de las políticas públicas que cada gobierno implemente para paliar el flagelo del hambre y la inequidad. Estas también son políticas de fortalecimiento familiar. Como dice el art. 41 inc. f) de la ley de Protección Integral n° 26061, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo no puede ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional que separe al niño o adolescente de su medio familiar. Porque son los organismos del Estado los que deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que cada familia pueda asumir adecuadamente su responsabilidad primordial en la protección de los más pequeños (art. 7 de la misma ley).

El propósito de este trabajo es hacer visible la situación vital de las niñas, niños y adolescentes que han sido separados de su familia de origen por una medida de protección excepcional. Sin pretensiones de análisis normativo en profundidad ni elaboración de discursos teóricos, buscamos destacar la actualidad de todos aquellos que, desde un espacio de vida transitorio, esperan la respuesta eficaz de las autoridades administrativas, judiciales y de las organizaciones de la comunidad.

Niñas, niños y adolescentes sujetos a medidas de protección excepcionales

Destacar la incidencia capital que una medida de protección excepcional tiene en la vida de un niño, niña o adolescente es casi una obviedad. El desarraigo del medio donde habitualmente se desarrolla, aunque sea el único recurso idóneo para preservar sus derechos e incluso su vida misma, siempre acarrea la pérdida de lazos y afectos valiosos. Niñas, niños y adolescentes sujetos de una medida de protección excepcional transitan un momento crítico, y es en los momentos críticos cuando se aprecia si los derechos y garantías reconocidos por la ley son efectivamente respetados o no pasan de ser meras declamaciones.

Vulnerables entre los vulnerables, son separados de su centro de vida por una medida de protección excepcional aquellos que carecen de un medio familiar adecuado para su crianza y para satisfacer sus necesidades de desarrollo acordes a su edad y condiciones particulares.

La carencia de un medio familiar puede derivar de la orfandad, de la falta de determinación de lazos filiatorios, de la ausencia o de la incapacidad de sus progenitores, sumado a la falta de otros adultos que asuman la crianza bajo alguna de las figuras legales subsidiarias. Pero en la mayor parte de los casos, los niños, niñas y adolescentes en real situación de desamparo se encuentran sujetos a la responsabilidad parental porque tienen progenitores vivos, con plena capacidad, no privados ni suspendidos en el ejercicio de la función, o están bajo la tutela, guarda judicial o delegación en cabeza de algún familiar, pero la carencia de cuidados familiares se da en el plano de los hechos.

Todas estas situaciones de vulneración requieren de intervención urgente, para proveer al niño, niña o adolescente de un lugar de residencia en forma inmediata, con carácter transitorio, hasta tanto se den las condiciones para retornar a su centro de vida o se resuelva su situación por medio de las figuras previstas legalmente para su protección.

Cierto es que la separación de su familia de origen constituye una solución excepcional, fundada en su mejor interés en cada caso concreto. La convivencia en un grupo familiar alternativo debe ser el resultado de evaluar la imposibilidad de lograr la adecuada protección en su grupo originario, pues como lo dice la Ley de Protección Integral: «no podrá

ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo» (art. 41 inc. f de la ley 26061). Pero si la carencia de cuidados familiares está acreditada y no hay medidas de protección integral que garanticen el restablecimiento inmediato de la convivencia en condiciones adecuadas, la separación del grupo familiar de origen, aunque sea transitoriamente, no se puede hacer esperar. Es fundamental asegurar el derecho de defensa de los progenitores de origen, desde el momento de primera intervención de los órganos administrativos de protección integral hasta la resolución judicial que determine la figura legal aplicable. Garantizar la asistencia letrada de los progenitores y otros parientes que pretendan sostener la convivencia con los niños o adolescentes favorece el ejercicio del derecho de defensa en tiempos oportunos y agiliza la toma de decisiones en firme.

Siguiendo el propósito formulado en la introducción, abordaremos los diferentes aspectos que abarca la situación vital de los sujetos a medidas de protección excepcional sobre la base de datos actuales recogidos en el informe titulado «Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Actualización 2020».⁽⁵⁾ Este documento se enmarca en una política pública que lleva adelante la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) en articulación con los órganos de protección de derechos de las jurisdicciones provinciales y UNICEF. Como se señala desde su prólogo, este relevamiento sistemático, realizado al 30 de noviembre de 2020, aporta información diagnóstica necesaria para planificar y tomar decisiones en materia de niñez, adolescencia y cuidados.

Razones que motivan la aplicación de las medidas excepcionales

La gravedad de la medida se justifica ante una seria vulneración de derechos dentro del centro de vida. Es difícil identificar una o dos razones de esa vulneración, dada la complejidad de las vivencias de carencia afectiva, educativa, sanitaria, entre otras que sufren muchos de los niños, niñas y adolescentes que viven en nuestro país. A pesar de esa limitación, una de las variables relevadas en el informe de la SENAF y UNICEF es el motivo de aplicación de la medida de protección excepcional.

Se formuló la pregunta a las 24 jurisdicciones subnacionales, sobre la base de seis opciones a ponderar, con posibilidad de indicar los motivos considerados más frecuentes o principales y aquellos que aparecen en segundo lugar de frecuencia o motivos secundarios. Once jurisdicciones identifican a la violencia como primera causa de aplicación de las medidas excepcionales, seguida por dificultades en el ejercicio de la responsabilidad parental —ocho jurisdicciones— y abuso sexual —dos jurisdicciones—. El abandono, la ausencia de adulto responsable y otros motivos son los seleccionados por las tres jurisdicciones restantes.⁽⁶⁾

⁽⁵⁾ Versión digital: <https://www.unicef.org/argentina/informes/situacion-de-ninos-y-adolescentes-sin-cuidados-parentales-en-la-republica-argentina>

⁽⁶⁾ La provincia de Santa Fe identifica a la violencia como causa principal, y el abuso sexual como causa secundaria. La provincia de Entre Ríos, por su parte, señala las dificultades en el ejercicio de la responsabilidad parental y la violencia en el primer y segundo lugar.

La residencia de los niños, niñas y adolescentes durante la vigencia de la medida de protección excepcional

La medida de protección excepcional tiene como necesaria consecuencia la inserción del niño, niña o adolescente en un medio convivencial diferente, por un tiempo limitado. La búsqueda de alternativas debe comenzar por las personas de su familia ampliada o de la comunidad que tengan vínculos de parentesco o afectivos preexistentes. Cuando ello no sea posible o conveniente, habrá que recurrir a otros grupos familiares bajo la figura de hogares de acogida, familias solidarias o similares. La residencia en una institución debe ser la última opción, o una solución transitoria hasta tanto se localice a miembros de la familia ampliada o se implemente la incorporación en otra familia que le brinde abrigo.⁽⁷⁾

Cuando se trata de un grupo de hermanos, las medidas fundadas en su interés y protección deben preservar la convivencia de los mismos. Este es uno de los criterios de aplicación de las medidas excepcionales incluido en el art. 41 inc. d) de la ley 26061, replicado por las legislaciones provinciales.⁽⁸⁾

Los criterios legales para la implementación de la residencia transitoria de niñas, niños y adolescentes sujetos a una medida de protección excepcional deben ser contrastados con los datos de la realidad argentina recogidos por el informe de la SENAF y UNICEF.

Para ello, partimos de explicar que se consideran *dispositivos de cuidado formal* a aquellos específicamente organizados para alojar a niñas, niños y adolescentes separados de su ámbito familiar y comunitario por vulneraciones graves de derechos. Presentan dos modalidades: la de cuidado residencial (institutos, hogares, hogares convivenciales, residencias juveniles, casas hogares, etc.) y la de cuidado familiar (familias cuidadoras, también llamadas de acogimiento, solidarias, de tránsito o de cuidados temporales, etc.). De acuerdo con los datos suministrados por las jurisdicciones del país, el 88 % del total se encuentran alojados en dispositivos de cuidado formal de modalidad residencial, mientras que el 12 % se encuentran en dispositivos que corresponden a la modalidad familiar.

Sobre esos datos nacionales globales es posible marcar algunas diferencias regionales. En gran parte de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la mayoría o casi totalidad de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes se alojan en dispositivos de cuidado de modalidad residencial (Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa

⁽⁷⁾ Mientras el niño o adolescente convive con un tercero como consecuencia de la medida excepcional, el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores queda suspendido. Así lo dispone el art. 702 inc. d) CCC. La norma incorporada al CCC llena el vacío de las leyes de protección, que no daban solución a la aparente coexistencia de la responsabilidad parental con las atribuciones de los órganos estatales. Durante la vigencia de la medida excepcional hay un cambio de situación que justifica que el ejercicio de las funciones parentales se restrinja a la espera de la resolución definitiva de la medida. Por ello es importante que se prevea en cada caso concreto qué funciones le corresponderán a los adultos transitoriamente a cargo de los niños o adolescentes, que por efecto de la medida no están bajo el ejercicio de la responsabilidad parental. Consideramos que la figura de la tutela especial prevista en el art. 109 inc. g del CCC es adecuada para configurar la función de estos adultos hasta tanto se resuelva sobre la situación legal de fondo.

⁽⁸⁾ Cuando la resolución de la situación jurídica de estos niños y adolescentes se canalice a través de la Adopción, la preservación de los vínculos fraternos es uno de los principios rectores impuesto por el Código Civil y Comercial, art. 595 inc. d. Sobre el tema se puede consultar la opinión de Iturburu, Mercedes. Jáuregui, Rodolfo G. El principio general de preservación de los vínculos fraternos en el derecho de adopción. LA LEY, 2018-B, 323, AR/DOC/655/2018.

Fe, Salta, San Juan y Tucumán), mientras que hay un grupo de jurisdicciones en las que el alojamiento se encuentra algo más distribuido entre dispositivos residenciales y familiares, pero con prevalencia de la primera modalidad (La Pampa, La Rioja, Santa Cruz y Santiago del Estero), y dos jurisdicciones que alojan a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes mayoritariamente en dispositivos de cuidado familiar (San Luis y Tierra del Fuego).

Este contraste con los datos actualizados demuestra que lo que conceptualmente se propone como última opción dentro de las leyes de protección, es la regla como alternativa de alojamiento transitorio para los niños, niñas y adolescentes sujetos a medidas de protección excepcional.

Los ámbitos de permanencia durante la vigencia de la medida requieren diferentes estrategias de trabajo por parte del organismo de protección, para la restitución de derechos de esos niños, niñas y adolescentes. Como señala el informe que venimos citando, la toma de una medida excepcional en un dispositivo formal de cuidado exige procesos específicos de evaluación y planificación. El Estado no es autosuficiente para dar respuesta a las necesidades de alojamiento y por eso, se recurre a convenios con organizaciones de la sociedad civil y se implementan convocatorias a grupos familiares de acogimiento bajo programas estatales. Se destaca en el informe la necesidad de un trabajo intenso del organismo de aplicación para la coordinación del proyecto de restitución de derechos, teniendo en cuenta la multiplicidad de actores que intervienen. Es imperioso cumplir con los estándares exigidos por la ley de protección y con los «Lineamientos nacionales en materia de niños, niñas y adolescentes carentes de cuidados parentales».⁽⁹⁾

El alojamiento en la familia ampliada o con referentes comunitarios se considera prioritaria como acción positiva de protección ante una vulneración grave de derechos en un contexto conocido, donde existan previos lazos afectivos. Pero no se puede desconocer que un niño, niña o adolescente sujeto a una medida de protección excepcional generalmente proviene de un grupo familiar con graves carencias en el plano material y afectivo, y resulta difícil encontrar familiares aptos y dispuestos para recibirlos. También durante la residencia en estos ámbitos, el organismo administrativo debe diseñar estrategias de restitución de derechos y trabajar en pos de la finalización de la medida excepcional.

Cantidad de niños, niñas y adolescentes sujetos a medidas de protección excepcional

La cantidad de menores de edad sujetos a medidas de protección excepcional suele ser el dato más buscado por el ciudadano común y requerido por los medios de comunicación. La complejidad de las situaciones que involucran a cada uno de ellos y a sus grupos familiares de origen no puede ser aprehendida por esta variable numérica. De todos modos, resulta importante reflejar estas cifras para el diseño de políticas públicas adecuadas.

El relevamiento realizado por la SENAF y UNICEF al 30 de noviembre de 2020 da cuenta de 9754 niños, niñas, adolescentes y jóvenes alojados en dispositivos de cuidado formales. De ese total, el 92,6 % (9031) son los que cuentan con una medida de protección

⁽⁹⁾ Los Lineamientos nacionales en materia de niños niñas y adolescentes carentes de cuidados parentales del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia contienen los principios generales para la promoción, prevención y permanencia en su ámbito familiar, la intervención respecto de aquellos incluidos en ámbitos de cuidado familiar alternativos, y para el desarrollo de acciones tendientes a la desinstitucionalización de niños, niñas y adolescentes.

excepcional. Del resto, 123 (1,3 %) son niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años enmarcados en otro tipo de medidas, como medidas cautelares o vinculadas con la salud mental, y 600 (6,1 %) son jóvenes de 18 años y más que continúan alojados en dispositivos por no haber podido egresar del sistema para desarrollar una vida autónoma.

En este informe se incluye también la cantidad de niñas, niños y adolescentes alcanzados por una medida de protección excepcional que residen en su familia ampliada, que arroja un total de 6400 en todo el país. En el mismo documento se reconoce que falta aún un relevamiento particular que permita el análisis específico sobre la situación y las características de esta población, así como del proceso de restitución de sus derechos y cese de la medida para cada niña, niño y adolescente en familia ampliada.

El tiempo que permanecen los niños, niñas y adolescentes en los dispositivos de cuidados formales

En la vida de los niños, niñas y adolescentes separados de su familia de origen, los procesos administrativos y judiciales referidos a su situación jurídica ofician de telón de fondo, que pocas veces los tienen como protagonistas activos. Para ellos hay una vivencia de continua inestabilidad, a veces traducida en la añoranza de la única familia conocida, en la ganancia y pérdida de vínculos con cuidadores y compañeros que van y vienen, o en el deseo de encontrar una familia adoptiva.

Inmersos en los laberintos de los procesos administrativos y judiciales, muchos transcurren largos años de sus vidas en una situación indefinida, que se convierte en otra forma de vulneración.⁽¹⁰⁾ Sujetos a la lógica de «prueba/error», se suceden experiencias de convivencia con un familiar que luego manifiesta sus dificultades para seguir a cargo, retornos a instituciones o prolongadas residencias con familias de acogida en las que inevitablemente echan raíces. La precariedad de su situación atenta contra la formación de vínculos saludables.

El cambio del modelo de intervención estatal, diseñado para ser más respetuoso de los derechos de los niños y adolescentes en condiciones de vulnerabilidad pero sin avasallar los derechos y garantías de sus familias de origen, no es suficiente si no va acompañado de prácticas realmente protectoras.

En la República Argentina, tanto la ley nacional como las legislaciones provinciales imponen plazos breves, tendientes a que el lapso entre la toma de la medida y la resolución definitiva de la situación legal sea acotado. Pero la fijación normativa de plazos no es una solución a los problemas reales, porque el señalamiento de brevísimos plazos legales no transforma las intervenciones complejas y lentas en eficientes y rápidas. La implementación de los dispositivos legales en la práctica requiere de abogados especializados para brindar asistencia letrada —eventualmente, en forma gratuita— tanto a los menores de edad como a los adultos intervinientes, magistrados capacitados, y equipos técnicos con profesionales competentes en los ámbitos administrativos y judiciales. Fundamentalmente, será necesario un manejo eficiente de los tiempos procesales. Lamentablemente, el tiempo que transcurre desde que los niños y adolescentes son separados de su grupo familiar de

⁽¹⁰⁾ Como caso paradigmático, se puede ver la situación de la adolescente OEA en nuestro trabajo *Alimentos por frustración de la guarda*, comentario a la sentencia de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón del 12/07/16. La Ley, 2016–E, 442

origen por el órgano administrativo hasta que se resuelve en definitiva su situación legal suelen insumir años fundamentales de sus vidas.

El relevamiento de la SENAF y UNICEF también recoge información sobre el tiempo de permanencia institucional más frecuente de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes alojados en dispositivos de cuidado en ambas modalidades, residencial y familiar, identificado por las veinticuatro jurisdicciones del país. La información se procesó a partir de un promedio del tiempo de permanencia de la población de niñas, niños, adolescentes y jóvenes que se encontraba alojada en los distintos dispositivos al 30 de noviembre de 2020, sobre la base de tres opciones: 0 a 90 días, 91 a 180 días, y mayor a 180 días. La amplia mayoría de las jurisdicciones (83,3 %) señalaron que el plazo de permanencia más frecuente de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes alojados en dispositivos de cuidado residencial o familiar supera los 180 días, mientras que un 12,5 % de las jurisdicciones señala que el plazo más frecuente se encuentra entre 91 y 180 días, y un 4,2 % lo sitúa entre 0 y 90 días.

El cese de la medida de protección excepcional

Las medidas de protección excepcional, dispuestas y aplicadas por la autoridad administrativa con control jurisdiccional, deben llegar a un punto final al expirar su plazo máximo legal. El fin de la medida implica decidir un proyecto para ese niño, niña, adolescente o grupo de hermanos.

El informe de la SENAF y UNICEF releva los distintos tipos de proyectos de restitución de derechos que se trabajan con los niños, niñas y adolescentes alojados en los dispositivos formales de cuidado residencial o familiar en cada jurisdicción. La indagación de esta información se realizó de manera general, en cuatro categorías, según la cantidad de niñas, niños y adolescentes en cada una de ellas, en función del principal objetivo del proyecto de restitución de derechos: proyecto de reintegro a su medio familiar; proyecto hacia la adopción —con declaración de situación de adoptabilidad; proyecto de autonomía; algún otro tipo de proyecto—. También se indagó una quinta opción, para casos de falta de proyectos.

De acuerdo con los datos relevados, hay 3001 niñas, niños, adolescentes y jóvenes con los que se está trabajando de manera prioritaria el reintegro a su medio familiar, 2199 con adoptabilidad decretada, 2191 con proyecto de autonomía, 173 con otros proyectos, y 399 para los que aún no se ha definido un proyecto en particular.⁽¹¹⁾

El tránsito en dispositivos de alojamiento no puede convertirse en otra etapa más dentro de una historia de vulneraciones. Las autoridades de aplicación del sistema de protección deben velar por la atención de todas las necesidades propias de cada niña, niño y adolescente, conforme a su edad y condición de salud, y no pueden descuidar la implementación de acciones concretar para la restitución de derechos, teniendo en cuenta las situaciones vividas que llevaron a la separación de sus familias. Un niño, niña o adolescente que reside en una institución de gestión pública, privada o mixta, o que está alojado en una familia de acogida, tienen que contar con asistencia personalizada para reparar el sufrimiento subjetivo fruto de la violencia, el descuido de los adultos o el abuso.

⁽¹¹⁾ Los organismos informantes señalan que algunas jurisdicciones no brindaron información sobre los proyectos que están trabajando para la totalidad de niñas, niños, adolescentes y jóvenes alojados en dispositivos.

La permanencia en dispositivos de cuidado formales, que en la mayoría de los casos se extiende mucho más allá de los máximos legales, es vivida como un tiempo de incertidumbre, en el que el niño, niña o adolescente está inmerso sin conocer su sentido ni vislumbrar el final. Por ello es importante dar prioridad a la participación en la construcción de ese proyecto de cese de la medida para garantizar el derecho a la convivencia familiar, gracias a un retorno a la familia de origen o a la incorporación en una familia adoptiva.

A partir de los trece años, con muchos adolescentes se trabajan proyectos de autonomía, con planes, acciones y recursos específicos en el marco de la ley 27364 de 2017, del Programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales.⁽¹²⁾

Niñas, niños y adolescentes en situación de adoptabilidad

Los niños, niñas y adolescentes son declarados judicialmente en situación de adoptabilidad cuando se considera que la incorporación a una familia adoptiva es la mejor alternativa para la protección de sus derechos.⁽¹³⁾ Llegan a esta instancia jurídica luego de recorrer una etapa administrativa/judicial compleja, que se inició con la separación de su familia de origen en virtud de una medida de protección excepcional.

En ese derrotero tienen que haberse desarrollado algunas o todas estas instancias: el proceso administrativo de adopción de la medida, su control de legalidad, sus prórrogas, posibles trámites administrativos y judiciales por recursos entablados contra las medidas, decisiones sobre la aplicación de sistemas de acogimiento familiar o institucional, procesos de vinculación con miembros de la familia de origen o algún referente afectivo, entre otras. Y durante todas ellas, además de las autoridades intervinientes en la toma de decisiones, múltiples actores resultan involucrados en la vida de estos menores de edad cuya situación jurídica aún está en la incertidumbre —profesionales de los equipos técnicos del órgano administrativo, de los equipos del poder judicial, profesionales y empleados de los centros residenciales y grupos familiares designados como familias solidarias.

Todo el período de sus vidas que transcurre entre la separación de sus familias de origen y el encuentro con los adoptantes es el *tiempo de la adopción* que más debe preocupar, porque para sus protagonistas representa un largo proceso recorrido, que deja sus huellas.

El informe de SENAF y UNICEF reporta que los niños, niñas y adolescentes alojados en dispositivos de cuidado formal declarados en situación de adoptabilidad representan el 24 % del total. Y destaca que se trata de procesos dinámicos y no siempre lineales. Así, del 76 % restante de esta población, algunos de los que han sido evaluados para un proyecto de retorno a su familia de origen o ampliada pueden ser luego declarados en situación de adoptabilidad, mientras otros que se hallaban en búsqueda de una familia adoptiva luego sean incluidos en proyectos de autonomía progresiva por decisión de los adolescentes o por resultados negativos en las búsquedas.

Considerando las franjas etarias, los declarados en situación de adoptabilidad representan el 23,1 % del total de niños/as entre 0 y 5 años; el 26,2 % de los niños/as de entre

⁽¹²⁾ Véase el programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/pae>

⁽¹³⁾ Sobre el tema puede consultarse la opinión de Burgués, Marisol. El lugar de la adopción en el sistema de protección integral de derechos. *Revista de Derecho de Familia* (83), 19/03/2018, p. 65. La Ley, AR/DOC/2847/2018.

6 y 12 años y el 20,6 % de los adolescentes de 13 a 17 años, del total del país. Y en cuanto a su situación de salud, sobre el total de los que cuentan con declaración de situación de adoptabilidad, el 6,8 % de los niños/as de 0 a 5 años, el 9,4 % de los que tienen entre 6 y 12 y el 15,7 % de los adolescentes de 13 a 17 años presentan algún tipo de discapacidad o enfermedad permanente.

Aunque el Código Civil y Comercial de la Nación prevé la remisión de legajos por parte de los Registros de Adoptantes y la selección judicial como tareas ejecutables con inmediatez (art. 609 inc. c y art. 613), la simplificación del legislador oculta las complejidades para el hallazgo de legajos de aspirantes a guarda con fines adoptivos. En efecto, no basta con realizar una búsqueda cuantitativa, según la disponibilidad adoptiva de los aspirantes en cuanto a edad, sexo, aceptación de grupos de hermanos y otros datos tabulados. La búsqueda con esos parámetros rígidos solo arroja un primer resultado, delimita un universo de aspirantes, a veces extenso, otras limitado a uno o dos legajos. El paso siguiente es cualitativo, y se refiere a una apreciación profunda de las características y necesidades de este niño, niña, adolescente o grupo de hermanos en particular, que no se descubre con el solo dato de su edad, sexo o estado de salud. Para ello, es indispensable que el Registro cuente con información actualizada, generalmente aportada por la autoridad administrativa que ha trabajado en la protección de sus derechos.⁽¹⁴⁾

En situaciones especiales, pero no por ello poco habituales —niñas/os mayores, adolescentes,⁽¹⁵⁾ grupos de hermanos, o niñas/os o adolescentes con alguna discapacidad— el universo de aspirantes se contrae, y a menudo ninguno de los inscriptos en el registro local presenta una disponibilidad adoptiva acorde. Allí se abren nuevas búsquedas ampliadas o pedidos de colaboración dentro de la Red Federal conformada por los registros de todas las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con mayor frecuencia que la deseada, los pedidos de colaboración también arrojan resultados negativos y a partir de allí se plantean como última alternativa las Convocatorias Públicas abiertas a todos los ciudadanos, estén o no inscriptos en un registro local.

Las estadísticas elaboradas por la Dirección Nacional del Registro de Aspirantes a guarda con fines adoptivos (DNRUA) dan cuenta del perfil de los inscriptos en los registros argentinos. El 52,71 % de los aspirantes acepta solo un niño/a o adolescente, el 44,69 % acepta hasta 2, el 2,48 % hasta 3 hermanos y solo 0,08 % —equivalente a dos legajos— aceptan grupos de hermanos formados por 4 o más. En cuanto a la situación de salud, el 83,47 % de los inscriptos no aceptan niños/as o adolescentes con discapacidades o enfermedades. Y en orden a la edad, la preferencia por los niños/as de la primera infancia sigue siendo generalizada, con porcentajes de solo un 5,80 % de legajos que aceptan niñas/os hasta 10 años, 0,34 % para adolescentes de 13 años, y 0,04 % para adolescentes de 15 años o más.⁽¹⁶⁾

Los datos anteriores permiten vislumbrar las dificultades reales para el hallazgo de familias adoptivas, y que la declaración judicial de situación de adoptabilidad no es el

⁽¹⁴⁾ Remitimos al análisis del tema en nuestro trabajo titulado: *Guarda preadoptiva: función y etapa de construcción del vínculo*. *Revista de Derecho de Familia y de la Persona*, 2020 (junio), p. 18. La Ley, AR/DOC/1645/2020.

⁽¹⁵⁾ Sobre el tema, se puede consultar la opinión de Coler, Lucía. Videtta, Carolina A. La complejidad de la adopción de niñas y niños mayores y adolescentes. *Revista de Derecho de Familia* (83), 19/03/2018, p. 135. La Ley, AR/DOC/2893/2018.

⁽¹⁶⁾ Estadísticas elaboradas sobre un total de 2620 legajos registrados por la DNRUA, al 1° de diciembre de 2021, disponibles en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/adopcion>

punto de llegada para muchos de los niños, niñas y adolescentes, sino una instancia más, un escalón que dirige hacia otra nueva espera.

Reflexiones finales

A diecisiete años de vigencia de la Ley de Protección Integral y siete del Código Civil y Comercial de la Nación, el nuevo modelo de intervención estatal ante la vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes forma parte del bagaje de nuestros saberes. De igual modo, el glosario de términos que forman parte del sistema —medidas de protección integral, medidas de protección excepcional, control de legalidad, situación de adoptabilidad, entre otras— está incorporado al lenguaje de todos los operadores.

No tan profundo ha sido el cambio en la realidad de los niños, niñas y adolescentes que, luego de vivir vulneraciones en el seno de sus familias de origen, continúan sufriendo la morosidad de los procesos, la indefinición de sus situaciones legales y la ausencia de medidas restitutorias de sus derechos.⁽¹⁷⁾

El tiempo de análisis jurídico ha sido extenso. Hoy es tiempo de políticas eficaces.

Referencias bibliográficas

- BURGUÉS, Marisol. El lugar de la adopción en el sistema de protección integral de derechos. *Revista de Derecho de Familia* (83), 19/03/2018, p. 65. La Ley, AR/DOC/2847/2018.
- COLER, Lucía y VIDETTA, Carolina A. La complejidad de la adopción de niñas y niños mayores y adolescentes. *Revista de Derecho de Familia* (83), 19/03/2018, p. 135. La Ley, AR/DOC/2893/2018.
- GALLI FIANT, María M. Guarda preadoptiva: función y etapa de construcción del vínculo. *Revista de Derecho de Familia y de la Persona*, 2020 (junio), p. 18. La Ley, AR/DOC/1645/2020.
- GALLI FIANT, María M. *Alimentos por frustración de la guarda*, comentario a la sentencia de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón del 12/07/16. La Ley 2016–E, 442.
- ITURBURU, Mercedes y JÁUREGUI, Rodolfo G. *El principio general de preservación de los vínculos fraternos en el derecho de adopción*. La Ley 2018–B, 323, AR/DOC/655/2018.
- NOGUEIRA, Juan M. y SCAPIRO, Hernán I. (Coords.). *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*. Librería Editora Platense, 2012.

Fuentes

- Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Actualización 2020. <https://www.unicef.org/argentina/informes/situacion-de-ninos-de-niñas-y-adolescentes-sin-cuidados-parentales-en-la-rep%C3%ABlica-argentina>
- Programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales. <https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/pae>
- Lineamientos nacionales en materia de niños niñas y adolescentes carentes de cuidados parentales del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Lineamientos nacionales en materia de niños niñas y adolescentes carentes de cuidados parentales del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. <http://www.infoleg.gov.ar>
- Informe latinoamericano. Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina. Contextos, causas, respuestas. Publicación realizada por el Proyecto Relaf, Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, en el marco de un acuerdo de cooperación con Aldeas Infantiles SOS Internacional. Buenos Aires, junio de 2010. <https://www.relaf.org/Informe%20Latinoamericano.pdf>

⁽¹⁷⁾ La pandemia trajo durísimas consecuencias para los chicos y chicas sujetos a medidas excepcionales, sobre todo para los alojados en dispositivos de cuidado residencial: exclusión del ámbito escolar, reducción de las actividades recreativas y culturales, limitación de la atención de la salud y suspensión de otras propuestas de reinserción comunitaria. El contexto sanitario ha cambiado, y se impone recuperar el tiempo perdido, sin excusas.

